

Sygn. akt: KIO 782/20

WYROK
z dnia 28 maja 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **28 maja 2020 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **10 kwietnia 2020 r.** przez wykonawcę **PEPEBE WŁOCLAWEK Przedsiębiorstwo Państwowe, Al. Jana Pawła II 15, 87-807 Włocławek** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa - Zakład Karny we Włocławku, ul. Bartnicka 10, 87-809 Włocławek**

przy udziale wykonawcy **Girder Sp. z o.o., Al. Jana Pawła II 11, 87-800 Włocławek** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża **PEPEBE WŁOCLAWEK Przedsiębiorstwo Państwowe, Al. Jana Pawła II 15, 87-807 Włocławek** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **PEPEBE WŁOCLAWEK Przedsiębiorstwo Państwowe, Al. Jana Pawła II 15, 87-807 Włocławek** 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 27 września 2019 r. poz. 1843 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **we Włocławku**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: „Wykonanie w trybie „zaprojektuj i wybuduj” robót budowlanych polegających na budowie pawilonu mieszkalnego w Zakładzie Karnym we Włocławku”; zostało wszczęte ogłoszeniem w ogłoszeniu opublikowanym w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 10.02.2020 r. pod numerem 511068-N-2020, przez Skarb Państwa - Zakład Karny we Włocławku, ul. Bartnicka 10, 87-809 Włocławek zwany dalej: „Zamawiającym”.

W dniu 07.04.2020 r. (e-mailem) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej: Girder Sp. z o.o., Al. Jana Pawła II 11, 87-800 Włocławek zwane dalej: „Girder Sp. z o.o.” albo „Przystępującym w sprawie KIO 782/20 i KIO 807/20” oraz odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 27 września 2019 r. poz. 1843) zwanej dalej: „Pzp” ofert m.in. PEPEBE Włocławek Przedsiębiorstwo Państwowe, Al. Jana Pawła II 15, 87-809 Włocławek zwanego dalej: „PEPEBE Włocławek Przedsiębiorstwo Państwowe” albo „Odwołującym w sprawie KIO 782/20”, jak i Nova Home Sp. z o. o. Sp. K., ul. Szosa Chełmińska 165/167, 87-100 Toruń zwanej dalej: „Nova Home Sp. z o. o. Sp. K.” albo „Odwołującym w sprawie KIO 807/20”.

Zgodnie z dyspozycją art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu. Nie ulega przy tym wątpliwości, że jako błąd w obliczeniu ceny kwalifikowane jest także przyjęcie do wyliczenia ceny nieprawidłowej stawki podatku VAT. Tylko bowiem oferty zawierające skalkulowane przez wykonawców ceny netto stają się porównywalne, o ile ostateczną wartość (cenę brutto) uzyskano przy zastosowaniu jednolitej, obiektywnie sprawdzalnej, bo wynikającej z obowiązujących przepisów, stawce podatku VAT (M. Jaworska, D. Grześkowiak-Stojek, J. Jamicka, A. Matusiak, Komentarz do ustawy Prawo zamówień publicznych, Legalis). Przedmiotem zamówienia publicznego prowadzonego przez Zamawiającego jest wykonanie w trybie "zaprojektuj i wybuduj" robót budowlanych polegających na budowie pawilonu mieszkalnego w Zakładzie Karnym we Włocławku. W udzielonych wyjaśnieniach każdy z w/w Wykonawców

wskazał, iż zastosował zróżnicowaną stawkę VAT - 8% i 23%. Natomiast w przedmiotowym postępowaniu, zastosowanie znajdzie wyłącznie podstawowa stawka podatku VAT w wysokości 23%. Stawkę preferencyjną w wysokości 8% stosuje się bowiem jedynie w ściśle określonych przypadkach, które nie mają miejsca na gruncie niniejszego postępowania przetargowego. Stosownie do brzmienia art 41 ust. 12 ustawy o podatku od towarów i usług (Dz. U. z 2020 r., poz. 106), obniżoną 8% stawkę podatku VAT stosuje się do dostawy, budowy, remontu, modernizacji, termomodernizacji, przebudowy lub robót konserwacyjnych dotyczących obiektów budowlanych lub ich części zaliczonych do budownictwa objętego społecznym programem mieszkaniowym. Zgodnie zaś z art. 41 ust. 12a w/w ustawy, przez budownictwo objęte społecznym programem mieszkaniowym rozumie się: obiekty budownictwa mieszkaniowego lub ich części, z wyłączeniem lokali użytkowych, lokale mieszkalne w budynkach niemieszkalnych sklasyfikowanych w Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych w dziale 12, oraz 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, a także mikroinstalację, o której mowa w art. 2 pkt 19 ustawy z dnia 20 lutego 2015 r. o odnawialnych źródłach energii (Dz. U. z 2018 r. poz. 2389, z późn. zm.), funkcjonalnie z nimi związaną, z zastrzeżeniem ust. 12b. Pojęcie obiektów budownictwa mieszkaniowego zdefiniowane zostało w art. 2 pkt 12 ustawy o podatku od towarów i usług, zgodnie z którym przez obiekty budownictwa mieszkaniowego rozumie się budynki mieszkalne stałego zamieszkania sklasyfikowane w Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych w dziale 11. Po pierwsze należy zatem wskazać, że Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 1999 r. w sprawie Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych (PKOB) precyzuje, iż budynki mieszkalne to obiekty budowlane, których co najmniej połowa całkowitej powierzchni użytkowej jest wykorzystywana do celów mieszkalnych. Część "mieszkaniowa" budynku mieszkalnego obejmuje zaś pomieszczenia mieszkalne (kuchnie, pokoje wypoczynkowe, sypialnie), pomieszczenia pomocnicze, piwnice oraz pomieszczenia ogólnego użytkowania (np. wózkarnie, suszarnie). W pawilonach Zakładu Karnego brak jest natomiast w/w pomieszczeń. Po drugie, Polska Klasyfikacja Obiektów Budowlanych w dziale 11, grupa 113, klasa 1130 (budynki mieszkalne - budynki zbiorowego zamieszkania) obejmuje: budynki mieszkalne na terenie koszar, zakładów karnych i poprawczych, aresztów śledczych. Oznacza to, że powyższa klasa dotyczy budynków mieszkalnych posadowionych na terenie zakładów karnych, takich jak np. lokale mieszkalne dla funkcjonariuszy Służby Więziennej. Powyższe potwierdza fakt, że ustawodawca w klasie 1274 wprost wskazał na

zakłady karne, kwalifikując je do kategorii budynków niemieszkalnych. Wobec powyższego, nie ulega wątpliwości, że zakłady karne są budynkami o charakterze niemieszkalnym w rozumieniu PKOB. Powyższe potwierdza również okoliczność, że pawilony w zakładach karnych przeznaczone są dla potrzeb wykonywania kary pozbawienia wolności lub tymczasowego aresztowania, a nie dla zaspokojenia potrzeb mieszkaniowych osadzonych lub osób tymczasowo aresztowanych. Skoro zatem w Rozporządzeniu w sprawie Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych wyjaśniono, że budynki niemieszkalne to obiekty budowlane wykorzystywane głównie dla potrzeb niemieszkalnych, to należy zasadnie przyjąć, że pawilony w zakładach karnych - jako przeznaczone dla potrzeb niemieszkalnych - są budynkami o charakterze niemieszkalnym w rozumieniu PKOB. Przechodząc do drugiej części definicji pojęcia *"budownictwa objętego społecznym programem mieszkaniowym"* wskazać należy, że pomimo tego, iż zakłady karne zostały sklasyfikowane w dziale 12 Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych, a pawilony zakładów karnych kwalifikuje się do budynków niemieszkalnych, to cele w pawilonach zakładów karnych w żadnym wypadku nie mają charakteru lokali mieszkalnych. W tym miejscu należy bowiem przywołać definicję lokalu zawartą w ustawie z dnia 21.06.2001 r. o ochronie praw lokatorów, mieszkaniowym zasobie gminy i o zmianie Kodeksu cywilnego (Dz. U. z 2019 r., poz. 1182), zgodnie z którą, lokal to pomieszczenie służące do zaspokajania potrzeb mieszkaniowych (...); nie jest w rozumieniu ustawy lokalem pomieszczenie przeznaczone do krótkotrwałego pobytu osób, w szczególności znajdujące się w budynkach internatów, burs, pensjonatów, hoteli, domów wypoczynkowych lub w innych budynkach służących do celów turystycznych lub wypoczynkowych. Przy tym, użycie w cytowanym przepisie zwrotu *"w szczególności"* wskazuje, że wyliczenie ma charakter przykładowy.

Wobec powyższego, nie ulega wątpliwości, że cele w zakładzie karnym nie mają charakteru lokali mieszkalnych. Przede wszystkim cele nie służą bowiem zaspokajaniu potrzeb mieszkaniowych osób osadzonych lub tymczasowo aresztowanych, lecz - jak wskazano wyżej - wykonywaniu orzeczonej kary. Nadto, pobyt w zakładzie karnym ma charakter krótkotrwały, ponieważ nie jest to pobyt na stałe, choć nierzadko jest to pobyt na dłuższy okres czasu. Jednakże pojęcie *"krótkotrwały pobyt"* nie musi oznaczać pobytu, który trwa krótko w ścisłym tego słowa znaczeniu. Pobyt w internacie może trwać kilka lat i o ile związany jest on z nauką, jest pobytem krótkotrwałym. Decydujący jest cel, jakemu służy dane pomieszczenie. Określenie „pomieszczenie przeznaczone do krótkotrwałego pobytu osób” należy odnosić do tych pomieszczeń, które zaspokajają potrzeby mieszkaniowe na pewien okres czasu, który nie musi być z góry określony, ale związany jest z działalnością

człowieka i ma zaspokajać potrzeby mieszkaniowe na czas tej działalności. Dopóki pobyt w danym pomieszczeniu wiąże się z określoną działalnością, będzie uznawany za takie pomieszczenie, choćby pobyt ten trwał przez okres kilku lat. Wątpliwości budziło zaliczenie, bądź nie, hotelu pracowniczego do lokali służących zaspokajaniu potrzeb mieszkaniowych. Trzeba jednoznacznie stwierdzić, że nawet w przypadku długotrwałego i nieprzerwanego przebywania w danym hotelu pracowniczym nie pozwala to na zaliczenie go do lokali służących zaspokojeniu potrzeb mieszkaniowych. Decydujące w tym przypadku jest bowiem przeznaczenie pokoi w hotelu pracowniczym. Celem tym jest wynajmowanie tych pokoi na zasadach podobnych jak w przypadku internatów czy „zwykłych” hoteli. Podobnie nie są lokalami w rozumieniu komentowanej ustawy cele w zakładach karnych, gdyż nie służą one zaspokajaniu potrzeb mieszkaniowych osadzonych, ale wykonywaniu przymusowej kary pozbawienia wolności lub tymczasowego aresztowania (Krzekotowska Krystyna, Malinowska-Wójcicka Magdalena, Komentarz do ustawy o Ochronie praw lokatorów i mieszkaniowym zasobie gminy, WKP 2019).

Na mocy zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z 29.04.2020 r. sprawy o sygn. akt: KIO 782/20, sygn. akt: KIO 807/20 zostały skierowane do łącznego rozpatrzenia. Odwołanie o sygn. akt: KIO 807/20 w skutek jego wycofania przez Odwołującego zostało umorzone na mocy postanowienia Krajowej Izby Odwoławczej z 27.05.2020 r. W zakresie odwołania o sygn. akt: KIO 782/20 została przeprowadzona rozprawa.

W dniu 10.04.2020 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) PEPEBE Włocławek Przedsiębiorstwo Państwowe wniosło odwołanie na czynności Zamawiającego z 07.04.2020 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał 10.04.2020 r. (wpływ bezpośredni do Kancelarii Zamawiającego). Zarzucił niezgodne z art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp odrzucenie jego oferty w sytuacji gdy zastosowana przez nas stawka podatku VAT jest prawidłowa i zgodna z obowiązującymi przepisami, a następnie dokonanie wyboru oferty wykonawcy, która powinna być odrzucona z uwagi na zastosowaną nieprawidłową stawkę podatku VAT. Wskazując na powyższe wnosił o uwzględnienie odwołania i unieważnienie czynności odrzucenia alert Odwołującego i czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, a w jej wyniku odrzucenie ofert wykonawców, którzy zastosowali w ofertach wyłącznie stawkę podatku VAT 23%, tj. Girder Sp. z o.o. oraz konsorcjum firm ZUB Ł. i KWK Construction. Ponadto wnosił o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z pism załączonych do odwołania. Podstawą wyboru

najkorzystniejszej oferty była cena (60%), okres gwarancji oraz rękojmi (30%) oraz czas reakcji na usunięcie wady/usterki (10%). W formularzu ofertowym Zamawiający natomiast wskazał, że Wykonawcy zobowiązani się kwotowo wskazać cenę netto, wartość podatku VAT i kwotę brutto - nie precyzując wartości podatku VAT. W toku prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia Odwołujący wskazywał Zamawiającemu na konieczność określenia stawki podatku VAT dla budynku będącego przedmiotem zamówienia zadając pytania do treści SIWI, jednak Zamawiający wskazał. Ze to na wykonawcy ciąży obowiązek zastosowania odpowiedniej stawki podatku VAT w wycenie wartości przedmiotu zamówienia i odmówił jej wskazania (pismo z 06.03.2020 r.) Po otwarciu ofert okazało się, że trzech wykonawców zastosowało przy wycenie wyłącznie stawkę VAT 23%, natomiast pozostali - w tym Odwołujący - stawki 8% i 23%. Wskazanie niejednorodnych stawek VAT uniemożliwiało dokonanie prawidłowej oceny ofert, co - jak się wydaje dostrzegł również Zamawiający, gdyż pismem z 17.03.2020 r. wezwał Wykonawców (w tym Odwołującego) do wyjaśnienia prawidłowości zastosowanych stawek VAT. Pomimo iż wątpliwości te nic zostały usunięte po złożeniu wyjaśnień, Zamawiający dokonał czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w dniu 31.03.2020 r., o czym Odwołujący został poinformowany pisemnie w dniu 02.04.2020 r. Odwołujący złożył w dniu 06.04.2020 r. odwołanie do KIO, w którym wskazał na nieprawidłowości w postępowaniu Zakładu Karnego we Włocławku, gdyż dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej w sytuacji, gdy wykonawcy wskazali różne stawki podatku VAT w ofertach, było niemożliwe. Stawka podatku VAT, jako wynagrodzenia brutto i tym samym część ceny, a zatem istotnego kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej - powinien być jednakowy dla każdego wykonawcy i niedopuszczalne jest dokonywanie wyboru w sytuacji, gdy oferenci przyjęli jego odmienne wartości. Zamawiający uznał argumentację Odwołującego i pismem z 07.04.2020 r. zawiadomił Odwołującego o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz o odrzuceniu ofert czterech wykonawców (w tym Odwołującego) w wyniku powtórzonych czynności badania i oceny ofert. Czynność ta została dokonana przez formalnym zakończeniem przez KIO postępowania w sprawie odwołania z 06.04.2020 a zatem w ocenie Odwołującego - niezgodnie z art. 186 ust. 2 Pzp, który wyraźnie stanowi, że powtórzenie lub unieważnienie czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu Zamawiający dokonuje po umorzeniu postępowania przez Izbę. Jednak Odwołujący, nie chcąc się spotkać z zarzutem przekroczenia terminu ustawowego, działając w szeroko pojętym interesie społecznym, zdecydował o zakażeniu czynności odrzucenia

naszej oferty i ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty, ponosząc kolejne koszty postępowania odwoławczego.

