

**WYROK**

**z dnia 5 sierpnia 2010 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Klaudia Szczytowska - Maziarz**

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 sierpnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 21 lipca 2010 r. przez **konsorcjum w składzie: Edward Chrupek, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Inżynieryjno - Budowlane „Ład - Bud” Chrupek Edward (lider) oraz Paweł Kułaga i Sebastian Zając, prowadzący działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą WMPS Wylewki Maszynowe s.c. z siedzibą dla lidera konsorcjum 33-100 Tarnów, ul. Torowa 1 w postępowaniu prowadzonym przez Tarnowskie Towarzystwo Budownictwa Społecznego sp. z o.o., 33-100 Tranów, ul. Graniczna 8A**

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie, unieważnia czynność wyboru oferty najkorzystniejszej i nakazuje zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego,
2. kosztami postępowania obciąża **Tarnowskie Towarzystwo Budownictwa Społecznego sp. z o.o., 33-100 Tranów, ul. Graniczna 8A**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **konsorcjum w składzie: Edward Chrupek, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Inżynieryjno - Budowlane „Ład - Bud” Chrupek Edward (lider) oraz Paweł Kułaga i Sebastian Zając, prowadzący działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą WMPS Wylewki Maszynowe s.c. z siedzibą dla lidera konsorcjum 33-100 Tarnów, ul. Torowa 1** tytułem wpisu od odwołania,
  
- 2) dokonać wpłaty kwoty **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) przez **Tarnowskie Towarzystwo Budownictwa Społecznego sp. z o.o., 33-100 Tranów, ul. Graniczna 8A** na rzecz **konsorcjum w składzie: Edward Chrupek, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Inżynieryjno - Budowlane „Ład - Bud” Chrupek Edward (lider) oraz Paweł Kułaga i Sebastian Zając, prowadzący działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą WMPS Wylewki Maszynowe s.c. z siedzibą dla lidera konsorcjum 33-100 Tarnów, ul. Torowa 1** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Opolu.

**Przewodniczący:**

.....

## UZASADNIENIE

do wyroku z dnia 05.08.2010 r. o sygn. akt: KIO 1538/10

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na „Budowę budynku mieszkalnego 10/TBS z instalacjami wewnętrznymi oraz z infrastrukturą techniczną i zagospodarowaniem terenu na działkach nr 2/6, 166/22, 166/23, 166/24 obręb 101 przy ul. Abpa J. Ablewicza w Tarnowie” wykonawca - konsorcjum w składzie: Edward Chrupek, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Inżynieryjno - Budowlane „Ład - Bud” Chrupek Edward oraz Paweł Kułaga i Sebastian Zając, prowadzący działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą WMPS Wylewki Maszynowe s.c. (dalej „odwołujący”) złożył odwołania wobec czynności zamawiającego - Tarnowskiego Towarzystwa Budownictwa Społecznego Sp. z o.o. w Tarnowie, polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego z naruszeniem przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. t.j. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) (dalej „ustawa Pzp”) oraz na wyborze ofertę wykonawcy Usługi Budowlano - Transportowe „Anko” Stanisław Onak, Barbara Stanaszek Sp. jawna jako najkorzystniejszą z naruszeniem art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. nakazanie ponownego badania ofert,
3. nakazania dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący stwierdził, że zamawiający zarzucił mu, że w kosztorysie w części „instalacje sanitarne wewnętrzne” w pozycji pod nazwą „drenaż opaskowy” podał cenę netto 33.853,58 zł i cenę brutto 36.223,33 zł, z czego wynika, że dla tego elementu zastosowano preferencyjną stawkę podatku VAT w wysokości 7%.

Podał, że zdaniem zamawiającego art. 41 ust. 2 ustawy o VAT nie daje podstaw do zastosowania dla tego typu robót preferencyjnej stawki, a więc w przedmiotowej sytuacji dla drenażu winna być zastosowana stawka podstawowa 22%, ponieważ zgodnie z przepisem art. 41 ust. 2 ustawy o VAT i poz. 161 załącznika nr 3 do tej ustawy, stawka preferencyjna ma zastosowanie w przypadku „Dostawy, budowy, remontu lub przebudowy budynków mieszkalnych (PKOB 11) i ich części, z wyjątkiem lokali użytkowych realizowanych w ramach budownictwa społecznego”.

Wskazał, że takie uregulowanie utraciło moc z dniem 1 stycznia 2008 r., a obecnie powyższe kwestie reguluje art. 41 ust. 12 w związku z art. 41 ust. 2 ustawy o VAT oraz art. 41 ust. 12a tej ustawy, jednocześnie potwierdzając, że aktualne unormowanie jest

zbliżone do uregulowania poprzedniego, na które powołuje się zamawiający, lecz nie tożsame (nie w tej kwestii jednak występuje różnica zdań między zamawiającym a odwołującym).

Zdaniem Odwołującego, wobec sposobu opisu przedmiotu zamówienia w dokumentacji przetargowej, wykonanie drenażu obejmuje preferencyjna 7% stawka VAT.

Odwołujący wskazał, że zamawiający oparł swoją decyzję o odrzuceniu oferty z powodu zastosowania przez odwołującego niewłaściwej stawki VAT przede wszystkim o indywidualną interpretację prawa podatkowego sygn. akt IBPP2/443-254/10/LŻ wydaną przez Dyrektora Izby Skarbowej w Katowicach w identycznej, zdaniem zamawiającego, sprawie.

Odwołujący stwierdził, że zapoznał się z tą interpretacją i uznał, że nie jest to sprawa identyczna. Podniósł, że interpretacja ta została wydana w abstrakcyjnej sprawie, gdzie organ podatkowy, wobec braku powiązania jej z konkretną dokumentacją i sytuacją, słusznie ocenił sprawę.

Odwołujący wyjaśnił, że przygotowując ofertę był przekonany, że rozpoznał intencje zamawiającego i celowość przedstawionego w SIWZ opisu przedmiotu zamówienia. Podniósł, że przepisy prawa podatkowego nie mogą być stosowane w oderwaniu od rzeczywistości - stosuje się je w konkretnej sytuacji faktycznej.

Wskazał, że przygotowując ofertę stał się podmiotem stosującym prawo podatkowe - zastosował preferencyjną 7% stawkę podatku VAT na wykonanie drenażu opaskowego, wobec następującej sytuacji faktycznej:

1. zamawiający w pkt 1.2.2 SIWZ wskazał, że szczegółowy opis przedmiotu zamówienia jest zawarty w załącznikach, które są integralną częścią dokumentacji przetargowej i wyliczył, że są to m.in.: przedmiary robót i projekty wykonawcze,
2. przedmiary robót zamawiający podzielił na 2 zasadnicze części: przedmiar robót kubaturowych oraz przedmiar robót zewnętrznych,
3. przedmiar dotyczący drenażu opaskowego został zamieszczony jako część przedmiaru robót kubaturowych, w którym oprócz niego znalazły swoje miejsce następujące przedmiary: roboty budowlane, instalacja wod. - kan., instalacja co., wymiennikownia WIO, wentylacja mechaniczna, instalacja gazowa, instalacje elektryczne i teletechniczne zewnętrzne, instalacja AKPiA - wymiennikowni oraz instalacja telemetryczna,
4. projekt wykonawczy został podzielony także na 2 zasadnicze części: projekt dotyczący budynku i projekt dotyczący zewnętrznej części zadania,
5. połączony projekt wykonawczy instalacji sanitarnych i drenażu opaskowego znalazł swoje miejsce w części projektu dotyczącej budynku, w której oprócz niego zostały ujęte projekty wykonawcze następujących części zadania: konstrukcja, instalacja

wod. - kan., instalacja co. i wymiennikownia, instalacja gazowa, instalacja wentylacji wewnętrznej, instalacja elektryczna wewnętrzna, instalacja AKPiA wymiennikowni i instalacja telemetryczna,

6. w projekcie wykonawczym dotyczącym instalacji sanitarnych i drenażu opaskowego, w ust. 3 części opisowej zawarto: „Drenaż należy wykonywać równolegle z ławami fundamentowymi wykorzystując wykopy realizowane pod ławy budynku”.

Odwołujący stwierdził, że wskazany opis przedmiotu zamówienia w zakresie drenażu opaskowego przekonał go, że zamawiający ze względu na technologię wykonania zamówienia wliczył drenaż opaskowy do instalacji nierozdzielnie połączonych z budynkiem, a więc stanowiących jego część. Uznał, że wykorzystanie tych samych wykopów przeznaczonych pod ławy fundamentowe, objętych 7% stawką podatku VAT, przy obowiązkowym, równoległym wykonywaniu drenażu i ław fundamentowych, łączy nierozdzielnie także samą realizację budynku z realizacją drenażu opaskowego, wobec czego odwołujący miał pełne prawo zastosować 7% stawkę VAT, tj. taką jaką należy zastosować do wykonania podstawowej części zamówienia, czyli do budynku.

Dodatkowo wskazał, iż stosownie do przepisów rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 1999 r. w sprawie Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych (PKOB) (Dz. U. Nr 112, poz. 1316 ze zm.) przez obiekty budowlane rozumie się konstrukcje połączone z gruntem w sposób trwały, wykonane z materiałów budowlanych i elementów składowych, będące wynikiem prac budowlanych. Budynkami natomiast są zadane obiekty budowlane wraz z wbudowanymi instalacjami i urządzeniami technicznymi, wykorzystywane dla potrzeb stałych, które przystosowane są do przebywania ludzi, zwierząt lub ochrony przedmiotów. W rozporządzeniu tym, które zgodnie z art. 2 pkt 12) ustawy o VAT uszczegóławia pojęcie obiektu budownictwa mieszkaniowego, nie mówi się wprost, że wbudowane instalacje i urządzenia techniczne muszą znajdować się w obrysie przegród (murów) budynku, aby mogły być zaliczone do instalacji wbudowanych.

Wskazał, że także przecież ławy fundamentowe budynku po części wychodzą poza przegrody (mury) budynku, a stanowią jego część.

W ocenie odwołującego zamawiający bezpodstawnie zawęził pojęcie wbudowanych instalacji do instalacji znajdujących się w obrysie murów.

Ocecił, że zamawiający w trakcie oceny ofert zmienił sposób postrzegania opisu przedmiotu zamówienia, podnosząc, że wykonawca przygotowując ofertę nie opiera się na zamysłach zamawiającego, lecz na opisie przedmiotu zamówienia zawartym w SIWZ.

Powołał się na wyrok o sygn. akt: KIO/UZP 798/08 (Na zamawiającym ciąży obowiązek jednoznacznego i wyczerpującego określenia przedmiotu zamówienia. Wykonawcy nie mają obowiązku poszukiwania potrzebnych informacji dla przygotowania oferty u innych źródeł niż zamawiający) oraz KIO/UZP 732/08 (Przy określeniu właściwej

stawki podatku VAT istotna jest treść opisu przedmiotu zamówienia. Zamawiający nie miał prawa odrzucić oferty Odwołującego ze względu na błąd w wyliczeniu ceny, bowiem cena została wyliczona zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia zamieszczonym przez Zamawiającego w SIWZ, w szczególności w projekcie wykonawczym i przedmiarze robót, stanowiącymi załączniki do SIWZ.)

Podkreślił, że gdyby zastosował na wykonanie drenażu opaskowego 22% stawkę podatku VAT, to cena jego oferty wzrosłaby o 5.078,04 zł i byłaby nadal ceną najniższą, bowiem następna w kolejności cena oferty jest od ceny oferty odwołującego o 162.212,05 zł wyższa.

Odwołujący stwierdził, że w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej do niedawna dominowały dwa poglądy dotyczące uprawnienia zamawiającego do oceny zasadności zastosowania określonej stawki VAT w cenie oferty:

1. zamawiający ma pełne prawo do dokonania takiej oceny, bowiem podatek VAT jest elementem ceny oferty i jeżeli zamawiający stwierdzi, że wykonawca zastosował niewłaściwą stawkę podatku, to oferta powinna być przez niego odrzucona jako zawierająca błąd w obliczeniu ceny,
2. zamawiający nie jest organem podatkowym i nie posiada prawa do badania właściwości zastosowania stawki, a ryzyko zastosowania niewłaściwej stawki podatku VAT obciąża wyłącznie wykonawcę jako podatnika podatku VAT; podstawą oceny ofert jest cena brutto i zamawiający powinien odnosić się wyłącznie do niej.

Odwołujący wskazał, że od niedawna pojawił się trzeci pogląd, zgodnie z którym ustawa nie daje zamawiającemu prawa badania zasadności zastosowania określonej stawki podatku VAT, bowiem nawet zastosowanie błędnej stawki przez wykonawcę nie wpływa na możliwość odrzucenia jego oferty, gdyż przepis art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp nie obejmuje takiej okoliczności. Wg tego poglądu błąd w zastosowaniu właściwej stawki VAT nie jest błędem w wyliczeniu ceny, a zatem badanie stawki VAT jest bezprzedmiotowe.

Odwołujący przychylił się do dwóch ostatnich poglądów.

Odnośnie poglądu drugiego powołał się na wyroki o sygn. akt: KIO/UZP 144/10, KIO/UZP 987/09, KIO/UZP 1514/08.

Odnośnie poglądu trzeciego powołał się na wyrok o sygn. akt: KIO/UZP 1053/10.

Odwołujący stwierdził, że zamawiający naruszył również przepis art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, bowiem dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, która w rzeczywistości, na podstawie kryterium oceny ofert określonego w SIWZ, nie jest najkorzystniejsza.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego oraz stanowisk stron, zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Skład orzekający Izby zaliczył w poczet materiału dowodowego i przeprowadził dowód z dokumentacji postępowania załączonej przez zamawiającego do akt sprawy w potwierdzonej przez niego kopii, w tym w szczególności specyfikacji istotnych warunków zamówienia, opracowanej przez zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu, pisma zamawiającego z dnia 16.07.2010 r. (zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu niektórych ofert), interpretacji indywidualnej o sygn. IBPP2/443-254/10/LŻ, wydanej w dniu 26.04.2010 r. przez Dyrektora Izby Skarbowej w Katowicach, odwołania z dnia 19.07.2010 r.

Zarzut niezasadnego odrzucenia oferty odwołującego się z tego powodu, że w kosztorysie ofertowym w części „Instalacje sanitarne. Drenaż opaskowy” podał cenę netto 33 853,58 zł i cenę brutto 36 223,33 zł, z czego wynika, że dla tego elementu zastosowano preferencyjną stawkę podatku VAT w wysokości 7%, czym zamawiający naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp potwierdził się.

W rozpoznawanej przez skład orzekający Izby sprawie sporna była kwestia, czy do wykonania drenażu opaskowego, podobnie jak do budowy budynku mieszkalnego, zaliczonego do budownictwa objętego społecznym programem mieszkaniowym (dział 12 PKOB), objętych przedmiotem zamówienia właściwą jest 7% stawka preferencyjna, czy też do wykonania tego drenażu właściwa jest stawka podstawowa w wysokości 22%.

Zamawiający oparł się na interpretacji indywidualnej o sygn. IBPP2/443-254/10/LŻ, wydanej w dniu 26.04.2010 r. przez Dyrektora Izby Skarbowej w Katowicach na wniosek z dnia 17.03.2010 r., którego wnioskodawcą nie był ani zamawiający, ani odwołujący i nie dotyczyła ona przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ale została wydana w związku udziałem wnioskodawcy w przetargach publicznych w ogólności i dotyczyła budowy lub remontów budynków mieszkalnych sklasyfikowanych w PKOB w dziale 11 wraz z infrastrukturą towarzyszącą.

Skład orzekający Izby przypomina, że brak jest podstaw prawnych, aby przyjmować stanowisko co do prawidłowości stawki w oparciu o wydane interpretacje prawa podatkowego w indywidualnych sprawach podatników (brak podstaw do przyznania im wiążącego charakteru).

Zamawiający niezasadnie odrzucił ofertę odwołującego, ponieważ w ocenie składu orzekającego Izby wykonanie drenażu opaskowego winno być uznane za wykonanie instalacji, czy urządzeń technicznych, które wraz z budynkiem stanowią obiekt budowlany, dla którego na podstawie przepisu art. 41 ust. 12 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz.U. Nr 54, poz. 535 ze zm.) stawka podatku wynosi 7%.

Zamawiający, zgodnie z art. 31 ust. 1 ustawy Pzp, będącą przedmiotem niniejszego zamówienia robotę budowlaną opisał za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót. W dokumentacji tej zamawiający przewidział wykonanie drenażu opaskowego równolegle (w tym samym czasie) i z wykorzystaniem wykopów realizowanych pod ławy fundamentowe.

W pierwszej kolejności wskazać należy, że „Niebezpieczne dla budynku jak i dla podłoża np. spoistego jest pojawianie się wody gruntowej powyżej poziomu posadowienia budynku. Zbierająca się w podłożu woda będzie napierała i na budynek, i na zalegające pod nim podłoże spoiste. Ponadto będzie powodowała zawilgocenie i rozmiękanie gruntów pod budynkiem, co doprowadzi do zmniejszenia nośności podłoża. Woda taka może pojawić się z różnych przyczyn (...), np.:

- w sposób naturalny, w postaci wody opadowej przesiąkającej przez przemieszany grunt po zasypaniu wykopu,
- skutek zmiany stosunków wodnych i napływ wody przesączającej się przez istniejące w podłożu wkładki z gruntów przepuszczalnych, tworzących ciąg połączeń, przez tzw. okno hydrologiczne (lokalną nieciągłość warstw spoistych),
- skutek ponownego pojawienia się po okresie suszy wody zawieszanej,
- w sposób sztuczny, np.: w wyniku awarii instalacji wodociągowo - kanalizacyjnej.

Z tych względów budynek i podłoże gruntowe spoiste powinny być zabezpieczone przed niekorzystnym oddziaływaniem wody. Wokół budynku należy zastosować drenaż poziomy.

Nadto „Podstawowe znaczenie przy likwidacji źródeł zawilgocenia ma odpowiednio skonstruowany drenaż strefy posadowienia budynku. Może to być drenaż powierzchniowy (odprowadzający wody opadowe) lub drenaż wglębny (odprowadzający wody występujące w gruncie (strony 467 - 468 oraz 983 Budownictwo ogólne. Tom 3. Elementy budynków, podstawy projektowania. Praca zbiorowa pod redakcją dr. hab. inż. Lecha Lichołai).

Podnieść także należy, że art. 5 ust.1 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (t.j. Dz.U. z 2006 r. Nr 156, poz. 1118 ze zm. (dalej „ustawa Prawo budowlane”) stanowi, że obiekt budowlany wraz ze związanymi z nim urządzeniami budowlanymi należy, biorąc pod uwagę przewidywany okres użytkowania, projektować i budować w sposób określony



w przepisach, w tym techniczno - budowlanych, oraz zgodnie z zasadami wiedzy technicznej, zapewniając:

- 1) spełnienie wymagań podstawowych dotyczących:
  - a) bezpieczeństwa konstrukcji,
  - b) bezpieczeństwa pożarowego,
  - c) bezpieczeństwa użytkowania,
  - d) odpowiednich warunków higienicznych i zdrowotnych oraz ochrony środowiska,
  - e) ochrony przed hałasem i drganiami,
  - f) oszczędności energii odpowiedniej izolacyjności cieplnej przegród.
- 2) warunki użytkowe zgodne z przeznaczeniem obiektu, a w szczególności w zakresie:
  - a) zaopatrzenia w wodę i energię elektryczną oraz, odpowiednio do potrzeb, w energię cieplną i paliwa, przy założeniu efektywnego wykorzystania tych czynników,
  - b) usuwania ścieków, wody opadowej i odpadów,

a także, że zgodnie z warunkami określonymi w rozdziale 4 Ochrona przed zawilgoceniem i korozją biologiczną Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (t.j. Dz.U. z 2002 r. Nr 75 poz. 690 ze zm.):

§ 315. Budynek powinien być zaprojektowany i wykonany w taki sposób, aby opady atmosferyczne, woda w gruncie i na jego powierzchni, woda użytkowana w budynku oraz para wodna w powietrzu w tym budynku nie powodowały zagrożenia zdrowia i higieny użytkowania.

§ 316. 1. Budynek posadowiony na gruncie, na którym poziom wód gruntowych może powodować przenikanie wody do pomieszczeń, należy zabezpieczyć za pomocą drenażu zewnętrznego lub w inny sposób przed infiltracją wody do wnętrza oraz zawilgoceniem.

2. Ukształtowanie terenu wokół budynku powinno zapewniać swobodny spływ wody opadowej od budynku.

§ 317. 1. Ściany piwnic budynku oraz stykające się z gruntem inne elementy budynku, wykonane z materiałów podciągających wodę kapilarnie, powinny być zabezpieczone odpowiednią izolacją przeciwwilgociową.

2. Części ścian zewnętrznych, bezpośrednio nad otaczającym terenem, tarasami, balkonami i dachami, powinny być zabezpieczone przed przenikaniem wody opadowej i z topniejącego śniegu.

§ 318. Rozwiązania konstrukcyjno-materiałowe przegród zewnętrznych i ich uszczelnienie powinny uniemożliwiać przenikanie wody opadowej do wnętrza budynków.

W ocenie składu orzekającego Izby z powyższego wynika, że występowanie wody zewnętrznej, gdy nie zostanie założony drenaż, będzie stanowiło naruszenie

w/w warunków technicznych. Występowanie wody może mieć wpływ na jego stan techniczny, może stanowić zagrożenie dla budynku, poprzez np. wyflukiwanie warstw nośnych spod fundamentów, osłabienie wytrzymałości elementów konstrukcyjnych oraz może sprzyjać rozwojowi grzyba domowego.

Nie sposób zatem nie dostrzec istotnego znaczenia drenażu opaskowego dla możliwości użytkowania obiektu budowlanego zgodnie z jego przeznaczeniem.

Skład orzekający Izby wskazuje, że zgodnie z definicją legalną zawartą w art. 3 pkt 1 ppkt a) ustawy Prawo budowlane pod pojęciem obiektu budowlanego rozumieć należy budynek wraz z instalacjami i urządzeniami technicznymi, zaś pod pojęciem samego budynku, zgodnie z art.3 pkt 2 tej ustawy, taki obiekt budowlany, który jest trwale związany z gruntem, wydzielony z przestrzeni za pomocą przegród budowlanych oraz posiada fundamenty i dach.

Zdaniem składu orzekającego Izby obiekt budowlany będący budynkiem zdefiniowanym jak w art. 3 pkt 2 ustawy Prawo budowlane zawierać może zarówno instalacje w swoim obrębie, wydzielonym z przestrzeni za pomocą przegród budowlanych, jak i instalacje / urządzenia techniczne poza samym budynkiem - przykładem jest drenaż opaskowy, który umiejscowiony jest poza wydzielonym budynkiem, ale który zapewnia możliwość użytkowania obiektu (budynek) zgodnie z jego przeznaczeniem (zgodnie z art. 3 pkt 9 urządzenia budowlane to urządzenia techniczne związane z obiektem budowlanym, zapewniające możliwość użytkowania obiektu budowlanego zgodnie z jego przeznaczeniem, jak przyłącza i urządzenia instalacyjne, w tym służące oczyszczaniu lub gromadzeniu ścieków, a także przejazdy, ogrodzenia, place postojowe i place pod śmietniki).

Dlatego też w ocenie składu orzekającego Izby niezależnie od tego, czy drenaż opaskowy jest instalacją, czy urządzeniem technicznym, to ze względu na definicję obiektu budowlanego jest on objęty 7% stawką podatku VAT w sytuacji, gdy drenaż ten jest zaprojektowany wraz z budynkiem i przewidziany do wykonania w tym samym czasie co sam budynek (ławy fundamentowe).

Nie do zaakceptowania jest stanowisko, że również wykonanie instalacji odgromowej albo instalacji wentylacji grawitacyjnej budynku (komin powinien mieć własny fundament, ale nie zawsze trasa kominowa musi przebiegać w obrębie budynku) (obie instalacje poza przestrzenią budynku) byłyby opodatkowane inną stawką podatku VAT niż sam budynek, który bez nich nie mógłby być użytkowany.

Wobec uznania, że dla wykonania drenażu opaskowego prawidłowa stawka podatku VAT wynosi 7% skład orzekający Izby uznał, że zamawiający niezasadnie odrzucił ofertę odwołującego na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Odnosząc się do podnoszonej przez odwołującego kwestii rozbieżności poglądów w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej co do uprawnienia zamawiającego do badania stawki podatku VAT skład orzekający Izby stoi na stanowisku, wyrażonym w szczególności w wyroku z dnia 27 lutego 2009 r. o sygn. akr: KIO/UZP 178/09, zgodnie z którym: „skład orzekający Izby stwierdza, iż nie jest organem formalnie właściwym do podejmowania wiążących rozstrzygnięć w przedmiocie zastosowania właściwej stawki podatku VAT w odniesieniu do określonych towarów, czy usług. Niemniej jednak skład orzekający Izby wyraża pogląd, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, gdzie przedmiotem oceny i porównania złożonych ofert - zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (Dz. U. Nr 97, poz. 1050 ze zm.) w związku z art. 2 pkt 1 ustawy - jest cena brutto, istotnym jest jednak ocena, czy wykonawca, biorąc pod uwagę obowiązujące przepisy prawa, w sposób właściwy dokonał obliczenia ceny ofertowej. Tak więc istotne jest również, jaką stawkę podatku VAT wykonawca ujął w cenie ofertowej (cena brutto). Podatek VAT - stosownie do definicji ceny z przywołanego przepisu ustawy o cenach - wchodzi bowiem w zakres tej ceny. Ustawodawca w przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych założył również, że oferta zawierająca błędy w obliczeniu ceny - stosownie do art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy - powinna być bezwzględnie odrzucona. Tym samym w ocenie składu orzekającego, Izba ma prawo i obowiązek, przy rozstrzyganiu zarzutów dotyczących naruszenia art. 89 ust 1 pkt 6 ustawy podejmować rozstrzygnięcia w przedmiocie właściwego obliczenia ceny przez wykonawców, również w zakresie zastosowania stawki VAT, jeśli wymóg wskazania takiej stawki wynikał z zapisów SIWZ”.

Ponadto „obliczyć - obliczać” w języku polskim oznacza „licząc, ustalić wielkość lub wartość czegoś”, „uwzględnić coś w swoich planach”, „zaplanować coś, zwykle jakiś termin lub ilość czegoś”, co w ocenie składu orzekającego Izby oznacza, iż pod pojęciem obliczeń nie należy rozumieć wyłącznie operacji wykonywanych na liczbach, ale także ustalenie wielkości - wysokości stawki podatku VAT przy obliczaniu ceny oferty (ceny brutto).

Zwraca także uwagę obowiązek zamawiającego, przewidziany w przepisie art. 91 ust. 3a ustawy Pzp, polegający na doliczeniu podatku od towarów i usług do ceny przedstawionej w ofercie, której wybór prowadziłby do powstania obowiązku podatkowego (wewnątrzwspólnotowe nabycie towarów), które to doliczenie, podobnie jak obliczenie ceny ofertowej przez „wykonawców polskich” - musi być poprzedzone ustaleniem właściwej stawki podatku VAT. Nie można w takiej sytuacji odmówić żadnemu z wykonawców prawa do złożenia odwołania wobec czynności zamawiającego, polegającej na doliczeniu kwoty podatku, wynikającej z niewłaściwej stawki (np. preferencyjnej 7% w sytuacji, gdy wszyscy inni wykonawcy zastosowali stawkę podstawową w wysokości 22%). Czynność ta - pozostawiona „do uznania zamawiającego” - podobnie jak ma to miejsce w przypadku obliczania ceny przez samego wykonawcę, ustalającego uprzednio wysokość stawki podatku

zachwiałyby porównywalność złożonych ofert w zakresie ceny, a tym samym zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Skład orzekający Izby nie rozpoznał - jako odrębnego - zarzutu bezpodstawnego wyboru oferty innego niż odwołujący wykonawcy, czym zamawiający naruszył przepis art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, ponieważ przedmiotowy przetarg nieograniczony jest postępowaniem, którego wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, a zatem zgodnie z art. 180 ust. 2 (a contrario) odwołanie wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej odwołującemu nie przysługuje.

Unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej jest w tym przypadku konsekwencją uznania zarzutu niezasadnego odrzucenia oferty odwołującego.

Mając powyższe na uwadze skład orzekający Izby, na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze, orzekł jak w sentencji.

O kosztach skład orzekający Izby orzekł na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy.

**Przewodniczący:**

.....