

Sygn. akt KIO 1274/12

WYROK
z dnia 3 lipca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Andrzej Niwicki**
Izabela Niedziałek-Bujak
Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: **Paweł Nowosielski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 lipca 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 czerwca 2012 r. przez Danutę Dankiewicz działającą pod firmą Danuta Dankiewicz „Marko” Technika Grzewcza w Sępólnie Krajeńskim

w postępowaniu prowadzonym przez Przedsiębiorstwo Energetyki Ciepłej w Nowym Tomysłu spółka z ograniczoną odpowiedzialnością

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenia oferty odwołującego oraz nakazuje dokonanie ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego,

2. kosztami postępowania obciąża Przedsiębiorstwo Energetyki Ciepłej w Nowym Tomysłu spółka z ograniczoną odpowiedzialnością i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Danutę Dankiewicz działającą pod firmą Danuta Dankiewicz „Marko” Technika Grzewcza w Sępólnie Krajeńskim tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Przedsiębiorstwa Energetyki Ciepłej w Nowym Tomysłu spółka z ograniczoną odpowiedzialnością na rzecz Danuty Dankiewicz działającej pod firmą Danuta Dankiewicz „Marko” Technika Grzewcza w Sępólnie Krajeńskim kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający: Przedsiębiorstwo Energetyki Ciepłej w Nowym Tomyślu Sp. z o.o. prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, ogłoszonym w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 157644-2010 w dniu 16.05.2012r. postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na modernizację lokalnej kotłowni c.o. przy ul. Nowej 6 w Nowym Tomyślu.

Odwołujący: Danuta Dankiewicz prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Danuta Dankiewicz „MARKO” Technika Grzewcza w Sępólnie Krajeńskim zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i przyjęcie, że oferta Odwołującego posiadała błędy w obliczeniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz nakazanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Uzasadniając zarzuty i żądania odwołujący wskazał, że w dniu 12.06.2012r. Zamawiający powiadomił Odwołującego o odrzuceniu jego oferty i dokonaniu wyboru oferty innego wykonawcy jako najkorzystniejszej.

Oferta odwołującego opiewała na najniższą cenę, co stanowiło jedyne kryterium wyboru oferty. Odwołujący podziela stanowisko Zamawiającego o konieczności odrzucenia oferty zawierającej błąd w obliczeniu ceny, za co uznaje się także wskazanie nieprawidłowej stawki VAT. Podkreśla jednak, iż taka sytuacja w ofercie odwołującego nie wystąpiła, a zastosowana stawka 8% podatku jest zgodna z obowiązującymi przepisami prawa.

Z końcem 2010 r. Polska straciła możliwość stosowania obniżonej stawki VAT w stosunku do usług związanych z budową, remontem i przebudową budynków mieszkalnych, które nie są wykonywane w ramach polityki społecznej. Tym samym, dopiero począwszy od 1 stycznia 2011 r., praktycznego znaczenia nabierają art. 41 ust. 12 - 12c ustawy o VAT w odniesieniu do zasad opodatkowania VAT omawianych usług. Wcześniej obniżona stawka VAT miała bowiem zastosowanie w całym budownictwie mieszkaniowym, zarówno objętym społecznym programem mieszkaniowym, jak i nieobjętym tym programem.

Zgodnie z przepisem art. 41 ust.2 ustawy o podatku od towarów i usług stawkę podatku, o której mowa w ust.2 (a więc stawkę 8%), stosuje się do dostawy, budowy, remontu,

modernizacji, termomodernizacji lub przebudowy obiektów budowlanych lub ich części zaliczonych do budownictwa społecznego.

Zgodnie natomiast z art. 41 ust. 12a ustawy przez budownictwo objęte społecznym programem mieszkaniowym rozumie się obiekty budownictwa mieszkaniowego lub ich części, z wyjątkiem lokali użytkowych, oraz lokale mieszkalne w budynkach niemieszkalnych sklasyfikowanych w Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych w Dziale 12, jak również budynki instytucji ochrony zdrowia świadczących usługi zakwaterowania z opieką lekarską i pielęgniarską, zwłaszcza dla ludzi starszych i niepełnosprawnych. Przy czym zgodnie z ust. 12b art. 41 do budownictwa objętego społecznym programem mieszkaniowym nie zalicza się budynków mieszkalnych jednorodzinnych, których powierzchnia użytkowa przekracza 300 m², oraz lokali mieszkalnych, których powierzchnia użytkowa przekracza 150 m².

Prace budowlane objęte niniejszym postępowaniem dotyczą części wspólnej obiektu budownictwa mieszkaniowego, jakim jest kotłownia w budynku mieszkalnym, jednoklatkowym, składającym się z piwnicy i czterech kondygnacji mieszkalnych. Kotłownia znajduje się w piwnicy, w obrysie budynku, a komin jest umiejscowiony prawie centralnie w budynku. Nad kotłownią znajdują się lokale mieszkalne. Ściany kotłowni są jednocześnie ścianami nośnymi tego budynku. Nie ma w nim lokali użytkowych z wejściem z zewnątrz budynku. Ponadto projekt budowlano - wykonawczy stanowiący załącznik nr 9 do siwz również stanowi, iż jest to budynek mieszkalny, co powoduje, iż mieści się on w zakresie art. 41 ust. 12a ustawy o vat, a także nie ma podstaw do zastosowania w tym przypadku wyłączeń wynikających z art. 41 z ust. 12b tej ustawy, gdyż przedmiotem zamówienia publicznego nie była ani modernizacja budynków mieszkalnych jednorodzinnych, których powierzchnia użytkowa przekracza 300 m², ani lokali mieszkalnych, których powierzchnia użytkowa przekracza 150 m².

Odwołujący stwierdza, że na podstawie art. 41 ust. 2 w zw. z ust. 12 ustawy o podatku od towarów i usług wykonawca uprawniony był do zastosowania obniżonej do 8% stawki podatku VAT. Lakoniczne powołanie się przez zamawiającego na art. 146 i 146a ustawy, a także na przepisy rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 04.04.2011 r. w sprawie wykonywania niektórych przepisów ustawy o podatku od towarów i usług, bez wskazania konkretnego przepisu rozporządzenia lub ustępu i punktu powołanych artykułów ustawy, które miałyby uzasadniać jego stanowisko było błędne i w żaden sposób nie przesądza o konieczności zastosowania podstawowej stawki podatku.

Odwołujący wskazuje na poglądy wyrażone w portalach zajmujących się tematyką dotyczącą budownictwa lub podatkową, a także opublikowanych artykułach prasowych (udostępnionych następnie również w formie elektronicznej): <http://www.rp.pl/artypul/609890.html>, <http://www.zarzacda.pl/przeglad-prasy/prasa-ogolnopolska/1058-nizszy-vat-za-remont-czesci->

wspólnych, http://podatki.onet.pl/stawka-vat-na-remont-budynku-mieszkalnego,19923,4166461,prasa-detal,http://www.wykonawca.pl/eprawnik/czytaj/Uslugi_remontowo-montazowe_dla_wspolnoty_mieszkaniowej_zawsze_8_VAT,047848800129750_8617.html iż przedmiotem zamówienia była modernizacja części obiektu budowlanego zaliczonego do budownictwa objętego społecznym programem mieszkaniowym, co w pełni uprawniało odwołującego do zastosowania stawki podatku wynikającej z ust. 2 art. 41 ustawy w związku z czym wykonawca nie popełnił błędu w obliczeniu ceny i brak było podstaw do odrzucenia jego oferty.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Wskazał, że pomieszczenia, w których zlokalizowane są urządzenia kotłowni stanowiące jego własność, są lokalem użytkowym, z którego zamawiający korzysta na mocy umowy najmu ze wspólnotą mieszkaniową. Do pomieszczeń tych prowadzi oddzielne zewnętrzne wejście, w kompleks kotłowni wchodzi także dodatkowe pomieszczenia znajdujące się w przybudówce. W lokalu zamawiający jako przedsiębiorstwo energetyczne prowadzi działalność gospodarczą polegającą na wytwarzaniu i sprzedaży ciepła z kotłowni także innym odbiorcom ciepła; dla czterech innych budynków kotłownia stanowi zewnętrzne źródło ciepła. Zamawiający stwierdził, że urządzenia kotłowni, której modernizacja jest przedmiotem przetargu wchodzi w skład przedsiębiorstwa i jako takie stanowią na podstawie art. 49 kc odrębny od nieruchomości przedmiot własności. Zamawiający wskazuje, że zgodnie z art. 41 ust. 12 a 8% stawka podatku od towarów i usług nie ma zastosowania wobec wyłączenia w tym przepisie lokali użytkowych. Zatem z obniżonej stawki nie korzystają takie prace modernizacyjne, które są prowadzone w samym lokalu użytkowym i do prac takich należy zastosować podstawową stawkę podatku VAT.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu sprawy na rozprawie zważyła, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Niesporne jest, że przedmiotem zamówienia w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest modernizacja kotłowni lokalnej usytuowanej w budynku wielomieszkaniowym.

W myśl art. 41 ust. 1 ustawy o podatku od towarów i usług, stawka podatku wynosi 23%, z zastrzeżeniem ust. 2-12c, art. 83, art. 119 ust. 7, art. 120 ust. 2 i 3, art. 122 i art. 129 ust. 1. Oprócz stawki podstawowej, na wybrane grupy towarów i usług, ustawodawca przewidział

stawki preferencyjne, w tym m. in. 8%, którą zgodnie z art. 41 ust. 12 ustawy, 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 – stosownie do art. 41 ust. 12a ustawy – rozumie się obiekty budownictwa mieszkaniowego lub ich części, z wyłączeniem lokali użytkowych, /.../. Z treści powołanych przepisów wynika, iż preferencyjna stawka podatku dotyczy robót budowlano-montażowych, remontów i robót konserwacyjnych w obiektach budownictwa mieszkaniowego, natomiast nie znajduje zastosowania w lokalach użytkowych. Ustawa o podatku od towarów i usług oraz przepisy wykonawcze do niniejszej ustawy nie zawierają definicji lokalu użytkowego. W związku z tym należy posłużyć się definicją zawartą w rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Dz. U. Nr 75, poz. 690 ze zm.). Zgodnie z § 3 pkt 14 ww. rozporządzenia, lokalem użytkowym jest jedno pomieszczenie lub zespół pomieszczeń, niebędących mieszkaniem, pomieszczeniem technicznym albo pomieszczeniem gospodarczym. Z kolei, przez pomieszczenie techniczne (§ 3 pkt 12) należy rozumieć pomieszczenie przeznaczone dla urządzeń służących do funkcjonowania i obsługi technicznej budynku.

W związku z powyższym należy stwierdzić, iż kotłownia nie stanowi lokalu użytkowego, lecz jest pomieszczeniem technicznym, a prace polegające na modernizacji kotłowni mieszczącej się w piwnicach budynku mieszkalnego i obsługującej mieszkania podlegają opodatkowaniu wyżej wskazaną stawką obniżoną podatku od towarów i usług.

W ocenie składu orzekającego nie ma przy tym znaczenia okoliczność, iż zamawiający prowadzi działalność gospodarczą z wykorzystaniem urządzeń kotłowni stanowiących jego własność na mocy art. 49 kodeksu cywilnego.

W świetle dokonanych ustaleń Izba uznała, że odwołujący się wykonawca nie popełnił błędu w obliczeniu ceny oferty stosując stawkę 8%, zatem zamawiający odrzucając tę ofertę naruszył art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy pzp poprzez jego zastosowanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 10 ustawy Pzp oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....

.....