

Sygn. akt KIO 1323/15

**WYROK**  
z dnia 10 lipca 2015 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:**

**Przewodniczący: Marek Koleśnikow**

**Protokolant: Paweł Puchalski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **8 lipca 2015 r.** w Warszawie odwołania z dnia **22 czerwca 2015 r.** wniesionego przez wykonawcę **P. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Koncept P. S. w Częstochowie Rynek Wieluński 3, 42-200 Częstochowa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Zarząd Nieruchomości Miejskich w Kutnie, ul. Oporowska 5, 99-300 Kutno**

**orzeka:**

- 1. Oddala odwołanie.**

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **P. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Koncept P. S. w Częstochowie Rynek Wieluński 3, 42-200 Częstochowa** i nakazuje zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczone przez wykonawcę **P. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Koncept P. S. w Częstochowie Rynek Wieluński 3, 42-200 Częstochowa**, tytułem kosztów postępowania odwoławczego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907, 984, 1047 i 1473, z 2014 r. poz. 423, 768, 811, 915, 1146 i 1232 oraz z 2015 r. poz. 349) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Łodzi**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

**Zamawiający Zarząd Nieruchomości Miejskich w Kutnie, ul. Oporowska 5, 99-300 Kutno** wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »**Termomodernizacja i wymiana pokrycia dachowego budynku mieszkalnego wielorodzinnego w Kutnie przy ul. Wybickiego 11**«.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych **06.05.2015 r.** pod nrem **104928–2015**.

Postępowanie jest prowadzone na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907, 984, 1047 i 1473, z 2014 r. poz. 423, 768, 811, 915, 1146 i 1232 oraz z 2015 r. poz. 349) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

**Zamawiający** zawiadomił **17.06.2015 r.** o:

- 1) wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy **Zakład Remontowo-Budowlany J. M., ul. Wiosenna 49, 99-300 Kutno**;
- 2) odrzuceniu oferty wykonawcy **P. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Koncept, Rynek Wieluński 3, 42-200 Częstochowa**, gdyż oferta zawiera błędy w obliczaniu ceny – **art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp**.

**Wykonawca P. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Koncept, Rynek Wieluński 3, 42-200 Częstochowa**, zgodnie z **art. 182 ust. 1 pkt 2 Pzp**, wniósł **22.06.2015 r.** do Prezesa KIO odwołanie wobec czynności odrzucenia z postępowania oferty wykonawcy **P. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Koncept, Rynek Wieluński 3, 42-200 Częstochowa**.

**Odwolujący** zarzucił **zamawiającemu** naruszenie:

- 1) **art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp** przez odrzucenie oferty **odwołującego** – zawierającej prawidłowe stawki VAT;
- 2) w konsekwencji dokonania wyboru, jako najkorzystniejszej oferty nr 5, złożonej przez **Zakład Remontowo-Budowlany J. M., ul. Wiosenna 49, 99-300 Kutno**, która powinna podlegać odrzuceniu [**art. 180 ust. 2 pkt 4 Pzp**];

- 3) a także przez nie odrzucenie ofert firm: Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe MATEO W. Z. (oferta nr 3), Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe „BUDIMUS” Sp.j. (oferta nr 4), Przedsiębiorstwo Budowlano-Montażowe ASBUD A. i S. N. (oferta nr 2) **[art. 180 ust. 2 pkt 4 Pzp]**;
- 4) naruszenie **art. 87 ust. 1 Pzp** przez zaniechanie przez **zamawiającego** wezwania **odwołującego** do złożenia wyjaśnień wobec treści oferty, tj. w zakresie przyjętej stawki VAT dla części robót poza bryłą budynku – opaski wokół budynku;
- 5) nie dochowanie przez **zamawiającego** należytej staranności w badaniu oferty **odwołującego**.

**Odwołujący** wniósł o:

- 1) nakazanie **zamawiającemu** unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
- 2) nakazanie **zamawiającemu** unieważnienia czynności odrzucenia oferty **odwołującego**;
- 3) nakazanie **zamawiającemu** odrzucenia ofert wykonawców z błędnie naliczonym VAT, ewentualnie
- 4) nakazanie **zamawiającemu** dokonania ponownej oceny ofert;
- 5) nakazanie **zamawiającemu** powtórzenia czynności wyboru oferty;
- 6) zasądzenie **kosztów zastępstwa prawnego** według faktury przedstawionej na rozprawie.

