

**Sygn. akt KIO 2584/12**

**WYROK**  
**z dnia 7 grudnia 2012 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk**

**Protokolant: Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 grudnia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 listopada 2012 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Budowlane WITKA Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Olsztynie oraz K..... K..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Budowlane WITKA K..... K..... w Olsztynie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Wyższą Szkołę Policji w Szczytnie

**orzeka:**

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Budowlane WITKA Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Olsztynie oraz K..... K..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Budowlane WITKA K..... K..... w Olsztynie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (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 Olsztynie.

**Przewodniczący: .....**

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – Wyższa Szkoła Policji w Szczytnie - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem są roboty remontowe aneksów mieszkalnych lewego skrzydła w budynkach nr 52/II/4 i nr 52/II/5 Wyższej Szkoły Policji w Szczytnie.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych 23 października 2012 r., pod numerem 225393.

Wartość zamówienia jest mniejsza, niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

19 listopada 2012 r. zamawiający przesłał informację o wynikach postępowania, w tym o odrzuceniu oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Budowlane WITKA Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Olsztynie oraz na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp. W uzasadnieniu wskazał, że oferta zawiera błąd w obliczeniu ceny, którego nie można poprawić na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, gdyż w budynkach nr 52/II/4 i nr 52/II/5 przeważa powierzchnia użytkowa (niemieszkalna), zatem właściwa do zastosowania jest podstawowa stawka podatku VAT 23%.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia wnieśli odwołanie, które wpłynęło w formie pisemnej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 24 listopada 2012 r. Zachowany został obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp przez bezpodstawne uznanie oferty odwołującego za zawierającej błędy w obliczeniu ceny. Wniósł o unieważnienie czynności odrzucenia oferty złożonej przez odwołującego, unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez firmę M..... M..... prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą EURO PARTNER M..... M..... w Szczytnie o ponowną ocenę ofert - wybór oferty złożonej przez odwołującego jako najkorzystniejszej:

W uzasadnieniu odwołujący wywiódł, że opis przedmiotu zamówienia bezspornie świadczy, że przedmiot zamówienia dotyczy robót budowlanych wykonywanych w budynku

zbiorowego zamieszkania jakim jest dom studenta (akademik), które w załączonej do odwołania opinii doradcy podatkowego podlegają opodatkowaniu obniżoną stawką podatku VAT wynoszącą 8%. Wskazał, że nie znajduje uzasadnienia twierdzenie zamawiającego, że w związku z tym, że w budynku nr 52/1/4 i budynku 52/15 przeważa powierzchnia użytkowa niemieszkalna, zgodnie z przepisami ustawy z dnia 11 marca 2004r. o podatku od towarów i usług właściwą do zastosowania stawką podatku VAT jest stawka podstawowa czyli 23%. Zarzucił, że stanowisko zamawiającego nie znajduje poparcia w' dokumentacji przetargowej. Zamawiający nie udostępnił na etapie składania ofert aktualnej dokumentacji technicznej budynku lub aktualnej inwentaryzacji, które świadczyłyby o innej niż mieszkalna funkcji budynku. Wskazał, że w dniu 23.11.2012r. zamawiający udostępnił odwołującemu do wglądu projekt techniczny budynku z 1977r., z którego wynika, że przeznaczeniem budynku jest funkcja mieszkalna - Internat dla słuchaczy.

Odwołujący podniósł, że z dokumentacji technicznej nie wynika, aby w budynku przeważała powierzchnia użytkowa niemieszkalna. Powierzchnia całkowita budynku wynosi 7608,04m<sup>2</sup>, powierzchnia piwnic 1226,85m<sup>2</sup>, natomiast powierzchnia użytkowa kondygnacji wraz komunikacją 6.562,90m<sup>2</sup>. Uznał, że przyjęta obniżona stawka podatku VAT w wysokości 8% jest zgodna z obowiązującymi w tym względzie przepisami, a ponieważ do wykonawcy należy poprawne określenie stawki podatku VAT nie mogliśmy przyjąć do wyliczenia ceny oferty stawki podstawowej tj. 23%.

Nie zgłoszono przystąpienia do postępowania odwoławczego.

W zastrzeżonym w art. 185 ust. 2 zd. 1 Pzp terminie trzech dni od dnia otrzymania kopii odwołania Pani M..... M..... prowadząca działalność gospodarczą pod firmą EURO PARTNER M..... M..... doręczyła zamawiającemu pismo zatytułowane przystąpienie. Pismo to nie wywiera żadnego skutku prawnego, gdyż zgodnie z art. 185 ust. 2 zd. 2 Pzp przystąpienie doręcza się Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej, a termin przewidziany na dokonanie zgłoszenia ma charakter prekluzyjny.

Przed otwarciem rozprawy zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której strony podtrzymały dotychczasowe stanowiska.

**Izba ustaliła, co następuje:**

W ogłoszeniu o zamówieniu zamawiający opisał przedmiot postępowania jako roboty remontowe aneksów mieszkalnych lewego skrzydła w budynkach nr 52/1/4 i 52/1/5 Wyższej Szkoły Policji w Szczytnie. Natomiast zgodnie z § 3 ust. 1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia przedmiot postępowania stanowią roboty budowlane w aneksach mieszkalnych polegające na remoncie lewego skrzydła w budynku nr 52/1/4 (akademik nr 1) i lewego skrzydła w budynku nr 52/1/5 (akademik nr 2) na terenie Wyższej Szkoły Policji w Szczytnie obejmujące: roboty wewnętrzne rozbiórkowe, roboty wewnętrzne budowlane - izolacyjne, posadzkarskie, tynkarskie, okładzinowe i malarskie; roboty wewnętrzne instalacyjne kanalizacyjne, wodociągowe i c.o., roboty wewnętrzne instalacyjne elektryczne, roboty wewnętrzne stolarskie - wymiana szaf wnękowych, desek odbojowych i wieszaków oraz skrzydeł drzwiowych wraz z okuciami. Przedmiot zamówienia opisany został za pomocą przedmiarów oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót.

Ustalając w § 12 specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymagania dotyczące obliczenia ceny oferty zamawiający wymagał w ust. 1 podania ceny z wyodrębnieniem podatku od towarów i usług VAT. Zgodnie z § 13 ust. 1 2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia kryteria oceny ofert stanowią cena z wagą 90 % i okres gwarancji z wagą 10%. Odwołujący złożył ofertę z ceną netto w wysokości 1.371.000 zł, po doliczeniu podatku VAT wg stawki 8% cena brutto jego oferty wynosi 1.480.000 zł. Okres gwarancji wynosi 5 lat, w tym gwarancji minimalnej 3 lata.

Pani M..... M..... prowadząca działalność gospodarczą pod firmą EURO PARTNER M..... M..... złożyła ofertę z ceną netto 1.262.432,30 zł, po doliczeniu podatku VAT wg stawki 23% cena oferty brutto wynosi 1.552.71,73zł. Okres gwarancji wynosi 5 lat, w tym gwarancji minimalnej 3 lata.

#### **Izba zważyła, co następuje:**

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Jest wykonawcą, który złożył ofertę i ma interes w uzyskaniu danego zamówienia. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów powodują, że odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości uznania jego oferty za najkorzystniejszą, utraty spodziewanych korzyści związanych z zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Uznanie, że oferta odwołującego nie podlega odrzuceniu, może przynieść skutek uznania, że jest ona najkorzystniejsza w postępowaniu.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie,

Czynność odrzucenia oferty odwołującego odpowiada prawu.

Przedmiotem sporu jest okoliczność, czy odwołujący był uprawniony do zastosowania do celów obliczenia ceny swojej oferty preferencyjnej 8% stawki podatku od towarów i usług (VAT).

Wstępnie należy wskazać, że art. 41 ust. 2 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. z 2011r., Nr 177, poz. 1054) stanowi, niektóre towary i usługi podlegają obniżoną w stosunku do stawki podatkowej stawkę podatku wynoszącą obecnie 8%.

Zakres w jakim stawka ta będzie znajdować zastosowanie do towarów i usług związanych z budownictwem – odnoszące się do badanej sprawy - ustawodawca ustalił w art. 41 ust. 12 i 12a. Przepisy te stanowią kolejno, że stawkę podatku, o której mowa w ust. 2, stosuje się do dostawy, budowy, remontu, modernizacji, termomodernizacji lub przebudowy obiektów budowlanych lub ich części zaliczonych do budownictwa objętego społecznym programem mieszkaniowym oraz, 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 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.

Definicja obiektu budownictwa mieszkaniowego zawarta została w art. 2 pkt 12 ustawy o podatku od towarów i usług, który stanowi, że są to budynki mieszkalne stałego zamieszkania sklasyfikowane w Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych w dziale 11 bezpośrednio.

Zgodnie z zasadami Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych (PKOB) wprowadzonej rozporządzeniem Rady Ministrów z 30 grudnia 1999r. (DZ.U. Nr 112, poz. 1316 ze zm.) każdy obiekt budowlany jest klasyfikowany zgodnie z jego przeważającym przeznaczeniem. Budynek przeznaczony na cele mieszkalne, to budynek zajęty przez lokale mieszkalne w całości, lub budynek zajęty przez lokale mieszkalne co najmniej w połowie.

