

Sygn. akt: KIO 1122/13

WYROK

z dnia 28 maja 2013 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 maja 2013 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 maja 2013 roku przez wykonawcę **Korporacja „Budonis” Sp. z o.o. Sp. Jawna z siedzibą w Kępnie** w postępowaniu prowadzonym przez **Zakład Karny w Sieradzu**

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Korporację „Budonis” Sp. z o.o. Sp. Jawna z siedzibą w Kępnie** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięciu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Korporacja „Budonis” Sp. z o.o. Sp. Jawna z siedzibą w Kępnie** 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 Sieradzu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W dniu 14 maja 2013 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, na podstawie art. 180 ust. 2 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113 poz. 759 ze zm.) - zwanej dalej „Pzp” odwołanie złożył wykonawca : Korporacja „Budonis” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka jawna z siedzibą w Kępnie.

Postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na roboty budowlane, polegające na wykonaniu sieci ciepłej i zimnej wody użytkowej, na terenie Zakładu Karnego w Sieradzu, nr ogłoszenia o zamówieniu w BZP: 113668-2013 prowadzi Zamawiający – Zakład Karny w Sieradzu.

Odwołanie wniesiono od czynności odrzucenia oferty Odwołującego pismem z dnia 9 maja 2013 roku.

Zamawiającemu zarzucono naruszenie następujących przepisów: art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, art. 41 ust. 12 oraz art. 41 ust 12a ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług - poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego ze względu na zastosowaną przez niego rzekomo nieprawidłową stawkę podatku VAT - podczas gdy w rzeczywistości przyjęta przez Odwołującego stawka 8 % jest prawidłowa i zgodna z obowiązującymi w tym zakresie przepisami.

Mając powyższe na uwadze, wnoszono o: uwzględnienie odwołania i uchylenie skutków prawnych zaskarżonej czynności, poprzez unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz nakazanie Zamawiającemu wykonania ponownego badania i oceny ofert, w tym oferty Odwołującego.

Wskazano, że interes Odwołującego wynika z faktu, że złożył on najkorzystniejszą ofertę w postępowaniu. Jedynym kryterium oceny ofert jest cena - oferta Odwołującego została złożona na kwotę 777.184,87 zł brutto, a oferta wykonawcy wybranego (Przedsiębiorstwo Instalacyjno - Budowlane „MONT-BUD” s.c. W..... Ś....., M..... M.....) - na 988.154,52 zł brutto. Odrzucenie oferty uniemożliwia zatem Odwołującemu uzyskanie zamówienia. W przypadku uwzględnienia odwołania Odwołujący w wyniku powtórzenia czynności badania i oceny ofert przez Zamawiającego zostałby sklasyfikowany na miejscu pierwszym.

W uzasadnieniu podniesiono, że zarzuty Zamawiającego dotyczące stawki podatku VAT zastosowanej przez Odwołującego w jego ofercie są bezpodstawne.

Zamawiający twierdzi, że stawka przyjęta przez Odwołującego do robót wykonywanych wewnątrz budynków pawilonów A, B i C (8 %) jest nieprawidłowa. Wbrew jednak temu stanowisku, stawka przyjęta przez Odwołującego jest poprawna i zgodna z obowiązującymi w tym zakresie przepisami.

Zgodnie z art. 41 ust 12a ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług 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. Dodać należy, że w klasie 1274 sklasyfikowane są między innymi zakłady karne.

Zgodnie z art. 41 ust 12 przedmiotowej ustawy, stawkę podatku w wysokości 8 % stosuje się do dostawy, budowy, remontu, modernizacji, termomodernizacji lub przebudowy obiektów budowlanych lub ich części zaliczonych do budownictwa objętego społecznym programem mieszkaniowym. Oznacza to, że stawka ta winna mieć także zastosowanie w sytuacji, gdy czynności te wykonywane są w zakładzie karnym. Taka sytuacja zaś zachodzi w niniejszej sprawie.