### **Argumentacja odwołującego**

Interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia publicznego:

W interesie każdego **wykonawcy** ubiegającego się o zamówienie publiczne jest dążenie do tego, aby postępowanie toczyło się zgodnie z zasadami wynikającymi z ustawy. W postępowaniu **odwołujący**, jako jedyny złożył ofertę niepodlegającą odrzuceniu, tj. zastosował prawidłowe stawki VAT – 8% i 23%, natomiast pozostali **wykonawcy** tylko jedną preferencyjną stawkę VAT 8%. Zdaniem **odwołującego** czynności stanowiące podstawę do wniesienia odwołania zostały dokonane z naruszeniem ustawy, tym samym **odwołujący** posiada interes w rozumieniu **art. 179 ust. 1 Pzp** we wnoszeniu przedmiotowego odwołania.

### **UZASADNIENIE**

Pismem z **17-06-2015 r.** **zamawiający** zawiadomił **odwołującego** o dokonanych czynnościach, w tym szczególności o dokonaniu wyboru, jako najkorzystniejszej oferty **wykonawcy Zakład Remontowo Budowlany J. M., ul. Wiosenna 49, 99-300 Kutno**, oraz o odrzuceniu oferty **odwołującego** na podstawie **art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp**.

W treści uzasadnienia **zamawiający** stwierdził, że złożona przez **odwołującego** oferta zawiera błędy w obliczeniu ceny, ponieważ wskazuje dwie stawki VAT w wysokości 8% i 23% w sytuacji, gdy do całości przedmiotu zamówienia należało zastosować stawkę VAT w wysokości 8%.

Nadto **zamawiający** wskazał, że zgodnie z dokumentacją projektową wszystkie roboty budowlane składające się na termomodernizację budynku stanowiące przedmiot zamówienia, np. montaż blach, wentylacja pokrycia dachowego, wykonanie obróbek blacharskich, przemurowanie kominów, wymiana okien i drzwi, system ocieplenia, mocowania płyt do podłoża, opaska budynku itp. stanowią elementy robót termomodernizacyjnych, tj. są trwale związane z budynkiem. Nie stanowią one elementów infrastruktury towarzyszącej.

Pismem z **25.05.2015 r.** **odwołujący** poinformował **zamawiającego** o zastosowaniu dwóch stawek VAT na przedmiotowe zadanie, jednak **zamawiający** uznał powyższe stanowisko za nieprawidłowe, wskazując, że wszystkie roboty budowlane, w tym m.in. wymiana opaski budynku, zgodnie z dokumentacją projektową, stanowią elementy robót termomodernizacyjnych, tj. są trwale związane z budynkiem.

Z taką argumentacją **zamawiającego** odwołujący nie zgadza się, bo wbrew twierdzeniom **zamawiającego** opaska wokół budynku nie jest elementem robót termomodernizacyjnych budynku, a co za tym idzie nie jest objęta preferencyjną, 8% stawką VAT.

Odwołujący uważa, że ani w ustawie o VAT, ani w ustawie Prawo budowlane nie zawiera definicji legalnej pojęcia termomodernizacja, niemniej jednak z technicznego punktu widzenia termomodernizacja to przedsięwzięcie, którego podstawowym celem jest zmniejszenie zapotrzebowania budynku na energię dostarczaną na potrzeby ogrzewania i podgrzewania wody użytkowej. W ramach termomodernizacji roboty wykonuje się w bryle budynku, które polegające w szczególności na: ociepleniu zewnętrznych przegród budowlanych, wymianie lub remoncie stolarki zewnętrznej, modernizacji lub wymianie urządzeń źródła ciepła, czy w końcu modernizacji lub wymianie instalacji grzewczej.

Natomiast opaska wokół budynku, wykonywana jest poza bryłą budynku, nie jest trwale związana z budynkiem, a połączenie opaski na trwałe z ociepleniem budynku byłoby niezgodne ze sztuką budowlaną. Opaska wokół budynku występuje na styku ścian zewnętrznych i jest wykonywana poza jej obrębem i w żadnej swojej części nie jest fizycznie trwale związana z jego bryłą, a tym bardziej ze ścianą budynku czy jego ociepleniem. Tym samym opaska nie może być elementem integralnie powiązany technologicznie z ociepleniem budynku. Prawidłowe wykonanie opaski wymaga oddzielenia jej od ściany szczeliną dylatacyjną.

