

Sygn. akt: KIO 451/12

WYROK
z dnia 14 marca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk
Aneta Mlącka
Izabela Niedziałek – Bujak

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 marca 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 marca 2012 r. przez wykonawcę **Izabelę Woźną prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą BESTBAU Izabela Woźna, 64-800 Chodzież, ul. Ujska 1** w postępowaniu prowadzonym przez **Szkołę Policji w Pile, 64-920 Piła, pl. Staszica 7**

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża **Izabelę Woźną prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą BESTBAU Izabela Woźna, 64-800 Chodzież, ul. Ujska 1** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Izabelę Woźną prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą BESTBAU Izabela Woźna, 64-800 Chodzież, ul. Ujska 1** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 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 Poznaniu.

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione przez wykonawcę - BESTBAU Izabela Woźna z Chodzieży w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113 poz. 759 ze zm.), [dalej: ustawa Pzp] przez Zamawiającego - Szkołę Policji w Pile. Przedmiotem tego postępowania jest „Remont pomieszczeń biurowych części budynku dwukondygnacyjnego wraz z zagospodarowaniem piwnic na cele magazynowe”. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust 1 pkt 6 ustawy Pzp w związku z odrzuceniem jego oferty i nieodrzuconiem pozostałych ofert. W uzasadnieniu wykonawca podał, że Zamawiający odrzucił ofertę na podstawie art. 89 ust 1 pkt 6 ustawy zarzucając błąd w obliczeniu ceny poprzez zastosowanie niewłaściwej stawki podatku VAT tj 8 i 23 %, która to stawka została zastosowana tylko przez Odwołującego, gdyż pozostali - zastosowali stawkę 23 %. Wskazując na uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 20.X.2011 r. CZP 52/2011 wykonawca podniósł, że Zamawiający w siwz nie określił obowiązującej stawki podatku VAT. Stwierdził także, że odrzucając ofertę, Zamawiający stwierdził, że dla poprawności wyliczenia stawki podatkowej obowiązującej w przedmiotowym postępowaniu przetargowym istotne jest pojęcie „szkoły”, a Szkoła Policji nie jest szkołą w rozumieniu ustawy o systemie oświaty (Dz. U. 2004 nr 256 poz. 2572 z zm.) i rejon zakwaterowania określony w siwz nie jest bursą szkolną w rozumieniu PKOB 1130. Określenie - bursa – używane jest potocznie w jednostkach szkoleniowych policji określając rejon zakwaterowania słuchaczy (policjantów). Zdaniem wykonawcy, Zamawiający mylnie określił podstawę wyliczenia prawidłowej stawki podatku od towarów i usług zwanym w dalszej części podatkiem VAT. Jedyną podstawę wyliczenia prawidłowej stawki podatku VAT stanowi ustawa o podatku od towarów i usług i pojęcie „szkoły” oraz budynku mieszkalnego „bursa” nie ma żadnego znaczenia dla rozstrzygnięcia tej kwestii, albowiem w specyfikacji w nagłówku Zamawiający dookreślił zamówienie nazywając je remontem bursy Szkoły Policji w Pile i zachował tę terminologię we wszystkich pismach łącznie z informacją o odrzuceniu oferty. W pkt IV siwz zatytułowanym - Opis przedmiotu zamówienia nakazał wykonanie przedmiotu zamówienia w oparciu o wizję lokalną, projekt budowlany, przedmiary robót (pomocniczo) oraz specyfikację techniczną wykonania i odbioru robót. Z uwagi na ryczałtowy charakter zamówienia najistotniejszym dokumentem pozwalającym określić zakres rzeczowy zamówienia był projekt budowlany zatytułowany „Adaptacja pomieszczeń biurowych części istniejącego budynku dwukondygnacyjnego na cele sypialniane wraz z zagospodarowaniem piwnic na cele magazynowe”. Identyczną nazwę nosi specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót a także strony tytułowe załączonych przedmiarów robót. Natomiast w pkt 1.3 projektu budowlanego zatytułowanego (Dane Ogólne) zapisano, że planuje się adaptację

części pomieszczeń biurowych istniejącego budynku bursy na pomieszczenia sypialne. Projektuje się pokoje 1, 2 i 3 osobowe z węzłem sanitarnym przy pokoju. Na parterze planuje się powiększenie pomieszczenia istniejącej jadalni o dodatkową kubaturę. Planuje się również dostosować istniejącą klatkę schodową do obowiązujących przepisów. Zakłada się adaptację pomieszczeń piwnicy na cele magazynowe. W dalszej części projektu w zestawieniu powierzchni pomieszczeń pkt 1.4.1 wykazano powierzchnię oraz nazwano wszystkie pomieszczenia odpowiednio piwnicy, parteru i piętra. Pozwala to w sposób jednoznaczny wydzielić pomieszczenia mieszkalne i użytkowe gdzie w piwnicy znajdują się magazyny (pomieszczenia użytkowe), natomiast na parterze oraz piętrze znajdują się pomieszczenia mieszkalne. W pkt XVI siwz zatytułowanym: Sposób obliczenia ceny oferty, Zamawiający zobowiązał wykonawców aby przed złożeniem oferty zapoznali się dokumentacją projektową w celu dokładnej analizy rzeczowego zakresu robót oraz do podania w ofercie ostatecznej, sumarycznej ceny obejmującej wszystkie koszty z uwzględnieniem wszystkich opłat i podatków (także podatku od towarów i usług). Zamawiający nie określił obowiązującej stawki podatku VAT. Taka konstrukcja siwz oraz przytoczone powyżej określenie zakresu rzeczowego inwestycji jednoznacznie wskazuje, że mamy do czynienia z pełniącym dwie funkcje budynkiem: mieszkalnym i użytkowym. Zgodnie z ustawą o podatku od towarów i usług preferencyjną 8 % stawkę podatku VAT stosuje się do dostawy, budowy, remontu, modernizacji, termomodernizacji lub przebudowy obiektów budowlanych lub ich części zaliczonych do budownictwa objętego społecznym programem mieszkaniowym. Wskazana ustawa w art. 41 ust 12a stanowi, że 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 (PKOB). Według PKOB 1130 stanowiącej załącznik do rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 1999 r. do budynków zbiorowego zamieszkania (do których stosuje się 8% stawkę podatku VAT) kwalifikuje się budynki zbiorowego zamieszkania w tym domy dla studentów, np. internaty i bursy szkolne. Z powyższego wynika, że wymienione obiekty nie stanowią zamkniętego katalogu obiektów wskazując wyłącznie na funkcję i cel danego budynku. Według PKOB przez budynki mieszkalne rozumie się obiekty budowlane, których co najmniej połowa całkowitej powierzchni użytkowej jest wykorzystywana do celów mieszkalnych. Bez znaczenia zatem pozostaje określenie statusu Szkoły Policji. Ustawa o podatku VAT odnosi się do obiektów budownictwa mieszkaniowego a nie do bursy szkolnej czy też jakiegokolwiek innej, gdyż przykładowe budynki mają charakteryzować ich funkcję oraz cel. Istotne zatem dla przedmiotowej sprawy jest określenie czym jest budynek objęty przedmiotem zamówienia. Jest to więc budynek dwukondygnacyjny w którym: powierzchnię 358,51m² zajmuje piwnica z pomieszczeniami technicznymi oraz magazynami, następnie

parter o powierzchni 320,62m² i piętro o pow. 169,08m² z pomieszczeniami mieszkalnymi o łącznej pow. 489,70m². Łączna powierzchnia pomieszczeń wynosi 848,21m². Lokale użytkowe mieszczące się w piwnicy stanowią 42,26% powierzchni budynku. Powierzchnia mieszkalna zajmuje więc pozostałe 57,74%. Jest to więc budynek mieszkalny zgodnie z przytoczoną powyżej klasyfikacją PKOB. Dodatkowym elementem pozwalającym określić status przedmiotowego budynku jest określenie jego funkcji i celu. Zgodnie z założeniami projektu należy wykonać adaptację pomieszczeń biurowych istniejącego budynku dwukondygnacyjnego na cele sypialniane oraz zagospodarować piwnice na cele magazynowe. Wynika z tego, że budynek ma spełnić cele sypialniane, a więc mieszkalne oraz cele magazynowe, a więc użytkowe. Następnie można stwierdzić, że lokale mieszkalne będą dostępne mieszkańcom przez 24 godziny na dobę z uwagi na fakt, że będą tam mogli spać, jeść, korzystać z przypokojowych łazienek oraz spędzać tam wolny czas. Pozostaje jeszcze funkcja budynku. Zamawiający sam posługuje się nazwą bursa, twierdząc jednocześnie, że nie jest to bursa szkolna w rozumieniu PKOB stwierdzając jednak, że jest to rejon zakwaterowania słuchaczy (policjantów) tak samo jak np. akademik czy internat. Według słownika języka polskiego - bursa - to dawne określenie dzisiejszego internatu. Internat natomiast definiuje się jako zakład, w którym mieszka i otrzymuje wyżywienie młodzież ucząca się poza miejscem stałego zamieszkania. Budynek ten ma więc spełniać funkcje zakwaterowania słuchaczy z jednoczesnym zapewnieniem pobytu w tym spania i wyżywienia, albowiem zgodnie ze Statutem Szkoły Policji - przedmiotem działalności Szkoły, jest szkolenie i doskonalenie zawodowe policjantów i pracowników Policji i adaptacja budynku ma więc w założeniu umożliwić Szkole prowadzenie jej założeń statutowych polegających na szkoleniu i doskonaleniu policjantów. Bez wątpienia budynek ten będzie pełnił funkcje bursy, internatu, domu studenckiego czy też hotelu pracowniczego bez względu na jego nazwę. Drugą kwestię stanowią magazyny znajdujące się w budynku mieszkalnym. Celem i funkcją magazynów jest niewątpliwie przechowywanie różnych materiałów w pomieszczeniach zamkniętych bez możliwości 24 godzinnej dostępności dla wszystkich mieszkańców. Magazyny te nie mają służyć bezpośrednio mieszkańcom budynku ale mają zostać wykorzystane przez instytucje jaką jest Szkoła Policji. Tak więc pomimo faktu, że magazyny znajdują się w budynku mieszkalnym, to z uwagi na ich funkcję oraz cel należy je zakwalifikować jako lokale użytkowe wyłączone z stosowania preferencyjnej 8% stawki podatku VAT. W konkluzji Odwołujący stwierdził, że przedmiotem zamówienia w niniejszej sprawie jest budynek mieszkalny, umożliwiający jego mieszkańcom 24 godzinne korzystanie z pokoi, łazienek itd. mający na celu zaspokojenie potrzeb sypialnianych pełniący funkcję identyczne jak bursa czy internat z wydzielonymi pomieszczeniami użytkowymi jak magazyny i pomieszczenia techniczne, a wobec powyższego, zastosowanie zgodnie z ustawą o podatku od towarów i usług mają dwie stawki podatku VAT: stawka 8%

odnosząca się do części mieszkalnej oraz 23 % - odnosząca się do części magazynowej i tym samym odrzucenie oferty wykonawcy jest niezgodne z prawem.

Rozpoznając odwołanie Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

Zgodnie 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). Z kolei z przepisów regulujących zakres stosowania stawki podatkowej VAT w wysokości 8 %, wynika – art. 41 ust.12 ustawy o podatku od towarów i usług [dalej ustawa o podatku VAT] – że stawkę tę stosuje się m.in. do remontu lub modernizacji czy też przebudowy obiektu budowlanego lub jego części, który jest zaliczany do budownictwa objętego społecznym programem mieszkaniowym. Z definicji tej kategorii budownictwa zawartej w art. 12a wskazanego artykułu m.in. wynika, że przez budownictwo objęte społecznym programem mieszkaniowym rozumie się obiekty budownictwa mieszkaniowego, z wyłączeniem lokali użytkowych, oraz lokale mieszkalne w budynkach niemieszkalnych sklasyfikowanych w Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych w dziale 12. Mając na względzie tak ustalony stan prawny Izba stwierdziła, że w niniejszym stanie faktycznym budynek Szkoły Policji, w którym ma być wykonywana adaptacja pomieszczeń biurowych części budynku na cele sypialne wraz z zagospodarowaniem piwnic na cele magazynowe - nie można zakwalifikować jako budynku mieszkalnego o klasie 1130 według PKOB, ani jako budynku niemieszkalnego o klasie 1211 i 1212 – według działu 12 PKOB.

Tak jak ustaliła Izba, łączna powierzchnia całego budynku, w którym ma być prowadzona adaptacja wynosi 3.146 m², a powierzchnia mieszkalna [obejmująca już istniejącą i tą, która zostanie wybudowana] – 918 m². Pozostała powierzchnia, to powierzchnia niemieszkalna w całym budynku obejmująca m.in. powierzchnie pomocnicze, w tym piwnice oraz powierzchnia komunikacyjna jak klatki schodowe i korytarze. Z ustaleń wynika także, że na cele mieszkalne po ich adaptacji, wykorzystywana powierzchnia mieszkalna stanowić będzie nieco ponad 38 % ogółu powierzchni. Z kolei dodatkowa powierzchnia – pomocnicza, taka jak piwnice o powierzchni 358, 51 m², obejmująca – jak wskazał w odwołaniu wykonawca - pomieszczenia techniczne [co nie powinno podlegać doliczaniu] oraz magazyny i ciągi komunikacyjne [także niezaliczane] – po obligatoryjnych odliczeniach [ok.118 m²] stanowić będzie około 8 %. Dlatego nawet gdyby przyjąć, że wskazywane piwnice – magazyny mogą być zaliczone do powierzchni mieszkalnej, to łącznie uzyskana powierzchnia i tak nie stanowi wymaganego minimum [50%]. Izba zauważa także, że wykonawca mimo twierdzeń w odwołaniu, wskazywaną część powierzchni pomocniczej zakwalifikował według wyższej 23 % stawki VAT. W konkluzji Izba stwierdza, że wskazany obiekt nie może być klasyfikowany dla celów podatkowych, jako obiekt mieszkalny czy też jako budynek niemieszkalny z lokalami mieszkalnymi, albowiem w każdym przypadku, powierzchnia mieszkalna [lokale mieszkalne] – w stosunku do ogólnej powierzchni - bo taka musi być uwzględniana do klasyfikacji charakteru obiektu - będzie wykorzystywana w mniej niż połowie. Izba stwierdza także, że z opisu przedmiotu zamówienia [vide!: pkt III siwz] bezspornie wynika, że remont dotyczy tylko części budynku. Tym samym wykonawca, chociażby w ramach wizji lokalnej, wymaganej w tym postępowaniu zgodnie z siwz, mógł ustalić – dla celów podatkowych - szacunkowe proporcje powierzchni mieszkalnej do ogólnej i uszczegółwić te dane korzystając z procedury zapytań, określonej art. 38 ustawy Pzp.

Powyższe ustalenia faktyczne i prawne wskazują tym samym, że podnoszony przez wykonawcę zarzut naruszenia w tym postępowaniu art. 89 ust.1 pkt 6 ustawy Pzp jest niezasadny i podlega oddaleniu. Izba jednocześnie stwierdza, że argumentacja podnoszona w decyzji o odrzuceniu oferty wykonawcy, związana z brakiem statusu szkoły dla obiektu Szkoły Policji w rozumieniu ustawy o systemie oświaty nie jest zasadna, albowiem jak słusznie stwierdził wykonawca budynek po jego adaptacji będzie pełnił w części funkcję mieszkalną i to dla interpretacji przepisów podatkowych ma rozstrzygające znaczenie. Jednakże, w odniesieniu do spornych robót, jak ustaliła Izba, nie można stosować 8% stawki podatku VAT i tym samym w niniejszej sprawie ma także zastosowanie art.192 ust.2 ustawy Pzp, albowiem wskazana argumentacja z decyzji o odrzuceniu oferty wykonawcy nie ma wpływu na wynik postępowania, gdyż oferty pozostałych wykonawców nie podlegają odrzuceniu.

Z tych też względów orzeczono jak w sentencji. O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, uwzględniając także § 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), zgodnie, z którym Izba orzeka w przedmiocie kosztów strony tylko na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy.

.....

.....

.....