W związku z powyższym, oferta Odwołującego ze stawką podatku VAT w wysokości 8 % jest prawidłowa. W tej sytuacji argumentacja Zamawiającego zawarta w piśmie z dnia 9 maja 2013 roku nie zasługuje na uwzględnienie. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp Zamawiający odrzuca ofertę która zawiera błędy w obliczeniu ceny. Oferta Odwołującego takich błędów nie zawiera - jej cena została obliczona prawidłowo. W tej sytuacji przedmiotowy przepis nie może zatem znaleźć zastosowania.

Zamawiający uzasadniając odrzucenie oferty Odwołującego powołał się także na art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, który ustanawia jako przesłankę odrzucenia oferty sytuację, gdy jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3. Zamawiający powołał się na rzekome naruszenie przez Odwołującego pkt 16 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (opis sposobu obliczania ceny), nie precyzując jednakże, na czym to naruszenie miałoby polegać. Zaznaczyć należy, że taka okoliczność nie ma miejsca - oferta Odwołującego jest prawidłowa i w pełni zgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W szczególności Odwołujący w sposób prawidłowy - zgodny z siwz i, co szczególnie istotne, z obowiązującymi przepisami obliczył cenę oferty, którą wpisał w formularzu ofertowym.

W tym stanie rzeczy zarzut Zamawiającego jest bezpodstawny i niezrozumiały.

W dniu 21 maja 2013 roku Zamawiający wniósł pisemną odpowiedź na odwołanie. Zamawiający wnosił o: oddalenie odwołania, ustalenie i przyznanie kosztów postępowania odwoławczego według norm przepisanych.

W uzasadnieniu zaznaczył, że ofertę Odwołującego odrzucono w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 i pkt 6 ustawy Pzp, wskutek zastosowania przez Odwołującego do obliczenia ceny oferty w postępowaniu o zamówienie, obniżonej, preferencyjnej, 8% stawki podatku VAT, do cen robót wykonywanych wewnątrz budynków pawilonów A, B i C, czym Odwołujący naruszył art. 41 ust. 2 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług oraz pkt 16 Specyfikacji istotnych warunków zamówienia w tym postępowaniu, błędnie wskazując przepis, który nie uzasadnia w tym postępowaniu, zastosowania obniżenia stawki podatku VAT do stawki 8%.

Odwołujący przyjmuje, także w odwołaniu, iż pawilony zakwaterowania osadzonych w zakładzie karnym należą do kategorii "budynki mieszkalne" i na tej podstawie uznaje prawo zastosowania do cen robót wewnątrz pawilonów stawkę podatku VAT obniżoną do 8% zgodnie z art.41 ust. 2 w zw. z ust. 12 i 12a ustawy o VAT.

Jest to założenie błędne i pogląd nietrafny, naruszający ustawę o VAT. W przedmiotowym postępowaniu o zamówienie do cen robót budowlanych ma zastosowanie wyłącznie podstawowa stawka podatku z art. 41 ust. 1 ustawy o VAT, w wysokości 23%, albowiem, w świetle art.41 ust. 12 ustawy o VAT, obniżoną 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, gdy tymczasem pawilony zakładu karnego takimi obiektami nie są.

Pojęcie budownictwa objętego społecznym programem mieszkaniowym definiuje ust. 12a art. 41 ustawy o VAT, zgodnie z którym przez budownictwo objęte społecznym programem mieszkaniowym rozumie się:

1. obiekty budownictwa mieszkaniowego,
2. części takich obiektów, z wyłączeniem lokali użytkowych,
3. lokale mieszkalne w budynkach niemieszkalnych sklasyfikowanych w Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych (PKOB) w dziale 12,
4. obiekty sklasyfikowane w klasie ex 1264 - wyłącznie budynki instytucji ochrony zdrowia świadczących usługi zakwaterowania z opieką lekarską i pielęgniarską zwłaszcza dla ludzi starszych i niepełnosprawnych.

A zatem, jak z tego zestawienia wynika, obniżona, preferencyjna 8% stawka podatku VAT ma zastosowanie, co do zasady, wyłącznie do cen robót budowlanych, wykonywanych w budynkach mieszkalnych albo w lokalach mieszkalnych.