W załączonym projekcie do SIWZ na stronie 25 **zamawiający** umieścił opis opaski budynku cyt. opaskę budynku zaprojektowano z płyt chodnikowych 50x50x7 cm na podsypce cementowo-piaskowej 1:4 w spadku od ściany 5%. Całość opaski wykonać na podłożu z chudego betonu B7 gr. min. 5 cm. Nadto **zamawiający** w przedmiarze robót w Dziale 14 pt. „Opaska” wskazuje, pod poz. 124 chodniki z płyt betonowych 50x50x7 cm na podsypce piaskowej z wypełnieniem spoin piaskiem, a w poz. 123 podkłady na podłożu gruntowym oraz pod poz. 11 rozebranie chodników z płytek i polbruk 50x50x7 cm na podsypce piaskowej.

Mimo że opaska wraz z wykonaniem podłoża, pozostaje w związku z budynkiem, to jednak nie mieści się w bryle budynku, dlatego też nie może zostać objęta preferencyjną, 8% stawką VAT.

Zgodnie z **art. 3 ust. 1 lit. a ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane** (Dz. U. 2013 r. poz. 1409 ze zm.) *obiektem budowlanym jest budynek wraz z instalacjami i urządzeniami technicznymi*, natomiast przez budynek należy rozumieć *obiekt budowlany, który jest trwale związany z gruntem, wydzielony z przestrzeni za pomocą przegród budowlanych oraz posiada fundamenty i dach*. Natomiast obniżoną stawkę VAT, zgodnie z **art. 41 ust. 12 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług** (Dz. U. z 2011 r., poz. 1054 ze zm., dalej jako ustawa o VAT), stosuje się do *dostawy, budowy, remontu, modernizacji, termomodernizacji lub przebudowy obiektów budowlanych lub ich części zaliczonych do budownictwa objętego społecznym programem mieszkaniowym*. Przez obiekty budownictwa mieszkaniowego – rozumie się budynki mieszkalne stałego zamieszkania sklasyfikowane w Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych w dziale 11 (**art. 2 pkt 12 ustawy o VAT**).

W związku z rozbieżnościami w orzecznictwie sądowym w zakresie stosowania obniżonej stawki VAT do robót wykonywanych poza bryłą budynku, NSA w uchwale w składzie Siedmiu Sędziów z dnia 3 czerwca 2013 r., sygn. akt I FPS 7/12, jednoznacznie przesądził kwestię stosowania obniżonej stawki VAT, o której mowa w art. 41 ust. 12 ustawy o VAT, wskazując, że obniżona stawka VAT, nie może mieć zastosowania do robót dotyczących obiektów budownictwa mieszkaniowego wykonywanych poza budynkiem (poza bryłą takich budynków), jednocześnie definiując pojęcie „budynek”, odsyłając w tym zakresie do słownika języka polskiego: *budynek to: budowla naziemna, jednokondygnacyjna lub wielokondygnacyjna, ograniczona ścianami i dachem, mająca pomieszczenia mieszkalne lub o innym przeznaczeniu*. Wobec czego wszystko, co wykonuje się poza ścianami budynku jest wykonywane poza budynkiem.

W związku z powyższym wykonanie opaski wokół budynku z płyt betonowych jest wykonywaniem robót poza budynkiem, gdyż nie mieszczą się w bryle budynku, a zatem do opaski nie można zastosować preferencyjnej stawki VAT.

Na marginesie należy nadmienić, że **zamawiający** przy odrzuceniu oferty **odwołującego**, powołał się na ww. uchwałę, jednakże wyprowadził z niej wnioski nieznajdujące oparcia w przepisach prawa.

Mając powyższe na względzie do wykonania robót poza bryłą budynku – opaska wokół budynku, będąca infrastrukturą zewnętrzną, zastosowanie znajduje podstawowa stawka VAT, tj. 23%, przyjęta przez **odwołującego**, a nie jak uznał **zamawiający** stawka 8%. Obniżona stawka VAT może znaleźć zastosowanie wyłącznie do robót dotyczących obiektów budownictwa mieszkaniowego (objętego społecznym programem mieszkaniowym, jak i nieobjętego tym programem), wykonywanych w obiektach tego budownictwa (w ich bryle).

