

Sygn. akt: KIO 317/18

WYROK
z dnia 28 lutego 2018 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Edyta Paziewska

po rozpoznaniu na posiedzeniu i rozprawie w dniu 28 lutego 2018 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 lutego 2018 roku przez wykonawcę **2 Sun Sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Gdańsku** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Zespół Szkół Centrum Kształcenia Rolniczego im. Stanisława Staszica w Swarzędzie**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, konsorcjum w składzie: **HYDROCHEM DGE SA z siedzibą w Warszawie oraz Podlaskie Przedsiębiorstwo Sanitarne E.T. z siedzibą w Suwałkach**, zgłaszających przystąpienie po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie;**
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego – wykonawcę **2 Sun Sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Gdańsku** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000,00 zł (słownie: dziesięciu tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
3. zasądza od Odwołującego **2 Sun Sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Gdańsku** na rzecz **Zamawiającego - Zespół Szkół Centrum Kształcenia Rolniczego im. Stanisława Staszica w Swarzędzie** kwotę 3 600,00 zł (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych 00/100) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Zamawiającego z tytułu zastępstwa procesowego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2017.1579 j.t.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Gdańsku**

Przewodniczący:

.....

UZASADNIENIE

Dnia 21 lutego 2018 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 180 ust. 1, ust. 2 pkt 4 i 6) w związku z art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29.01.2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zmianami), zwanej dalej „ustawą Pzp” odwołanie złożył wykonawca **2 Sun Sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Gdańsku**, dalej jako „Odwołujący”.

Postępowanie na roboty budowlane o wartości poniżej kwot, o których mowa przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp pn. „Głęboka termomodernizacja Zespołu Szkół Centrum Kształcenia Rolniczego w Swarzędzie przy ul. Szkolnej 2” prowadzi Zamawiający: **Zespół Szkół Centrum Kształcenia Rolniczego im. Stanisława Staszica w Swarzędzie**. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w BZP pod nr 506895-N-2018 dnia 18 stycznia 2018.

Odwołanie wniesiono wobec czynności podjętych przez Zamawiającego w postępowaniu, polegających na:

1. niezgodnym z przepisami ustawy wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - HYDROCHEM DGE SA oraz Podlaskie Przedsiębiorstwo Sanitarne E.T., pomimo, że oferta tego Wykonawcy powinna zostać sklasyfikowana przy prawidłowej ocenie na drugim miejscu, wobec czego nie powinna zostać wybrana do realizacji,
2. zaniechaniu wyboru oferty najkorzystniejszej - Odwołującego, pomimo, że ta oferta spośród ofert niepodlegających odrzuceniu przedstawia najkorzystniejszy bilans kryteriów oceny ofert i uzyskałaby w przypadku prawidłowej oceny maksimum przyznanych punktów;
3. niezgodnym z przepisami ustawy Pzp odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt. 6 ustawy Pzp, pomimo że w świetle dokumentacji postępowania, oraz przepisów podatkowych wartość podatku w ofercie została naliczona prawidłowo.

Interes prawny i faktyczny we wniesieniu odwołania związany jest z okolicznością faktyczną, iż Odwołujący złożył w postępowaniu ważną i niepodlegającą odrzuceniu ofertę, a jednocześnie oferta ta, przedstawiając najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia, była spośród ofert niepodlegających odrzuceniu ofertą najkorzystniejszą.

Informację o wyborze najkorzystniejszej oferty Odwołujący uzyskał w dniu 16 lutego 2018 roku, kiedy to Zamawiający przesłał mu zawiadomienie o wyniku postępowania i opublikował na swojej stronie internetowej wyniki postępowania. Odwołanie wniesione zostało z zachowaniem 5 - dniowego terminu przysługującego Odwołującemu. Odwołujący

przekazał kopię odwołania Zamawiającemu i uiścił wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP.

Odwołujący zarzuca naruszenie następujących przepisów:

1. art. 7 ust 1 i 3 ustawy Pzp poprzez niezachowanie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, przejawiające się subiektywną oceną ofert w postępowaniu, co doprowadziło do naruszenie przepisu art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez uwzględnienie przy ocenie ofert, oferty która według kryteriów ustalonych w postępowaniu prezentuje niższą sumę punktów niż oferta Odwołującego,
2. art. 87 ust. 1 w zw. z art. 7 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do wyjaśnienia sposobu obliczenia ceny w postępowaniu co doprowadziło do odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie subiektywnej oceny dokonania kwalifikacji podatkowej względem drugiej oferty w postępowaniu uzyskanej dopiero na etapie oceny ofert,
3. art. 89 ust. 1 pkt. 6 ustawy Pzp poprzez nieuprawnione zastosowanie tej przesłanki, a to w związku z brakiem błędu obliczenia ceny w ofercie Odwołującego,
4. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybór oferty w postępowaniu, która na podstawie kryteriów oceny ofert nie powinna zostać wybrana jako oferta korzystniejsza od oferty Odwołującego.

Odwołujący wnosil o:

- 1) unieważnienie czynności Zamawiającego, polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: HYDROCHEM DGE SA z siedzibą w Warszawie oraz Podlaskie Przedsiębiorstwo Sanitarne E.T. z siedzibą w Suwałkach,
- 2) unieważnienie czynności Zamawiającego podlegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego,
- 3) nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny i badania ofert z udziałem oferty Odwołującego w celu jej wyboru jako oferty prawidłowej.

W uzasadnieniu podniesiono, że Zamawiający błędnie przyjął podstawy odrzucenia oferty Odwołującego, że określony w Programie Funkcjonalno-użytkowym budynek internatu podlega zaliczeniu do obiektów objętych społecznym programem mieszkaniowym w rozumieniu art. 41 ust. 12 u.p.t.u. jako budynek zbiorowego zamieszkania sklasyfikowany w Państwowej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych w dziale 11, w którym wymieniane są m.in. internaty, a w konsekwencji, że do części robót termomodernizacyjnych, które miałyby zostać wykonane w tym obiekcie zastosowanie miałyby 8% stawka podatku VAT. Takich informacji nie zawiera bowiem dokumentacja postępowania, a sam Zamawiającym nie dokonał klasyfikacji obiektu na etapie przed terminem składania ofert, lecz zrobił to bez potwierdzenia tego faktu dokumentem urzędowym (GUS) na etapie rozstrzygnięcia postępowania, uzasadniając odrzucenie oferty Odwołującego.

Przyjętym przez Zamawiającego w rozstrzygnięciu tezą przeczą także:

- 2) kompleksowy charakter przedmiotu zamówienia oraz żądanie czynności niemożliwej do wykonania, tj. podania zakresu robót przed sporządzeniem dokumentacji projektowej;
- 3) fakt, iż wbrew stanowisku Zamawiającego formularz oferty nie przewiduje wskazania zadań cząstkowych oraz różnych stawek VAT;
- 4) jako kryterium oceny ofert wskazano w SIWZ całkowitą cenę brutto;
- 5) brak miejsca w formularzu oferty na podanie więcej niż jedna stawka VAT.

Zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie zadania pn. „Głęboka termomodernizacja Zespołu Szkół Centrum Kształcenia Rolniczego przy ul. Szkolnej 2 w Swarzędzie”. Zamawiający udzielił zamówienia publicznego w zakresie sporządzenia dokumentacji projektowej oraz wykonania robót budowlanych. Zgodnie z Warunkami Umowy określonymi w SIWZ przedmiot umowy został podzielony na etapy, w ramach których przedmiotem wykonania było:

Etap I

- 1) Pozyskanie dofinansowania i wykonanie dokumentacji projektowej,
- 2) Pozyskanie wymaganych przepisami prawa pozwoleń.

Etap II

- 1) Sfinansowanie zamówienia,
- 2) Wykonanie robót budowlanych i modernizacyjnych,
- 3) Rozliczenie dofinansowania.

Zamówienie zostało określone jako zadanie kompleksowe, w ramach którego Wykonawca miał nie tylko wykonać określone roboty, ale także pozyskać finansowanie, wykonać dokumentację projektową, sfinansować zamówienie i rozliczyć dofinansowanie. Jak wynika z SIWZ oraz PFU, planowane prace termomodernizacyjne stanowiące wycinek zamówienia miały dotyczyć trzech obiektów budowlanych:

- budynek szkoły wraz z łącznikiem oraz salą gimnastyczną,
- budynek warsztatu;
- budynek internatu wraz ze stołówką, kuchnią i kotłownią.

Budynki stanowią jeden kompleks zasilany wspólną kotłownią gazową przeznaczoną do wymiany.