Klasyfikację obiektów budowlanych wprowadza rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 1999 r. w sprawie Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych (PKOB) (Dz.U. Nr 112, poz. 1316 ze zm.) - zwane dalej rozporządzeniem o PKOB. W Załączniku do rozporządzenia o PKOB pierwszym kryterium klasyfikacyjnym dla budynków jest właśnie charakter budynku - mieszkalny czy niemieszkalny i podział budynków na budynki mieszkalne i niemieszkalne stanowi podział podstawowy. W Załączniku wyjaśnia się, że budynki mieszkalne są to obiekty budowlane, których co najmniej połowa całkowitej powierzchni użytkowej jest wykorzystywana do celów mieszkalnych, przy czym część mieszkaniowa budynku obejmuje pomieszczenia mieszkalne tj. kuchnie, pokoje wypoczynkowe, sypialnie oraz pomieszczenia pomocnicze, piwnice i pomieszczenia ogólnego użytkowania np. wózkarnie, suszarnie, pralnie.

W pawilonach zakładu karnego, w tym u Zamawiającego, nie ma takich pomieszczeń, a są wyłącznie cele mieszkalne, cele dyscyplinarne, świetlice, łaźnie, świetlice, palarnie oraz pomieszczenia gospodarcze i służbowe funkcjonariuszy Służby Więziennej.

Systematyka PKOB opiera się na tzw. klasach. 1 tak klasa 1130 PKOB pn. "Budynki zbiorowego zamieszkania" obejmuje istotnie m.in. budynki mieszkalne na terenie zakładów karnych, ale budynki takie, zgodnie z wyjaśnieniem, muszą być wykorzystywane do celów mieszkalnych i posiadać część mieszkaniową obejmującą opisane powyżej pomieszczenia mieszkalne (kuchnie, pokoje wypoczynkowe, sypialnie) lub pomieszczenia pomocnicze (piwnice) czy pomieszczenia ogólnego użytkowania (pralnie, suszarnie, wózkarnie). W takim rozumieniu przepisu, budynków mieszkalnych na terenie Zamawiającego nie ma i nie są też nimi pawilony zakwaterowania osadzonych, oznaczone literami A, B i C, w których ma być wykonana, w celach mieszkalnych, dyscyplinarnych, pomieszczeniach ogólnego użytku, gospodarczych i służbowych, w ramach przedmiotowego postępowania o zamówienie, instalacja ciepłej i zimnej wody użytkowej. Klasa 1130 nie obejmuje zabudowań koszarowych oraz pozostałych obiektów budowlanych zakładów karnych i aresztów śledczych, które wprost uznane są za budynki niemieszkalne i zaliczone są do klasy 1274 pn. "Pozostałe budynki niemieszkalne, gdzie indziej nie wymienione".

W Załączniku do rozporządzenia o PKOB wyjaśnia się także, że budynki niemieszkalne są to obiekty budowlane wykorzystywane głównie dla potrzeb niemieszkalnych. Na marginesie można podnieść iż w opisach zawartych w tekstach poszczególnych klas budynków mieszkalnych PKOB, nie wymienia się nigdzie wprost pawilonów mieszkalnych zakładów karnych i aresztów śledczych.

Definicję budynku mieszkalnego (jednorodzinnego) zawiera ustawa z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (t. j.: Dz. U. 2010 r. Nr 243 poz. 1623 ze zm.), która w art.3 pkt 2a stanowi iż przez budynek mieszkalny jednorodzinny należy rozumieć budynek wolno stojący

albo budynek w zabudowie bliźniaczej, szeregowej lub grupowej, służący zaspokajaniu potrzeb mieszkaniowych, stanowiący konstrukcyjnie samodzielną całość, w którym dopuszcza się wydzielenie nie więcej niż dwóch lokali mieszkalnych albo jednego lokalu mieszkalnego i lokalu użytkowego o powierzchni całkowitej nieprzekraczającej 30 % powierzchni całkowitej budynku. Wyrazami kluczowymi w tej definicji jest przeznaczenie budynku, a mianowicie zaspokajanie potrzeb mieszkaniowych.