Powyższe wnioskowanie potwierdza orzecznictwo sądów administracyjnych, tj. uchwała NSA z 8 marca 2011 r. sygn. akt I FSK 368/10 »Z uwagi na utratę prawa do zwolnienia z dniem 31 grudnia 2007 r. – co wynika wprost z treści art. 146 ust 1 pkt 2 ustawy o VAT – zakresem preferencyjnego opodatkowania nie jest objęta dostawa infrastruktury towarzyszącej budownictwu mieszkaniowemu«.

Wyrok NSA z 27 września 2011 r. sygn. akt I FSK 1387/10 »Od 1 stycznia 2008 r. ze stawki obniżonej, 7% nie korzystają już dostawy i roboty dotyczące infrastruktury towarzyszącej budownictwu mieszkaniowemu. W zakresie robót budowlanych obejmujących budowę budynków mieszkalnych wraz z infrastrukturą wewnętrzną oraz infrastrukturą techniczną zewnętrzną należy stosować odrębne stawki VAT«.

Wyrok NSA z 19 kwietnia 2012 r. sygn. akt I FSK 1189/11 »Z uwagi na utratę z dniem 31 grudnia 2007 r., wynikającego z art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy o VAT, 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 ustawy o VAT 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, ze zm.), na roboty obejmujące urządzenia charakterystyczne dla infrastruktury towarzyszącej temu budownictwu, zdefiniowanej w art. 146 ust. 3 ustawy o VAT«.

Wyrok KIO z 18 czerwca 2010 r., sygn. akt KIO 1053/10 oraz z 3 stycznia 2014 r., sygn. akt KIO 2911/13, jak również liczne interpretacje indywidualne: Dyrektora Izby Skarbowej w Katowicach sygnatura IBPP/2/443-589/09/PH, Dyrektora Izby Skarbowej w Katowicach sygnatura I BPP1/443-501/10/AW, Dyrektora Izby Skarbowej w Katowicach sygnatura I BPPI/443-503/10/RSz, Dyrektora Izby Skarbowej w Łodzi sygnatura PTPP2/443-223/11-2/JS, Dyrektora Izby Skarbowej w Warszawie sygnatura IPPP3/443-555/10-4/IB.

**Odwołujący** złożył również dwie opinie doradców podatkowych dotyczących określenia stawki podatku od towarów i usług dotyczących wykonania opaski wokół budynku

mieszkalnego: opinia doradcy podatkowego Pani D. B. wpis 003370 z 19.06.2015 r., opinia doradcy podatkowego Pani M. L. numer 00185 z 19.06.2015 r.

Odwołujący podkreślił, że **zamawiający** ma obowiązek badać cenę, w tym jeden z elementów cenotwórczych – stawkę VAT i w przypadku stwierdzenia zastosowania błędnej stawki, powinien ofertę odrzucić na podstawie **art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp**. Zgodnie z uchwałami SN z 20 października 2011 r., sygn. akt III CZP 52/2011 oraz sygn. akt III CZP 53/2011, określenie w ofercie ceny brutto z uwzględnieniem nieprawidłowej stawki od towarów i usług, stanowi błąd w obliczeniu ceny.

W przedmiotowym postępowaniu **zamawiający** nie wskazał w SIWZ stawki VAT, w związku z powyższym powinna być ona przyjęta zgodnie z obowiązującymi przepisami, obowiązek ten spoczywa na **wykonawcy** z uwagi, że to on narażony jest na odpowiedzialność karno-skarbową przed organami podatkowymi.

Zgodnie z uchwałą **SN sygn. akt III CZP 53/11**, jeśli **zamawiający** opisując w SIWZ sposób obliczenia ceny nie zawarł żadnych wskazań dotyczących stawki VAT, wówczas oferta zawierająca stawkę VAT niezgodną z obowiązującymi przepisami, podlega odrzuceniu na podstawie **art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp**, w tym przypadku nie ma możliwości poprawienia oferty na podstawie **art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp**. Oferta zawierająca niezgodną z obowiązującymi przepisami stawkę VAT, wpływającą na wysokość ceny brutto niewątpliwie zaburza proces porównywania cen i musi być kwalifikowana, jako zawierająca błąd w obliczeniu ceny, o porównywalności ofert można mówić dopiero wówczas, gdy określone w ofertach ceny, mające być przedmiotem porównania, zostały obliczone z zachowaniem tych samych reguł.