Dział 11 PKOB tworzą grupy: 11 – budynki mieszkalne jednorodzinne, 112 – budynki o dwóch mieszkaniach i wielorodzinne oraz 113 – budynki zbiorowego zamieszkania.

Zatem dla uznania budynku za budynki mieszkalne niezbędne jest nie tylko stwierdzenie, że zawiera on lokale mieszkalne, ale również, że ich udział wynosi więcej niż 50% w ogólnej powierzchni budynku.

Oceniając powstały spór Izba doszła do przekonania, że w zakresie pierwszego elementu – tj. charakteru remontowanego budynku postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie wskazywały jednoznacznie, że remontowane budynki nie stanowią

budynków zbiorowego zamieszkania. Wprawdzie zamawiający w § 3 ust. 1 użył pojęcia remont aneksów mieszkalnych w lewym skrzydle budynku, jednak nie jest jasne, czy słowo „akademik” odnosi się do całości budynku, czy też do lewego skrzydła budynku, w którym znajdują się aneksy.

Niejasności specyfikacji nie mogą obciążać wykonawcy, gdyż to na zamawiającym spoczywa obowiązek jednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia (*arg.* z art. 29 ust. 1 Pzp). Zatem odwołujący był uprawniony do uznania, że przedmiot zamówienia dotyczy akademików stanowiących budynki zbiorowego zamieszkania. Izba uznała natomiast, że nie wystąpiła druga z przesłanek wymaganych dla zastosowania stawki VAT 8% – co najmniej 50% udział powierzchni mieszkalnej w ogólnej powierzchni budynku.

Wbrew twierdzeniom odwołującego z powołanej przez niego dokumentacji technicznej - „Projekt techniczny. Budynek internatowy Nr 5 w ośrodku szkoleniowym MO w Szczytnie” z kwietnia 1977 r. nie wynika, że powierzchnia mieszkalna stanowi większą część budynku, a sam odwołujący posługuje się wielkością wyłącznie powierzchni użytkowej.

Niższy, niż 50% udział powierzchni mieszkalnej w ogólnej powierzchni budynku potwierdzają dokumenty inwentaryzacji okazane przez zamawiającego na rozprawie. Odwołujący nie zaprzeczył tym okolicznościom. Powołana przez niego, wskazana wyżej, dokumentacja techniczna nie może stanowić dowodu potwierdzającego słuszność stawianego zarzutu nie tylko z racji braku aktualności, ale również z tego powodu – co wyjaśnił odwołujący na rozprawie – że nie została pozyskana przez niego przed upływem terminu składania ofert i nie stanowiła podstawy do obliczenia ceny oferty.

Skoro obowiązek zastosowania prawidłowej stawki podatku VAT obciąża wykonawcę, winien on powołać przyczyny uzasadniające odstępnie od stawki podstawowej.

Izba dostrzegła też, że załączona do odwołania opinia doradcy podatkowego W..... K..... z 19 listopada 2012r. w ogóle nie zawiera odniesienia do wymagania dotyczącego udziału powierzchni mieszkalnej w ogólnej powierzchni budynku, pozostaje zatem bez znaczenia w sprawie wobec wskazania przez zamawiającego w informacji o odrzuceniu oferty, że podstawa kwalifikacji podatkowej był udział powierzchni mieszkalnej aneksów w powierzchni użytkowej budynku .

Odniesienie to zawiera natomiast złożona przez zamawiającego opinia Spółki Doradztwa Podatkowego „M....., T..... i Wspólnicy” z 6 grudnia 2012r.

W konsekwencji Izba uznała, że odwołujący wadliwie zastosował preferencyjną stawkę podatku od towarów i usług, co miało wpływ na cenę brutto oferty.

Zgodnie z uchwałami Sądu Najwyższego z 20 października 2011r. ( sygn. akt III CZP 52/11 i III CZP 53/11, OSN 2012/4/44, OSN 2012/4/45 ) oferta, w której dla obliczenia ceny przyjęto nieprawidłową stawkę podatku od towarów i usług, podlega odrzuceniu, jako

zawierająca błąd w obliczeniu ceny, jeżeli brak jest możliwości dokonania jej poprawienia na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Sąd Najwyższy uznał, że możliwość poprawienia oferty na podstawie przywołanego przepisu istnieje, jeżeli zamawiający wskaże stawkę podatku w postanowieniach specyfikacji.

Zamawiający nie wskazał w specyfikacji właściwej stawki podatku – oświadczył na rozprawie, że uczyniłby to, gdyby do przedmiotu zamówienia odnosiła się stawka preferencyjna – zatem zgodnie ze stanowiskiem Sądu Najwyższego oferta odwołującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp.

**Przewodniczący:** .....