Pawilony w zakładach karnych i aresztach śledczych, w tym i u Zamawiającego, przeznaczone są dla potrzeb wykonywania kary pozbawienia wolności albo stosowania tymczasowego aresztowania i służą zakwaterowaniu osób skazanych i tymczasowo aresztowanych.

W pojęciu prawnym, ale i w rozumieniu potocznym, z pewnością nie służą zaspokajaniu czyichkolwiek potrzeb mieszkaniowych, w tym i osadzonych i nikt w nich nie zamieszkuje, a ich specjalna architektura i wyposażenie techniczne służy wprost bezpieczeństwu zakładu karnego i wykonaniu kary pozbawienia wolności. Osadzonych nie obejmuje obowiązek meldunkowy, a ich centrum życiowym pozostają nadal adresy miejsc zamieszkania lub pobytu sprzed osadzenia w zakładzie karnym. Obowiązek przebywania w celi mieszkalnej pawilonu zakładu karnego lub aresztu śledczego zostaje narzucony osobie w sposób władczy, a cechą charakterystyczną tego osadzenia jest fakt, że nie stanowi ono głównego elementu treści danego stosunku prawnego (tak jak np. w najmie lokali mieszkalnych), lecz tylko akcesorium systemu penitencjarnego w toku wykonywania, wobec danej osoby, kary pozbawienia wolności lub stosowania aresztu tymczasowego.

Ponadto należy podnieść iż także systematyka obiektów budowlanych wprowadzona w Załączniku do ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane, opisująca tzw. kategorie obiektów budowlanych rozróżnia budynki mieszkalne wymienione w Kategorii 1 - budynki mieszkalne jednorodzinne i w Kategorii XIII - pozostałe budynki mieszkalne oraz budynki niemieszkalne wymienione w Kategorii XII - budynki administracji publicznej, budynki Sejmu, Senatu, Kancelarii Prezydenta, ministerstw i urzędów centralnych, terenowej administracji rządowej i samorządowej, sądów i trybunatów, więzień i domów poprawczych, zakładów dla nieletnich, zakładów karnych, aresztów śledczych oraz obiekty budowlane Sił Zbrojnych.

W tym stanie rzeczy wnioski o oddalenie odwołania Zamawiający uznaje za uzasadnione.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, ofert złożonych w postępowaniu, stanowisk i oświadczeń stron postępowania zaprezentowanych pisemnie i w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierowała odwołanie na rozprawę.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. Interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia mógłby doznać uszczerbku w przypadku potwierdzenia się naruszenia przez Zamawiającego wskazanych przepisów ustawy Pzp. Izba zważyła, że oferta złożona przez Odwołującego byłaby wtedy ofertą z najniższą ceną. Nieprawidłowe dokonanie czynności badania i oceny, w tym odrzucenie oferty Odwołującego i stwierdzenie naruszenia w tym zakresie przepisów ustawy Pzp pozbawia Odwołującego 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.

Izba nie dopuściła jako uczestnika postępowania wykonawcy wybranego w postępowaniu Przedsiębiorstwa Instalacyjno - Budowlanego „MONT-BUD” s.c. W..... Ś....., M..... M..... z powodu niezachowania formy pisemnej zgłoszenia przystąpienia. W ustawowym terminie trzech dni na zgłoszenie przystąpienia od otrzymania wezwania od Zamawiającego (czyli od 156 maja 2013 roku), do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wykonawca, w dniu 16 maja 2013 roku, przesłał pismo za pomocą faksu. Zgłoszenie przystąpienia w formie pisemnej nastąpiło w dniu 20 maja 2013 roku, a więc z przekroczeniem terminu na wniesienie przystąpienia.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny w postępowaniu:

Ustalono, że przedmiotem zamówienia jest wykonanie robót budowlanych polegających na wykonaniu sieci ciepłej i zimnej wody na terenie Zakładu Karnego w Sieradzu, zgodnie z projektami, w pawilonach zakwaterowania.