Tym samym to nie oferta **odwołującego** powinna zostać odrzucona z powodu błędu w obliczeniu ceny, ale wszystkich pozostałych **wykonawców**, z uwagi na przyjęcie jednej stawki VAT, tj. 8%.

Powyższe stanowisko jest zgodnie z wyrokiem KIO z 5 lutego 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 107/09, wyrokiem KIO z 24 marca 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 282/09, wyrokiem KIO z 30 kwietnia 2013 r., sygn. akt KIO 880/13, wyrokiem KIO z 3 stycznia 2014 r., **sygn. akt KIO 2911/13**.

Nadto w toku badania i oceny ofert, a więc od chwili ich otwarcia do wyboru najkorzystniejszej oferty, **zamawiający** może żądać od **wykonawców** wyjaśnień dotyczących treści złożonych przez nich ofert. Wprawdzie nie jest to obowiązek **zamawiającego**, jednak gdyby **zamawiający** wystąpił do **odwołującego** o złożenie wyjaśnień w zakresie wskazanych dwóch stawek VAT, wówczas **zamawiający** nie dokonałby oceny ofert z naruszeniem prawa.

W wyroku z 4 lipca 2003 r., UZP/Z0/0-936/03, Zespół Arbitrów wskazał, że »zamawiający może, ale nie musi, z tego uprawnienia skorzystać. (...) Jednak (...) zamawiający powinien dochować należytej staranności i zwrócić się o wyjaśnienie treści złożonej oferty (...), jeżeli istnieją ku temu przesłanki. Zaniechanie przez **zamawiającego** wyjaśniania treści oferty, jeżeli jest to konieczne w celu dokonania rzetelnego badania oferty, stanowi naruszenie przepisów prawa zamówień publicznych (wyroki KIO z 3 stycznia 2012 r., **KIO 1327/09**; z 5 listopada 2009 r., **KIO/UZP 1443/09**; z 13 października 2010 r., **KIO/UZP 2145/10**).

**Odwołujący** przesłał w terminie kopię odwołania **zamawiającemu 22.06.2015 r. (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp)**.

**Zamawiający** przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom **22.06.2015 r. (art. 185 ust. 1 in initio Pzp)**.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie jest zasadne.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w **art. 179 ust. 1 Pzp**, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba postanowiła dopuścić, jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

W ocenie Izby, zarzut pierwszy naruszenia **art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp** – przez odrzucenie oferty **odwołującego** – zawierającej prawidłowe stawki VAT – nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, że **zamawiający** nie wskazywał w **specyfikacji** istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej specyfikacją bez bliższego określenia) jakie stawki VAT mają zastosować **wykonawcy** do wyceny oferty. Spośród złożonych ofert tylko **odwołujący** zastosował do wyceny oferty dwie stawki VAT – 8% i 23%, a pozostali **wykonawcy** zastosowali obniżoną stawkę VAT w wysokości 8% do wszystkich elementów przedmiotu zamówienia. **Zamawiający** opowiedział się za zastosowaniem do wszystkich elementów zamówienia stawki VAT w wysokości 8% i z tego względu **zamawiający** w trakcie badania ofert odrzucił ofertę **odwołującego**, bo odwołujący zastosował dwie stawki VAT, a **zamawiający** dopuścił do oceny ofert pozostałych **wykonawców**, bo ci **wykonawcy** zastosowali do wszystkich elementów jedną stawkę VAT 8%, i **zamawiający** wybrał najkorzystniejszą ofertę spośród ofert tych **wykonawców**. Zamawiający odrzucił ofertę odwołującego na podstawie **art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp**, który brzmi »Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli [...] zawiera błędy w obliczeniu ceny«.

W rozpoznawanej sprawie dla **odwołującego** miało istotne znaczenie zastosowanie do **opaski wokół budynku** podstawowej stawki VAT w wysokości 23%, gdyż zdaniem **odwołującego opaska** nie wchodzi w skład budynku.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że **odwołujący** nie wykazał, że opaska jest elementem nie wchodzącym w skład budynku czy bryły budynku bądź jest elementem innym niż budynek. Wprost przeciwnie na rozprawie **odwołujący** stwierdził, że cyt. »[...] **zamawiający** nie ma racji uważając, że opaska jest trwale związana z budynkiem. Technologicznie musi być zastosowana szczelina dylatacyjna i nie może być trwałego związania ze ścianą budynku, gdyż np. mróz powodowałby pęknięcie nawet ścian budynku«. **Izba** podkreśla, że stosowanie szczelin dylatacyjnych to sposób oddzielania elementów, ale istotą stosowania szczelin dylatacyjnych w całości konstrukcji jest to, aby np. mimo fizycznego ustawicznego zmieniania się poziomów dwóch elementów budowla pozostawała całością i nie występowały w takim budynku zbędne siły powodujące osłabienie konstrukcji czy powodujące pojawienia się pęknięć. Tak więc stosowanie szczelin dylatacyjnych między budynkiem i opaską prowadzi do stwierdzenia, że opaska jest elementem budynku, a nie jak twierdzi **odwołujący**, że ze względu na stosowanie szczelin dylatacyjnych opaska należy do infrastruktury towarzyszącej.

Częstokroć również występuje pojęcie bryły budynku [np. art. 45a ust. 9 ustawy z 10 kwietnia 1997 r. – Prawo energetyczne (Dz. U. z 2012 r. poz. 1059 ze zm.)]. Jednak **Izba** podkreśla, że pojęcia bryły budynku czy budynku nie mogą być utożsamiane z foremnymi bryłami, foremnymi figurami geometrycznymi czy wielościanami foremnymi. Za bryłę budynku czy budynek należy uważać całość obiektu wraz z elementami wychodzącymi poza obrys ścian jak np. balkony, wykusze, fundamenty, rynny. Do takich elementów należy

zaliczyć również opaskę, bo tak jak wykusz nie może istnieć bez budynku, tak i opaska nie może istnieć bez budynku, a również budynek bez wykuszu nie będzie mógł spełniać założonych funkcji i tak samo budynek bez opaski nie będzie spełniać funkcji lepszej odporności na czynniki atmosferyczne.

Dlatego budynek to nie tylko foremny prostopadłościan czy ostrosłup, ale figura, do której należy zaliczyć również balkony, wykusze itd., ale także i opaski, które są połączone z resztą budynku dylatacjami i umożliwiają budynkowi pełnienie funkcji odporności na czynniki atmosferyczne w wyższym stopniu.

Podobnie uchwała NSA z 3 czerwca 2013 r., sygn. akt I FPS 7/12, chociaż nie zostało tam ujęte pojęcie opaski, a tylko uchwała odnosiła się do ogólniejszego pojęcia budynku cyt. »3.5. Dokonując wykładni pojęcia „budynek”, użytego w art. 41 ust. 2 u.p.t.u., należy ustalić, czy obejmuje ono tylko samą – jak to określono we wniosku – bryłę budynku, czy także obejmuje tzw. infrastrukturę w rozumieniu definicji funkcjonującej w okresie poprzednim.

Wobec braku definicji legalnej „budynku” w ustawie o podatku od towarów i usług zasadne jest sięgnięcie do definicji słownikowej. Zgodnie ze „Słownikiem języka polskiego” (red. Mieczysław Szymczak, Warszawa 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.” W tym miejscu konieczne jest odniesienie się do możliwości posługiwania się pojęciem „bryła” budynku. Pojęcie to oznacza „kształt przestrzenny w architekturze i rzeźbie. Ciężka, zwarta bryła budynku zamku” (definicja z ww. „Słownika języka polskiego”). 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).

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 wstępnym 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.

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«.

Również **odwołujący** nie wykazał, że opaska należy do tzw. infrastruktury towarzyszącej, do której zalicza się przede wszystkim urządzenie i zagospodarowanie terenu, a w szczególności drogi, dojścia, dojazdy, zieleń i małą architekturę, urządzenia i ujęcia wody, stacje uzdatniania wody, oczyszczalnie ścieków, kotłownie oraz sieci wodociągowe, kanalizacyjne, ciepłne, elektroenergetyczne, gazowe i telekomunikacyjne – jeżeli są one związane z obiektami budownictwa mieszkaniowego.

Dlatego **zamawiający** odrzucił ofertę, gdzie na wykonanie przedmiotu zamówienia wykonawca zastosował dwie stawki VAT (8% i 23%), zamiast jednej stawki 8%, tak jak uczynili to inni **wykonawcy**.

Wobec powyższego, zarzut – pierwszy naruszenia **art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp** – nie może zostać uwzględniony przez **Izbę**.

W ocenie **Izby**, **zarzut drugi** dokonania wyboru, jako najkorzystniejszej oferty nr 5, która to oferta powinna podlegać odrzuceniu oraz **zarzut trzeci** zaniechania odrzucenia ofert nr 2-4, które powinny podlegać odrzuceniu – nie zasługują na uwzględnienie.

**Zamawiający** uznał (zasadnie, zgodnie z uzasadnieniem Izby nieuwzględnienia zarzutu pierwszego), że do wykonania przedmiotu zamówienia należy zastosować jednolitą stawkę VAT 8%, gdyż przedmiotem zamówienia jest »termomodernizacja i wymiana pokrycia dachowego budynku mieszkalnego«. We wskazanych ofertach **wykonawcy** zadeklarowali zastosowanie tej stawki, dlatego **zamawiający** nie miał powodu do odrzucenia ofert. **Zamawiający** spośród tych ofert wybrał jako najkorzystniejszą ofertę – ofertę nr 5, zgodnie z **art. 91 ust. 1 Pzp**, który to przepis brzmi »Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia«.

Wobec powyższego **Izba** nie może uwzględnić zarzutów drugiego i trzeciego.

W ocenie **Izby**, **zarzut czwarty** – naruszenia **art. 87 ust. 1 Pzp** przez zaniechanie przez **zamawiającego** wezwania **odwołującego** do złożenia wyjaśnień wobec treści oferty, tj. w zakresie przyjętej stawki VAT dla części robót poza bryłą budynku – opaski wokół budynku – nie zasługują na uwzględnienie.

Zgodnie z uzasadnieniem do nieuwzględnienia zarzutu pierwszego Izba stwierdza, że w postępowaniu powinna obowiązywać jedna stawka VAT w wysokości 8%. **Odwołujący** na wykonanie przedmiotu zamówienia zastosował dwie stawki 8% i 23%. **Odwołujący** nie miał w tym zakresie żadnych wątpliwości, bo w ofercie było to jasno zadeklarowane. Dlatego żądanie od **odwołującego** wyjaśnień zastosowania przez niego dwóch stawek VAT nie mogło mieć wpływu na wynik postępowania. **Zamawiający** mając jasne stanowisko **odwołującego** odnośnie zastosowania nie zażądał złożenia wyjaśnień na podstawie **art. 87 ust. 1 Pzp**, gdyż nie miał wątpliwości do treści oferty odwołującego. Przepis **art. 87 ust. 1 Pzp** brzmi »W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści«.

W związku z tym **Izba** nie może przychylić się do czwartego zarzutu **odwołującego** i nie może uwzględnić tego zarzutu.

W ocenie **Izby**, **zarzut piąty** – nie dochowania przez **zamawiającego** należytej staranności w badaniu oferty **odwołującego** – nie zasługuje na uwzględnienie.

**Odwołujący** nie wykazał prowadzenia przez **zamawiającego** postępowania bez należytej staranności, w związku z czym **Izba** nie może przychylić się do zarzutu piątego.

**Zamawiający** – podczas prowadzenia postępowania – nie naruszył wskazanych przez **odwołującego** przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Z powyższych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie **art. 192 ust. 9 i 10 Pzp**, czyli stosownie do wyniku postępowania. **Izba**, na podstawie § 3 pkt 2 lit. a i b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), nie mogła uznać dokumentu zatytułowanego »Spis kosztów postępowania odwoławczego« za rachunek i dlatego **Izba** nie mogła zaliczyć do kosztów postępowania kosztów zamawiającego związanych z dojazdem i wynagrodzeniem pełnomocników. § 3 pkt 2 lit. a i b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich

rozliczenia brzmi »**Do kosztów postępowania odwoławczego, zwanych dalej „kosztami”, zalicza się [...]** uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego, a w okolicznościach, o których mowa w § 5 ust. 1 pkt 3 lit. b lub § 5 ust. 3 pkt 2, koszty uczestnika postępowania odwoławczego, który przystąpił po stronie zamawiającego oraz wniósł sprzeciw, w wysokości **określonej na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy**, obejmujące w szczególności: (a) koszty związane z dojazdem na wyznaczoną rozprawę lub rozprawy (posiedzenie lub posiedzenia) Izby, (b) wynagrodzenie pełnomocników, jednak nie wyższe niż kwota 3.600 zł«.

**Przewodniczący:** .....