

Sygn. akt: KIO 1684/13

**WYROK**

**z dnia 25 lipca 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Andrzej Niwicki**

**Protokolant: Magdalena Cwyl**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 lipca 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 lipca 2013 r. przez **Odwołującego – Usługi Ogólnobudowlane R..... D..... ul. Reymonta 8h/8 64-800 Chodzież**, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego – Powiat Chodzieski, Wiosny Ludów 1 64-800 Chodzież**

**orzeka:**

1. oddala odwołanie.
2. kosztami postępowania obciąża **Odwołującego – R..... D.....** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **R..... D.....** tytułem wpisu od odwołania;
  - 2.2. zasądza od **R..... D.....** na rzecz **Powiatu Chodzieskiego kwotę 4 108 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sto osiem złotych złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu na posiedzenie.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Poznaniu**.

**Przewodniczący:** .....

### **Uzasadnienie**

Powiat Chodzieski (Zamawiający) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest: Zarządzanie energią w wybranych budynkach Powiatu chodzieskiego oraz wymiana pokrycia dachowego na budynku MOS w Chodzieży.

Odwołujący : Usługi Ogólnobudowlane R..... D..... ul. Reymonta 8h/8 64-800 Chodzież powziął dnia 5 lipca 2013 r. informację o odrzuceniu jego oferty.

Dnia 10 lipca 2013 r. wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust 1 pkt 6 ustawy pzp przez odrzucenie oferty jako niezgodne z prawem.

Wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert z udziałem jego oferty.

Zamawiający odrzucił ofertę na podstawie art. 89 ust 1 pkt 6 ustawy zarzucając błąd w obliczeniu ceny poprzez zastosowanie niewłaściwej stawki podatku VAT tj. 8 i 23 %. Stawkę taką odwołujący zastosował jako jedyny w postępowaniu przetargowym, pozostali oferenci zastosowali stawkę 8% dla całości zamówienia lub 23 % dla całości zamówienia. Oferta odwołującego oraz dwie oferty z jednolitą stawką 8% VAT zostały odrzucone. Pozostałe 8 ofert zamawiający uznał za prawidłowe.

Postępowanie przetargowe obejmowało wykonanie w jednym zadaniu robót termomodernizacyjnych na dwóch budynkach tj.- budynku Młodzieżowego Ośrodka Socjoterapii w Chodzieży, - budynku Starostwa Powiatowego w Chodzieży

W uzasadnieniu decyzji Zamawiający stwierdził, że oferta nasza zawiera błąd w obliczeniu ceny poprzez zastosowanie niewłaściwej stawki podatku VAT tj. w odniesieniu do Młodzieżowego Ośrodka Socjoterapii, wobec którego, według Zamawiającego należało zastosować 23 % VAT a nie 8%, ponieważ obiekt ten został sklasyfikowany w Dziale 12 - budynki niemieszkalne w klasie 1263 - budynki szkół i instytucji badawczych. Zamawiający zgodził się natomiast z zakwalifikowaniem budynku starostwa powiatowego jako niemieszkalnego i zastosowaniem stawki podatku VAT w wysokości 23 %.

Zgodnie z zapisami Specyfikacji Istotnych warunków Zamówienia ( SIWZ ) pkt XII zatytułowanym : opis sposobu obliczenia ceny oferty : cena oferty uwzględnia wszystkie zobowiązania , musi być podana w PLN cyfrowo i słownie, z wyodrębnieniem należnego podatku VAT - jeżeli występuje.

Wobec powyższego zapisu SIWZ, to na Wykonawcy spoczął obowiązek dochowania wszelkiej staranności w celu określenia prawidłowej stawki podatku VAT.

Dotychczas jako firma odwołujący wykonywał prace budowlane w trzech obiektach spełniających taką samą funkcję jak Młodzieżowy Ośrodek Socjoterapii w Chodzieży stosując 8 % stawkę podatku VAT. Prace te wykonał w Młodzieżowym Ośrodku Wychowawczym w Antoniewie gdzie dodatkowo Zamawiający zwrócił się do urzędu statystycznego w Łodzi celem sklasyfikowania budynku uzyskując odpowiedź : PKOB 1130 ( budynek zamieszkania zbiorowego ) - w załączeniu do odwołania kserokopia dokumentu. Ponadto wykonał prace w Wielofunkcyjnej Placówce Opiekuńczej w Więcborku oraz remontował budynek dla potrzeb Młodzieżowego Ośrodka Socjoterapii w Czaplunku stosując 8 % stawkę podatku VAT, przy czym w dwóch ostatnich przypadkach stawkę podatku ustalił Zamawiający.

Wobec powyższego doświadczenia a także korzystając z oficjalnych, dostępnych na stronie internetowej informacji dotyczących Młodzieżowego Ośrodka Socjoterapii zastosował 8% stawkę podatku VAT wobec prac termomodernizacyjnych wykonywanych na tym budynku. Zgodnie z oficjalną informacją dostępną na stronach internetowych ośrodka, budynek MOS posiada 48 miejsc mieszkalnych dla wychowanków ośrodka oraz zapewnia całodobową i całoroczną opiekę nad wychowankami.

Ponadto pracownicy firmy dokonali wizji lokalnej wewnątrz budynku MOS w Chodzieży, celem szczegółowego ustalenia funkcji i metrażu poszczególnych pomieszczeń. Zgodnie z poczynionymi ustaleniami powierzchnia mieszkalna, do której zaliczono pokoje wychowanków, łazienki, toalety, świetlice, pomieszczenia pomocnicze służące przechowywaniu pościeli, pralnię, jadalnię, stołówkę, piwnice itd. zajmują w zaokrągleniu 65 % ( 64,67% ) powierzchni budynku.

Pozostałe 35 % powierzchni niemieszkalnej zajmują klasy oraz pomieszczenia biur ( administracji ) a także pomieszczenia konserwatora. Szczegółowe wyliczenie powierzchni załączył od wyjaśnienia zamawiającemu. Ponadto za faktem przeważającej powierzchni mieszkalnej w stosunku do niemieszkalnej przemawia także ilość wychowanków ośrodka. W ośrodku funkcjonuje tylko gimnazjum specjalne a więc trzy klasy dla 48 wychowanków ( ośrodek nie prowadzi szkoły podstawowej jak twierdzi Zamawiający).

W ośrodku całe skrzydło budynku zajęte jest przez pomieszczenia mieszkalne wychowanków (parter, piętro i drugie piętro) co stanowi połowę budynku. Dodatkowo istnieją jeszcze pomieszczenia pomocnicze typu jadalnia, świetlica, pomieszczenia służące do przechowywania bielizny, kotłownia itd.

Zamawiający, w informacji o odrzuceniu oferty stwierdził, że zgodnie z § 2 ust 2 Uchwały Nr VII/60/2011 Rady Powiatu Chodzieskiego z dnia 29 czerwca 2011 r o utworzeniu jednostki zapisano, iż w skład MOS wchodzi: szkoła podstawowa specjalna, gimnazjum specjalne i internat dla wychowanków co skutkuje zakwalifikowaniem budynku MOS jako

niemieszkalnego w dziale 1263 PKOB - jako budynek szkół i instytucji badawczych. Budynek ten pełnił uprzednio funkcję internatu. Większość pomieszczeń budynku zachowała swoje funkcje i przeznaczenie. Ze względu na charakter placówki i pracę z tzw. trudną młodzieżą, zajęcia muszą odbywać się wewnątrz budynku. Jednak fakt istnienia kilku pomieszczeń, w których wychowankowie ośrodka pobierają naukę nie przesądza o tym, że jest to budynek szkoły.

Odwołujący wskazał stanowisko podsekretarza stanu w Ministerstwie Finansów na interpelację nr 5288 w sprawie stawki podatku VAT naliczanego przy remontach budynków przeznaczonych na młodzieżowe ośrodki wychowawcze (kopia w załączeniu do odwołania) gdzie wskazano, że przy naliczeniu prawidłowej stawki podatku VAT istotny jest stosunek powierzchni mieszkalnej i niemieszkalnej cyt: w przypadku gdy wymieniony w interpelacji budynek przeznaczony na młodzieżowy ośrodek wychowawczy spełnia powyższe kryterium powierzchniowe, czyli ponad 50% powierzchni tego budynku przeznaczone jest na cele mieszkalne, co kwalifikuje go do klasy PKOB 1130 Budynki zbiorowego zamieszkania, remont takiego budynku będzie opodatkowany stawką VAT w wysokości 8 % „ co ma miejsce w niniejszym przypadku.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Podtrzymał stanowisko zawarte w pisemnej odpowiedzi na odwołanie. Wskazał, że Młodzieżowy Ośrodek Socjoterapii jest jednostką utworzoną w 2011 r., w jego skład wchodzi szkoła podstawowa specjalna, gimnazjum specjalne i internat dla wychowanków, o określonych funkcjach i przeznaczeniu wskazanych przez w Uchwale Rady Powiatu o jego utworzeniu. Stwierdził, że zestawienie powierzchni, które przedstawił do akt sprawy zostało sporządzone na podstawie stanu faktycznego przez pomiary bezpośrednie, a przeznaczenie pomieszczeń zostało potwierdzone w zestawieniu przez dyrektora jednostki. Wskazał przy tym, że pomieszczenia szatni na poziomie piwnic opisane na str. 3 zestawienia są przeznaczone i użytkowane przez szkołę średnią z przeznaczeniem na lekcje wychowania fizycznego, a zatem pomimo nazwy szatnia, pełnią niewątpliwie funkcję niemieszkalną. Wg obliczeń zamawiającego sporny obiekt jest użytkowany głównie na cele niemieszkalne, w ujęciu procentowym jest to 54,17% natomiast na cele mieszkalne z uwzględnieniem pomieszczeń przynależnych – w 45,83%.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu sprawy na rozprawie z udziałem stron, biorąc pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron przedstawione na piśmie oraz do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

Jak słusznie zauważył na rozprawie odwołujący, między stronami powstał spór co do rzeczywistej powierzchni budynku, jego pomieszczeń oraz przeznaczenia tych pomieszczeń. Różnica w ocenie, czy przeważa powierzchnia użytkowana na cele mieszkalne, jak stwierdza odwołujący, czy na cele niemieszkalne według twierdzenia zamawiającego, nie jest wielka, jednakże ma rozstrzygające znaczenie, bowiem od wyniku zależy dopuszczalność zastosowania stawki 8% podatku od towarów i usług, tak jak uczynił to odwołujący w złożonej ofercie.

Skład orzekający w niniejszej sprawie uznał za wiarygodne wyliczenia dokonane przez zamawiającego wraz ze wskazaniem przeznaczenia poszczególnych lokali w spornym obiekcie. Skutkiem powyższego nie stwierdzono naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy pzp zastosowanego względem oferty odwołującego, niezależnie od faktu, że odwołujący się wykonawca dochował należytej staranności przygotowując ofertę w przedmiotowym postępowaniu.

Biorąc pod uwagę dokonane ustalenia orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z rozporządzeniem 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 2010 r. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:** .....