Odnosząc się do argumentacji uzasadniającej w ocenie Zamawiającego odrzucenie Oferty złożonej przez PEPEBE Włocławek wskazuje że jest ona bezpodstawna. Pogląd Zamawiającego, jakoby w odniesieniu do prac budowlane na pawilonach mieszkalnych dla osadzonych należy stosować sławkę podatku VAT 23%, jest sprzeczny z przepisami prawa, całą dotychczasową praktyką w Służbie Więziennej, a nawet sprzeczny z dotychczasową praktyką Zakładu Karnego we Włocławku, o czym będzie jeszcze mowa niżej. Pawilony mieszkalne, w których zakwaterowane są osoby pozbawione wolności. traktowane są jako budynki zbiorowego zamieszkania, co uprawniało wykonawców do stosowania do tych robót stawki podatku VAT 8% (art. 41 ustawy o VAT). Taka interpretacja była przyjęta powszechnie w całej Służbie Więziennej, także podczas realizacji analogicznych prac przez Odwołującego między innymi dla Zakładu Karnego w Rzeszowie i Zakładu Karnego w Przytułach Starych. Podczas realizacji inwestycji w Rzeszowie pojawiły się wprawdzie podobne wątpliwości u naszego podwykonawcy, spółki Trasko-Inwest sp. z o.o., który wystąpił do Urzędu Statystycznego w Łodzi o wyjaśnienie, jak klasyfikować budynek zakładu karnego, w którym co najmniej połowa całkowitej powierzchni użytkowej wykorzystywana jest na cele zakwaterowania osób skazanych i odbywających karę pozbawienia wolności. Urząd Statystyczny wskazał, że budynek taki mieści się w grupowaniu PKOB grupa 113 klasa 1130 „Budynki zbiorowego zamieszkania”, co - zgodnie z art. 41 ustawy o VAT - wprost pozwala na stosowanie do nich stawki podatku VAT 8% (interpretacja Urzędu w załączeniu). Co więcej, sam Zakład Karny we Włocławku jeszcze w październiku 2019 roku uznawał za zasadne zastosowanie dwóch stawek podatku VAT dla tej inwestycji. Wyjaśnić bowiem należy, że inwestycja ta miała być wcześniej realizowana bez stosowania Pzp, w oparciu o art. 4d ust. 1 pkt 8 Pzp. Wówczas Odwołujący również złożył ofertę (formularz ofertowy z uproszczonym kosztorysem w załączeniu), wskazując na zastosowanie do niektórych robót budowlanych stawki VAT 8%. Zakład Karny we Włocławku nie wnosił wówczas żadnych uwag, a w dniu 04.10.2019 r. przesłał do Odwołującego umowę, która miała być zawarta w oparciu o ww. Ofertę (e-mail w załączeniu). Do zawarcia umowy ostatecznie nie doszło z uwagi na ujawnione przez Odwołującego nieprawidłowości skutkujące zgłoszeniem sprawy do Prokuratury, a Zamawiający ogłosił publiczny przetarg, w którym - jak się aktualnie okazało „uznał już za prawidłowe zupełnie inne sławki podatku VAT niż jesienią 2019 roku. Powyższe wskazuje na daleko idąco niekonsekwencje Zamawiającego i rodzi poważne wątpliwości co do motywacji dla działań kierownictwa Zamawiającego i zgodności z prawem

podejmowanych decyzji. Z posiadanej przez Odwołującego wiedzy wynika również, że we wcześniej prowadzonych inwestycjach na terenie zakładu Zamawiający niejednokrotnie akceptował stawkę podatku VAT 8% co do robót dotyczących pawilonów mieszkalnych dla osadzonych - w tym zakresie Odwołujący wystąpił do Zamawiającego z wnioskiem o udzielenie informacji publicznej (pismo w załączeniu), po udzieleniu odpowiedzi przez Zakład Kamy zostanie ona załączona do niniejszego postępowania.

Zamawiający w dniu 14.04.2020 r. wezwał (e-mailem) wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 14.04.2020 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Girder Sp. z o.o. zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. W konsekwencji Izba uznała skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego: Girder Sp. z o.o. Przedmiotowe zamówienie w zakresie wykonywania robót budowlanych w obiektach zakładu karnego, które są budynkami o charakterze niemieszkalnym w obliczu obowiązujących przepisów prawa podatkowego oraz klasyfikacji obiektów budowlanych uniemożliwiają zastosowanie preferencyjnej 8% stawki podatku VAT. Jedyną poprawną i obowiązującą stawką jest stawka podatku w wysokości 23%, w związku z czym zastosowanie podatku wbrew obowiązującym przepisom rodziła po stronie Zamawiającego obowiązek odrzucenia z postępowania oferty Odwołującego. W związku z czym odwołanie jest oczywiście bezzasadne, a jego wniesienie ma na celu jedynie uniemożliwienie zamawiającemu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W dniu 26.05.2020 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) Girder Sp. z o.o. złożyło pismo procesowe w sprawie KIO 782/20 i KIO 807/20, w którym Przystępujący wnosil o oddalenie także odwołania KIO 782/20. Kopia została przekazana Odwołującemu oraz Zamawiającemu. Stwierdził, że wbrew twierdzeniom Odwołującego prawidłowa stawka podatku VAT dla całości inwestycji wynosi 23%, bowiem roboty budowlane na obiekcie pn. „*pawilon mieszkalny*” nie mogą zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa zostać zakwalifikowane jak roboty na obiekcie zamieszkania zbiorowego. W pierwszej kolejności wskazał, że o prawidłowości stawki podatku VAT decydują przepisy prawa, w tym w szczególności ustawa z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług

(tj. z dnia 9 grudnia 2019 r. Dz.U. z2020, poz. 106) dalej „ustawa o vat”. Zgodnie z ustawą o vat należy zauważyć, że podstawową stawką podatku od towarów i usług jest stawka w wysokości 23%. Stawkę obniżoną można zastosować jedynie na podstawie art. 41 ust. 12 ustawy o podatku od towarów i usług (Dz. U. z 2020 r., poz. 106), którą stosuje się do dostawy, budowy, remontu, modernizacji, termomodernizacji, przebudowy lub robót konserwacyjnych dotyczących obiektów budowlanych lub ich części zaliczonych do budownictwa objętego społecznym programem mieszkaniowym.

Zgodnie zaś z art. 41 ust. 12a w/w ustawy, przez budownictwo objęte społecznym programem mieszkaniowym rozumie się: obiekty budownictwa mieszkaniowego lub ich części, z wyłączeniem lokali użytkowych, lokale mieszkalne w budynkach niemieszkalnych sklasyfikowanych w Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych w dziale 12, oraz 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, a także mikroinstalację, o której mowa w art. 2 pkt 19 ustawy z dnia 20 lutego 2015 r. o odnawialnych źródłach energii (Dz. U. z 2018 r. poz. 2389, z późn. zm.), funkcjonalnie z nimi związaną, z zastrzeżeniem ust. 12b.

Pojęcie obiektów budownictwa mieszkaniowego zdefiniowane zostało w art. 2 pkt 12 ustawy o podatku od towarów i usług, zgodnie z którym przez **obiekty budownictwa mieszkaniowego** rozumie się budynki mieszkalne **stałego zamieszkania** sklasyfikowane w Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych w dziale 11. Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 1999 r. w sprawie Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych (PKOB) precyzuje, iż **budynki mieszkalne** 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. Część "mieszkaniowa" budynku mieszkalnego musi obejmować pomieszczenia mieszkalne (kuchnie, pokoje wypoczynkowe, sypialnie), pomieszczenia pomocnicze, piwnice oraz pomieszczenia ogólnego użytkowania (np. wózkarnie, suszarnie). W pawilonach Zakładu Karnego brak jest natomiast w/w pomieszczeń.

Odwołujący wskazał, że zastosował stawkę obniżonego podatku podpierając się pismem Urzędu Statystycznego z Łodzi uzyskanego przez Spółkę TRANS-INVETS Sp. z o.o., w którym to wyjaśnieniu US wskazał, że budynek na cele zakwaterowania osób skazanych i odbywających karę pozbawienia wolności mieści się w grupowaniu PKOB grupa

113 klasa 1130 „Budynki zamieszkania zbiorowego”. Załączając do odwołania opinię z 07.02.2020 r.

Odnosząc się do twierdzeń Odwołującego i dowodu wskazał Przystępujący, że opinia nie jest opinią indywidualną wydaną w przedmiotowej sprawie, a tylko taka mogłaby stanowić dowód dla zastosowania szczególnej stawki podatku vat. Ponadto nie załączono treści wniosku o wydanie ww. opinii, który jest istotny ze względu na okoliczności faktyczne przytoczone we wniosku, w tym w szczególności w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, którego opinia dotyczy.

Również sama treść przywołanego pisma budzi wątpliwości, bowiem nie odnosi do pojęć ustawowych, definiujących „budynek mieszkaniowy”. W piśmie, Urząd Statystyczny stwierdza: „*W związku z powyższym wymieniony w piśmie budynek zakładu karnego, w którym co najmniej połowa całkowitej powierzchni użytkowej wykorzystana jest na cele zakwaterowania osób skazanych i odbywających karę pozbawienia wolności mieści się w grupowaniu PKOB grupa 113 klasa 1130 „Budynki zbiorowego zamieszkania”.*

Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 1999 r. w sprawie Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych (Dz.U. Nr 112, poz. 1316 ze zm. - zwane dalej PKOB posługuje się pojęciem zakwaterowania tylko w stosunku do budynków zakwaterowania turystycznego które są budynkami niemieszkalnymi. W stosunku do budynków mieszkalnych, ustawodawca posługuje się pojęciem zamieszkania. A zatem posługiwanie się pojęciami nie mającymi zastosowania do budynków mieszkalnych dyskwalifikuje dowód zgłoszony przez Odwołującego. Ponadto nawet gdyby próbować posługiwać się tym dokumentem w przedmiotowym postępowaniu, mniej niż połowa powierzchni użytkowej wykorzystywana jest na cele mieszkalne. W PFU zostały podane następujące wartości:

- wymiary zewnętrzne budynku 18,5x50,50 = 934,25 m² – powierzchnia całkowita 1 kondygnacji po obrysie zewnętrznym
- powierzchnia użytkowa całego obiektu: ok 2150 m² (3 kondygnacje)
- powierzchnia celi 4 osobowej =12,1 do 13,2 m² (minimalna ilość powierzchni na 1 więźnia to 3 m²)
- powierzchnia celi 1 osobowej izolacyjnej – min 4 m²
- poza celami należy wykonać: celi zabezpieczająca, pom techniczne, klatki schodowe i komunikacje, hol, świetlice, punkt wydawania leków, poczekalnie, pom przesłuchań, dyżurka oddziałowego, pom socjalne, pom przeszukiwań, pomieszczenia gastronomiczne (wydawanie posiłków, termosów brudnych), punkt biblioteczny, pokój psychologa, pom wychowawcy, rozbieralnie i umywalnie, fryzjernia, pom bielizny czystej, cele izolacyjne, pom

porządkowe, pom skype. Do przetargu przekazano również pogładowe rzuty kondygnacji. W dalszej części pisma przedstawiono zestawienie powierzchni cel i ich stosunek do powierzchni użytkowej - według PFU.

POWIERZCHNIE MIESZKALNE (powierzchnie cel zawierają również powierzchnie wewnętrznych sanitariatów)							
kondygnacja	pomieszczenie	ilość pom	pow min [m ²]	pow min całkowita [m ²]	uwagi	pow max [m ²]	pow min całkowita [m ²]
parter	cela 1 osobowa	1	4,66	4,66	powierzchnie celi i toalet	6,66	6,66
	cela 2 osobowa	2	12,33	24,66	powierzchnie celi i toalet	12,33	24,66
	cela 4 osobowa	20	13,76	275,20	powierzchnie celi i toalet	14,86	297,2
I piętro	cela 1 osobowa	1	4,66	4,66	powierzchnie celi i toalet	6,66	6,66

	cela 2 osobowa	2	12,33	24,66	powierzchnie celi i toalet	12,33	24,66
	cela 4 osobowa	20	13,76	275,20	powierzchnie celi i toalet	14,86	297,2
II piętro	cela 1 osobowa	1	4,66	4,66	powierzchnie celi i toalet	6,66	6,66
	cela 4 osobowa	20	13,76	275,20	powierzchnie celi i toalet	14,86	297,2
	cela 4 osobowa	1	13,76	13,76	powierzchnie celi i toalet	14,86	14,86
ŁĄCZNA POWIERZCHNIA CEL:				902,66			975,76
CAŁA POWIERZCHNIA MIESZKALNA				902,66			975,76
POWIERZCHNIA UŻYTKOWA BUDYNKU (PFU)				2150,00			
STOSUNEK POWIERZCHNI CEL DO UŻYTKOWEJ				42%			45%

Z tego wynika, że stosując minimalną wielkość celi (12,1m²) jak i największą przewidywaną (13,2m²) stosunek powierzchni mieszkalnej do użytkowej jest mniejszy niż 50% - a zatem również na podstawie zestawienia powierzchni jest to budynek niemieszkalny

Dodatkowo stwierdził, że przywoływanie Informacji z Ośrodka Klasyfikacji i Nomenklatur Urzędu Statystycznego nie stanowi o prawidłowej stawce podatku VAT. Tak m.in. KIO w wyroku z dnia 28 sierpnia 2017 r. (KIO 1681/17) gdzie wskazano, że: „*Klasyfikacja Urzędu Statystycznego nie jest wyznacznikiem dla zastosowania właściwej stawki podatku VAT*”. Izba wydając orzeczenie w przywołanej sprawie stwierdziła, że „*Co najwyżej może być pomocna przy klasyfikowaniu wg. PKWiU. Ponadto Urzędowi nie jest znana siwz i opis przedmiotu zamówienia.*”.

Nie stanowi również o prawidłowej stawce podatku vat tytuł przedmiotu zamówienia, czy treść innych umów. O prawidłowej stawce decyduje przepis prawa, a nie przyzwyczajenie czy dotychczasowa praktyka jak argumentują to obaj odwołujący. Decydującymi przepisami są przepisy prawa podatkowego.

Tym bardziej, że Odwołujący w ogóle nie udowadnia, że przepisy prawa pozwalają mu na zastosowanie stawki obniżonej, nie dowodzi, że w tym postępowaniu mamy do czynienia z budynkiem mieszkalnym, a jedynie stwierdza, że taka jest praktyka, co nie jest wystarczające dla uznania stawianych zarzutów co do odrzucenia Jego oferty.

Ponadto Odwołujący PEPEBE chcąc uzyskać przedmiotowe zamówienie musiałby zakwestionować prawidłowość zastosowanej stawki podatku VAT w ofercie Przystępującego, w przeciwnym razie nie wykazuje żadnego interesu w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp.

Odnosząc się do argumentacji Odwołujących w zakresie PKOB: Polska Klasyfikacja Obiektów Budowlanych w dziale 11, grupa 113, klasa 1130 (*budynki mieszkalne - budynki zbiorowego zamieszkania*) obejmuje: *budynki mieszkalne na terenie koszar, zakładów karnych i poprawczych, aresztów śledczych*. Tak więc dotyczy budynków mieszkalnych posadowionych na terenie zakładów karnych, takich jak np. lokale mieszkalne dla funkcjonariuszy Służby Więziennej. Natomiast przedmiot niniejszego zamówienia znajduje się w klasie 1274. Pawilony przeznaczone są dla potrzeb wykonywania kary pozbawienia wolności lub tymczasowego aresztowania w zakładzie karnym, nie są przeznaczone dla zaspokojenia potrzeb mieszkaniowych osadzonych lub osób tymczasowo aresztowanych nie służą zamieszkaniami, a odbywaniu kary pozbawienia wolności. Definicja lokalu mieszkalnego jest zdefiniowana w przepisach prawa - w ustawie z dnia 21.06.2001 r. o ochronie praw lokatorów, mieszkaniowym zasobie gminy i o zmianie Kodeksu cywilnego (Dz. U. z 2019 r.,

poz. 1182), zgodnie z którą, lokal to pomieszczenie **służące do zaspokajania potrzeb mieszkaniowych** (...). Natomiast na gruncie ww. przepisów **nie jest w rozumieniu ustawy lokalem pomieszczenie przeznaczone do krótkotrwałego pobytu osób**, w szczególności znajdujące się w budynkach internatów, burs, pensjonatów, hoteli, domów wypoczynkowych lub w innych budynkach służących do celów turystycznych lub wypoczynkowych. Przy tym, użycie w cytowanym przepisie zwrotu "w szczególności" wskazuje, że wyliczenie ma charakter przykładowy.

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 - jak nadmieniono wyżej - do klasy 1274.

Reasumując stwierdził, że pawilony w zakładach karnych i aresztach śledczych, przeznaczone są dla potrzeb wykonywania kary pozbawienia wolności albo stosowania tymczasowego aresztowania i służące zakwaterowaniu osób skazanych i tymczasowo aresztowanych w pojęciu prawnym, ale i w rozumieniu potocznym, z pewnością nie służą zaspokajaniu czyichkolwiek potrzeb mieszkaniowych, w tym także osadzonych i nikt w nich nie zamieszkuje. 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.

Bez wątplenia zatem pomieszczenia dla osadzonych nie są budynkami mieszkalnymi, wielokrotnie już organy sądowe wypowiedziały się w tej sprawie. Odnosząc się właśnie do przepisów prawa podatkowego, które to przepisy jako jedyne należy brać pod uwagę przy ustalaniu stawki podatku vat, czy wysokości nakładanych innych podatków.

W kwestii identycznej jak w niniejszym postępowaniu wypowiedziała się m.in. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 28.05.2013r., sygn. akt: KIO 1122/13. Teza tego wyroku jest następująca: *„Celi w zakładzie karnym nie można uznać za lokal mieszkalny, nie taki jest bowiem charakter i przeznaczenie tego pomieszczenia. Cella nie służy zaspokajaniu potrzeb mieszkaniowych osadzonych, ale wykonywaniu przymusowej kary pozbawienia wolności lub tymczasowego aresztowania. Wszelkie pomieszczenia przeznaczone do krótkotrwałego pobytu osób nie stanowią lokali mieszkaniowych.”*

W uzasadnieniu Izba wskazała: „W zakresie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 ZamPublU 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 r. 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 mieszczących 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 2005 r. Nr 31, [poz. 266](#) ze zm.). 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. Cella 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 ZamPublU.](#)”.

W wyroku WSA w Olsztynie z 27.06.2007 r., sygn. akt. I SA/OI 230/07, rozstrzygnięto kwestię klasyfikacji pomieszczeń dla osób osadzonych w zakładzie karnym w Olsztynie wskazując, że:

1. Dla celów podatkowych budynek będzie budynkiem mieszkalnym, gdy mieścić się w nim będą w przeważającej części lokale mieszkalne.
2. Budynki wykorzystywane do przymusowego pobytu osadzonych w zakładach karnych nie są zatem budynkami mieszkalnymi w rozumieniu art. 5 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 12 stycznia 1991 r. o podatkach i opłatach lokalnych (t.j. Dz.U. z 2006 r. Nr 121, poz. 844 ze zm.). W konsekwencji podlegają opodatkowaniu podatkiem od nieruchomości według stawek podatkowych przyporządkowanych w uchwałach wykonawczych rad gmin do kategorii pozostałych budynków.

W uzasadnieniu wyroku Sąd stwierdził: „*Ustawa o podatkach i opłatach lokalnych definiuje jedynie budynek jako obiekt budowlany, umocowany w ziemi lub na ziemi, mający ściany lub słupy albo filary oraz pokrycie dachowe (art. 3 ust. 4). Zgodnie ze słownikiem języka polskiego "budynek mieszkalny" to budynek przeznaczony lub nadający się do mieszkania. Natomiast pojęcie "mieszkać" oznacza "zajmować jakieś pomieszczenie i traktować je jako główne miejsce pobytu, przebywać gdzieś stale lub czasowo" (Uniwersalny Słownik Języka Polskiego pod redakcją S. Dubisza, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2003 r., str. 642).*

W głosie do uchwały NSA z dnia 1 lipca 2002 r., sygn. akt FPK 3/02, P. Borszowski stwierdził, iż: "O budynku mieszkalnym będziemy mówić wówczas, gdy spełnia łącznie co najmniej dwie cechy, po pierwsze posiada niezbędne warunki do stałego przebywania tam ludzi wraz z prowadzeniem samodzielnego gospodarstwa domowego, po drugie zaś służy do zaspokajania potrzeb mieszkaniowych, czyli jest przeznaczony do zamieszkiwania. Z tego pojęcia będą więc wyłączone wszelkie przypadki, gdy budynek, mimo iż spełnia niezbędne warunki do stałego przebywania osób, z różnych względów jest przeznaczony do innych celów" (opubl. POP 2004/4/326 - t. 1).

Zgodnie z uchwałą pięciu sędziów Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 30 sierpnia 1999 r., sygn. akt FPK 1/99: "Część budynku aresztu śledczego mieszcząca cele dla osób tymczasowo aresztowanych nie może być uznana za część budynku mieszkalnego w rozumieniu art. 5 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 12 stycznia 1991 r. o podatkach i opłatach lokalnych (Dz.U. Nr 9, poz. 31 ze zm.)" (opubl. ONSA z 2000 r., nr 1, poz. 8). W uzasadnieniu tej uchwały Sąd stwierdził: "Trzeba też zauważyć, że art. 5 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 12 stycznia 1991 r. o podatkach i opłatach lokalnych przewiduje

opodatkowanie "budynek mieszkalny lub ich części". Uzasadniony więc jest pogląd, że aby część budynku mogła być opodatkowana na podstawie tego przepisu, cały budynek musi być budynkiem mieszkalnym. Nawet strona odwołująca się nie sugeruje, że cały budynek Aresztu Śledczego, zawierający - oprócz cel dla osób tymczasowo aresztowanych - w szczególności pomieszczenia do wspólnego użytku, administracyjnobiurowe, gospodarcze i socjalne, mógłby być uznany za budynek mieszkalny. Tymczasem aby część budynku aresztu śledczego, zawierająca cele dla osób tymczasowo aresztowanych, mogła być uznana za część budynku mieszkalnego, cały budynek musiałby najpierw zostać uznany za budynek mieszkalny. Część budynku nie będącego budynkiem mieszkalnym nie może zostać uznana za część budynku mieszkalnego". Za prawidłowe uznać należy zatem stanowisko organu odwoławczego, kwestionowane w skardze, że dla celów podatkowych budynek będzie budynkiem mieszkalnym, gdy mieścić się w nim będą w przeważającej części lokale mieszkalne.

Zdaniem Sądu: „nie można utożsamiać budynków zakładu karnego lub ich części przeznaczonych na zakwaterowanie osób osadzonych z budynkami mieszkalnymi. Osoby fizyczne przebywają bowiem w zakładzie karnym jedynie przez czas ściśle określony. Celem pozbawienia wolności jest wzbudzenie w skazanym woli współdziałania w kształtowaniu jego społecznie pożądaných postaw, w szczególności poczucia odpowiedzialności oraz potrzeby przestrzegania porządku prawnego i tym samym powstrzymania się od powrotu do przestępstwa (art. 67 § 1 KKW), a nie chęcią zaspokojenia ich potrzeb mieszkaniowych. Potrzeby mieszkaniowe osadzonych zaspakajane są jedynie ubocznie, w niezbędnym zakresie dla zapewnienia powierzchni celi mieszkalnej nie mniejszej niż 3 m² na osobę, sprzętu zapewniającego osobne miejsce do spania, odpowiednich warunków higieny, dopływu powietrza, temperatury i oświetlenia (art. 110 KKW). Budynki wykorzystywane do przymusowego pobytu osadzonych w zakładach karnych nie są zatem budynkami mieszkalnymi w rozumieniu art. 5 ust. 1 pkt 1 ustawy o podatkach i opłatach lokalnych. W konsekwencji podlegają opodatkowaniu podatkiem od nieruchomości według stawek podatkowych przyporządkowanych w uchwałach wykonawczych rad gmin do kategorii pozostałych budynków.

Przedstawiane w klasyfikacjach statystycznych dane dotyczące budynków mieszkalnych i tzw. zbiorowego zakwaterowania nie były podważane. Nie są to pojęcia tożsame. Wynika to z przeglądu orzecznictwa i doktryny. Również na gruncie budowlanym "budynek mieszkalny" to budynek przeznaczony dla zaspakajania potrzeb mieszkaniowych, a "budynki zbiorowego zakwaterowania" aczkolwiek przebywają w nim ludzie, nie służą

zaspokojeniu potrzeb mieszkaniowych w rozumieniu art. 5 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy o podatkach i opłatach lokalnych.

W konsekwencji powyższego stwierdzić należy, iż interpretacja dotycząca pojęcia budynku mieszkalnego i ich części dokonana przez organy podatkowe jest prawidłowa.”

W wyroku WSA w Olsztynie z dnia 13.06.2007r., sygn. akt. I SA/OI 209/07 – wskazano, że budynki wykorzystywane do przymusowego pobytu osadzonych w areszcie śledczym nie są budynkami mieszkalnymi w rozumieniu art. 5 ust. 1 pkt 2a ustawy z dnia 12 stycznia 1991 r. o podatkach i opłatach lokalnych (t.j. Dz.U. z 2002 r. Nr 9, poz. 84 ze zm.). "Budynek mieszkalny" to budynek przeznaczony dla zaspakajania potrzeb mieszkaniowych, natomiast areszt śledczy jest budynkiem zbiorowego zakwaterowania, który mimo, iż jest miejscem pobytu osadzonych, to nie służy zaspokojeniu potrzeb mieszkaniowych w rozumieniu art. 5 ust. 1 pkt 2a ustawy z dnia 12 stycznia 1991 r. o podatkach i opłatach lokalnych.

"Budynek mieszkalny" to budynek przeznaczony lub nadający się do mieszkania. Natomiast pojęcie "mieszkać" oznacza "zajmować jakieś pomieszczenie i traktować je jako główne miejsce pobytu, przebywać gdzieś stale lub czasowo". W tym kontekście budynek mieszkalny przeznaczony przez podatnika na cele rekreacyjne, niezależnie od stanu technicznego i częstotliwości wykorzystywania, może być uznany za "pozostały" budynek w rozumieniu art. 5 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 12 stycznia 1991 r. o podatkach i opłatach lokalnych (Dz.U. z 2002 r. Nr 9, poz. 84 ze zm.), opodatkowany według innych stawek niż budynek "mieszkalny" w rozumieniu art. 5 ust. 1 pkt 1 tej ustawy. (2006.02.16 wyrok NSA W-wa II FSK 308/05, NSA W-wa II FSK 308/05).

Podatek od nieruchomości jest podatkiem od majątku. Ustawodawca z przyczyn społecznych (pozafiskalnych) niektóre grupy nieruchomości (składniki majątkowe) opodatkował stawkami niższymi (określonymi w ustawie co do ich górnego pułapu) niż inne. Dotyczyło to budynków mieszkalnych - takich, które służą zaspokojeniu podstawowych potrzeb mieszkaniowych podatnika i jego rodziny.

Część budynku aresztu śledczego mieszcząca cele dla osób tymczasowo aresztowanych nie może być uznana za część budynku mieszkalnego w rozumieniu art. 5 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 12 stycznia 1991 r. o podatkach i opłatach lokalnych (Dz.U. Nr 9, poz. 31 ze zm.). (1999.08.30 uchwała NSA FPK 1/99 ONSA 2000/1/8).

O budynku mieszkalnym będziemy mówić wówczas, gdy spełnia łącznie co najmniej dwie cechy, po pierwsze posiada niezbędne warunki do stałego przebywania tam ludzi wraz

z prowadzeniem samodzielnego gospodarstwa domowego, po drugie zaś służy do zaspokajania potrzeb mieszkaniowych, czyli jest przeznaczony do zamieszkiwania.

Z tego pojęcia będą więc wyłączone wszelkie przypadki, gdy budynek, mimo iż spełnia niezbędne warunki do stałego przebywania osób, z różnych względów jest przeznaczony do innych celów. (P. Borszowski, Glosa do uchwały NSA z 01.07.2002 r., FPK 3/2002. POP 2004/4/326 - t.1).

Budynki wykorzystywane do przymusowego pobytu osadzonych w areszcie śledczym nie są budynkami mieszkalnymi w rozumieniu art. 5 ust. 1 pkt 1 PLoKU Podlegają one opodatkowaniu podatkiem od nieruchomości według stawek podatkowych przyporządkowanych w uchwałach wykonawczych rad gmin do kategorii pozostałych budynków. Osoby fizyczne przebywają bowiem w areszcie jedynie przez czas ściśle określony. Pobyt osób tymczasowo aresztowanych jest uzasadniony względami toczącego się postępowania sądowego, a nie chęcią zaspokojenia ich potrzeb mieszkaniowych. (Gorgol A. Glosa 2000/3/20 - t.1 Glosa do wyroku NSA z 20.01.1998 r., I SA/PO 1064/97.)

WSA podziela poglądy orzecznictwa i doktryny, że budynki aresztu śledczego nie są budynkami mieszkalnymi w rozumieniu art. 5 ust. 1 pkt 2a ustawy z dnia 12 stycznia 1991 r. o podatkach i opłatach lokalnych. Przedstawiane w klasyfikacjach statystycznych dane dotyczące budynków mieszkalnych i tzw. zbiorowego zakwaterowania nie były podważane. Nie są to pojęcia tożsame. Wynika to z przeglądu orzecznictwa i doktryny. Również na gruncie budowlanym "budynek mieszkalny" to budynek przeznaczony dla zaspokajania potrzeb mieszkaniowych, a "budynki zbiorowego zakwaterowania" aczkolwiek przebywają w nim ludzie, nie służą zaspokojeniu potrzeb mieszkaniowych w rozumieniu art. 5 ust. 1 pkt 2a ustawy o podatkach i opłatach lokalnych. W związku z tym, że interpretacja nie jest rozstrzygnięciem sprawy podatkowej co do jej istoty, nie jest aktem stosowania prawa, lecz jest jedynie informacją zawierającą stanowisko organu podatkowego w kwestii sposobu stosowania prawa, to nie można podzielić zarzutów skargi wyszczególnionych w pkt 1-7 skargi. Interpretacja organów podatkowych dotycząca pojęcia budynku mieszkalnego i ich części jest prawidłowa. W związku z tym nie może być mowy, że organy podatkowe naruszyły przepisy Konstytucji. Strona skarżąca nie jest związana treścią interpretacji. Może ona kwestionować decyzje ustalające podatek od nieruchomości. W postępowaniu o udzielenie interpretacji nie prowadzi się postępowania dowodowego. Podstawę faktyczną stanowi treść wniosku."

Zwrócił także uwagę na Uchwałę składu pięciu Sędziów NSA z dnia 30 sierpnia 1999 r. FPK 1/99: „Niezależnie od tego należy uwzględnić, że punktem wyjścia przy wykładni

przepisów prawa podatkowego powinno być sformułowane przez naukę prawa stanowisko o autonomiczności tej gałęzi prawa. Przypomniał o tym Naczelny Sąd Administracyjny w szczególności w uchwale składu pięciu sędziów z dnia 24 czerwca 1996 r. sygn. FPK 6/96 (ONSA 1996, z. 3, poz. 106), powołując się na pogląd wyrażony przez Ryszarda Mastalskiego. Podkreśla on, że nazwy przejęte przez prawo podatkowe z innych gałęzi prawa nie mogą oznaczać tych samych pojęć, służą bowiem do budowania określonych pojęć właśnie w prawie podatkowym i stanowią wraz z innymi cechami ustaw podatkowych część składową nowych kompleksów pojęć, uzyskując cechy swoiste, niezbędne do założonych przez normodawcę celów opodatkowania. Prawo podatkowe bowiem, aby mogło wypełniać swoje zadania, może być wiązane tylko własnymi pojęciami. Dokonując wykładni językowej prawa podatkowego, która powinna być uściślana i rozwijana w kontekście wykładni systemowej i funkcjonalnej, należy przede wszystkim szukać "podatkowego" rozumienia pojęć używanych przez ustawodawcę i zważać na to, czy przyjęcie innego, na przykład cywilnoprawnego punktu widzenia nie prowadzi do uchylania się danego podmiotu od opodatkowania albo też do zmniejszenia jego obciążeń podatkowych (R. Mastalski: Interpretacja prawa podatkowego, źródła prawa podatkowego i jego wykładnia, Wrocław 1989, s. 98-100).

Ustawa z dnia 12 stycznia 1991 r. o podatkach i opłatach lokalnych definiuje jedynie w art. 3 ust. 4 budynek jako obiekt budowlany, umocowany w ziemi lub na ziemi, mający ściany lub słupy albo filary oraz pokrycie dachowe; czyni to przy tym odmiennie niż ustawa z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane w art. 3 pkt 2. Odwołując się do znaczenia słów "budynek mieszkalny", trzeba stwierdzić, że jest to budynek służący lub nadający się do mieszkania, a mieszkać - to przebywać gdzieś stale albo czasowo, zajmować jakiś lokal, mieć mieszkanie, zamieszkiwać (Mały słownik języka polskiego pod redakcją Stanisława Skorupki, Warszawa 1968, s. 388). Rozważając, czy budynek aresztu śledczego może być uznany za budynek mieszkalny, należy zauważyć, że areszt to pomieszczenie, w którym trzymane są osoby pozbawione wolności (s. 18 powołanego słownika), a budynek aresztu zbliżony jest pojęciowo do więzienia, czyli budynku przeznaczonego do trzymania w zamknięciu przestępców (s. 896 powołanego słownika). Budynek mieszkalny zatem i budynek aresztu śledczego to zupełnie inne rzeczy.

Sięgając nawet do przytoczonych w odwołaniu przepisów ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks karny wykonawczy (Dz. U. Nr 90, poz. 557) nie można znaleźć argumentów na poparcie wniosku strony. Celem tymczasowego aresztowania jest przede wszystkim zapewnienie prawidłowego toku postępowania karnego (art. 207 k.k.w.) przez właściwe

rozmieszczenie osób tymczasowo aresztowanych, ich oddzielenie i izolację (art. 212 k.k.w.), a nie zaspokojenie ich potrzeb mieszkaniowych. Te ostatnie zaspokajane są jedynie w niezbędnym, minimalnym zakresie przez zapewnienie powierzchni celi mieszkalnej nie mniejszej niż 3m² na osobę, sprzętu zapewniającego osobne miejsce do spania, odpowiednich warunków higieny, dopływu powietrza, temperatury i oświetlenia (art. 110 w związku z art. 209 i 214 § 1 k.k.w.).

Należy dodać, że przepis przewidujący najniższą, preferencyjną - jeśli chodzi o budynki - stawkę opodatkowania podatkiem od nieruchomości dla budynków mieszkalnych lub ich części nie powinien podlegać wykładni rozszerzającej. Zgodnie z utrwalonym w orzecznictwie poglądem byłoby to odstępstwo od zasady sprawiedliwego i równego opodatkowania (np. uchwała składu pięciu sędziów Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 14 kwietnia 1997 r. sygn. FPK 3/97, ONSA 1997, z. 3, poz. 111).

Trzeba też zauważyć, że art. 5 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 12 stycznia 1991 r. o podatkach i opłatach lokalnych przewiduje opodatkowanie "budynków mieszkalnych lub ich części". Uzasadniony więc jest pogląd, że aby część budynku mogła być opodatkowana na podstawie tego przepisu, cały budynek musi być budynkiem mieszkalnym. Nawet strona odwołująca się nie sugeruje, że cały budynek Aresztu Śledczego w Z., zawierający - oprócz cel dla osób tymczasowo aresztowanych - w szczególności pomieszczenia do wspólnego użytku, administracyjno-biurowe, gospodarcze i socjalne, mógłby być uznany za budynek mieszkalny. Tymczasem aby część budynku aresztu śledczego, zawierająca cele dla osób tymczasowo aresztowanych, mogła być uznana za część budynku mieszkalnego, to cały budynek musiałby najpierw zostać uznany za budynek mieszkalny. Część budynku nie będącego budynkiem mieszkalnym nie może zostać uznana za część budynku mieszkalnego.

Do podobnych rezultatów doprowadzić może również wykładnia celowościowa. Podatek od nieruchomości jest podatkiem typu majątkowego, ale ustawodawca z przyczyn społecznych i gospodarczych chciał opodatkować niektóre grupy nieruchomości stawkami niższymi. Najniższą stawkę maksymalną przewidziano w art. 5 ust. 1 ustawy z dnia 12 stycznia 1991 r. o podatkach i opłatach lokalnych dla budynków mieszkalnych lub ich części, zaspokajających podstawowe potrzeby ludzi w zakresie zamieszkania (pkt 1), znacznie wyższą dla budynków pozostałych lub ich części (pkt 4), jeszcze wyższą dla budynków zajętych na prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie obrotu kwalifikowanym materiałem siewnym (pkt 3), a najwyższą dla budynków lub ich części związanych z działalnością gospodarczą inną niż rolnicza lub leśna, z wyjątkiem budynków lub ich części

przydzielonych na potrzeby bytowe osób zajmujących lokale mieszkalne, oraz od części budynków mieszkalnych zajętych na prowadzenie działalności gospodarczej (pkt 2). Z najniższej stawki nie powinny korzystać budynki aresztów śledczych lub ich części; tylko ubocznie zaspokajane są tam potrzeby mieszkaniowe osób tymczasowo aresztowanych, wobec których zastosowano ten środek zapobiegawczy w celu ich izolacji w toku postępowania karnego. Trudno znaleźć racjonalne powody, które uzasadniałyby wniosek przeciwny.”

Mając na uwadze wszystkie ww. wyroki jak i uchwałę jednoznacznie należy stwierdzić, że na gruncie prawa podatkowego, które jest decydującym w tej sprawie pomieszczenia dla celów osadzonych w zakładzie karnym nie służą zaspokojeniu potrzeb mieszkaniowych, a tym samym budynki w których pomieszczenia te się znajdują nie są budynkami mieszkalnym, co w konsekwencji przesądza, że prawidłową stawką dla robót budowlanych wykonywanych w tych pomieszczeniach lub na tych budynkach stawka podatku VAT w wysokości 23%.

W dniu 27.05.2020 r. (e-mailem) Zamawiający wobec wniesionego odwołania wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowieź na odwołania, w których wniósł o oddalenie odwołania. Kopia została przekazana Odwołującemu oraz Przystępującym. W pierwszej kolejności podkreślił, że Zamawiający nie ma obowiązku wskazania w specyfikacji istotnych warunków zamówienia stawki podatku od towarów i usług, stąd też powinna ona być przyjęta przez wykonawcę w ofercie w wysokości wynikającej z przepisów prawa podatkowego. Co więcej, wyłącznie po stronie wykonawcy leży ryzyko zastosowania nieprawidłowej stawki podatku VAT. Stawka podatku od towarów i usług jest bowiem elementem cenotwórczym, co w konsekwencji oznacza, że zamawiający nie ma obowiązku, ani prawa, narzucać wykonawcom jej wysokości (tak m.in, wyrok SO w Poznaniu z dnia 30.09.2005 r., sygn. akt II Ca 1063/05, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 lipca 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 668/08, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 02.04.2008 sygn. akt KIO/UZP 234/08), W orzecznictwie przyjmuje się zaś, że błędne wskazanie stawki VAT stanowi błąd w obliczeniu ceny oferty, uzasadniający jej odrzucenie. Także Sąd Najwyższy stwierdził w dwóch uchwałach z dnia 20 października 2011 r, w sprawach o sygn. akt III CZP 52/11 i III CZP 53/11, że określenie w treści oferty wykonawcy błędnej stawki VAT oraz obliczenie w oparciu o tą stawkę podatku VAT, jako składnika ceny brutto, stanowi błąd w obliczeniu ceny, o którym mowa w art. 89 ust 1 pkt 6 Pzp. Przechodząc do treści złożonych odwołań wskazał, że Odwołujący nie przywołał żadnych merytorycznych

argumentów przemawiających za prezentowanym przez niego stanowiskiem. Podstawę odwołania stanowi w zasadzie jedno stwierdzenie - iż stawka VAT, którą Zamawiający uznaje za prawidłową i zgodną z obowiązującymi przepisami prawa - jest sprzeczna z dotychczasową praktyką i dlatego - zdaniem Odwołującego - jest ona nieprawidłowa, Co więcej, w ocenie Zamawiającego, Odwołującemu nie sposób przypisać posiadania interesu w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 179 Pzp., W orzecznictwie przyjmuje się bowiem, że interes wykonawcy należy rozumieć jako szanse na wygranę konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (tak wyrok KIO z dnia 22.05.2017 r., sygn. akt 921/17 i powołane tam orzecznictwo). Oferta Odwołującego była sklasyfikowana na trzecim miejscu, zaś na drugim miejscu znalazła się oferta innego Wykonawcy. Z tego wynika, że nawet gdyby Zamawiający odrzucił oferty ze stawką VAT 23%, to oferta Odwołującego i tak nie byłaby najkorzystniejsza. Natomiast z argumentami podnoszonymi przez innego Wykonawcy, który wycofał swoje odwołanie, nie sposób się zgodzić z następujących względów:

I. Stawkę preferencyjną w wysokości 8% stosuje się jedynie w ściśle określonych przypadkach, które nie mają miejsca na gruncie niniejszego postępowania przetargowego. Stosownie bowiem do brzmienia art. 41 ust. 12 w zw. z art. 41 ust. 2 i w zw. z art. 146aa pkt 1 ustawy o podatku od towarów i usług (Dz. U, z 2020 r., poz. 106)) obniżoną 8% stawkę podatku VAT stosuje się do dostawy, budowy, remontu, modernizacji, termomodernizacji, przebudowy lub robót konserwacyjnych dotyczących obiektów budowlanych lub ich części zaliczonych do budownictwa objętego społecznym programem mieszkaniowym. Zgodnie zaś z art 41 ust. 12a w/w ustawy, przez budownictwo objęte społecznym programem mieszkaniowym rozumie się:

- 1) obiekty budownictwa mieszkaniowego lub ich części, z wyłączeniem lokali użytkowych,
- 2) lokale mieszkalne w budynkach niemieszkalnych sklasyfikowanych w Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych w dziale 12, oraz
- 3) 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, a także mikroinstalację, o której mowa w art, 2 pkt 19 ustawy z dnia 20 lutego 2015 r. o odnawialnych źródłach energii (Dz. z 2018 r, poz. 2389p z późn. zm.), funkcjonalnie z nimi związaną, z zastrzeżeniem ust. 12b.

II. Pojęcie obiektów budownictwa mieszkaniowego, zostało zdefiniowane w art. 2 pkt 12 ustawy o podatku od towarów i usług. Zgodnie z przywołanym przepisem, przez obiekty budownictwa mieszkaniowego rozumie się budynki mieszkalne stałego zamieszkania sklasyfikowane w Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych w dziale 11. Dział 11 obejmuje budynki mieszkalne jednorodzinne, budynki wielomieszkaniowe oraz budynki zbiorowego zamieszkania. Aby zakwalifikować dany budynek do obiektu budownictwa mieszkaniowego należy zatem zdefiniować następujące sformułowania: "budynek mieszkalny" oraz „stałe zamieszkanie”. Jeśli chodzi o definicję budynku mieszkalnego, to Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 1999 r. w sprawie Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych (PKOB) definiuje to pojęcie Ustawodawca wprost wskazał, iż budynki mieszkalne to obiekty budowlane, których co najmniej połowa całkowitej powierzchni użytkowej jest wykorzystywana do celów mieszkalnych. Dalej doprecyzowano, że część "mieszkaniowa" budynku mieszkalnego obejmuje pomieszczenia mieszkalne (kuchnie, pokoje wypoczynkowe, sypialnie), pomieszczenia pomocnicze, piwnice oraz pomieszczenia ogólnego użytkowania (np. wózkarnie, suszarnie). Zatem aby zaliczyć dany obiekt do grupy budynków mieszkalnych, musi on obejmować w/w pomieszczenia mieszkalne, pomocnicze, piwnice oraz pomieszczenia ogólnego użytkowania. Oczywistym jest, że w pawilonach zakładu karnego brak jest takich pomieszczeń, co potwierdza chociażby treść Programu Funkcjonalno-Użytkowego. /Dowód: Program Funkcjonalno-Użytkowy (w aktach sprawy)/; Natomiast, odnosząc się do definicji stałego zamieszkania, wskazać trzeba na § 3 pkt 4 i 5 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12.04.2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie. Przywołane rozporządzenie dokonuje podziału budynków mieszkalnych na budynki mieszkalne wielorodzinne oraz budynki mieszkalne jednorodzinne. Nadto, w § 3 pkt 5 wprowadzono definicję budynku zamieszkania zbiorowego, przez który należy rozumieć budynek przeznaczony do okresowego pobytu ludzi, w szczególności budynek zakwaterowania na terenie zakładu karnego. Powyższe rozporządzenie wymienia zatem budynek zamieszkania zbiorowego odrębnie od budynku mieszkalnego. Co więcej, wskazuje, że budynek zamieszkania zbiorowego to budynek przeznaczony do okresowego pobytu ludzi, Zostało więc podkreślone, że pobyt w zakładzie karnym ma charakter okresowy, a nie stały. Zatem nawet gdyby uznać - z czym Zamawiający się absolutnie nie zgadza - że pawilony zakładu karnego należą do budynków mieszkalnych, to nie zostaje spełniona druga przesłanka definicji obiektu budownictwa mieszkaniowego, tj. stałego zamieszkania. Nie można bowiem stwierdzić, że pobyt osadzonych w zakładzie karnym ma charakter stałego

zamieszkania. Jest to bowiem pobyt krótkotrwały, o czym szczegółowo będzie mowa w dalszej części niniejszego pisma. Nie ulega zatem wątpliwości, że pawilony w zakładach karnych nie należą do obiektów budownictwa mieszkaniowego, ponieważ po pierwsze - nie są budynkami mieszkalnymi, a po drugie - nie są obiektami wybudowanymi dla potrzeb stałego zamieszkania. Budynkami mieszkalnymi stałego zamieszkania, które objęte są klasą 1130 PKOB będą np. lokale mieszkalne dla funkcjonariuszy Służby Więziennej. Potwierdza to okoliczność, iż w klasie 1274 PKOB ustawodawca wprost wskazał na zakłady karne, kwalifikując je do kategorii budynków niemieszkalnych i wskazując jednocześnie, że klasa ta nie obejmuje budynków mieszkalnych na terenie koszar, zakładów karnych i poprawczych, aresztów śledczych.

Nie ma przy tym żadnego znaczenia - wbrew twierdzeniom innego Wykonawcy, który wycofał swoje odwołanie, nazwa postępowania przetargowego. Przedmiot postępowania jest bowiem finansowany z Funduszu Aktywizacji Zawodowej Skazanych oraz Rozwoju Przywiąziennych Zakładów Pracy, stąd też Zamawiający zobligowany był do posłużenia się określoną nomenklaturą. Co więcej, w części C Programu Funkcjonalno-Użytkowego, Zamawiający wskazał przepisy prawne mające zastosowanie na gruncie przedmiotowego zadania. W szczególności wymienił akty prawne o charakterze wewnętrznym obowiązujące u Zamawiającego, tj. zarządzenia i wytyczne Dyrektora Generalnego Służby Więziennej, Wymienione akty prawne posługują się pojęciem "pawilonów zakwaterowania osadzonych", a nie pojęciem pawilonów mieszkalnych czy budynków mieszkalnych (np. Wytyczne Nr 1/2019 Dyrektora Generalnego Służby Więziennej z dnia 17.06.2019 r. w sprawie wymagań technicznych i ochronnych dla pawilonów zakwaterowania osadzonych w jednostkach organizacyjnych SW). Natomiast jeśli Odwołujący miał jakiegokolwiek wątpliwości co do przeznaczenia obiektu, to mógł skorzystać z przewidzianych w Pzp uprawnień, np. wynikających z art. 38 Pzp,

Co więcej Zamawiający wskazuje, że opłacając corocznie podatek od nieruchomości do Gminy Miasto Włocławek, składa deklarację DN-1, w której zobowiązany jest do zakwalifikowania przedmiotu opodatkowania do stosownej kategorii. Zamawiający wypełnia część D.2.1. - inne budynki lub ich części. Natomiast część D.2. odnosząca się do budynków mieszkalnych pozostaje niewypełniona. Organ podatkowy nigdy nie zakwestionował sposobu wypełnienia deklaracji lub wysokości zobowiązania podatkowego Zakładu Karnego we Włocławku. Powyższe potwierdza orzecznictwo sądów administracyjnych, np. wyroku WSA w Olsztynie z dnia 13.06.2007 r., sygn. akt I SA/OI 209/07, zgodnie z którym o budynku mieszkalnym będziemy mówić wówczas, gdy spełnia łącznie co najmniej dwie cechy, po

pierwsze posiada niezbędne warunki do stałego przebywania tam ludzi wraz z prowadzeniem samodzielnego gospodarstwa domowego, po drugie zaś służy do zaspokajania potrzeb mieszkaniowych, czyli jest przeznaczony do zamieszkiwania. Z tego pojęcia będą więc wyłączone wszelkie przypadki, gdy budynek, mimo iż spełnia niezbędne warunki do stałego przebywania osób, z różnych względów jest przeznaczony do innych celów. Jednocześnie w orzeczeniu wskazano, że budynki i ich części przeznaczone na zakwaterowanie osób osadzonych podlegają opodatkowaniu podatkiem od nieruchomości jak od budynków pozostałych (a nie od budynków mieszkalnych). Także Naczelny Sąd Administracyjny w uchwale z dnia 30.08.1999 r., sygn. akt FPK 1/99 potwierdził, że z najniższej stawki nie powinny korzystać budynki aresztów śledczych lub ich części, w których zaspokojone są tylko ubocznie potrzeby mieszkaniowe osób tymczasowo aresztowanych, wobec których zastosowano ten środek zapobiegawczy w celu ich izolacji w toku postępowania karnego. Trudno znaleźć racjonalne powody, które uzasadniałyby wniosek przeciwny. Nadto zgodnie z tezą w/w uchwały, część budynku aresztu śledczego mieszcząca cele dla osób tymczasowo aresztowanych nie może być uznano za część budynku mieszkalnego. /Dowód: deklaracja na podatek od nieruchomości za lata 2018-2020/

Co więcej, prowadząc ewidencję środków trwałych, Zamawiający kwalifikuje pawilony zakwaterowania osadzonych do podgrupy 10, rodzaj 109, tj. pozostałe budynki niemieszkalne. Podgrupa ta nawiązuje natomiast do klasy 1274 Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych. Ewidencja środków trwałych podlega kontroli biegłych rewidentów i sposób jej prowadzenia nigdy nie został zakwestionowany. /Dowód: wydruk kartoteki środków trwałych Zamawiającego, wyciąg z Rozporządzenia Rady Ministrów w sprawie klasyfikacji środków trwałych/. Wobec wszystkich wyżej przedstawionych argumentów, nie ulega wątpliwości* że pawilony zakwaterowania osadzonych w zakładzie karnym, nie należą do kategorii obiektów budownictwa mieszkaniowego.

III. Dalej wskazał, że zgodnie z art. 41 ust. 12a pkt 2 ustawy o podatku od towarów i usług, przez budownictwo objęte społecznym programem mieszkaniowym rozumie się lokale mieszkalne w budynkach niemieszkalnych sklasyfikowanych w Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych w dziale 12. Pomimo tego, iż zakłady karne zostały sklasyfikowane w dziale 12 PKOB, a pawilony zakładów karnych kwalifikuje się do budynków niemieszkalnych, to cele w pawilonach zakładów karnych w żadnym wypadku nie mają charakteru lokali mieszkalnych. W tym miejscu należy bowiem przywołać definicję lokalu zawartą w ustawie z dnia 21.06.2001 r, o ochronie praw lokatorów, mieszkaniowym zasobie gminy i o zmianie

Kodeksu cywilnego (Dz. U. z 2019 r., poz. 1182), zgodnie z którą, lokal to pomieszczenie służące do zaspokajania potrzeb mieszkaniowych nie jest w rozumieniu ustawy lokalem pomieszczenie przeznaczone do krótkotrwałego pobytu osób, w szczególności znajdujące się w budynkach internatów, burs, pensjonatów, hoteli, domów wypoczynkowych lub w innych budynkach służących do celów turystycznych lub wypoczynkowych. Przy tym, użycie w cytowanym przepisie zwrotu „w szczególności” wskazuje, że wyliczenie ma charakter przykładowy. Wobec powyższego, cele w zakładzie karnym nie mają charakteru lokali mieszkalnych. Przede wszystkim cele nie służą zaspokajaniu potrzeb mieszkaniowych osób skazanych lub tymczasowo aresztowanych, lecz wykonywaniu orzeczonej kary lub zabezpieczeniu prawidłowego toku postępowania karnego. Pawilony zakwaterowania na terenie zakładu karnego mają zaspokoić potrzeby mieszkaniowe osadzonych jedynie w niezbędnym zakresie, zapewniając im minimalną powierzchnię, przewidzianą przepisami kodeksu karnego wykonawczego, tj. nie mniejszą niż 3 m² na osobę. Natomiast podstawowe potrzeby mieszkaniowe osadzeni zaspokajają w domach, w których przed i po odbyciu kary zamieszkują na stałe. Nadto, pobyt w zakładzie karnym ma charakter krótkotrwały, ponieważ - jak już wskazano wyżej nie jest to pobyt na stałe. Pojęcie „krótkotrwały pobyt” nie musi oznaczać pobytu, który trwa krótko w ścisłym tego słowa znaczeniu. Pobyt w internacie może trwać kilka lat i o ile związany jest on z nauką, jest pobytem krótkotrwałym, Decydujący jest cel, jakemu służy dane pomieszczenie. Określenie „pomieszczenie przeznaczone do krótkotrwałego pobytu osób” należy odnosić do tych pomieszczeń, które zaspokajają potrzeby mieszkaniowe na pewien okres czasu, który nie musi być z góry określony, ale związany jest z działalnością człowieka i ma zaspokajać potrzeby mieszkaniowe na czas tej działalności. Dopóki pobyt w danym pomieszczeniu wiąże się z określoną działalnością, będzie uznawany za takie pomieszczenie, choćby pobyt ten trwał przez okres kilku lat, Wątpliwości budziło zaliczenie, bądź nie, hotelu pracowniczego do lokali służących zaspokajaniu potrzeb mieszkaniowych, Trzeba jednoznacznie stwierdzić, że nawet w przypadku długotrwałego i nieprzerwanego przebywania w danym hotelu pracowniczym nie pozwala to na zaliczenie go do lokali służących zaspokojeniu potrzeb mieszkaniowych. Decydujące w tym przypadku jest bowiem przeznaczenie pokoi w hotelu pracowniczym. Celem tym jest wynajmowanie tych pokoi na zasadach podobnych jak w przypadku internatów czy „zwykłych” hoteli. Podobnie nie są lokalami w rozumieniu komentowanej ustawy cele w układach karnych, gdyż nie służą one zaspokajaniu potrzeb mieszkaniowych osadzonych, ale wykonywaniu przymusowej kary pozbawienia wolności lub tymczasowego

aresztowania (Krzekotowska Krystyna, Malinowska-Wójcicka Magdalena, Komentarz do ustawy o Ochronie praw lokatorów i mieszkaniowym zasobie gminy, WKP 2019).

IV. Stanowisko Zamawiającego wprost potwierdza wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 28.05.2013 r., sygn. akt KIO 1122/13. Z treści przywołanego orzeczenia wynikać że żadna ze stron postępowania nie kwestionowała, iż pawilony zakwaterowania osadzonych zaliczyć należy do kategorii budynków niemieszkalnych, Istota sporu dotyczyła natomiast charakteru cel w tychże pawilonach. W sprawie zapadło następujące rozstrzygnięcie: celi w zakładzie karnym nie można uznać za lokal mieszkalny, nie taki jest bowiem charakter i przeznaczenie tego pomieszczenia. Cella nie służy zaspokajaniu potrzeb mieszkaniowych osadzonych, ale wykonywaniu przymusowej kary pozbawienia wolności lub tymczasowego aresztowania. Wobec powyższego stwierdzono, iż 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 Pzp. Z daleko idącej ostrożności wskazać także należy, że zawsze istnieje możliwość zastosowania podstawowej stawki VAT, także wtedy, gdy oferowane przez wykonawcę świadczenie uprawnia go do zastosowania stawki preferencyjnej (wyrok KIO nr 2723/17 z 11.01.2018 r.).

V. Zamawiający pragnie również nawiązać do załączonego przez Odwołujących pisma Urzędu Statystycznego w Łodzi znak LDZ-OKN.4221.223.2020.OB.1. Po pierwsze, trudno odnieść się do odpowiedzi na wniosek, którego nie załączono. Nie wiadomo zatem jakie konkretnie pytania były przedmiotem wniosku, Co więcej, z interpretacji Dyrektora Izby Skarbowej w Bydgoszczy z dnia 08.10.2008 r. sygn. ITPP1/443-631/08/KM (źródło: <http://interpretacja-podatkowa.pl/inetpretacja/pkaz/1- podatek-odtowarow-i-uslug-oraz-podatek-akcyzowy 2/- podatek-od-towarow-i-uslug/36-stawki-podatku/104773-budynki-zbiorowegozamieszkania-roboty-budowlano-montazowe-stawki-podatku-zaklad-karny.html>), wynika stanowisko odmienne od prezentowanego w piśmie Urzędu Statystycznego w Łodzi. Według przedmiotowej interpretacji, usługa wykonania tynków cementowo-wapiennych w budynku zakwaterowania osadzonych (sklasyfikowanym według PKOB 1274) w zakładzie karnym powinna być opodatkowana podstawową stawką podatku. Reasumując, pawilony zakwaterowania osadzonych nie są budynkami mieszkalnymi, a znajdujące się w nich cele nie są lokalami mieszkalnymi i nie służą zaspokajaniu potrzeb mieszkaniowych. Pawilony zakwaterowania osadzonych to budynki budowane w celu przymusowego pobytu osób pozbawionych wolności, a nie w celu

zaspokojenia czyichkolwiek potrzeb mieszkaniowych, stąd nie można ich zaliczyć do budownictwa objętego społecznym programem mieszkaniowym. Usługa będąca przedmiotem postępowania przetargowego powinna być zatem opodatkowana podstawową stawką podatku w wysokości 23%.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępującego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego złożenia. Odwołujący, którego oferta została odrzucona, w wypadku potwierdzenia się zarzutów i uwzględnienia odwołania, miałby szansę na uzyskanie zamówienia.

Skład orzekający Izby dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego również złożone przez Odwołującego wraz z odwołaniem jako dowód:

1. Kopie formularza ofertowego złożonego w odpowiedzi na wcześniejsze zaproszenie do składania ofert
2. Kopie e-mail z 04.10.2019 r.
3. Kopie pisma Urzędu Statystycznego w Łodzi z 07.02.2020 r.
4. Kopie pisma z 10.04.2020 r.

Ponadto, w poczet materiału procesowego zaliczono złożone na rozprawie przez Odwołującego:

1. Interpretacja Dyrektora Krajowej Izby Skarbowej z 23.04.2019 r.,
2. Pismo Zakładu Karnego we Włocławku z dnia 24.04.2020 r. i z dnia 28.04.2020 r. wykaz umów na budowy i remonty prowadzone w ZK Włocławek od 2015 roku, z którego wynika stosowanie przez Zamawiającego stawki VAT 8% przy inwestycjach dotyczących pawilonów mieszkalnych,

3. Umowa na tę samą inwestycję przesłana przez Zamawiającego do Przedsiębiorstwa Państwowego PEPEBE Włocławek w dniu 4.10.2019 r., uwzględniająca ofertę PEPEBE zawierającą stawkę VAT 8% (oferta załączona do odwołania),
4. Pismo z dnia 17.01.2020 r. - wniosek o nadanie symbolu klasyfikacyjnego (odpowiedź na ten wniosek z Urzędu Statystycznego z Łodzi została załączona do odwołania),
5. Opis inwestycji planowanej przez Zakład Karny we Włocławku, opracowany na podstawie PFU - dla wykazania tożsamości planowanego obiektu z obiektem będącym przedmiotem zapytania w piśmie z pkt 4,
6. Wniosek PEPEBE Włocławek o udzielenie informacji publicznej i 65 odpowiedzi z zakładów karnych i aresztów śledczych z całej Polski, potwierdzająca stosowanie stawki podatku VAT 8% przy budowie lub remontach budynków zakwaterowania osadzonych,
7. Wniosek spółki Trasko-Inwest Sp. z o.o. o wydanie interpretacji indywidualnej z 12.02.2020 r. w sprawie opodatkowania budowy budynku zakwaterowania skazanych,
8. Interpretacja indywidualna z dnia 25.05.2020 r. (w odpowiedzi na wniosek z pkt 7) potwierdzająca zastosowanie stawki podatku VAT 8% w analogicznej sytuacji, jak ta dotycząca odwołania.

Izba zaliczyła także w poczet materiału dowodowego złożone przez Zamawiającego:

- 1) Kopie deklaracji na podatek od nieruchomości za lata 2018-2020,
- 2) Kopie wydruk kartoteki środków trwałych Zamawiającego.

Nadto, Izba zapoznała się z załączonym do odpowiedzi na odwołanie przez Zamawiającego wyciągiem z Rozporządzenia Rady Ministrów w sprawie klasyfikacji środków trwałych.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także złożone pisma procesowe w sprawie, stanowiska i oświadczenia złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionego w treści odwołania zarzutu stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący sformułował w odwołaniu następujący zarzut:

- niezgodne z art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp odrzucenie jego oferty w sytuacji gdy zastosowana przez nas stawka podatku VAT jest prawidłowa i zgodna z obowiązującymi przepisami, a następnie dokonanie wyboru oferty wykonawcy, która powinna być odrzucona z uwagi na zastosowaną nieprawidłową stawkę podatku VAT.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie do przedmiotowego odwołania:

W pierwszej kolejności Izba przywołuje stan faktyczny wynikający z treści informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego, odwołania, przystąpienia, pisma procesowego Przystępującego oraz odpowiedzi na odwołanie Zamawiającego.

Ustalono, że: „1.Przedmiotem zamówienia jest wykonanie robót budowlanych - w trybie „zaprojektuj i wybuduj” zadania pod nazwą „Budowa pawilonu mieszkalnego w Zakładzie Karnym we Włocławku”. Zadanie obejmuje zaprojektowanie i budowę nowego budynku trzykondygnacyjnego pawilonu penitencjarnego typu zamkniętego na terenie Zakładu Karnego we Włocławku, przy ul. Bartnickiej 10, na terenie działki o nr ewidencyjnym 1/141, obręb Michelin KM 14, jednostka ewidencyjna Miasto Włocławek.

2. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia określa program funkcjonalno — użytkowy a ponadto zakres zamówienia obejmuje

a) wykonanie, w oparciu o program funkcjonalno użytkowy, wstępnego planu zagospodarowania terenu wraz z budową niezbędnej infrastruktury — dla realizacji zadania - PFU załącznik nr 5 do SIWZ,

b) na podstawie zatwierdzonego przez Zamawiającego wstępnego planu zagospodarowania terenu oraz programu funkcjonalno-użytkowego, wykonanie dokumentacji projektowej obejmującej projekty budowlane we wszystkich branżach, projekty wykonawcze we wszystkich branżach oraz oferty Wykonawcy ,

c) uzyskanie wymaganych opinii, uzgodnień i zatwierdzeń dokumentacji projektowej wymaganych przepisami prawa, w tym uzgodnienia z Zamawiającym,

d) uzyskanie przez Wykonawcę w imieniu Zamawiającego ostatecznych decyzji o pozwoleniu na budowę,

e) zapewnienie nadzoru autorskiego autora projektu w zakresie, o którym mowa w ustawie z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (tekst jednolity Dz. U. z 2019 r. poz. 1186 z późn. zm.),

f)niwelacja basenu p.poz.,

g)budowę trzykondygnacyjnego, niepodpiwniczonego pawilonu mieszkalnego w technologii monolitycznej, żelbetonowej oraz dostawę, ustawienie, a także montaż wyposażenia i sprzętu kwaterunkowego cel i innych pomieszczeń służących do obsługi osób osadzonych, zgodnie z programem funkcjonalno-użytkowym,

h)wykonanie planu bezpieczeństwa i ochrony zdrowia,

i) wykonanie kompletnej dokumentacji powykonawczej, pozwalającej na uzyskanie ostatecznej decyzji o pozwoleniu na użytkowanie lub o zakończeniu robót budowlanych.

3.Kody Wspólnego Słownika Zamówień Publicznych:

Główny przedmiot: 45000000-7 Roboty budowlane

Dodatkowy przedmiot: 71220000-6 Usługi projektowania architektonicznego,

71322000-1 Usługi inżynierii projektowej w zakresie inżynierii lądowej i wodnej,

71240000-2 Usługi architektoniczne, inżynieryjne i planowania,

71320000-7 Usługi inżynieryjne w zakresie projektowania,

71000000-8 Usługi architektoniczne, budowlane, inżynieryjne i kontrolne,

45421100-5 Instalowanie drzwi i okien i podobnych elementów,

45331000-6 Instalowanie urządzeń grzewczych, wentylacyjnych i klimatyzacyjnych,

45321000-3 Izolacja cieplna,

45421000-4 Roboty w zakresie stolarki budowlanej,

45261000-4 Wykonywanie pokryć i konstrukcji dachowych oraz podobne roboty,

45216113-9 Roboty budowlane w zakresie obiektów budowlanych dla służb porządku publicznego — Więzienia,

45310000-3 Roboty w zakresie instalacji elektrycznych

45421153-1 Instalowanie zabudowanych mebli

39100000-3 Meble

4. Przedmiot zamówienia należy wykonać zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa oraz obowiązującymi normami z należytą starannością oraz zasadami sztuki budowlanej.

5. Wszystkie materiały użyte do wykonania przedmiotu zamówienia stosowane przez Wykonawcę muszą być fabrycznie nowe, posiadać stosowne, wymagane przepisami prawa atesty, aprobaty techniczne, spełniać wymagane przepisami normy oraz posiadać wymagane dopuszczenia do obrotu gospodarczego.

6. W związku z ustawą z dnia 9.11.2018 r. o elektronicznym fakturowaniu w zamówieniach publicznych, koncesjach na roboty budowlane lub usługi oraz partnerstwie publiczno-prawnym, Zakład Karny we Włocławku akceptuje faktury elektroniczne.

7. Wykonawca udzieli minimum 60 miesięcznej gwarancji jakości na wykonany przedmiot zamówienia w zakresie robót budowlanych oraz min. 60 miesięcznej rękojmi za wady, licząc od daty odbioru końcowego robót na zasadach określonych w Kodeksie cywilnym. Wykonawca w ofercie cenowej powinien podać oferowany okres gwarancji jakości i rękojmi za wady określony w miesiącach. Oferowany okres gwarancji jakości i rękojmi za wady stanowi jedno z kryteriów oceny ofert.

8. Wykonawca w ramach podpisanej umowy zapewni na własny koszt przeglądy gwarancyjne i materiały eksploatacyjne.

9. Na zainstalowane urządzenia wymaga się gwarancji zgodnie z kartami gwarancyjnymi producentów, jednak nie mniej niż 24 miesiące od dnia odbioru przedmiotu Umowy.

10. Zamawiający zaleca dokonanie oględzin miejsca wykonywania robót budowlanych (wizja w terenie) przed przystąpieniem do przygotowania oferty cenowej. Koszty zapoznania się z terenem budowy ponosi Wykonawca. Warunkiem dokonania oględzin jest uprzednie złożenie do Dyrektora Zakładu Karnego we Włocławku pisemnego wniosku o wstęp na teren ZK w celu przeprowadzenia wizji lokalnej — zgodnie z załącznikiem nr 10 do SIWZ.

11. W wycenie realizacji zadania należy uwzględnić wszystkie prace towarzyszące umożliwiające prawidłową i zgodną z normami i zasadami sztuki budowlanej realizację zadania. Cena wykonania zamówienia podana przez Wykonawcę w ofercie ma charakter ryczałtowy, a ryzyko wynikające z niedoszacowania lub niewłaściwego oszacowania inwestycji ponosi Wykonawca.

12. Zamawiający wymaga aby oferta obejmowała całość przedmiotu zamówienia. W zakresie rzeczowym należy ująć wszystkie roboty niezbędne do zrealizowania zamówienia wynikające z PFU, jak również inne — według oceny Wykonawcy - niezbędne do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia.

13. Zamawiający stosownie do art. 29 ust. 3a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych, wymaga, aby Wykonawca zatrudniał na podstawie umowy o pracę (w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. Kodeks pracy) osoby wykonujące prace ogólnobudowlane objęte przedmiotem zamówienia. Zamawiający zastrzega sobie możliwość przeprowadzania kontroli zatrudnienia ww. osób, w tym żądania przedłożenia oświadczeń i dokumentów potwierdzających zatrudnienie na podstawie umowy o pracę (w zakresie takich informacji jak imię i nazwisko pracownika, data zawarcia umowy o pracę, rodzaj umowy o pracę oraz wymiar etatu — zgodnie z Komunikatem Prezesa UZP i Generalnego Inspektora Danych Osobowych z dn. 28.04.2017 r.). Kontrola może być przeprowadzana bez wcześniejszego uprzedzenia Wykonawcy.”

W ramach Programu Funkcjonalno – Użytkowego (PFU) stwierdza się, że:

„A. Opis ogólny przedmiotu zamówienia

1. Parametry charakterystyczne obiektu.

Przedmiotem inwestycji jest Pawilon Mieszkalny dla osadzonych wraz z polami spacerowymi na terenie zamkniętym Zakładu Karnego we Włocławku na dz. Nr 1/141, obręb Michelin KM 14. Budynek dla min. 250 osadzonych. Powierzchnia użytkowa ok. 2150 m². Budynek 3 kondygnacyjny, niepodpiwniczony realizowany w technologii monolitycznej, żelbetowej.

Budynek wyposażony w instalacje wewnętrzne: wody zimnej, ciepłej wody użytkowej, hydrantową, kanalizacji sanitarnej, instalację grzewczą zasilaną z węzła cieplnego na terenie ZK / jest w węźle cieplnym rezerwa pod projektowany Pawilon bez konieczności rozbudowy węzła cieplnego / oraz instalacje teletechniczne. W budynku należy zaprojektować system wentylacji cel mieszkalnych oraz kąpoków sanitarnych /rozdzielnie/. Pozostałe pomieszczenia wyposażone w kanały wentylacji grawitacyjnej. W pomieszczeniach łaźni wentylacja mechaniczna nawiewno — wywiewna. Pozostałe pomieszczenia — wentylacja grawitacyjna. Instalacje zewnętrzne — podłączenie budynku do sieci wodociągowej, kanalizacji sanitarnej, elektrycznej, teletechnicznej i ciepłej w obrębie działki. W pomieszczeniach serwerowni należy zaprojektować wentylację grawitacyjną oraz klimatyzację.

2. Ogólne właściwości funkcjonalno — użytkowe.

2.1 Przeznaczenie.

Pawilon mieszkalny 3 oddziałowy / parter, 1 piętro, 2 piętro /. Na każdej kondygnacji będzie 20 cel 4 osobowych - za wyjątkiem oddziału 3 /2 piętro/, gdzie będzie 21 cel 4 osobowych oraz po 1 celi 1 osobowej. Ponadto na 2 oddziałach /parter, 1 piętro / znajdować się będzie po 1 celi dla niepełnosprawnych 2 osobowej. Na parterze znajdzie się 1 celi zabezpieczająca oraz po 2 cele izolacyjne na pozostałych kondygnacjach. Cele 4 osobowe o powierzchni od 12,10 m² do 13,20 m². Wymagana powierzchnia celi 1 osobowej izolacyjnej minimum 4 m² Na każdym oddziale należy zaprojektować dyżurkę oddziałowego, zespół łaźni dla osadzonych, fryzjernię, pokój wychowawcy, pokój psychologa, świetlicę, pokój przesłuchań, pokoje przeszukań, punkt wydawania leków, punkt biblioteczny, pokój do prowadzenia rozmów telefonicznych przez osadzonych oraz korzystania z infokiosku, pomieszczenia porządkowo - gospodarcze, pomieszczenia socjalne i WC funkcjonariuszy, pomieszczenia niezbędne do rozdzielania posiłków przywożonych z kuchni na terenie ZK. Armatura sanitarna wodooszczędna, baterie umywalkowe wandaloodporne. Na jednym z oddziałów pokój do prowadzenia wideo-rozmów przez osadzonych. W celach należy wydzielić kąpok sanitarny z umywalką i miską ustępową. Komunikacja ogólna poprzez 2 klatki schodowe będące jednocześnie drogami ewakuacyjnymi oraz windę osobowo - towarową.

2.2 Rozwiązania projektowe.

Budynek na rzucie prostokąta o wymiarach około 18,50 x 50,50 m. Budynek w formie prostopadłościanu z ryzalitem klatki schodowej przekryty dachem 2 spadowym. Kondygnacje o wysokościach: parter, 1 i 2 piętro o wysokości ok. 290 cm. Na parterze komunikacja wewnętrzna o szer. ok. 700 cm, na piętrach galeria o szerokości ok. 210 cm zabezpieczona panelami z drutu powlekanego. Nad studnią galerii w dachu zaplanowano świetlik dachowy

o wymiarach 3,50 x 26,80 m. Świetlik szklony szkłem hartowanym, atermicznym lub inne rozwiązanie zabezpieczające przed nagrzewaniem w okresie letnim. Część świetlika uchylna w celu okresowego przewietrzania. Sterowanie elektryczne. Świetlik od strony wewnętrznej zabezpieczony kratą zgodnie z wymogami. Ściany fundamentowe żelbetowe wylewane na ławach żelbetowych wylewanych. Izolacje przeciwwilgociowe i termiczne zgodnie z obowiązującymi przepisami.

Ściany kondygnacji nadziemnych konstrukcyjne / zewnętrzne, pomiędzy celami, celami i korytarzami / oraz ścianki wydzielające kąciki sanitarne, żelbetowe wylewane. Ścianki działowe pozostałych pomieszczeń murowane z elementów drobnowymiarowych. Nie zakłada się tynkowania ścian żelbetowych, tylko szpachlowanie pod malowanie. Ściany wydzielające celę zabezpieczającą z pustaków Porotherm wyizolowane akustycznie zgodnie z wytycznymi. Stropy międzykondygnacyjne żelbetowe wylewane na miejscu.

Biegi schodowe prefabrykowane lub wylewane na miejscu. (...)

Dodatkowo zgodnie z SIWZ: „ROZDZIAŁ XV.

OPIS SPOSOBU OBLIQUENIA CENY:

1. Cena oferty musi uwzględniać wszystkie wymagania niniejszej SIWZ wraz z załącznikami oraz obejmować wszelkie koszty, jakie poniesie Wykonawca z tytułu należytej oraz zgodnej z obowiązującymi przepisami prawa realizacji przedmiotu zamówienia, w tym obejmujące m. in. podatek od towarów i usług (VAT).
2. Dla potrzeb oceny i porównania ofert Wykonawcy winni naliczyć stawkę należnego podatku VAT.
3. Zaoferowana cena ofertowa stanowi wynagrodzenie ryczałtowe za cały przedmiot umowy. Zaoferowana cena musi zawierać wszystkie koszty wykonawcy związane z prawidłową i właściwą realizacją przedmiotu zamówienia przy zastosowaniu obowiązujących norm, z uwzględnieniem ewentualnego ryzyka wynikającego z okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili składania oferty.
4. Podana cena oferty będzie niezmienna przez cały okres obowiązywania umowy, nie będzie podlegać jakimkolwiek zmianom, z wyjątkiem sytuacji wyraźnie opisanych we wzorze umowy (Załącznik do SIWZ).
5. Cena oferty powinna obejmować - za wyjątkiem takiego zakresu, o jakim Umowa stanowi inaczej uzyskanie niezbędnych, decyzji administracyjnych, koszt wykorzystania niezbędnego sprzętu budowlanego, urządzeń czy narzędzi, transport osób, sprzętu, urządzeń, narzędzi, materiałów, wyposażenie zaplecza, robociznę, nadzór, testowanie, kontrolę jakości, materiały, montaż, konserwację, obsługę geodezyjną, zajęcie pasa drogowego, uzyskanie

niezbędnych uzgodnień, gwarancję i rękojmię za wady, zagospodarowanie odpadów, ubezpieczenie, zysk, podatki i cła wraz z całym ryzykiem ogólnym, zobowiązaniami i obowiązkami przedstawionymi lub sugerowanymi w projekcie umowy.

6. W Formularzu Oferty należy podać cenę oferty wyrażoną w złotych polskich, z zaokrągleniem do dwóch miejsc po przecinku, tj. wartość netto, wartość podatku VAT oraz wartość brutto za wykonanie całości przedmiotu zamówienia.

7. Sposób zapłaty i rozliczenia za realizację niniejszego zamówienia, określone zostały we wzorze umowy — Załącznik do SIWZ. Rozliczenia między Zamawiającym, a Wykonawcą będą prowadzone w złotych polskich. (...)”.

Podstawą wyboru najkorzystniejszej oferty była cena (60%), okres gwarancji oraz rękojmi (30%) oraz czas reakcji na usunięcie wady/usterki (10%). W formularzu ofertowym Zamawiający natomiast wskazał zaznaczył, że Wykonawcy zobowiązani się kwotowo wskazać cenę netto, wartość podatku VAT i kwotę brutto - nie precyzując wartości podatku VAT.

W toku prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia Odwołujący zadał Zamawiającemu pytanie w dniu 05.03.2020 r.: *„Prosimy o podanie stawki VAT od towarów i usług dla budynku będącego przedmiotem zamówienia”.* Zamawiający odpowiedział (odpowiedź na pytanie nr 1 - pismo z 06.03.2020 r.): *„Zamawiający w formularzu ofertowym żąda podania ceny ofertowej stanowiącej wynagrodzenie ryczałtowe brutto Wykonawcy, które obejmuje wykonani przedmiotu zamówienia opisanego w SIWZ oraz Programie Funkcjonalno - Użytkowym i innych udostępnionych przez Zamawiającego dokumentach zawierających opis przedmiotu zamówienia - z uwzględnieniem wszelkich kosztów niezbędnych do wykonania zamówienia Jak również prac uznanych przez wykonawcę za konieczne do wykonania. W związku z powyższym zamawiający nie jest upoważniony do wskazania stawki podatku VAT. Na wykonawcy ciąży obowiązek prawidłowego zastosowywania odpowiedniej stawki VAT w wycenie wartości przedmiotu zamówienia.”.*

Po otwarciu ofert okazało się, że trzech wykonawców zastosowało przy wycenie wyłącznie stawkę VAT 23%, natomiast pozostali - w tym Odwołujący - stawki 8% i 23%. Zamawiający, pismem z 17.03.2020 r. wezwał Wykonawców (w tym Odwołującego) do wyjaśnienia prawidłowości zastosowanych stawek VAT: *„(...) W celu ustalenia czy oferta złożona przez przedsiębiorstwo w ww. postępowaniu zawiera błędy w obliczeniu ceny, stanowiące podstawę do jej odrzucenia proszę o wyjaśnienie jaką stawkę podatku Vat zastosował Wykonawca do zaoferowanej ceny za przedmiot zamówienia. Z treści wszystkich*

złożonych przez wykonawców ofert w niniejszym postępowaniu a w szczególności biorąc pod uwagę zaferowaną przez nich cenę wynika, że występują rozbieżności w zakresie zastosowanej stawki podatku Vat do obliczenia ceny za przedmiot zamówienia. Informuję, iż Zamawiający mając na uwadze zasadę równego traktowania wszystkich wykonawców poprosił o udzielenie wyjaśnień w powyższym zakresie każde z wykonawców. Pożądane jest aby w złożonych wyjaśnieniach Wykonawca wskazał podstawę prawną zastosowanej stawki podatku VAT (tj. przepis z ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług - tj. Dz.U z 2020 r. poz. 106) oraz załączył do wyjaśnień informację/opinię uprawnionego podmiotu np. Krajowej Informacji Skarbowej, Urzędu Skarbowego, O ile posiada taki dokument, potwierdzającą zasadność zastosowanej stawki podatku od towarów i usług (robót budowlanych).(…)”.

Wykonawcy przedstawili swoje wyjaśnienia, w tym Odwołujący. Ten ostatni w ramach pisma z 19.03.2020 r. stwierdził: „W odpowiedzi na pismo znak D.Kw.2232.1.2020.MS informujemy, że PEPEBE WŁOCLAWEK wystąpiło do Państwa w dniu 05.03.2020r. z wnioskiem o następującej treści: „Prosimy o podanie stawki VAT od towarów i usług dla budynku będącego przedmiotem zamówienia” W odpowiedzi otrzymaliśmy informację: „...W związku z powyższym Zamawiający nie jest upoważniony do wskazania stawki podatku VAT. Na wykonawcy ciąży obowiązek prawidłowego zastosowania odpowiedniej stawki VAT w wycenie wartości przedmiotu zamówienia” Z powyższego wynika, że Zamawiający nie bierze odpowiedzialności za wysokość stawki podatku VAT pozostawiając odpowiedzialność za właściwe wskazanie stawki Wykonawcy. PEPEBE WŁOCLAWEK zastosowało dwie stawki podatku VAT - 8% na roboty związane z budynkiem oraz 23% na pozostałe roboty zewnętrzne poza budynkiem.”.

Zamawiający dokonał pierwszego wyboru najkorzystniejszej oferty w dniu 31.03.2020 r. w ramach której sklasyfikował wszystkie złożone oferty w postępowaniu. W odpowiedzi Odwołujący wystosował pismo z 01.04.2020 r. gdzie wskazał: „(...) prosimy o wyjaśnienie w jaki sposób zostały porównane oferty- skoro jedne firmy złożyły na dwóch stawkach VAT 8 % i 23 % a inne tylko na stawce 23 % VAT. Proszę o podanie przepisu prawnego z którego to wynika, gdyż VAT nie jest kosztem i powinien być jednakowy dla wszystkich oferentów. Proszę o informację czy w umowie będzie zawarta kwota netto oraz brutto. W załączeniu protokół z posiedzenia członków komisji Przetargowej w związku zapoznaniem się wykonawcy z ofertami złożonymi w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego z dnia 10.03.2020 r.”.

Odwołujący złożył w dniu 06.04.2020 r. na czynność 31.03.2020 r. odwołanie, gdzie wnosił o uwzględnienie odwołania i unieważnienie zaskarżonej czynności wyboru, zarzucał tylko naruszenie art. 91 Pzp, stwierdził, że: „*W toku prowadzonego postępowania o udzieleniu zamówienia Odwołujący wskazywał Zamawiającemu na konieczność określenia stawki podatku V/AT dla budynku będącego przedmiotem zamówienia zadając pytania do treści SIWZ, jednak Zamawiający wskazał, że to na wykonawcy ciąży obowiązek zastosowania odpowiedniej stawki podatku VAT w wycenie wartości przedmiotu zamówienia i odmówił jej wskazania (pismo z dnia 6.03.2020 r.) Po otwarciu ofert okazało się, że dwóch wykonawców zastosowało przy wycenie wyłącznie stawkę VAT 23%, natomiast pozostali - w tym Odwołujący - na roboty związane z pawilonem mieszkalnym 8% a na roboty zewnętrzne poza pawilonem 23%. Naszym zdaniem niejednolite stawki VAT uniemożliwiały dokonanie prawidłowej oceny ofert, co - jak się wydaje - dostrzegł również Zamawiający, gdyż pismem z dnia 16.03.2020 r, wezwał Wykonawców (w tym Odwołującego) do wyjaśnienia prawidłowości zastosowanych stawek VAT. Zamawiający ocenił, że zarówno oferty ze stawką Vat 23% na wszystkie rodzaje robót jak również oferty, w których zastosowano dwie stawki (8% i 23%) są sporządzone prawidłowo i dopuścił je do dalszej oceny. Zamawiający nie uwzględniając zastosowania różnych stawek VAT w ofertach dokonał wyboru oferty, pomimo że Zamawiający jest czynnym podatnikiem VAT.*”.

Zamawiający uznał argumentację Odwołującego i pismem z 07.04.2020 r. zawiadomił Odwołującego o unieważnieniu wcześniejszej czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz o odrzuceniu ofert czterech wykonawców (w tym Odwołującego) w wyniku powtórzonych czynności badania i oceny ofert. Inaczej mówiąc uwzględnił odwołanie z 06.04.2020 r. w zakresie podniesionego ówczasie zarzutu naruszenia art. 91 Pzp oraz żądań uwzględnienia i unieważnienia zaskarżonej czynności wyboru. Następnie, zaś dokonał nowej odrębnej czynności z 07.04.2020r., której treść został przywołana obszernie w początkowej części uzasadnienia.

Odnosząc się do poszczególnych kwestii w ramach rozpatrywanego zarzutu, tak aby nie powielać argumentacji oraz istotnych kwestii podnoszonych w kontekście tych argumentacji.

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Oдноśnie zarzutu, Izba uznała że podlegają one oddaleniu.

Izba skupi się na meritum sporu uznając, że kwestie poboczne podnoszone w odwołaniu nie mają znaczenia dla przedmiotu sporu i zostały trafnie wyjaśnione w odpowiedzi na odwołanie. Zamawiający jest uprawniony do dokonywania innych czynności w prowadzonym postępowaniu, zarówno w przypadku wniesienia odwołania - przed ogłoszeniem przez Izbę orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze, jak i po jego ogłoszeniu. Tym samym jedynie zawarcie umowy w sprawie udzielenia zamówienia nie jest dopuszczalne przed ogłoszeniem przez Krajową Izbę Odwoławczą orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze (wyrok KIO z dnia 20.11.2018 r., sygn. akt: KIO 2274/18). Zamawiający mógł uwzględnić wcześniejsze odwołania, tak jak uczynił. Wymaga także podkreślenia, że uczynił to w ramach sformułowanego w owym wcześniejszym odwołaniu żądania w kontekście postawionego zarzutu naruszenia art. 91 Pzp. Zaś, aktualne odwołanie dotyczy nowej czynności. Kwestie te są przedmiotem orzecznictwa, gdzie wskazuje się że nie ma żadnego przepisu zakazującego takich działań jak miało miejsce w przedmiotowym stanie faktycznym ze strony Zamawiającego.

Względem zaś kwestii trafnego lub też nie zastosowania przez Odwołującego preferencyjnej stawki podatkowej 8 % kosztem stawki podstawowej 23%, Izba w pełni podziela stanowisko wyrażone w wyroku KIO z 28.05.2013 r., sygn. akt: KIO 1122/13, jak i wyroku WSA w Olsztynie z 13.06.2007 r., sygn. akt: ISA/OI 209/07. Uznając, że argumentacja prawna tam przedstawiona ma jak najbardziej zastosowanie także na kanwie tej sprawy, zaś stan faktyczny jest na tyle zbliżony, że nie ma podstaw do jego kwestionowania. Izba podważa natomiast adekwatność dowodów złożonych przez Odwołującego tak wraz z odwołaniem, jak i na rozprawie. Odnosnie dowodów pochodzących od Zamawiającego a dotyczących jego wcześniej prowadzonych postępowań w różnych trybach i na różnej podstawie prawnej – dowodu 2 i 3 z listy dowodów złożonych na rozprawie przez Odwołującego oraz dowodu nr 1 załączonego do odwołania przez Odwołującego. Izba podkreśla, że przedmiotem postępowania odwoławczego jest określone postępowanie przetargowe, czynności Zamawiającego w jego ramach, a nie inne postępowania, do tego o nieznanym przedmiocie zamówienia. Nie można na wiarę przyjąć, że są one tożsame nie znając opisu przedmiotu zamówienia, nie znając Programu Funkcjonalno – Użytkowego lub innych dokumentów źródłowych, które nie zostały złożone. Podobnie dowód nr 6 z listy dowodów złożonych na rozprawie przez Odwołującego. Izba nie może na wiarę przyjąć założeń Odwołującego. Odnosnie dowodów, tj. nr 1, 7 i 8 listy

dowodów złożonych na rozprawie przez Odwołującego, Izba ma duże wątpliwości co miarodajności znajdujących się tam informacji i przedstawionej wykładni. Interpretacja indywidualna z 25.05.2020 r. dotyczy bowiem zupełnie innego postępowania przetargowego niż będące przedmiotem postępowania odwoławczego. Została także wydana nie dla Odwołującego, ale na rzecz innego podmiotu, w konsekwencji Odwołujący nie może się nią skutecznie posługiwać. Nadto, na podstawie dowodu nr 7 – można mieć przekonanie graniczące z pewnością, że interpretacja została oparta bez znajomości dokumentów źródłowych tego postępowania którego dotyczy, mimo że takie można było dołączyć do wniosku jako załącznik. W tym miejscu należy przywołać więc klauzule znajdujące się w tego rodzaju interpretacjach podatkowych, zgodnie z którym: *„Interpretacja indywidualna wywołuje skutki prawnopodatkowe tylko wtedy, gdy rzeczywisty stan faktyczny sprawy będącej przedmiotem interpretacji pokrywał się będzie ze stanem faktycznym podanym przez Wnioskodawcę w złożonym wniosku. W związku z powyższym, w przypadku zmiany któregokolwiek elementu przedstawionego we wniosku opisu sprawy udzielona odpowiedź traci swą aktualność. Interpretacja dotyczy zaistniałego stanu faktycznego przedstawionego przez Wnioskodawcę i stanu prawnego obowiązującego w dacie zaistnienia zdarzenia.”*

Jednocześnie przedstawiając stanowisko orzecznictwa: *„(...) iż podatkowa interpretacja indywidualna, wydana na podstawie art. 14b § 1 i § 6 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. ordynacja podatkowa (tekst jednolity Dz. U. z 2005 r. Nr 8, poz. 60 z późn. zm.) nie stanowi wiążącej wykładni przepisów prawa. W tym zakresie Izba za zasadne uznała przywołanie wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Olsztynie z dnia 24 września 2008 r. (sygn. akt I SA/OI 378/08), w którym wskazano, że: „Instytucja interpretacji prawa podatkowego uregulowana w art. 14a - 14c o.p. nie polega na stosowaniu prawa w pełnym zakresie, a ogranicza "działanie" organu do przedstawienia stronie własnego rozumienia normy prawnej oraz jej zastosowania do podanego przez stronę stanu faktycznego”. Powyższe zostało również potwierdzone w wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Łodzi z dnia 20 listopada 2007 r. (sygn. akt I SA/Łd 441/07), w którym zostało wskazane, że: „Interpretacje nie są źródłem prawa, nie są też źródłem obowiązków, stąd nie wiążą one podatników w ramach przedstawionego przez nich stanu faktycznego. Pismo rozstrzygające interpretacje nie jest rozstrzygnięciem władczym, nie ma także charakteru aktu stosowania prawa. Wydając postanowienie zawierające interpretację organ podatkowy nie ustanawia żadnej normy indywidualnej, lecz jedynie przedstawia swój pogląd dotyczący rozumienia treści przepisów prawa podatkowego i sposobu ich zastosowania w odniesieniu do określonej sprawy indywidualnej”*. Wskazać zatem należy na ich ułomną wartość dowodową,

gdyż stanowią one jedynie stanowisko własne podatnika występującego z wnioskiem o wydanie interpretacji podatkowej oraz stanowisko własne uprawnionego do jej wydania organu, który wydając interpretację aprobuje, bądź nie podziela stanowiska wyrażonego w złożonym wniosku.” (za wyrokiem KIO z 28.12.2012 r., sygn. akt: KIO 2763/12).

Odnośnie, zaś dowodu, tj. nr 4 listy dowodów złożonych na rozprawie przez Odwołującego oraz dowodu nr 3 załączonego do odwołania przez Odwołującego, to dotyczą one zupełnie innego postępowania przetargowego niż będące przedmiotem postępowania odwoławczego. Izba także nie może przyjąć na słowo opisu przedmiotu zamówienia przedstawionego we wniosku do Urzędu Statystycznego w Łodzi – dowodu, tj. nr 4 listy dowodów złożonych na rozprawie przez Odwołującego. Brak dokumentów oryginalnych w tym zakresie uniemożliwia także porównanie opisu przedmiotu postępowania dla Zakładu Karnego Rzeszowie z opisem w Programie Funkcjonalno – Użytkowym (zwany dalej: „PFU”) w tym postępowaniu przetargowym. Izba także po weryfikacji z załączonym do dokumentacji przez Zamawiającego PFU kwestionuje miarodajność dowodu, tj. nr 5 listy dowodów złożonych na rozprawie przez Odwołującego. Zostały pominięte istotne elementy wskazane przez Przystępującego w jego piśmie procesowym (metraż powierzchni dla poszczególnych cel), a nie zakwestionowane przez Odwołującego na rozprawie.

Nadto, należy podzielić stanowisko wynikające z orzecznictwa wyrok KIO z 28.08.2017 r., sygn. akt: KIO 1681/17 gdzie wskazano, że *„Klasyfikacja Urzędu Statystycznego nie jest wyznacznikiem dla zastosowania właściwej stawki podatku VAT”. (...)* *„Co najwyżej może być pomocna przy klasyfikowaniu wg. PKWiU. Ponadto Urzędowi nie jest znana siwz i opis przedmiotu zamówienia.”*

W ocenie Izby, 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.

Przy czym nadmienić należy, że zgodnie z art. 41 ust. 1 ustawy o VAT podstawową stawką tego podatku jest stawka 23%. Stosowanie tej stawki ma charakter ogólnej reguły, a w przypadku wątpliwości odnośnie wysokości opodatkowania zastosowanie znajdzie właśnie stawka podstawowa. Skorzystanie ze stawek preferencyjnych i zwolnień nie jest obowiązkiem podatników, lecz ich uprawnieniem. Stosowanie stawek

preferencyjnych może nastąpić w sytuacjach kiedy podatnik ma pewność co do możliwości jej zastosowania, mając na względzie odpowiedzialność karnoskarbową (tak też: wyrok KIO z 10 kwietnia 2013 r., sygn. akt KIO 735/13). (za wyrokiem KIO z 02.03.2018 r., sygn. akt: KIO 292/18).

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 lub ich części, z wyłączeniem lokali użytkowych,
- 2) lokale mieszkalne w budynkach niemieszkalnych sklasyfikowanych w Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych w dziale 12, oraz
- 3) 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, a także mikroinstalację, o której mowa w art. 2 pkt 19 ustawy z dnia 20 lutego 2015 r. o odnawialnych źródłach energii (Dz. z 2018 r, poz. 2389, z późn. zm.), funkcjonalnie z nimi związaną, z zastrzeżeniem ust. 12b. 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.

Izba zgadza się, że przedmiotem rozważania mogą zostać objęte jedynie przesłanki ich zaistnienie z pkt 1 i 2, bo albo mamy do czynienia z budynkiem mieszkalnym albo z budynkiem niemieszkalnym, w którym znajdują się lokale mieszkalne.

W zakresie przesłanki z pkt 1 ust. 12a art. 41 ustawy o VAT. Pojęcie obiektów budownictwa mieszkaniowego zdefiniowane zostało w art. 2 pkt 12 ustawy o podatku od towarów i usług, zgodnie z którym przez obiekty budownictwa mieszkaniowego rozumie się budynki mieszkalne stałego zamieszkania sklasyfikowane w Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych w dziale 11. Dział 11 obejmuje budynki mieszkalne jednorodzinne, budynki wielomieszkalniowe oraz budynki zbiorowego zamieszkania. Kluczowe jest więc określenie definicji budynku mieszkalnego gdzie w Rozporządzeniu Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 1999 r. w sprawie Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych (PKOB) stwierdza się że - budynki mieszkalne to obiekty budowlane, których co najmniej połowa całkowitej powierzchni

użytkowej jest wykorzystywana do celów mieszkalnych. Dalej podkreślając, że część „mieszkaniowa” budynku mieszkalnego obejmuje pomieszczenia mieszkalne (kuchnie, pokoje wypoczynkowe, sypialnie), pomieszczenia pomocnicze, piwnice oraz pomieszczenia ogólnego użytkowania (np. wózkarnie, suszarnie). Zatem aby zaliczyć dany obiekt do grupy budynków mieszkalnych, musi on obejmować w/w pomieszczenia. Natomiast, odnosząc się do definicji stałego zamieszkania, wskazać trzeba na § 3 pkt 4 i 5 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12.04.2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie, gdzie dokonuje się podziału budynków mieszkalnych na budynki mieszkalne wielorodzinne oraz budynki mieszkalne jednorodzinne. Nadto, w § 3 pkt 5 wprowadzono definicję budynku zamieszkania zbiorowego, przez który należy rozumieć budynek przeznaczony do okresowego pobytu ludzi, w szczególności (...) budynek zakwaterowania na terenie zakładu karnego. Powyższe rozporządzenie wymienia zatem budynek zamieszkania zbiorowego odrębnie od budynku mieszkalnego. Stwierdza więc, że budynek zamieszkania zbiorowego to budynek przeznaczony do okresowego pobytu ludzi, czyli że pobyt w zakładzie karnym ma charakter okresowy, a nie stały.

W konsekwencji, wobec okresowego, a nie stałego pobytu w zakładzie karnym, skutkuje to nie spełnieniem przesłanki zawartej w definicji obiektu budownictwa mieszkaniowego, nawet jeśli uznać, że mamy do czynienia z częściami mieszkalnymi.

Abstrahując, zaś od przedstawionego powyżej stanowiska, które w całości Izba podtrzymuje, wymaga podkreślenia, że w zakresie tego, iż co najmniej połowa całkowitej powierzchni użytkowej musi być wykorzystywana do celów mieszkalnych, to Odwołujący generalnie nie kwestionował zestawienia i wyliczenia przygotowanego przez Przystępującego w jego piśmie procesowym, podważającego zaistnienie takiego stanu rzeczy w przedmiotowym stanie faktycznym, w tym postępowaniu przetargowym. Zostało ono oparte na PFU oraz poglądowych rzutach kondygnacji (znajdujących się, co Izba potwierdza w dokumentacji postępowania), negując samo zaliczenie przez Przystępującego jedynie do przedstawionego zestawienia na potrzeby swojej argumentacji tylko powierzchni cel i kąteków sanitarnych (toalet). Uznawał, że należy także zaliczyć również wszystkie pomieszczenia, w których przebywają osadzeni, czyli pomieszczeń dodatkowych, za wyjątkiem pomieszczeń technicznych i komunikacyjnych. Przy czym nie przedstawił Odwołujący żadnych szczegółowych wyliczeń, co do tego jakie pomieszczenia oraz o jakiej powierzchni należy zaliczyć do budynków mieszkalnych. Z tych względów z uwagi na gołosłowny charakter takiego oświadczenia należy je zakwestionować, jako niewiarygodne. Tym bardziej, że Przystępujący przedstawił określone wyliczenia oparte o dokumenty

przetargowe wykazując, że mimo charakteru postępowania, projektant nie ma zupełnej dowolności w określaniu charakteru pomieszczeń. Powyższego nie negował Odwołujący. Zamawiający, zaś zakwestionował na rozprawie stanowisko Odwołującego, stwierdzając, że nie można zaliczyć do obiektów mieszkaniowych pomieszczeń pomocniczych, gospodarczych, np. na środki czystości, kuchnie, pomieszczenia do przeszukań, świetlicę czy bibliotekę, gdyż pomieszczenia te służą do czynności procesowych lub też do obsługi osadzonych.

Wracając, zaś do istoty. W klasie 1130 PKOB ujęte zostały budynki zbiorowego zamieszkania, wśród których wymienia się budynki mieszkalne na terenie koszar, zakładów karnych i poprawczych, aresztów śledczych (chodzi o lokale mieszkalne dla funkcjonariuszy Służby Więziennej np.: w gestii Centralnego Zarządu Służby Więziennej, czy też istniejące wcześniej w zakładach karnych jak wskazywał Zamawiający na rozprawie /przed zmianami ustrojowymi i przed ich wykupem przez funkcjonariuszy/). 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.

W klasie 1274 PKOB znajduje się więc kategoria budynków niemieszkalnych.

Potwierdza, to także stanowisko Zamawiającego: „*opłacając corocznie podatek od nieruchomości(...) składa deklarację DN-1, w której zobowiązany jest do zakwalifikowania przedmiotu opodatkowania do stosownej kategorii. Zamawiający wypełnia część D.2.1. - inne budynki lub ich części. Natomiast część D.2. odnosząca się do budynków mieszkalnych pozostaje niewypełniona.*”, dowodu (załączone do odpowiedzi na odwołanie deklaracje podatkowe) oraz orzecznictwo z odpowiedzi na odwołanie, zgodnie z którym - wyrok WSA w Olsztynie z dnia 13.06.2007 r., sygn. akt I SA/OI 209/07 - o budynku mieszkalnym będziemy mówić wówczas, gdy spełnia łącznie co najmniej dwie cechy, po pierwsze posiada niezbędne warunki do stałego przebywania tam ludzi wraz z prowadzeniem samodzielnego gospodarstwo domowego, po drugie zaś służy do zaspokajania potrzeb mieszkaniowych, czyli jest przeznaczony do zamieszkiwania. Z tego pojęcia będą więc wyłączone wszelkie przypadki, gdy budynek, mimo iż spełnia niezbędne warunki do stałego przebywania osób, z różnych względów jest przeznaczony do innych celów. Jednocześnie w orzeczeniu wskazano, że budynki i ich części przeznaczone na zakwaterowanie osób osadzonych podlegają opodatkowaniu podatkiem od nieruchomości jak od budynków pozostałych (a nie od budynków mieszkalnych). Nadto, jak wskazywał Zamawiający i potwierdzał załączonymi

do odpowiedzi na odwołanie dowodami (wydruk kartoteki środków trwałych Zamawiającego w oparciu o wyciąg z Rozporządzenia Rady Ministrów w sprawie klasyfikacji środków trwałych) prowadząc ewidencje środków trwałych – kwalifikuje pawilony zakwaterowania osadzonych do podgrupy 10, rodzaju 109, czyli pozostałe budynki niemieszkalne, nawiązuje ona do klasy 1274 PKOB.

W ocenie Izby, przedmiot zamówienia mieści się właśnie w tej kategorii, w tym cele osobowe dla osadzonych. Przystępujący, zaś zasadnie podnosił w swoim piśmie, że pawilony przeznaczone są dla potrzeb wykonywania kary pozbawienia wolności lub tymczasowego aresztowania w zakładzie karnym, nie są przeznaczone dla zaspokojenia potrzeb mieszkaniowych osadzonych lub osób tymczasowo aresztowanych nie służą zamieszkaniami, a odbywaniu kary pozbawienia wolności i należy je zaliczyć do kategorii budynków niemieszkalnych, czyli do działu 12 PKOB. W tym miejscu należy wskazać w zakresie przesłanki z pkt 2 ust. 12a art. 41 ustawy o VAT, co następuje.

W ocenie Izby, budynek niemieszkalny – pawilon w zakładach karnych dla osadzonych mimo, że określony potocznie mieszkalnym nie zawiera w sobie lokali mieszkalnych. W pierwszej kolejności należy przywołać znaczenie pojęcia „lokal mieszkalny w budynku niemieszkalnym”. O ile odpowiedź na pytanie, co uznać należy za budynek niemieszkalny wprost dają przepisy prawa budowlanego i PKOB, 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 (Dz. U. z 2019 r., poz. 1182), lokal to pomieszczenie służące zaspokajaniu potrzeb mieszkaniowych (...), nie jest lokalem pomieszczenie przeznaczone do krótkotrwałego pobytu osób, w szczególności znajdujące się w budynkach internatów, burs, pensjonatów, hoteli, domów wypoczynkowych lub w innych budynkach służących do celów turystycznych lub wypoczynkowych. W takim ujęciu z pewnością celi w zakładzie karnym nie można uznać za lokal mieszkalny, nie taki jest bowiem charakter i przeznaczenie tego pomieszczenia. Cella nie służy zaspokajaniu potrzeb mieszkaniowych osadzonych, ale wykonywaniu przymusowej kary pozbawienia wolności lub tymczasowego aresztowania. Jak stanowi orzecznictwo, przywołane chociażby w piśmie procesowym Przystępującego, wszelkie pomieszczenia przeznaczone do krótkotrwałego pobytu osób nie stanowią lokali mieszkaniowych. 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.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Izba także informacyjnie podnosi, że nie uznała wniosku Zamawiającego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika, według norm przepisanych, albowiem konieczne jest przedłożenie do akt sprawy rachunku będącego podstawą zaliczenia m.in. wynagrodzenia pełnomocnika do kosztów postępowania (§ 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia wskazanego poniżej), co nie miało miejsca w przedmiotowej sprawie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a oraz § 5 ust. 3 pkt 1 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 (t.j.: Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący:

.....