Rozdział 16 SIWZ stanowił, że wykonawca za wykonanie zamówienia otrzyma wynagrodzenie ryczałtowe. Cenę należało przedstawić w formularzu ofertowym. Zamawiający wymagał podania ceny bez podatku, stawki podatku oraz ceny z podatkiem. Zaznaczono, że zastosowanie stawki VAT innej niż podstawowa wymaga wskazania symbolu PKWiU lub przepisu uzasadniającego zwolnienie lub obniżenie stawki podatku, zgodnie z zasadami wynikającymi z ustawy o podatku od towarów i usług i przepisów wykonawczych do tej ustawy.

Odwołujący wzywany był w toku badania i oceny ofert do złożenia wyjaśnienia, dlaczego w ofercie zastosował dwie stawki podatku VAT. W odpowiedzi wskazał, że zastosowanie różnych stawek VAT w cenie ofertowej wynika z orzecznictwa stosowanego przez Izby

Skarbowe do tego typu prac budowlanych. Podał, że w Interpretacji nr IPTPP3/443-12/11-4/IB oraz IPTPP2/443-421/114/AW Dyrektor Izby Skarbowej w Łodzi wyjaśnił jaką stawką opodatkować roboty budowlane polegające na przyłączeniu instalacji do budynku mieszkalnego, w części znajdującej się poza obrębem samego budynku. Dodatkowo w interpretacji IBPP1/443-937/08/PK Dyrektor Izby Skarbowej w Katowicach wskazał, że do budynków sklasyfikowanych w obrębie PKOB 1130 stosuje się stawkę obniżoną podatku. Według wymienionych interpretacji należy opodatkować roboty zlokalizowane poza obrębem budynku stawką podstawową, natomiast stawką 8% - prace wewnątrz budynku. Jako podstawę zastosowana obniżonej stawki podatku Odwołujący wymienił art. 41 ustawy o podatku od towarów i usług.

Odwołujący złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu z ceną brutto w wysokości 777 184,87 zł, określił dwie stawki podatku VAT – 23% oraz 8% i rozbił cenę za roboty budowlane na dwie części – 535 227,36 zł (ze stawką 8%) i 161 901,88 zł (ze stawką 23%).

Izba zważyła, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

W zakresie naruszenia art. 89 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp istota sporu między Stronami sprowadza się do wyjaśnienia czy Odwołujący w swojej ofercie zastosował i wskazał prawidłowe stawki podatku od towarów i usług dla określonych robót budowlanych.

Odwołujący w odwołaniu wskazywał jako podstawę prawną zastosowania zwolnienia na art. 41 ust. 12 i ust. 12a ustawy z dnia 11 marca 2004 roku o podatku od towarów i usług (Dz. U. 2011, nr 177, poz. 1054 ze zm.).

Art 41 ust. 12 ustawy z dnia 11 marca 2004 roku o podatku od towarów i usług stanowi, że stawka podatku VAT wynosi 23%, z zastrzeżeniem ust. 2 do 12c tejże ustawy. Ust. 12 oraz 12a art. 41 wskazuje, że obniżoną stawkę 8% podatku 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 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.

Według Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych budynki dzielą się na mieszkalne i niemieszkalne. Budynki mieszkalne są to obiekty budowlane, których co najmniej połowa

całkowitej powierzchni użytkowej jest wykorzystywana do celów mieszkalnych. W przypadkach, gdy mniej niż połowa całkowitej powierzchni użytkowej wykorzystywana jest na cele mieszkalne, budynek taki klasyfikowany jest jako niemieszkalny, zgodnie z jego przeznaczeniem. 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 jako budynek mieszkalny.

W klasie 1130 PKOB ujęte zostały budynki zbiorowego zamieszkania, wśród których wymienia się budynki mieszkalne na terenie koszar, zakładów karnych i poprawczych, aresztów śledczych. Klasa 1274 (pozostałe budynki niemieszkalne, gdzie indziej nie wymienione) obejmuje zakłady karne i poprawcze, areszty śledcze, schroniska dla nieletnich, wprost stwierdzono również, że klasa ta nie obejmuje budynków mieszkalnych na terenie koszar, zakładów karnych i poprawczych, aresztów śledczych, które zakwalifikowano do klasy 1130.

Odwołujący nie kwestionował faktu podniesionego przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie, że zakład karny zaliczyć należy do kategorii budynków niemieszkalnych. Wskazywał jednak, że w ramach prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prace prowadzone będą w lokalach mieszkalnych znajdujących się w budynkach niemieszkalnych, a więc w pomieszczeniach mieszających się w definicji obiektów budowlanych zaliczanych do budownictwa objętego społecznym programem mieszkaniowym, do których zastosować można obniżoną stawkę podatku VAT. W taki sposób należy, w ocenie Odwołującego, traktować celę mieszkalną na terenie zakładu karnego.

Skład orzekający Izby w tym konkretnym stanie faktycznym rozpoznawanym w postępowaniu odwoławczym nie zgodził się z tezą przedstawioną przez Odwołującego. W sporze między Stronami kluczowym było zatem wyjaśnienie pojęcia „lokal mieszkalny w budynku niemieszkalnym”. O ile odpowiedź na pytanie, co uznać należy za budynek niemieszkalny wprost dają przepisy prawa budowlanego i PKOB, a przynależności do tej kategorii nie kwestionował również sam Odwołujący, o tyle w ustaleniu definicji „lokalu mieszkalnego” pomocna może być definicja „lokalu” zawarta w ustawie z dnia 21 czerwca 2001 roku o ochronie praw lokatorów, mieszkaniowym zasobie gminy i zmianie Kodeksu cywilnego (t.j. Dz. U. z 2005r., nr 31, poz. 266 ze zmianami). Zgodnie z art. 2 ust. 1 pkt 4 wymienionej ustawy, lokal to pomieszczenie służące zaspokajaniu potrzeb mieszkaniowych (...), nie jest lokalem pomieszczenie przeznaczone do krótkotrwałego pobytu osób.

W takim ujęciu z pewnością celi w zakładzie karnym nie można uznać za lokal mieszkalny, nie taki jest bowiem charakter i przeznaczenie tego pomieszczenia. Cela nie

służy zaspokajaniu potrzeb mieszkaniowych osadzonych ale wykonywaniu przymusowej kary pozbawienia wolności lub tymczasowego aresztowania. Jak stanowi orzecznictwo, wszelkie pomieszczenia przeznaczone do krótkotrwałego pobytu osób nie stanowią lokali mieszkaniowych (za postanowieniem Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 18 listopada 2010 r., sygn. akt I OW 142/10). Przy czym rozumienie pobytu krótkotrwałego należy interpretować w ten sposób, że nie jest to pobyt na stałe w danym miejscu, ale może być to pobyt na dłuższy okres czasu, co charakteryzuje właśnie czas odbywania kary pozbawienia wolności.

Analiza zakresu przedmiotu zamówienia, jego charakteru, skłania do stwierdzenia, że w prowadzonym postępowaniu za nieprawidłowe należało uznać zastosowanie stawki 8% VAT za wykonywanie czynności objętych przedmiotem zamówienia, zatem za prawidłowe uznano działanie Zamawiającego polegające na odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Choć za nadmierny formalizm w postępowaniu można byłoby potraktować czynność Zamawiającego polegającą na odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, z powodu niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, jak domniemywać należy w związku z postanowieniami rozdziału 16 SIWZ, to powyższe nie ma wpływu na wynik postępowania odwoławczego, ponieważ potwierdziła się inna przesłanka skutkująca koniecznością odrzucenia oferty Odwołującego.

Powyższe okoliczności determinowały wniosek, że nie potwierdziły się zarzuty naruszenia przepisów ustawy Pzp wskazanych w odwołaniu. Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - 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 stosownie do wyniku postępowania (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

Przewodniczący: