

WYROK
z dnia 17 września 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Daniel Konicz

Protokolant: Piotr Kur

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 września 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 sierpnia 2020 r. przez Odwołującego – wykonawcę Bog-Dach sp. z o.o. z siedzibą w Kiertynach Wielkich, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Powiat Bartoszycki,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10.000,00 zł (słownie: dziesięć tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę w łącznej wysokości 4.085,60 zł (słownie: cztery tysiące osiemdziesiąt pięć złotych 60/100) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika i kosztów dojazdu na posiedzenie i rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 1843) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Olsztynie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Powiat Bartoszycki (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 1843), zwanej dalej „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na rozbudowę wraz z przebudową i zmianą sposobu użytkowania budynku biurowego na potrzeby centrum opiekuńczo-mieszkalnego, zwane dalej „Postępowaniem”.

Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 6 lipca 2020, pod nr 558659-N-2020.

13 sierpnia 2020 r. Zamawiający poinformował wykonawcę Bog-Dach sp. z o.o. z siedzibą w Kiertynach Wielkich (dalej „Wykonawca B” lub „Odwołujący”) o odrzuceniu złożonej przez niego oferty, jako zawierającej błąd w obliczeniu ceny.

18 sierpnia 2020 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (dalej „Izba” lub „KIO”) wpłynęło odwołanie Wykonawcy B od tej czynności, w którym zarzucono Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp w zw. z art. 41 ust. 2 i ust. 12 oraz art. 146aa ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. z 2020 r. poz. 106), zwanej dalej „Ustawą o VAT”, przez nieprawidłowe przyjęcie, że dla objętych Postępowaniem robót budowlanych polegających na rozbudowie wraz z przebudową i zmianą sposobu użytkowania budynku biurowego na potrzeby centrum opiekuńczo-mieszkalnego zastosowanie w pełnym zakresie znajdzie 23% stawka VAT, w następstwie czego Zamawiający uznał, że oferta Odwołującego przewidująca cenę za roboty budowlane w obrębie bryły budynku wraz podatkiem VAT według stawki 8%, zawiera błąd w obliczeniu ceny i podlega odrzuceniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
2. dokonania ponownej oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Odwołujący podał, że jest legitymowany do wniesienia odwołania.

Uzasadniając zarzut odwołania Wykonawca B wskazał, że jego oferta została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp gdyż zawierała ona – zdaniem Zamawiającego – błąd w obliczeniu ceny.

Zamawiający uzasadniając swoje stanowisko, stwierdził, że:

- Odwołujący w dniu złożenia oferty nie posiadał indywidualnej interpretacji Krajowej Administracji Skarbowej w sprawie obniżonej stawki VAT dla części robót;
- w polskim prawodawstwie nie funkcjonuje zasada „precedensu”, czyli orzeczenia, które ma moc wiążącą w odniesieniu do późniejszych orzeczeń w podobnych sprawach;
- wskazane w projekcie budowlanym pomieszczenia jako mieszkalne będą wykorzystywane sporadycznie i jedynie w wyjątkowych sytuacjach;
- Odwołujący na etapie przygotowania oferty mógł poprosić o wyjaśnienie ewentualnych wątpliwości co do poprawności obliczenia ceny;
- deklaracja podatkowa jest indywidualną decyzją Odwołującego i nie można jej poprawić na podstawie przepisów art. 87 ust. 2 Pzp.

Zamawiający w istocie nie poczynił jakichkolwiek ustaleń co do prawidłowości stawki zastosowanej przez Odwołującego przy obliczaniu ceny, ograniczając się jedynie do stwierdzenia, że skoro Odwołujący nie przedstawił indywidualnej interpretacji w sprawie obniżonej stawki VAT, to nie mógł jej uwzględnić przy sporządzaniu oferty. Przedstawiona przez Zamawiającego argumentacja jest oczywiście bezzasadna, a w rezultacie podjęta na jej podstawie czynność odrzucenia oferty Odwołującego narusza prawo.