Szczególnie istotnym z punktu widzenia rozstrzygnięcia Zamawiającego jest budynek internatu, składający się z 4 części połączonych ze sobą łącznikami:

- budynek A1 - czterokondygnacyjny, dwutraktowy człon główny o układzie konstrukcyjnym podłużnym, będący częścią mieszkalną dla wychowanków;
- budynek A2 - dwukondygnacyjny, niepodpiwniczony, dwutraktowy człon o układzie konstrukcyjnym podłużnym, mieszczący trzy służbowe lokale mieszkalne (z niezależnym

wejściem z zewnątrz i niezależną klatką schodową), jeden lokal na parterze (wg projektu pierwotnego zespół pomieszczeń służby zdrowia, dwa na piętrze) oraz zespół pomieszczeń pralni;

- budynek B - zespół żywienia;
- budynek C - kotłownia z pomieszczeniami socjalnymi dla palaczy.

Zgodnie z PFU łączna powierzchnia użytkowa budynku internatu wynosi 2429,1 m². Brak jest wyszczególnienia, jaki procent tej powierzchni jest wykorzystywany do celów mieszkalnych.

W punkcie 19.7.1 SIWZ wskazano, że ocena punktowa poszczególnych ofert w pierwszym kryterium dotyczącym ceny zostanie dokonana w odniesieniu do „Całkowitej ceny brutto”. Z podanym w SIWZ wzorze oceny punktowej oferty porównaniu podlegały wyłącznie całkowite ceny brutto badanych ofert.

Do przetargu zgłosiły się dwa podmioty:

1. 2 Sun Sp. z o.o. Sp. k. - Odwołujący;
2. Konsorcjum: Hydrochem DGE S.A. oraz Podlaskie Przedsiębiorstwo Sanitarne E.T. - Konsorcjum.

W dniu 16 lutego 2018 r. Zamawiający poinformował, że za najkorzystniejszą ze złożonych ofert uznana została Konsorcjum. Zamawiający poinformował ponadto, że w trybie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, z uwagi na błędy w obliczeniu ceny oferty, odrzucił ofertę Odwołującego. Zdaniem Zamawiającego oferta Odwołującego zawierała błąd polegający na zastosowaniu nieprawidłowej stawki podatku VAT w odniesieniu do części zamówienia dotyczącej budynku internatu, gdyż zgodnie z art. 41 ust. 12 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (u.p.t.u.) dla obiektów budownictwa mieszkaniowego (rozumianego jako budynek zbiorowego zamieszkania sklasyfikowany w Państwowej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych w dziale 11, obejmującym m. in. internaty) obowiązuje opodatkowanie wg preferencyjnej stawki VAT 8%, nie zaś wg podstawowej stawki 23%, jaka została zawarta w ofercie.

Odwołujący stoi na stanowisku, że zastosowanie przez niego stawki podatku VAT 23% w odniesieniu do całego przedmiotu zamówienia jest prawidłowe:

Zgodnie z art. 41 ust. 12 u.p.t.u., preferencyjna stawka podatku w wysokości 8% ma zastosowanie wyłącznie do dostawy, budowy, remontu, modernizacji, termomodernizacji lub przebudowy obiektów budowlanych lub ich części zaliczonych do budownictwa objętego społecznym programem mieszkaniowym. Przez „budownictwo objęte społecznym programem mieszkaniowym” rozumie się:

- obiekty budownictwa mieszkaniowego lub ich części, z wyłączeniem lokali użytkowych, oraz

- lokale mieszkalne w budynkach niemieszkalnych sklasyfikowanych w Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych w dziale 12, a także
- 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, z zastrzeżeniem ust. 12b ww. ustawy.

Ponadto przez „obiekty budownictwa mieszkaniowego” rozumie się budynki mieszkalne stałego zamieszkania sklasyfikowane w Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych w dziale 11 (art. 2 pkt 12 u.p.t.u.).

Z przytoczonych przepisów u.p.t.u. wynika wyraźnie zakres stosowania preferencyjnej stawki podatku VAT, która ma zastosowanie jako wyjątek i dotyczy precyzyjnie określonych w ustawie rodzajów obiektów. Tymczasem w dokumentacji przetargowej brak jest danych dotyczących klasyfikacji PKOB budynku internatu, a z danych zawartych w SIWZ nie wynika jednoznacznie, aby w przypadku budynku internatu w Swarzędzie budynek ten mógł zostać sklasyfikowany w dziale 11 PKOB. Zamawiający nie przedstawił szczegółowych informacji wskazujących na to, że taka klasyfikacja jest zasadna. O klasyfikacji budynku nie rozstrzyga nazwa np. internat, ale rzeczywiste wykorzystanie powierzchni użytkowej budynku na cele mieszkalne, gdzie zakres przeznaczenia poszczególnych części obiektu rozstrzyga według metodologii określonej w PKOB o właściwej klasyfikacji obiektu. Zamawiający nie wskazał jak jaka jest klasyfikacja obiektu określanego jako obiekt internatu. Dane takich nie zawiera ani SIWZ, ani PFU. Z informacji udostępnionych przez Zamawiającego wynika jedynie, że budynek internatu składa się w istocie z czterech budynków (złączonych ze sobą łącznikami), z których tylko część ma charakter mieszkalny, a pozostałe mają inne przeznaczenie (kotłownia, zespół żywienia, pomieszczenia użytkowe części mieszkalnych). Brak szczegółowych powierzchni poszczególnych części nie pozwalają ustalić zakresu wykorzystania obiektu do celów mieszkalnych, a w konsekwencji dokonać precyzyjnej kwalifikacji w świetle PKOB. W ślad za tym zaś ocenić, czy 8% stawka VAT miała potencjalnie w omawianym zamówieniu zastosowanie. Z uwagi na brak precyzyjnych informacji w dokumentacji przetargowej dotyczących właściwej klasyfikacji PKOB budynku internatu oraz całkowitej powierzchni użytkowej wykorzystywanej do celów mieszkalnych, brak jest podstaw do przyjęcia, że stosownie do art. 41 ust. 12 u.p.t.u. w sprawie mogłaby znaleźć zastosowanie preferencyjna stawka VAT.

Warunki zamówienia wskazują, że jest ono oparte na formule „zaprojektuj i wybuduj”. Taka formuła powoduje, że zamówienie ma charakter kompleksowy i na dzień składania oferty z uwagi na brak szczegółowego przedmiaru prac czy kosztorysu robót brak jest możliwości wyróżnienia poszczególnych elementów składowych robót budowlanych i termomodernizacyjnych wchodzących w zakres zadania Wykonawcy. Elementy te zostaną

dopiero sprecyzowane wraz z opracowaniem dokumentacji projektowej, która zostanie wykonana przez Wykonawcę w ramach zamówienia. Niezależnie zatem od braku danych pozwalających na sklasyfikowanie obiektu internatu w świetle PKOB, oparcie przetargu na formule „zaprojektuj i wybuduj” wyklucza określenie zakresu zastosowania preferencyjnej stawki VAT w odniesieniu do przyszłych prac, które hipotetycznie mogłyby zostać opodatkowane wg preferencyjnej stawki VAT z uwagi na charakter obiektu, w którym miałyby zostać wykonane. Na etapie składania oferty w dokumentacji przetargowej brak jest takich dokumentów jak: kosztorysy, projekty techniczne, obmiary, itp., które mogłyby wskazywać jakie prace o jakiej wartości mogłyby zostać wykonane w obiektach zaliczanych do obiektów, o których mowa w art. 41 ust. 12 u.p.t.u. W związku z powyższym w momencie przystępowania do przetargu nie wiadomo, jakie prace oraz w jakim zakresie będą mogły być przypisane do konkretnych obiektów, w związku z czym na dzień złożenia oferty Odwołujący nie był w stanie precyzyjnie wyliczyć wartości robót, które można czysto hipotetycznie objąć obniżoną stawką VAT. Żądanie podania wartości takich prac w sytuacji, gdy sporządzenie szczegółowego kosztorysu robót wchodziło w zakres zamówienia oznaczałoby, że Zamawiający żąda wykonania świadczenia niemożliwego do realizacji na dzień składania oferty. Jednocześnie oznaczałoby żądanie wykonania zadania, które Zamawiający dopiero zleca do wykonania w ramach zamówienia.

Dodatkowo Odwołujący zaznaczył, że zakres robót objętych zamówieniem jest bardzo szeroki i znacząco szerszy w stosunku do prac termomodernizacyjnych, które hipotetycznie z uwagi na klasyfikację obiektu mogłyby zostać objęte preferencyjną stawką VAT. Zgodnie z PFU całe zadanie miało zostać wykonane w trzech odrębnych obiektach, a więc tylko w pewnym zakresie mogło objąć budynek internatu. Ponadto zakres objętych zamówieniem prac obejmuje również czynności i dostawy takie jak: wprowadzenie Systemu Zarządzania Energią wraz z opłatami licencyjnymi, opieką serwisową, infrastrukturą IT, opaska betonowa wokół budynków itp. Bez szczegółowego projektu oraz kosztorysu prac ich zakwalifikowanie do robót objętych obniżoną stawką VAT nie znajdowałoby żadnego uzasadnienia.

Mając zatem na uwadze, że przedmiotowe zamówienie dotyczy wykonania kompleksowej usługi obejmującej całe spektrum czynności, począwszy od wykonania dokumentacji projektowej, poprzez uzyskanie wszelkich wymaganych prawem pozwoleń, zapewnieniu finansowania oraz na wykonaniu robót budowlanych i termo modernizacyjnych skończywszy, do tak określonego zamówienia zastosować należy wyłącznie stawkę 23%. Brak jest przesłanek oraz danych pozwalających na wydzielanie części świadczenia w ramach zadania i zastosowania w tym zakresie preferencyjnej stawki VAT (8%). Wykonawca, który przy braku danych wskazałby na możliwość zastosowania 8% stawki VAT popełniłby błąd w obliczeniu ceny w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 6 u.p.z.p.

Formularz Ofertowy (załącznik nr 1 do SIWZ) nie przewiduje możliwości podziału zadania na zadania cząstkowe. Wprowadzony przez Formularz Ofertowy w pkt 4 podział na wykonanie dokumentacji projektowej, wykonanie zakresu objętego pracami termomodernizacyjnymi oraz wykonanie zakresu objętego robotami pozostałymi jest podziałem niewystarczającym z punktu widzenia oczekiwanego przez Zamawiającego podziału na zastosowanie stawek 23% i 8%. Zastosowany w Formularzu Ofertowym podział nie uwzględnia oczekiwanego przez Zamawiającego na etapie oceny ofert podziału odnoszącego się do przeznaczenia części obiektów (mieszkalny/niemieszkalny). Z zestawienia argumentacji Zamawiającego z treścią Formularza Ofertowego wynikałoby, że uwzględnienie wpływu charakteru prac w obiektach kwalifikowanych przez Zamawiającego jako mieszkalne na wysokość należnego podatku VAT powinno znaleźć odzwierciedlenie w zbiorczej kwocie stanowiącej podatek VAT wpisanej w jednej z rubryk Formularza Ofertowego. Z tak podanej zbiorczej kwoty VAT miałyby wynikać, że dany oferent przewidział w jakimś zakresie zastosowanie preferencyjnej stawki VAT. Mając na uwadze, że jednocześnie ani Formularz Ofertowy, ani jakikolwiek inny element dokumentacji przetargowej nie zawiera danych precyzujących w przypadku jakich prac oraz o jakiej wartości ma zastosowanie stawka 8% uznać należy, że podanie innej kwoty podatku VAT niż kwota odpowiadająca kwocie 23% wartości netto z oferty nie mogłaby zostać w żaden sposób zweryfikowana, zarówno co do poprawności obliczenia jak i co do poprawności przypisania stawki 8% do danego rodzaju prac (nieznany zakres robót, które mają być wykonane, z uwagi na brak dokumentacji projektowej). W takim stanie rzeczy należy stwierdzić, że podanie w ofercie innej kwoty podatku niż kwota odpowiadająca kwocie 23% wartości netto z oferty stanowi błąd w obliczeniu ceny w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 6 u.p.z.p.

Orzecznictwo Krajowej izby Odwoławczej z ostatnich lat (po uchwałach SN III CZP 52/11 I 53/11) wskazuje, że występuje wyraźna różnica pomiędzy zastosowaniem stawki podstawowej, gdy nie są jasne okoliczności zastosowania preferencji, niż wskazana w wyżej określonych orzeczeniach zasada, według której wskazanie stawki preferencyjnej, niezgodnej z przepisami podatkowymi stanowi błąd w obliczeniu ceny ze względu na brak porównywalności ofert.

W tym postępowaniu pomimo zastosowania stawki podstawowej 23% na cały przedmiot zamówienia, a to w braku jednoznacznych kwalifikacji i podziałów, Odwołujący gdyby nie odrzucono jego oferty uzyskałaby najwyższą ilość punktów. Wskazanie więc jedynego możliwego wyjścia - stawki podstawowej nie miało wpływu w tym przypadku na konkurencję w postępowaniu i nie miałyby wpływu na jego wynik. Co oczywiste jednak, stawka podstawowa jest stawką, za zastosowanie której ani Zamawiającemu, ani też Odwołującemu nie grożą żadne konsekwencje podatkowe.

Wobec powyższego Odwołujący wnosił o orzeczenie zgodnie z żądaniem odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, złożonych pismach procesowych, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w całości w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, Izba skierowała odwołanie na rozprawę

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nieprawidłowe dokonanie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty Odwołującego i wybór oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej oznacza że potencjalne stwierdzenie naruszenia w tym zakresie przepisów ustawy Pzp pozbawia Odwołującego (którego oferta była korzystniejsza cenowo), możliwości uzyskania zamówienia i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wykonywania zamówienia. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Do postępowania odwoławczego zgłoszenie przystąpienia po stronie Zamawiającego złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie, konsorcjum w składzie: **HYDROCHEM DGE SA z siedzibą w Warszawie oraz Podlaskie Przedsiębiorstwo Sanitarne E.T. z siedzibą w Suwałkach**. Izba uznała przystąpienie za skuteczne.

Odwołujący w odwołaniu prawidłowo przytoczył zapisy SIWZ, w tym opisu przedmiotu zamówienia, PFU, wzoru umowy, istotne dla rozstrzygnięcia przedmiotu sporu.

Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia zamieszczonym w ogłoszeniu o zamówieniu zamówienie obejmowało swoim zakresem: – Przygotowanie dokumentacji aplikacyjnej wraz ze wszystkimi niezbędnymi załącznikami zgodnie z wymogami instytucji dofinansującej i pozyskanie dofinansowania zadania na zasadach określonych w SIWZ oraz Umowie Głównej. – Wykonanie dokumentacji projektowej oraz – Po pozyskaniu dofinansowania wykonanie robót budowlanych na zasadach określonych w dalszej części

programu. – Rozliczenie dofinansowania z instytucją finansującą. Zamawiający określił także zakres robót budowlanych do wykonania.

Według rozdziału 13.1 SIWZ podana w ofercie cena ofertowa brutto musiała uwzględniać wszystkie wymagania SIWZ oraz obejmować wszystkie koszty bezpośrednie i pośrednie, jakie poniesie Wykonawca z tytułu terminowego i prawidłowego wykonania całości przedmiotu zamówienia oraz podatek od towarów i usług (nie dotyczy Wykonawców zagranicznych, którzy nie są płatnikami podatku VAT w Polsce). Łączną ceną brutto z formularza ofertowego – załącznik nr 1 do SIWZ stanowić miała ryczałtowe wynagrodzenie Wykonawcy i traktowana była jako cena oferty oraz służyć miała do oceny i porównywania złożonych ofert w ramach kryterium „Cena oferty”. Formularz ofertowy nie zawierał rozróżnienia na kilka stawek podatku VAT.

W opisie założeń ujętych w PFU Zamawiający podał wielkość całkowitej powierzchni użytkowej w rozbiciu na poszczególne budynki, a także określił, że dodatkowa dokumentacja dotycząca budynków, w tym dokumentacja budowlana, znajduje się w siedzibie Zamawiającego i wykonawcy zainteresowani złożeniem oferty mogą się z nią zapoznać.

Zawiadamiając o odrzuceniu oferty Odwołującego Zamawiający przywołał zapisy rozdziału 13.1 SIWZ. Nadto zwrócił uwagę, że część obiektu objętego zamówieniem, którego dotyczy zadanie związane z termomodernizacją stanowi budynek internatu. Do obowiązków zainteresowanych wykonawców należy dokładne i rzetelne zapoznanie się z warunkami przyszłej umowy, w tym opisem programu funkcjonalno-użytkowego. Mając na uwadze treść art. 41 ust. 12 ustawy o podatku od towarów i usług dla obiektu internatu rozumianego jako obiekt budownictwa mieszkaniowego (rozumianego jako budynek zamieszkania sklasyfikowany w PKOB w dziale 11, obejmującego – oprócz internatów – takie obiekty jak; domy studenckie, bursy, domy dziecka) obowiązuje opodatkowanie stawką VAT w wysokości 8%, a nie jak przyjął Odwołujący 23%. Z uwagi na nieprawidłowe zastosowanie podatku VAT przy obliczeniu ryczałtowej ceny ofertowej dla potrzeb sporządzania oferty przetargowej, zgodnie z orzecznictwem KIO, nie podlega poprawie w trybie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp.

Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę, Izba uznała, że odwołanie musiało zostać oddalone.

Zapisy SIWZ nie pozostawiały wątpliwości, że pracami termomodernizacji objęty będzie budynek internatu. Budynek ten został w PFU szczegółowo opisany, z podaniem jego przeznaczenia, z określeniem ilości osób, które mogą znaleźć zakwaterowanie oraz wskazaniem pomieszczeń dodatkowych, między innymi: kuchni, stołówki i kotłowni.

Między Stronami postępowania odwoławczego nie było sporu, że zastosowanie obniżonej stawki podatku VAT jest możliwe w przypadku obiektów budowlanych lub ich części zaliczanych do budownictwa objętego społecznym programem mieszkaniowym. Sporna była kwestia, czy przy obowiązujących zapisach SIWZ można było zastosować obniżoną stawkę do prac związanych z budynkiem internatu.

Zgodnie z art. 41 ust. 12 ustawy o podatku od towarów i usług - stawkę podatku, o której mowa w ust. 2 (czyli 8%), stosuje się do dostawy, budowy, remontu, modernizacji, termomodernizacji lub przebudowy obiektów budowlanych lub ich części zaliczonych do budownictwa objętego społecznym programem mieszkaniowym.

Przez budownictwo objęte społecznym programem mieszkaniowym - zgodnie z art. 41 ust. 12a ww. ustawy - rozumie się obiekty budownictwa mieszkaniowego lub ich części, z wyłączeniem lokali użytkowych, oraz lokale mieszkalne w budynkach niemieszkalnych sklasyfikowanych w Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych w dziale 12, a także 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, z zastrzeżeniem ust. 12b.

Przepis art. 2 pkt 12 ustawy o VAT określa, że przez obiekty budownictwa mieszkaniowego, rozumie się budynki mieszkalne stałego zamieszkania, sklasyfikowane w Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych w dziale 11, który obejmuje budynki zbiorowego zamieszkania, w tym internaty.

W ocenie Izby dostrzeżenia wymaga, że obowiązek prawidłowego zakwalifikowania budynku do właściwej klasy PKOB, w związku z koniecznością zastosowania prawidłowej stawki podatku od towarów i usług przy świadczeniu usług budowlanych związanych z jego budową, remontem, modernizacją, termomodernizacją czy przebudową ciąży na wykonawcy. Dla prawidłowego określenia wysokości podatku VAT konieczna jest zatem precyzyjna identyfikacja obiektu, który ma być efektem inwestycji zgodnie z zasadami klasyfikacji statystycznych, a także zdefiniowanie czynności, które będą wykonywane w tym obiekcie. Jeżeli zatem w wyniku przebudowy obiekt budowlany jej poddany będzie się kwalifikował do budownictwa objętego społecznym programem mieszkaniowym, to do robót wykonywanych w budynku będzie miała zastosowanie obniżona stawka podatku VAT.

Zgodnie także z definicją budynku mieszkalnego zawartą w pkt 2 załącznika do rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 1999 r. w sprawie Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych budynkiem mieszkalnym jest obiekt budowlany, którego co najmniej połowa całkowitej powierzchni użytkowej wykorzystywana jest na cele mieszkalne. W przypadku, gdy mniej niż połowa całkowitej powierzchni użytkowej wykorzystywana jest na cele mieszkalne, budynek taki klasyfikowany jest jako niemieszkalny, zgodnie z przeznaczeniem. W załączniku tym wskazano również, że budynki niemieszkalne są to

obiekty budowlane wykorzystywane głównie dla potrzeb niemieszkalnych. W przypadku, gdy co najmniej połowa całkowitej powierzchni użytkowej wykorzystywana jest do celów mieszkalnych, budynek klasyfikowany jest także jako budynek mieszkalny. Podano również, że całkowita powierzchnia użytkowa budynku obejmuje całą powierzchnię budynku z wyjątkiem: powierzchni elementów budowlanych m.in. podpór, kolumn, filarów, szybów, kominów, powierzchni zajmowanych przez pomieszczenia techniczne instalacji ogólnobudowlanych oraz powierzchni komunikacji, np. klatki schodowe, dźwigi, przenośniki. Z kolei część „mieszkaniowa” budynku mieszkalnego obejmuje pomieszczenia mieszkalne (kuchnie, pokoje wypoczynkowe, sypialnie), pomieszczenia pomocnicze, takie jak piwnice oraz pomieszczenia ogólnego użytkowania (np. wózkarnie, suszarnie). Co oznacza, że wbrew twierdzeniom Odwołującego, także pomieszczenia kuchni i stołówki należałoby zaliczyć do powierzchni mieszkalnej. Oznacza to także, że nawet jeżeli Odwołujący nie znał dokładnej powierzchni mieszkalnej budynku internatu, z uwagi na wskazanie przez Zamawiającego w PFU ogólnych danych odnoszących się do całkowitej powierzchni użytkowej, to doświadczenie życiowej podpowiada, że powierzchnia ta w większej części wykorzystywana jest na cele mieszkalne przeznaczone dla wychowanków szkoły.

Jak słusznie zauważył w swoim piśmie procesowym Przystępujący, wydawane interpretacje podatkowe w przypadku kompleksowego remontu budynku, bez wyszczególnienia powierzchni mieszkalnej i niemieszkalnej nakazują stosować stawkę odpowiednią do celu przypisanego dla takiego budynku. Bez wątpienia więc celem budynku internatu jest zaspokojenie potrzeb mieszkaniowych wychowanków szkoły, zapewnienie warunków zbliżonych do domowych, z ułatwionym dostępem do zajęć dydaktycznych.

Reasumując tę część wywodów, w ocenie składu orzekającego Izby nie zachodziły okoliczności utrudniające Odwołującemu prawidłową klasyfikację budynku z uwzględnieniem jego przeznaczenia. Dodatkowo Odwołujący mógł zapoznać się ze szczegółową dokumentacją techniczną każdego z budynków, czego nie uczynił. Nie można zapominać, że wykonawca ubiegający się o zamówienie publiczne winien być profesjonalistą, od którego można wymagać podwyższonego standardu wykonywania działalności gospodarczej. Winien on więc dołożyć wszelkich starań, aby jego oferta była prawidłowo złożona, w tym zawierała prawidłowo dokonaną kalkulację ceny. Dla ustalenia prawidłowej stawki VAT istotne znaczenie miała zatem klasyfikacja modernizowanych budynków, a ta nie została przez Odwołującego przeprowadzona prawidłowo. Zamawiający podkreślał także, że obowiązkiem każdego wykonawcy jest zweryfikowanie wartości dotyczących wielkości prac, w tym powierzchni, przed złożeniem oferty.

Nie można uznać za słusznej argumentacji Odwołującego, że skoro Zamawiający nie wskazał w SIWZ właściwej stawki podatku, a formularz ofertowy nie przewidywał formuły

zastosowania dwóch stawek, to właściwa była stawka podatku 23%. Dobitnie podkreślić należy, iż zgodnie ze stanowiskiem doktryny i orzecznictwa, to na wykonawcy spoczywa obowiązek ustalenia prawidłowej stawki podatku od towarów i usług. Zamawiający nie jest zobowiązany do wskazywania w SIWZ tej stawki, ma jedynie obowiązek weryfikacji prawidłowości stawki określonej przez wykonawcę. Obowiązkiem Zamawiającego jest opisanie sposobu obliczenia ceny i wskazanie składowych ceny.

Przechodząc dalej do zarzutów odwołania, w tym czy możliwe było zastosowanie w postępowaniu art. 87 ustawy Pzp i poprawienie omyłki co do stawki podatku, to w pierwszej kolejności uznać należy, że w ofercie Odwołującego nie dopatrzone się wątpliwości, które wymagały zastosowania trybu wyjaśnień. Treść oferty Odwołującego była klarowna, w tym także w zakresie zastosowanej stawki podatku. Natomiast sprawdzenie, czy zastosowana stawka jest prawidłowa nie mieści się już, w ocenie Izby, w procedurze wyjaśnień. Wszelkie bowiem dywagacje na ten temat prowadziłyby do istotnej zmiany treści oferty, a więc zastosowanie trybu poprawy art. 87 ust. 2 ustawy Pzp byłoby wykluczone. W takiej sytuacji zastosowanie nieprawidłowej stawki podatku VAT uznać należy za błąd w obliczeniu ceny, który obligatoryjnie prowadzi do odrzucenia oferty takiego wykonawcy. Zatem działania Zamawiającego dokonane w procesie badania i oceny ofert uznać należało za prawidłowe.

W konsekwencji Zamawiający nie dopuścił się także naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp ani art. 7 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1) oraz ust. 4 w zw. z § 3 pkt 2) 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 ze zmianami) obciążając nimi Odwołującego.

Przewodniczący:

.....