

Sygn. akt: KIO 418/12

WYROK
z dnia 13 marca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **13 marca 2012 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **29 lutego 2012 r.** przez wykonawcę **MAKO Sp. z o.o., ul. Olimpijska 2, 81-538 Gdynia** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Dyrektora Urzędu Morskiego w Gdyni, ul. Chrzanowskiego 10, 81-338 Gdynia**

orzeka:

1. Oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża MAKO Sp. z o.o., ul. Olimpijska 2, 81-538 Gdynia
i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr
(słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **MAKO Sp. z o.o., ul. Olimpijska 2, 81-538 Gdynia** 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 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 **Gdańsku**.

Przewodniczący:

.....

Sygn. akt: KIO 418/12

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: „*Wzmocnienie zagrożonych elementów nośnych budynku administracyjno-mieszkalnego OOW w Sasinie Osetniku gmina Choczewo*” (Nr sprawy: ZP-DB-3800-91/11), zostało wszczęte przez Dyrektora Urzędu Morskiego w Gdyni, ul. Chrzanowskiego 10, 81-338 Gdynia zwanego dalej: „*Zamawiającym*”, ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych Nr 347855 – 2011, data zamieszczenia 29.12.2011 r.

W dniu 24.02.2012 r. (faxem) MAKO Sp. z o.o., ul. Olimpijska 2, 81-538 Gdynia zwane dalej: „*MAKO Sp. z o.o.*” albo „*Odwołującym*” został poinformowany o wyborze oferty najkorzystniejszej: Wiesława Okrój prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Remontowo Budowlanych „*Wiesław*” Wiesław Okrój, ul. Kryształowa 24, 83-332 Borowo zwanego dalej: „*Zakład Usług Remontowo Budowlanych „Wiesław*” przez Zamawiającego oraz odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 Pzp oferty MAKO Sp. z o.o.

W dniu 29.02.2012 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) wpłynęło na podstawie art. 179 ust.1 i art. 180 ust. 2 pkt 4 Pzp odwołanie MAKO Sp. z o.o. na w/w czynności. Kopia odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 29.02.2012 r. (wpływ bezpośredni do Kancelarii Zamawiającego). Zarzucił naruszenie:

- 1) art. 2 ust 12, art. 41 ust 2 oraz art. 41 ust 12 a, 12 b i 12 c Ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług zwanej dalej: „*Ustawą o podatku VAT*” poprzez błędne i niezgodne z obowiązującymi przepisami zastosowanie w niniejszej sprawie 23% stawki podatku VAT;
- 2) przepisów Rozporządzenia Rady Ministrów w sprawie Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych (PKOB) z dnia 30 grudnia 1999 r. oraz jego załącznika poprzez błędną klasyfikację obiektu będącego przedmiotem niniejszego postępowania jako obiektu niemieszkalnego;
- 3) art. 87 ust. 2 pkt 3 i art. 89 ust. 1 pkt 7 Pzp poprzez niezasadne stwierdzenie omyłki popełnionej przez Odwołującego oraz niesłuszne odrzucenie oferty Odwołującego;
- 4) art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia pozostałych ofert złożonych w postępowaniu, mimo iż zawierają błąd w obliczeniu ceny, a omyłki tej nie można poprawić na podstawie art. 87 ust. 1 pkt 3 Pzp
- 5) art. 91 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty, która winna zostać odrzucona,

i zaniechanie wyboru oferty Odwołującego, mimo iż jest to oferta niepodlegająca odrzuceniu i najkorzystniejsza spośród ofert złożonych w postępowaniu

6) art. 7 Pzp poprzez naruszenie zasad równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji w postaci niedochowania należytej staranności przy ocenianiu ofert

Odwołujący wnosil o uwzględnienie jego odwołania w całości i o nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienie czynności wyboru oferty wykonawcy

2. Unieważnienie czynności poprawienia omyłki w ofercie Odwołującego

3. Powtórzenia czynność badania i oceny ofert, a następnie:

a) odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp ofert wskazujących jedynie stawkę VAT w wysokości 23% jako ofert zawierających błąd w obliczeniu ceny,

b) wyboru oferty Odwołującego na podstawie art. 91 ust. 1 Pzp jako oferty najkorzystniejszej wg kryterium określonego w SIWZ.

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego powołując się na art. 89 ust. 1 pkt 7 Pzp, stanowiący, iż: „Zamawiający odrzuca ofertą, jeżeli Wykonawca w terminie 3 dni od dnia doręczenia zawiadomienia nie zgodził się na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3”. Zdaniem Zamawiającego: „omyłką polegającą na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującą istotnych zmian w treści oferty”, miało być zastosowanie przez Odwołującego w niniejszej sprawie stawki podatku VAT w wysokości 8%, zamiast stawki wynoszącej 23%.

Odwołujący podniósł, że prawidłowa wykładania przepisów dotyczących podatku od towarów i usług oraz Rozporządzenia Rady Ministrów w przedmiocie Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych wskazuje jednoznacznie, iż w przedmiotowej sprawie Odwołujący słusznie zastosował 8% stawkę podatku VAT. Wbrew bowiem twierdzeniom Zamawiającego, obiekt będący przedmiotem postępowania winien zostać sklasyfikowany jako obiekt budownictwa mieszkaniowego albowiem zgodnie z opisem technicznym budynku administracyjno - mieszkalnego w Sasinie, jego całkowita powierzchnia użytkowa wynosi 221,4 m², z czego biura O.O.W. zajmują powierzchnię 43,5 m², a lokale mieszkalne 157,3 m² (mieszkanie na parterze 56 m² - rys Nr 3 dokumentacji technicznej, mieszkanie na I piętrze 101,3 m²-rys. Nr 4 dokumentacji technicznej, klatki schodowe 20,6 m²). Nie ulega więc wątpliwości, że lokale mieszkalne zajmują więcej niż 50% powierzchni całkowitej. Powyższe dane świadczą bezsprzecznie o charakterze omawianego obiektu, a argumentacja Zamawiającego, jakoby: "w chwili obecnej do celów mieszkalnych wykorzystywane jest mniej niż 50% powierzchni użytkowej budynku (...)", pozostaje całkowicie bezprzedmiotowa.

W niniejszym postępowaniu Zamawiający w SIWZ nie określił konieczności zastosowania stawki VAT w wysokości 23%, co należy uznać za słuszne, gdyż wówczas wskazałby sposób obliczenia ceny niezgodny z obowiązującymi przepisami prawa. Zgodnie

natomiast z art. 2 ust 12 Ustawy o podatku od towarów i usług, przez obiekty budownictwa mieszkaniowego, rozumie się budynki mieszkalne stałego zamieszkania, sklasyfikowane w Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych w dziale 11, a zastosowanie 8% stawki podatku VAT ma miejsce w przypadkach określonych w art. 41 ust 2 i 12 Ustawy o podatku VAT, w tym do: *"dostawy, budowy, remontu, modernizacji, termomodernizacji lub przebudowy obiektów budowlanych lub ich części zaliczonych do budownictwa objętego społecznym programem mieszkaniowym"*. Definicja budownictwa objętego społecznym programem mieszkaniowym zawarta jest w art. 41 ust 12 a, 12 b i 12 c Ustawy o podatku VAT i obejmuje m. in. obiekty budownictwa mieszkaniowego lub ich części, z wyłączeniem lokali użytkowych oraz z wyłączeniami wskazanymi w niniejszej ustawie. Mając na uwadze okoliczność, iż lokale mieszkalne, według opisu technicznego budynku, otrzymanego przez Odwołującego, zajmują ponad 50% powierzchni całkowitej, należy uznać, że przedmiotowy obiekt winien zostać sklasyfikowany jako obiekt budownictwa mieszkaniowego, do którego zastosowanie ma 8% stawka podatku VAT, zgodnie z twierdzeniem Odwołującego.

Wobec powyższego, Zamawiający nieprawidłowo zastosował w niniejszej sprawie 23% stawkę podatku VAT uznając, że przedmiotowy obiekt nie ma charakteru budynku mieszkalnego. Co więcej, Zamawiający nie przytoczył jakichkolwiek dowodów ani podstawy prawnej na poparcie swoich twierdzeń, ograniczając się do arbitralnego stwierdzenia dotyczącego przeznaczenia budynku. Takie działanie Zamawiającego jest niedopuszczalne i rażąco krzywdzące dla Odwołującego, który swoje twierdzenia wywodzi z interpretacji obowiązujących przepisów podatkowych oraz bazując na otrzymanym w toku postępowania opisu technicznego budynku i w zaufaniu do niego.

Zamawiający w dniu 01.03.2012 r. wezwał (faxem i e-mailem) w trybie art. 185 ust.1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) zwanej dalej: „Pzp” uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym. Żadne przystąpienia nie miały miejsca w ustawowym terminie.

W dniu 12.03.2012 r. (faxem) Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której wnosilo o odrzucenie, tudzież oddalenie w całości odwołania. Kopia została przekazana Odwołującemu. W pierwszej kolejności zawnioskował o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 6 Pzp wskazując, że odwołanie obejmuje tak czynność objęta art. 180 ust. 2 Pzp, jak i czynność niezaskarżalną. W następnej kolejności, podniósł na, że ma miejsce sytuacja braku interesu prawnego po stronie Odwołującego, jak i sytuacja wynikająca z art. 192 ust. 2 Pzp, przywołał wyrok KIO 06.10.2011 r., sygn. akt: KIO 2084/11. Odnośnie pierwszych dwóch zarzutów, Zamawiający wskazał, że zastosowanie stawki preferencyjnej

możliwe jest tylko w ściśle określonych przypadkach przewidzianych w ustawie, której zapisy – jako spawające odstępstwo od reguły – nie mogą być interpretowane rozszerzająco. zatem z niższej stawki VAT nie można korzystać w sytuacji braku przesłanek określonych w ustawie. W przedmiotowej sprawie decydujące znaczenie dla ustalenia właściwej stawki VAT ma okoliczność, czy budynek będący przedmiotem zamówienia może być uznany za budynek mieszkalny, w sytuacji, gdy mniej niż połowa jego całkowitej powierzchni użytkowej wykorzystywana jest na cele mieszkalne. Zamawiający ustalając kwotę jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia określił zgodnie z kosztorysem inwestorskim jako właściwą stawkę podatku VAT w wysokości 23%. Zgodnie z dokumentacją wchodzącą w skład SIWZ znaczący fragment budynku jest przystosowany do pełnienia funkcji mieszkalnej. Zaznaczył, jednakże, że w chwili obecnej do celów mieszkalnych wykorzystywane jest mniej niż 50 % powierzchni użytkowej budynku. Po przeprowadzeniu prac remontowych nie jest planowane zwiększenie udziału powierzchni mieszkalnej. W projekcie budowlanym zawartym w Cz. III SIWZ w sposób wyraźny zasygnalizowano zamiar innego sposobu wykorzystania budynku niż wynikałoby to z jego właściwości funkcjonalnych. Zgodnie z powyższym przedmiotowy budynek nie odpowiada definicji budynku mieszkalnego zawartej w Rozporządzeniu Rady Ministrów w sprawie Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych (PKOB) z dnia 30 grudnia 1999 r. Dla prac remontowych dotyczących budynku niemieszkalnego, który ma zostać wyremontowany należy zatem zastosować stawkę VAT – 23%. Podniósł, że w Wykonawca nie zwrócił się z zapytaniem w toku postępowania. Odnośnie zarzutu trzeciego, wyjaśnił, że zastosował art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, gdyż uznał takie działanie za zasadne, działając w dobrej wierze i „w duchu” wyroku KIO z dnia 05.01.2012 r., sygn. akt: KIO 2751/11. Odnośnie zarzutu czwartego, wskazał, że w konsekwencji zasadności odrzucenia oferty Odwołującego także w tym przypadku sformułowany zarzut jest bezpodstawny. Podobnie w odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 91 ust.1 oraz art. 7 Pzp.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, zapoznaniu się z postanowieniami SIWZ, w tym w szczególności Instrukcją dla Wykonawców (cz. I SIWZ), czy też Projektem Budowlanym oraz Specyfikacją Techniczną Wykonania i Odbioru Robót zwany dalej: „STWiOR” (cz. III SIWZ), jak i 12 zdjęciami załączonymi do Projektu Budowlanego, ofertą Odwołującego, wezwaniem wystosowanym przez Zamawiającego do Odwołującego w trybie art. 87 ust. 1 Pzp z dnia 25.01.2012 r., sprostowaniem do przedmiotowego wezwania, wyjaśnieniami Odwołującego z dnia 27.01.2012 r., wyjaśnieniami pozostałych Wykonawców na analogiczne wezwania Zamawiającego

(Techtronika Sp. z o.o., Budimex Ryszard Ankiewicz, Zakład Usług Remontowo Budowlanych „Wiesław”, Budfund Przedsiębiorstwo Budowlane), zawiadomieniem o dokonaniu poprawy przez Zamawiającego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp w ofercie Odwołującego z dnia 16.02.2012 r., pismem Odwołującego z dnia 17.02.2012 r. w ramach którego Odwołujący nie wyraził zgody na dokonanie poprawek przez Zamawiającego w jego ofercie w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, informacją o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz odrzuceniu oferty Odwołującego, odwołaniem, odpowiedzią na odwołanie, pismem procesowym Zamawiającego z dnia 12.03.2012 r. złożonym na rozprawie, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający go do złożenia odwołania, przy założeniu potwierdzenia się zarzutów.

Odnośnie wniosku Zamawiającego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 6 Pzp z uwagi na to, iż odwołanie obejmuje tak czynność objęta art. 180 ust. 2 Pzp, jak i czynność niezaskarżalną. Ponadto, odnośnie złożenia niniejszego wniosku w kontekście braku interesu prawnego, Izba uznała niniejszy wniosek w obu wypadkach za niezasadny. W pierwszym wypadku, dlatego, że bezsprzecznie odwołanie dotyczy czynności odrzucenia oferty Odwołującego, fakt, że dotyczy niniejsze odwołanie także kwestii zaniechania odrzucenia pozostałych ofert, może co najwyżej skutkować nie rozpatrywaniem przedmiotowych zarzutów, nie zaś odrzuceniem całego odwołania. W drugim wypadku, ponieważ kwestia interesu prawnego podlega rozpatrzeniu merytorycznemu na rozprawie i nie stanowi zaś podstawy do odrzucenia odwołania.

Względem braku interesu w rozumieniu art. 179 ust.1 Pzp, w ocenie Izby Odwołujący miał i ma interes w podnoszeniu zarzutów będących przedmiotem sporu. Należy w tym kontekście stwierdzić, że przed poprawieniem dokonany przez Zamawiającego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp oferta Odwołującego, była ofertą najkorzystniejszą cenowo. Po dokonaniu poprawy niniejsza oferta zmieniła swoją pozycję w rankingu złożonych ofert i po uwzględnieniu faktu, że tylko dwie oferty zostały uznane za ważne, zaś pozostałe nie wniosły środka ochrony prawnej na czynność Zamawiającego swojego wykluczenia, tudzież odrzucenia, skutkuje stwierdzeniem, że oferta Odwołującego byłaby drugą ofertą pod względem cenowym. Jednakże, Izba zauważa, że Odwołujący nie wyraził zgody na poprawienie swojej oferty, w konsekwencji nie można uznać, że mamy do czynienia z ceną ofertową wynikającą z poprawy, lecz ceną pierwotną. Nadto, należy stwierdzić, że

ewentualne uwzględnienie odwołania skutkowałoby odrzuceniem wszystkich pozostałych ofert i wyborem oferty Odwołującego, w rezultacie Odwołujący składając odwołanie ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Skład orzekający Izby działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie dowody: z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem o sygn. akt: KIO 418/12, postanowień SIWZ, w tym w szczególności Instrukcji dla Wykonawców (cz. I SIWZ), czy też Projektu Budowlanego oraz STWiOR (cz. III SIWZ), jak i 12 zdjęć załączonych do Projektu Budowlanego, oferty Odwołującego, wezwania wystosowanego przez Zamawiającego do Odwołującego w trybie art. 87 ust. 1 Pzp z dnia 25.01.2012 r., sprostowania do przedmiotowego wezwania, także wyjaśnienia Odwołującego z dnia 27.01.2012 r., wyjaśnień pozostałych Wykonawców na analogiczne wezwania Zamawiającego (Techronika Sp. z o.o., Budimex Ryszard Ankiewicz, Zakład Usług Remontowo Budowlanych „Wiesław”, Budfund Przedsiębiorstwo Budowlane), zawiadomienia o dokonaniu poprawy przez Zamawiającego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp w ofercie Odwołującego z dnia 16.02.2012 r., pisma Odwołującego z dnia 17.02.2012 r. w ramach którego Odwołujący nie wyraził zgody na dokonanie poprawek przez Zamawiającego w jego ofercie w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz odrzuceniu oferty Odwołującego, odwołania, odpowiedzi na odwołanie, pisma procesowego Zamawiającego z dnia 12.03.2012 r. złożonego na rozprawie.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także stanowiska i oświadczenia stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy.

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

Izba dokonała następujących ustaleń dotyczących przedmiotowego odwołania.

Odwołujący w ramach wyjaśnień z dnia 27.01.2012 r. wskazał, że zastosował stawkę preferencyjną, gdyż zakres robót budowlanych, wzmocnienie zagrożonych elementów nośnych budynku objęty postępowaniem przetargowym dotyczy całości konstrukcji budynku, bez rozgraniczenia na część mieszkalną i administracyjną budynku, w związku z powyższym istotna jest klasyfikacja w/w obiektu. Zgodnie z rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 1999 r. w sprawie Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych oraz objaśnień do powyższego rozporządzenia, budynkiem mieszkalnym są obiekty budowlane, których co najmniej połowa całkowitej powierzchni użytkowej jest wykorzystywana do celów mieszkalnych. Zgodnie, zaś z opisem technicznym budynku administracyjno - mieszkalnego w Sasinie jego całkowita powierzchnia użytkowa wynosi 221, 4 m², z czego biura zajmują

powierzchnie 43,5 m², a lokale mieszkalne 157,3 m², w związku z tym klasyfikacja tego obiektu jako całości znajduje się w grupie 112 PKOB, co daje podstawę do zastosowania 8% stawki VAT. W ramach pisma z dnia 17.02.2012 r. Odwołujący nie wyraził zgody na poprawienie stawki podatku VAT w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp podtrzymując wcześniejszą argumentację. Zamawiający w ramach uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego wskazał, że sam fakt, że większa część budynku ma charakter lokali mieszkalnych nie upoważnia do zakwalifikowania obiektu jako budynku mieszkalnego, gdyż w chwili obecnej do celów mieszkalnych wykorzystywane jest mniej niż 50 % powierzchni użytkowej budynku. Zaś, po przeprowadzeniu prac remontowych nie jest planowane zwiększenie udziału powierzchni mieszalnej. Reasumując wskazał, że zgodnie z definicją budynku mieszkalnego z Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 1999 r. w sprawie Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych: *„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 nie mieszkalny, zgodnie z jego przeznaczeniem (...)*” W konsekwencji mamy do czynienia z budynkiem niemieszkalnym i obowiązuje stawka podstawowa. Powyższa argumentacja została podtrzymana przez Zamawiającego w ramach odpowiedzi na odwołanie oraz pisma Zamawiającego z dnia 12.03.2012 r. złożonego na rozprawie.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 2 ust 12, art. 41 ust 2 oraz art. 41 ust 12 a, 12 b i 12 c Ustawy o podatku VAT poprzez błędne i niezgodne z obowiązującymi przepisami zastosowanie w niniejszej sprawie 23% stawki podatku VAT oraz przepisów Rozporządzenia Rady Ministrów w sprawie Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych (PKOB) z dnia 30 grudnia 1999 r. oraz jego załącznika poprzez błędną klasyfikację obiektu będącego przedmiotem niniejszego postępowania jako obiektu niemieszkalnego, Izba uznała, że niniejsze zarzuty są niezasadne, z uwagi na ich charakter odniesie się do nich łącznie.

Jednakże, zasadne jest także wskazanie, że Izba rozpatruje niniejsze zarzuty w kontekście istnienia lub braku podstawy do odrzucenia oferty Odwołującego w trybie art. 89 ust.1 pkt 6 Pzp, tudzież art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, a w tym stanie faktycznym także art. 89 ust.1 pkt 7 Pzp, do czego odniesie się przy rozpatrywaniu następnego w kolejności zarzutu.

Odnosnie, zaś przedmiotowych naruszeń, Izba stwierdza, że strony *de facto* nie różnią się co do ewentualnej podstawy prawnej zastosowania stawki preferencyjnej, a jedynie w odmienny sposób uznają lub też nie, czy istniały podstawy faktyczne do zastosowania innej stawki podatku VAT niż podstawowa, tj. stawki preferencyjnej 8 %. Odwołujący uznał, że mamy do czynienia z robotami budowlanymi w budynku mieszkalnym

jako całości (PKOB 112) i zastosowanie ma stawka podatku VAT 8 %, w tym zakresie uznał że spełniony jest wymóg, iż co najmniej połowa całkowitej powierzchni użytkowej jest wykorzystywana do celów mieszkalnych, zaś Zamawiający uznał, że wobec faktu, iż budynek objęty postępowaniem jest budynkiem niemieszkalnym brak jest podstaw do zastosowania stawki preferencyjnej. Jedynie porządkowo, Izba wskazuje, że w jej ocenie, nie było podstawy do uznania, że mamy do czynienia z pracami konserwatorskimi, z uwagi na ogólnobudowlany charakter robót przewidzianych na przedmiotowym obiekcie zabytkowym (budynek wpisany do rejestrów zabytku – str. 4 Instrukcji dla Wykonawców - cz. I SIWZ).

W dalszej kolejności, Izba podnosi, że mimo, iż Zamawiający nie wskazał właściwej i obowiązującej stawki podatku VAT, do czego był uprawniony (a co wynika m.in. z uzasadnienia uchwały Sądu Najwyższego z dnia 20 października 2011 r. w sprawie o sygn. akt III CZP 52/11), nie zmienia to faktu, że to Wykonawca winien każdorazowo określić stawki i kwoty podatku VAT w ramach zaoferowanej ceny (art. 106 ustawy o podatku VAT).

Nadto, Odwołujący wskazywał, że uznał wiążący charakter informacji zawartych na stronie 2 i 3 Projektu Budowlanego, jako pozwalających do ustalenia proporcji w jakiej całkowita powierzchnia użytkowa jest wykorzystywana do celów mieszkalnych, a w jakiej do celów administracyjnych. W jego ocenie, pozwalało to do stwierdzenia, że mamy do czynienia z obiektem budowlanym, którego co najmniej połowa całkowitej powierzchni użytkowej jest wykorzystywana do celów mieszkalnych. Izba wskazuje, że w jej ocenie oparcie analizy zaistniałego stanu faktycznego poprzez wyłącznie właściwości funkcjonalnych pomieszczeń znajdujących się w budynku było niewystarczające.

W tym zakresie, Izba jedynie pomocniczo wskazuje na wyjaśnienia innych Wykonawców, którzy m.in. podnosili (w ramach swoich wyjaśnień), że nie został wyszczególniony zakres powierzchni wykorzystywanej na cele administracyjne i mieszkalne (pozwalałoby to na zastosowanie różnej stawki podatku VAT), czy też, że w zapisach SIWZ brak jest określenia, że budynek jest budynkiem mieszkalnym (a co arbitralnie uznał Odwołujący). Z powyższego można wywieść (z ich kontekstu), że także inni Wykonawcy dostrzegli przywołane przez Odwołującego postanowienia SIWZ (Projektu Budowlanego), lecz nie wyciągali z nich tak daleko idących i jednoznacznych wniosków, jak Odwołujący.

Izba uznała, że zasadniczą kwestią dla przedmiotu sporu jest generalny katastrofalny stan obiektu (stad konieczność „*wzmocnienia zagrożonych elementów nośnych (...)*”), co do którego nie było sporu między stronami. Automatyczne uznanie więc, że właściwości funkcjonalne pomieszczeń znajdujących się w budynku pozwalają (wobec takiego a nie innego stanu technicznego) na jego zakwalifikowanie jako budynku mieszkalnego, tzn. jako budynku, który jest – wykorzystywany – w co najmniej połowie całkowitej powierzchni użytkowej do celów mieszkalnych jest chybione. W tym zakresie, jedynie poglądowo, Izba wskazuje na załączone do Projektu Budowlanego 12 zdjęć, jak i postanowienia STWIOR (str.

5). Tak ze zdjęć, jak i wskazania, ze str. 5 STWIOR, że: „(..) istnieje konieczność zabezpieczenia dojścia pracownikom OOW do biur i mieszkańcom I piętra (..)” można wywieść że mieszkania na parterze (są wydzielone odrębnie od biur – zgodnie ze str. 2 i 3 Projektu Budowlanego) nie są zamieszkałe. Powyższe daje co najmniej podstawę do podania w wątpliwość miarodajność i wystarczającego charakteru danych zawartych na str.2 i 3 Projektu Budowlanego, jako pozwalających ustalić proporcje w jakiej całkowita powierzchnia użytkowa jest wykorzystywana do celów mieszkalnych, a w jakiej do celów administracyjnych.

W ocenie Izby, każdy profesjonalny Wykonawca winien przed ustaleniem właściwej stawki podatku VAT uzyskać miarodajne i wiarygodne dane, w szczególności pozwalające na odstępnie od stawki podstawowej na rzecz preferencyjnej (8 %). Wobec powyższego Odwołujący winien zwrócić się o wyjaśnienie w trybie art. 38 ust.1 Pzp, w szczególności wobec takiego, a nie innego stanu technicznego budynku objętego opisem przedmiotu zamówienia. Powyższe było tym bardziej konieczne z uwagi na prawo Zamawiającego do weryfikacji prawidłowości zastosowania takiej, a nie innej stawki podatku VAT, zwłaszcza w sytuacji, gdy tylko jeden z Wykonawców składających ofertę zastosował stawkę preferencyjną.

Odnosnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 87 ust. 2 pkt 3 i art. 89 ust.1 pkt 7 Pzp poprzez niezasadne stwierdzenie omyłki popełnionej przez Odwołującego oraz niesłuszne odrzucenie oferty Odwołującego. Względem przedmiotowego zarzutu, Izba wskazuje, że rozumie intencje Zamawiającego, jednakże w jej ocenie brak było podstaw do zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp albowiem z kontekstu przedmiotu sporu (w szczególności jednoznacznej odmowy Odwołującego na dokonanie poprawy – pismo z dnia 17.02.2012 r.) wynika, że decyzja Odwołującego, czyli stawka podatku VAT, jaką podał w ofercie, jest wynikiem jego świadomej decyzji i nie ma charakteru omyłkowego (niezamierzonego). Ponadto, należy wskazać, że na skutek dokonanej poprawki przez Zamawiającego, tj. zmianę pozycji oferty Odwołującego w rankingu złożonych ofert, w konsekwencji należy uznać, że dokonana poprawa powoduje istotną zmianę w treści oferty. Jednakże, niezasadne zastosowanie art. 87 ust.2 pkt 3 Pzp, a w konsekwencji art. 89 ust.1 pkt 7 Pzp (choć literalnie uzasadnione na skutek odmowy Odwołującego), nie ma wpływu na wynik, z uwagi na art. 192 ust.2 Pzp, albowiem, w ocenie Izby, oferta Odwołującego, klasyfikowała się do odrzucenia w trybie art. 89 ust.1 pkt 6 Pzp.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 89 ust.1 pkt 6 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia pozostałych ofert złożonych w postępowaniu, mimo że zawierają błąd w obliczeniu ceny, a omyłki tej nie można poprawić na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Izba wskazuje, że niniejszy zarzut nie podlega rozpoznaniu z uwagi na art. 180 ust. 2 Pzp. Jedynie na marginesie, Izba wskazuje, że ewentualne uwzględnienie odwołania, wiązałoby się

z koniecznością naprawienia zaistniałego stanu faktycznego na zgodny z Pzp, także w kontekście ewentualnego postępowania kontrolnego. Zamawiający, jako inicjator postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zawsze ma prawo do podjęcia czynności zmierzających do sanowania prowadzonego postępowania.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba uznała jak na wstępie.

W konsekwencji, wobec uznania istnienia podstawy do odrzucenia oferty Odwołującego z mocy art. 89 ust.1 pkt 6 Pzp, Izba nie stwierdziła naruszenia art. 91 ust.1 i 7 Pzp.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 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 (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący :

.....