Odwołujący wyjaśnił, że Postępowanie przewidywało wykonanie robót budowlanych polegających na rozbudowie wraz z przebudową i zmianą sposobu użytkowania budynku biurowego na potrzeby centrum opiekuńczo-mieszkalnego. Przedmiot zamówienia miał być zrealizowany w oparciu o projekt budowlany zamienny – zmiany do projektu budowlanego objętego decyzją o pozwoleniu na budowę nr Bg-62/18, stanowiący załącznik do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia („SIWZ”). W części ogólnej opisu technicznego (str. 7) wskazano, że projekt zakłada w swej treści rozwiązania zgodne z Rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie oraz ustawą Prawo Budowlane oraz innymi przepisami i normami, a ponadto Programem „Centra opiekuńczo-mieszkalne” przyjętym przez Ministerstwo Rodziny, Pracy i Polityki Społecznej na podstawie art. 7 ust. 5 ustawy z dnia 23 października 2018 r. o Solidarnościowym Funduszu Wsparcia Osób Niepełnosprawnych.

W ogłoszeniu o naborze wniosków w ramach tego Programu Minister Rodziny, Pracy i Polityki Społecznej wskazał, że celem utworzenia centrów opiekuńczo-mieszkalnych jest uzupełnienie systemu wsparcia osób niepełnosprawnych, przez stworzenie dodatkowej usługi w postaci zapewnienia możliwości zamieszkiwania tu formie pobytu dziennego lub całodobowego. Osoby, do których kierowany jest Program, obok różnorodnego wsparcia

(w tym w zakresie potrzeb zdrowotnych, pielęgnacyjnych, zapobiegania wtórnym powikłaniom, stymulowania i rozmijania sprawności ruchomej, kompetencji poznawczych oraz społecznych), będą miały zapewnioną możliwość niezależnego/samodzielnego i godnego funkcjonowania na miarę swoich potrzeb i takie zadania mają realizować centra opiekuńczo- mieszkalne. Głównym celem funkcjonowania takiego centrum jest pomoc osobom niepełnosprawnym w stopniu umiarkowanym i znacznym, w tym osobom ze spektrum autyzmu lub z niepełnosprawnościami sprzężonymi, będzie utrzymanie bądź poprawa sprawności psychofizycznej i społecznej przez zorganizowanie dla nich pobytu dziennego lub całodobowego umożliwiającego niezależne bądź samodzielne funkcjonowanie. Zajęcia prowadzone będą w sposób umożliwiający indywidualne podejście do każdego uczestnika, dzięki czemu zgromadzona wiedza pozwoli skonstruować plan postępowania wspierająco-aktywizującego dostosowany do potrzeb oraz możliwości konkretnych osób. Jednocześnie, w ramach objętego rozbudową (przebudową) budynku, poza salami przeznaczonymi do prowadzenia opisanych w projekcie zajęć, przewidziano pokoje jednoosobowe dla uczestników, którzy otrzymają skierowania do centrum na pobyt całodobowy oraz pokój dzienny z aneksem kuchennym.

Odwołujący podał, że zgodnie z art. 41 ust. 2 Ustawy o VAT dla towarów i usług, wymienionych w załączniku nr 3 do Ustawy, stawka podatku wynosi 7%, z zastrzeżeniem ust. 12 i art. 114 ust. 1. Stosownie zaś do art. 146aa ust. 1 pkt 2 Ustawy o VAT, w okresie od dnia 1 stycznia 2019 r. do końca roku następującego po roku, dla którego wartość relacji, o której mowa m art. 38a pkt 4 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych, jest nie większa niż 43% oraz wartość, o której mowa w art. 112aa ust. 5 tej ustawy, jest nie mniejsza niż -6%, stawka podatku, o której mowa m art. 41 ust. 2, art. 120 ust. 2 i 3 oraz tytule załącznika nr 3 do ustawy, wynosi 8%. Tak określoną stawkę – na mocy art. 41 ust. 12 Ustawy o VAT – stosuje się również w przypadku dostawy, budowy, remontu, modernizacji, termomodernizacji, przebudowy lub robót konserwacyjnych dotyczących obiektom budowlanych lub ich części zaliczonych do budownictwa objętego społecznym programem mieszkaniowym, a także robót konserwacyjnych dotyczących:

- a) obiektów budownictwa mieszkaniowego lub ich części, z wyłączeniem lokali użytkowych;
- b) lokali mieszkalnych w budynkach niemieszkalnych sklasyfikowanych w Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych w dziale 12 – w zakresie, w jakim wymienione roboty nie są objęte tą stawką na podstawie pkt 1.

Przez budownictwo objęte społecznym programem mieszkaniowym – zgodnie z art. 41 ust. 12a Ustawy o VAT – rozumie się obiekty budownictwa mieszkaniowego lub ich części, z wyłączeniem lokali użytkowych, oraz lokale mieszkalne m 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. Na podstawie art. 2 pkt 12 Ustawy o VAT przez obiekty budownictwa mieszkaniowego rozumie się budynki mieszkalne stałego zamieszkania sklasyfikowane w Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych w dziale 11. W myśl art. 41 ust. 12b Ustawy o VAT, do budownictwa objętego społecznym programem mieszkaniowym, określonego w ust. 12a, nie zalicza się budynków mieszkalnych jednorodzinnych, których powierzchnia użytkowa przekracza 300 m² oraz lokali mieszkalnych, których powierzchnia użytkowa przekracza 150 m².

Odwołujący wskazał, że dla celów VAT stosuje się przepisy rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 1999 r. w sprawie Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych (PKOB), która to klasyfikacja stanowi usystematyzowany wykaz obiektów budowlanych. Według podziału obiektów budowlanych na sekcje i działy w PKOB w dziale 11 mieszczą się budynki mieszkalne, obejmujące trzy grupy budynków:

- Budynki mieszkalne jednorodzinne – 111;
- Budynki o dwóch mieszkaniach i wielomieszkaniowe – 112;
- Budynki zbiorowego zamieszkania – 113.

Klasa 1130 – Budynki zbiorowego zamieszkania – obejmuje m.in.: budynki zbiorowego zamieszkania, w tym domy mieszkalne dla ludzi starszych, studentów, dzieci i innych grup społecznych, np.: domy opieki społecznej, hotele robotnicze, internaty i bursy szkolne, domy studenckie, domy dziecka, domy dla bezdomnych, itp.

W świetle powyższego nie powinno budzić wątpliwości, że roboty budowlane objęte zamówieniem dotyczą obiektów budowlanych lub ich części zaliczonych do budownictwa objętego społecznym programem mieszkaniowym i w tym zakresie podlegają opodatkowaniu według 8% stawki podatku. Mianowicie przedmiot zamówienia dotyczy rozbudowy wraz z przebudową i zmianą przeznaczenia budynku celem przystosowania go na potrzeby Centrum Opiekuńczo-Mieszkalnego, stanowiącego – zdaniem Odwołującego – budynek zbiorowego zamieszkania. Stanowisko Odwołującego potwierdza przywołana w piśmie z dnia 31 lipca 2020 r. interpretacja Dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej nr 0114-KDIP1- 3.4012.411.2018.2.JF, który na kanwie bardzo podobnego stanu faktycznego (roboty budowlane polegające na remoncie, przebudowie i nadbudowie oficyny budynku Domu Pomocy) stwierdził, że wykonawca świadczyć będzie usługi remontu, przebudowy i nadbudowy w obiektach wymienionych w art. 2 pkt 12 Ustawy o VAT, a w

konsekwencji, dla świadczonych przez niego robót budowlanych zastosowanie znajdzie 8% stawka VAT, zgodnie z art. 41 ust. 2 i ust. 12 w zw. z art. 146a pkt 2 Ustawy o VAT. Bez znaczenia przy tym pozostaje akcentowana przez Zamawiającego kwestia, że interpretacja ta nie została wydana na potrzeby Postępowania. Żaden przepis powszechnie obowiązującego prawa, jak i SIWZ nie uzależniają możliwości zastosowania preferencyjnej stawki od legitymowania się indywidualną interpretacją (obecnie Wiążącą Interpretacją Stawkową).

Mając na względzie powyższe, jak również stanowisko Naczelnego Sądu Administracyjnego wyrażone w uchwale 7 sędziów z dnia 3 czerwca 2013 r., sygn. akt I FPS 7/12, w którym stwierdzono, że art. 41 ust. 12 nie obejmuje infrastruktury towarzyszącej, Odwołujący słusznie obliczył cenę stosując dwie stawki VAT, tj. 8% stawkę dla robót budowlanych w obrębie budynku oraz stawkę podstawową (23%) dla prac poza bryłą budynku.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie w powołaniu na przedstawioną poniżej argumentację.

Aby móc zastosować 8% stawkę podatku od towarów i usług do prac wewnątrz budynku należałoby ustalić, że budynek centrum opiekuńczo-mieszkalnego jest zaliczany do budownictwa objętego społecznym programem mieszkaniowym w rozumieniu art. 41 ust. 12 Ustawy o VAT. Definicję programu zawiera ust. 12a cytowanego przepisu, zgodnie z którym przez budownictwo objęte społecznym programem mieszkaniowym rozumie się:

- a) obiekty budownictwa mieszkaniowego lub ich części, z wyłączeniem lokali użytkowych;
- b) lokale mieszkalne w budynkach niemieszkalnych sklasyfikowanych w Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych w dziale 12;
- c) 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;
- d) mikroinstalację, o której mowa w art. 2 pkt 19 ustawy z dnia 20 lutego 2015 r. o odnawialnych źródłach energii, z zastrzeżeniem ust. 12b.

Ze wskazanego wyliczenia dalszym rozważaniom Zamawiający poddał możliwość zakwalifikowania budynku centrum jako obiektu budownictwa mieszkaniowego, zgodnie z argumentacją zaprezentowaną w odwołaniu. Definicję legalną tego zwrotu zawiera art. 2 pkt 12 Ustawy o VAT zgodnie z którym obiektami budownictwa mieszkaniowego są budynki mieszkalne stałego zamieszkania sklasyfikowane w Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych w dziale 11. Dział ten, co zostało podniesione w samym odwołaniu, obejmuje:

- a) budynki mieszkalne jednorodzinne – 111;
- b) budynki o dwóch mieszkaniach i wielomieszkaniowe – 112;
- c) budynki zbiorowego zamieszkania – 113.

Odwołujący stwierdza w odwołaniu, że budynek centrum jest w istocie budynkiem zbiorowego zamieszkania sklasyfikowanym w PKOB jako klasa 1130. Wskazana wyżej klasa obejmuje:

- a) budynki zbiorowego zamieszkania, w tym: domy mieszkalne dla ludzi starych, studentów, dzieci i innych grup społecznych np. domy opieki społecznej, hotele robotnicze, internaty i bursy szkolne, domy studenckie, domy dziecka, domy dla bezdomnych itp.;
- b) budynki mieszkalne na terenie koszar, zakładów karnych i poprawczych, aresztów śledczych;
- c) budynki rezydencji prezydenckich i biskupich.

Klasa ta nie obejmuje natomiast:

- a) szpitali, klinik i budynków instytucji z opieką medyczną (lekarską lub pielęgnarską) – PKOB 1264;
- b) zabudowań koszarowych – PKOB 1274.

Analogia zastosowana przez Odwołującego jest błędna z niżej wskazanych powodów.

Po pierwsze Zamawiający zwrócił uwagę na charakter obiektu. Zgodnie z art. 54 ust. 1 ustawy o pomocy społecznej osobie wymagającej całodobowej opieki z powodu wieku, choroby lub niepełnosprawności, niemogącej samodzielnie funkcjonować w codziennym życiu, której nie można zapewnić niezbędnej pomocy w formie usług opiekuńczych, przysługuje prawo do umieszczenia w domu pomocy społecznej. Skierowanie do domu pomocy społecznej wymaga oceny stanu zdrowia danej osoby oraz możliwości korzystania przez nią z pomocy środowiskowej, w szczególności zaś zbadania możliwości zorganizowania usług opiekuńczych w miejscu zamieszkania lub w ośrodku wsparcia.

Zgodnie z programem „Centra opiekuńczo-mieszkalne” przyjętym przez Ministerstwo Rodziny, Pracy i Polityki Społecznej, określającym funkcjonowanie centrów, zakres i rodzaj usług oraz czas trwania pobytu w centrum określany jest decyzją administracyjną wydaną na podstawie art. 51 w zw. z art. 106 ustawy o pomocy społecznej (pkt VI. 3.1 – str. 12). W art. 51 uregulowano funkcjonowanie ośrodków wsparcia, dlatego też to właśnie przepisy właściwe tym jednostkom winny stanowić podstawę do określenia charakteru centrów opiekuńczo-mieszkalnych. Zgodnie z art. 51 ust. 1-3 ustawy o pomocy społecznej:

- „1. Osobom, które ze względu na wiek, chorobę lub niepełnosprawność wymagają częściowej opieki i pomocy w zaspokajaniu niezbędnych potrzeb życiowych, mogą być przyznane usługi opiekuńcze, specjalistyczne usługi opiekuńcze lub posiłek, świadczone w ośrodku wsparcia.
2. Ośrodek wsparcia jest jednostką organizacyjną pomocy społecznej dziennego pobytu.
3. W ośrodku wsparcia mogą być prowadzone miejsca całodobowe okresowego pobytu”.

Ośrodki są zaliczane do jednostek organizacyjnych pomocy społecznej dziennego pobytu. Niemniej ośrodek może prowadzić całodobowe miejsca okresowego pobytu. Ośrodki świadczą usługi opiekuńcze, w tym specjalistyczne, dla osób, które ze względu na wiek, chorobę, niepełnosprawność wymagają częściowej opieki i pomocy w zaspokajaniu niezbędnych potrzeb życiowych. Osobom tym co do zasady nie jest potrzebna całodobowa opieka i nie wymagają one umieszczenia w domu pomocy społecznej.

Jak wynika z powyższego nie sposób postawić znaku równości między domem pomocy społecznej, a centrum opiekuńczo-mieszkalnym, do którego zastosowanie znajdują przepisy dotyczące ośrodków wsparcia. W zależności od potrzeb dyktowanych wiekiem osoby, stopniem jej niepełnosprawności, przechodzoną chorobą albo czasowym charakterem przeszkód w samodzielnym zaspokajaniu własnych potrzeb życiowych, usługi opiekuńcze sklasyfikowano pod względem instytucjonalnego zaplecza jednostki organizacyjnej pomocy społecznej oraz pod względem czasu, w jakim personel dopełniający czynności opiekuńczo-bytowych pozostaje do dyspozycji osoby korzystającej ze świadczenia. Jeżeli pomoc wymagana jest przez cały dzień, osoba może korzystać z usług opiekuńczych, również świadczonych regularnie, z większą częstotliwością, ale w ośrodku wsparcia, a więc w zakładzie administracyjnym przeznaczonym do pobytu dziennego (art. 51). Usługi opiekuńcze świadczone wobec osoby umieszczonej w domu pomocy społecznej są natomiast uzasadnione brakiem możliwości jakiegokolwiek funkcjonowania, nawet w ograniczonym do niezbędnego minimum zakresie, w codziennym życiu. Osoba korzystająca z usług opiekuńczych objętych świadczeniem polegającym na umieszczeniu w domu pomocy społecznej jest zupełnie nieporadna. Z tych względów pomoc w postaci różnych odmian usług opiekuńczych ograniczonych z punktu widzenia okresowości, zapewnienia częściowego zaplecza bytowego oraz pewnych tylko miejsc świadczenia usług jest niecelowa, gdyż nie przewyższy, jak wymaga tego art. 2 ust. 1 trudnej sytuacji życiowej osoby w zupełności nieporadnej.

Po drugie, Zamawiający zwrócił uwagę na okres pobytu/zamieszkania. Zgodnie z § 10 rozporządzenia Ministra Pracy i Polityki Społecznej z dnia 23 sierpnia 2012 r. w sprawie domów pomocy społecznej osoba ubiegająca się jest kierowana do domu na czas nieokreślony, chyba że wystąpi ona lub jej przedstawiciel ustawowy z wnioskiem o skierowanie

do domu na czas określony. Z kolei w art. 51 ust. 2 stwierdzono, że ośrodek wsparcia należy do jednostek organizacyjnych pomocy społecznej dziennego pobytu. Oznacza to, że w tego rodzaju jednostce organizacyjnej pomocy społecznej osoba uprawniona do świadczeń nie przebywa w sposób stały; w szczególności realizacja usług opiekuńczych w ośrodku wsparcia, a także przyznanie posiłków, nie może uprawniać do korzystania z noclegu albo ze schronienia lub z udostępnionego mieszkania. Pobyt dzienny to pobyt polegający na dostępie do jednostki organizacyjnej i świadczonej przez nią usługi w trakcie dziennej aktywności człowieka, tj. poza porą spoczynku nocnego, a ponadto tylko w takim zakresie czasowym, jaki wynika z pobytu koniecznego do skorzystania z usługi opiekuńczej, specjalistycznej usługi opiekuńczej lub spożycia posiłku. Wyjątek pod względem okresu pobytu w ośrodku wsparcia wprowadza art. 51 ust. 3, w którym postanowiono, że w ośrodku takim mogą być prowadzone miejsca całodobowego okresowego pobytu. Przepis ten, zgodnie z regułami wykładni systemowej wewnętrznej, uwzględniającej wzajemne usytuowanie przepisu ogólnego ustanawiającego zasadę (art. 51 ust. 2) i przepisu szczególnego ustanawiającego odstępstwo od zasady (art. 51 ust. 3), nakazuje stwierdzić, że tylko szczególne względy mogą przesądzić o dopuszczalności korzystania z usług opiekuńczych w formie całodobowego pobytu w ośrodku wsparcia. Jeżeli dochodzi do takiego wyjątkowego realizowania usług opiekuńczych, może ono mieć tylko walor okresowy, co oznacza, że tylko przez z góry określony termin osoba uprawniona do usług opiekuńczych może korzystać z noclegów w ośrodku wsparcia.

Po trzecie, Zamawiający wskazał na dominującą funkcję centrum. Zostało ono przewidziane dla 22 uczestników, z czego tylko dla dwójki z nich przewidziano miejsca całodobowe okresowego pobytu. Oznacza to, że główna funkcja centrum, tj. wpływanie na procesy uspołecznienia i nawiązywania relacji interpersonalnych, a także stymulowanie kompetencji społecznych oraz podejmowanie przez osoby niepełnosprawne aktywności na miarę posiadanego potencjału i zasobów realizowana będzie w zdecydowanej większości przypadków przez usługi w formie dziennej. Co więcej, zapewnienie mieszkania nie stanowi głównej formy użytkowania budynku, gdyż istotą funkcjonowania centrum jest świadczenie na rzecz uczestników usług, dzięki którym nabędą oni umiejętności do życia w społeczeństwie. Służyć temu mają takie pomieszczenia jak:

- a) pokój dzienny z aneksem kuchennym – nabycie i doskonalenie umiejętności wykonywania prostych posiłków;
- b) sala doświadczania świata – stymulacja sensoryczna;
- c) sala rehabilitacyjna – rehabilitacja;
- d) sala arteterapii i rewalidacyjno-poznawcza zaspokajanie potrzeb akceptacji, bezpieczeństwa, współczucia;

e) pokój mieszkalny (dwa) – samodzielne utrzymywanie higieny, utrzymanie porządku w pokoju.

Zgodnie z załącznikiem do rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 1990 r. w sprawie Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych (PKOB) 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. W przypadku obiektów budowlanych użytkowanych lub przeznaczonych do wielu celów (np. budynek mieszkalny będący jednocześnie hotelem i biurem) klasyfikuje się je w jednej pozycji, zgodnie z ich głównym użytkowaniem.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt tej sprawy skonstatować należy, że dla celów mieszkalnych przewidziano tylko dwa pokoje podczas gdy zdecydowana większość pomieszczeń użytkowana będzie jako pomieszczenia służące rehabilitacji. Takie przeznaczenie budynku powoduje konieczność zaklasyfikowania go do klasy 1264 jako budynku przeznaczonego do rehabilitacji, a zatem jako budynku niemieszkalnego zgodnie z PKOB.

Zamawiający dodał, że w przypadku gdy Odwołujący nie był pewien jaką stawkę zastosować, na podstawie art. 38 ust. 1 Pzp, miał obowiązek zwrócić się do Zamawiającego o stosowne wyjaśnienie, czego nie zrobił.

W związku z tym, że stawka podatku zastosowana przez Odwołującego jest nieprawidłowa, czynność Zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp ze względu na to, że zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu, była prawidłowa.

Na rozprawie strony podtrzymały dotychczasowe stanowiska w sprawie.

Zamawiający wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z treści programu pn.: „Centra opiekuńczo-mieszkalne” (dalej „Program”), opracowanego przez Ministerstwo Rodziny, Pracy i Polityki Społecznej w maju 2019 r.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy omówiony w dalszej części uzasadnienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Skład orzekający stwierdził, że Odwołujący jest legitymowany, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 Pzp, do wniesienia odwołania.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z treści SIWZ, wezwania Odwołującego do wyjaśnienia treści oferty z 29 lipca 2020 r., wyjaśnień Odwołującego z 31 lipca 2020 r., zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty z 13 sierpnia 2020 r. oraz przedstawionego przez Zamawiającego Programu stwierdzając, że stan faktyczny nie jest w sprawie sporny.

W powyższych okolicznościach skład orzekający uznał, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie, ponieważ budynek centrum opiekuńczo-mieszkalnego nie jest, wbrew twierdzeniom Odwołującego, budynkiem o charakterze zbliżonym do domu pomocy społecznej. W konsekwencji Izba przychyliła się do stanowiska Zamawiającego wyrażonego w odpowiedzi na odwołanie, wskazując dodatkowo na poniższe okoliczności.

Przede wszystkim, zdaniem Izby, budynek centrum nie spełnia wymogu budynku mieszkalnego stałego zamieszkania (podkreślenie Izby), pozwalającego na zakwalifikowanie go do kategorii obiektów budownictwa mieszkaniowego (art. 2 pkt 12 Ustawy o VAT), a w konsekwencji – do budownictwa objętego społecznym programem mieszkaniowym (art. 41 ust. 12a Ustawy o VAT). Zamawiający trafnie wskazywał, że zgodnie z załącznikiem do rozporządzenia Rady Ministrów z 30 grudnia 1990 r. w sprawie Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych (PKOB) budynkiem mieszkalnym jest obiekt budowlany, którego co najmniej połowa całkowitej powierzchni użytkowej wykorzystywana jest na cele mieszkalne. W przypadkach, gdy mniej niż połowa powierzchni użytkowej wykorzystywana jest na cele mieszkalne, budynek taki klasyfikowany jest jako niemieszkalny. Z kolei gdy obiekt budowlany jest użytkowany lub przeznaczony do wielu celów klasyfikuje się go w jednej pozycji, zgodnie z jego głównym użytkowaniem.

Zestawiając powyższe z postanowieniami SIWZ (Projekt budowlany, Opis techniczny, A. Część ogólna, pkt 3, ppkt 5 oraz B. Część szczegółowa, pkt 1.1) skład orzekający zauważył, że jedynie niewielka część całego obiektu (2 pokoje jednoosobowe o powierzchni 12 m² każdy) ma charakter mieszkalny (całkowita powierzchnia użytkowa centrum wynosi około 300 m²). W pozostałym zakresie budynek jest wykorzystywany w celu świadczenia różnego rodzaju usług na rzecz przebywających w nim osób (rehabilitacja, nabywanie umiejętności społecznych), zgodnie z założeniami przedstawionymi w Programie (zob. pkt III Programu). W konsekwencji, nawet gdyby przyjąć, że budynek centrum jest *de facto* przeznaczony do realizacji wielu celów, to trzeba byłoby mieć na względzie, że stałe zamieszkanie (czyli zaspokajanie potrzeb mieszkaniowych) nie jest, wbrew sugestii wynikającej z nazwy tej jednostki, podstawową i przeważającą funkcją centrum opiekuńczo-mieszkalnego.

Reasumując przedstawione powyżej zapatrywania orzeciono, jak w pkt 1 sentencji wyroku.

O kosztach postępowania odwoławczego (pkt 2 sentencji wyroku) orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp 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 (Dz.U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: