

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: **Małgorzata Rakowska**

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 grudnia 2024 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 grudnia 2024 r. przez wykonawcę **M.Z. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Ecozet M.Z. z siedzibą w miejscowości Kaliska Kościerskie, ul. Strażacka 6, 83-400 Kościerzyna** w postępowaniu prowadzonym przez **Województwo Pomorskie, ul. Okopowa 21/27, 80-810 Gdańsk**

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego wykonawcy **XEMAR Sp. z o.o. z siedzibą w Kosakowie, ul. Hiacyntowa 3, 81-198 Kosakowo**

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę **M.Z. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Ecozet M.Z. z siedzibą w miejscowości Kaliska Kościerskie, ul. Strażacka 6, 83-400 Kościerzyna** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **M.Z. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Ecozet M.Z. z siedzibą w miejscowości Kaliska Kościerskie, ul. Strażacka 6, 83-400 Kościerzyna** tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego **Województwo Pomorskie, ul. Okopowa 21/27, 80-810 Gdańsk** tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,

2.2. zasądza od wykonawcy **M.Z. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Ecozet M.Z. z siedzibą w miejscowości Kaliska Kościerskie, ul. Strażacka 6, 83-400 Kościerzyna** na rzecz zamawiającego **Województwa Pomorskiego, ul. Okopowa 21/27, 80-810 Gdańsk** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:.....

Sygn. akt KIO 4570/24

Uzasadnienie

Województwo Pomorskie, zwane dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: z dnia 14 lipca 2023 r., Dz. U. z 2023 r., poz. 1605), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia pn. „Przebudowa Budynku Ośrodka Terapii Uzależnień w Smażynie wraz z infrastrukturą techniczną”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 12 września 2024 r. pod numerem 2024/BZP 00497399/01.

W dniu 3 grudnia 2024 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca **M.Z. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Ecozet M.Z. z siedzibą w miejscowości Kaliska Kościerskie**, zwany dalej „odwołującym”, wniósł odwołanie

od czynności zamawiającego, tj.:

1) odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 226 ust 1 pkt 10 ustawy Pzp oraz na podstawie art. 226 ust 1 pkt 8 ustawy Pzp,

2) wyboru oferty wykonawcy **XEMAR Spółka z o.o. z siedzibą w Kosakowie**, zwanego dalej „wykonawcą XEMAR”, jako najkorzystniejszej,

zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1) w zakresie odrzucenia oferty odwołującego naruszenie:

- a) art. 226 ust 1 pkt 10 ustawy Pzp w zw. z art. 41 ust. 1, 2, 12 pkt 1 i 12a w zw. z art. 146aa ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy o podatku od towarów i usług z dnia 11.03.2004 roku (dalej: ustawa o VAT) w zw. z Rozporządzeniem Rady Ministrów z 30.12.1999 roku w sprawie Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych, poprzez bezzasadne odrzucenie oferty odwołującego się z uwagi na błąd w cenie wynikające z bezpodstawnego przyjęcia przez zamawiającego, że Ośrodek Terapii Uzależnień nie stanowi budynku instytucji ochrony zdrowia świadczącego usługi zakwaterowania z opieką lekarską i pielęgniarską, zwłaszcza dla ludzi starszych i niepełnosprawnych, podczas gdy projektowany Ośrodek Terapii Uzależnień jest takim budynkiem, co uzasadniało zastosowanie przez odwołującego do jego przebudowy preferencyjnej stawki VAT w wysokości 8% dla części robót budowlanych o łącznej wartości 7.566,377,03 zł netto przy zastosowaniu art. 41 ust. 2, 12 pkt 1 i 12a w zw. z art. 146aa ust. 1 pkt 2 ustawy o VAT, a nie jak przyjął Zamawiający stawki podstawowej VAT 23%,
- b) art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 1, 2 i 6 ustawy Pzp w zw. z art. 41 ust. 1, 2, 12 pkt 1 i 12a w zw. z art. 146aa ust. 1 pkt 2 ustawy o VAT w zw. z Rozporządzeniem Rady Ministrów z 30.12.1999 roku w sprawie Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych, poprzez bezzasadne odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na jej rażąco niską cenę, w sytuacji gdy:
- (i) do robót budowlanych wykonywanych w ramach niniejszego postępowania (tj. robót budowlanych dotyczących budynku, elektrycznych dotyczących budynku, sanitarnych dotyczących budynku oraz wentylacji i klimatyzacji) należy zastosować stawkę VAT 8%, a nie - jak przyjął zamawiający stawkę 23% VAT,
 - (ii) oferta odwołującego nie jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o preferencyjną stawkę VAT 8% (w miejsce błędnie zastosowanej przez Zamawiającego stawki podstawowej 23% VAT dla całości robót budowlanych), oraz w sytuacji gdy
 - (iii) odwołujący udzielił wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny na wezwania zamawiającego, przedkładając wraz z pismami z 11.10.2024 oraz 22.10.2024 obszerne wyjaśnienia, które podparł odpowiednimi dowodami, uzasadniającymi podaną w ofercie cenę i koszty,
- a także art. 223 ustawy Pzp, art. 253 ust 1 ustawy Pzp, art. 253 ust 2 ustawy Pzp, poprzez bezzasadny brak wezwania odwołującego do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny w odniesieniu do zastosowanej w obliczeniu ceny oferty stawki podatku od towarów i usług (VAT),
- 2) w zakresie wyboru oferty wykonawcy XEMAR naruszenie art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez bezzasadne dokonanie wyboru oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej,
- 3) w odniesieniu do czynności, o której mowa wyżej w pkt B) naruszenie art. 239 ustawy Pzp poprzez bezzasadne dokonanie wyboru oferty wykonawcy XEMAR jako najkorzystniejszej,
- 4) w odniesieniu do czynności, o których mowa wyżej w pkt A) i B) także naruszenie art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez bezzasadny brak wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej, względnie naruszenie art. 139 ustawy Pzp, a także art. 239 ustawy Pzp poprzez brak uznania tej oferty za najwyżej ocenioną i dokonania kwalifikacji podmiotowej odwołującego w zakresie braku podstaw wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu; i dokonania wyboru oferty odwołującego się jako najkorzystniejszej, - które to naruszenia przepisów postępowania miały istotny wpływ na jego wynik.
- Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu:
- 1) unieważnienia zaskarżonej czynności z dnia 28.11.2024 roku w przedmiocie odrzucenia oferty odwołującego,
 - 2) nakazanie zamawiającemu unieważnienia zaskarżonych czynności z dnia 28.11.2024 roku w przedmiocie wyboru oferty wykonawcy XEMAR,
 - 3) nakazanie zamawiającemu dokonania czynności powtórnego badania i oceny oferty, z uwzględnieniem oferty odwołującego, a przy tym powtórzenia czynności badania wyjaśnień dotyczących stawki podatku VAT,
 - 4) dokonanie wyboru oferty odwołującego się jako najkorzystniejszej, jak i niepodlegającej odrzuceniu, względnie uznania oferty odwołującego za najwyżej ocenioną i dokonania kwalifikacji podmiotowej odwołującego w zakresie braku podstaw wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu (oraz dokonania wyboru oferty odwołującego się jako najkorzystniejszej), a także odrzucenia ofert dotychczas uznanych za ważne, w tym oferty dotychczas najkorzystniejszej, z uwagi na zastosowanie w nich niewłaściwej stawki podatku VAT,
 - 5) rozpoznanie sprawy na rozprawie,
 - 6) przyznanie odwołującemu kosztów postępowania, w tym kosztów z tytułu zastępstwa procesowego w postępowaniu odwoławczym według złożonej na rozprawie faktury VAT,
 - 7) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego uzasadnionych kosztów odwołującego z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.
- Odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodów z dokumentów znajdujących się w aktach postępowania oraz

opinii biegłego ds. podatkowych, w szczególności biegłego rewidenta, na fakty prawidłowości zastosowanej przez odwołującego stawki podatku VAT w wysokości 8%, w szczególności na fakty objęcia (obniżoną) stawką VAT 8% robót budowlanych dotyczących zadania pn. „Przebudowa Budynku Ośrodka Terapii Uzależnień w Smażynie wraz z infrastrukturą techniczną”, w szczególności objęcia tą stawką VAT robót budowlanych dotyczących budynku, elektrycznych dotyczących budynku, sanitarnych dotyczących budynku oraz wentylacji i klimatyzacji.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł m.in.:

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp (błąd w obliczeniu ceny) odwołujący podniósł m.in., że zastosowanie stawki 8 % VAT jest w niniejszej sprawie w pełni zasadne. Na podstawie art. 41 ust. 12 pkt 1 ustawy o VAT preferencyjną stawkę 8% stosuje się do dostawy, budowy, remontu, termomodernizacji, przebudowy lub robót konserwacyjnych dotyczących obiektów budowlanych lub ich części zaliczonych do budownictwa objętego społecznym programem mieszkaniowym. W myśl art. 41 ust. 12a przez budownictwo objęte społecznym programem mieszkaniowym rozumie się (...) 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.

Budynek Ośrodek Terapii Uzależnień w Smażynie należy klasyfikować w klasie 1264 jako: budynek instytucji ochrony zdrowia świadczących usługi zakwaterowania z opieką lekarską i pielęgniarską, o czym przemawiają następujące argumenty:

Z dokumentów przetargowych wynika jednoznacznie, że działalność w budynku będzie pełniona wyłącznie w trybie stacjonarnym – dla zakwaterowanych pacjentów. Program użytkowy przebudowy nie przewiduje w ogóle działalności w trybie opieki dziennej, czyli dla pacjentów niezakwaterowanych (przychodzących z zewnątrz). Powyższe wynika wprost z dokumentów przetargowych. W pkt 12.5. Projektu Architektoniczno-budowlanego (załącznik do dokumentów przetargowych) wskazano cyt.: „W Ośrodku realizowane są programy terapeutyczne w warunkach stacjonarnych pod stałą opieką personelu. Osoby objęte terapią przebywają na terenie obiektu od kilku do kilkunastu miesięcy. Przewiduje się jednoczesny pobyt do 54 pacjentów”. Skoro zatem w budynku planowana jest wyłącznie działalność w trybie stacjonarnym, to bezzasadne są argumenty zamawiającego jakoby usługę zakwaterowania należy interpretować jedynie jako pomocniczą. Stanowisko to jest błędne, bowiem usługa zakwaterowania ma fundamentalne znaczenie dla możliwości działania jednostki w trybie stacjonarnym.

Potwierdza to także analiza przepisów ustawy z dnia 15 kwietnia 2011 roku o działalności leczniczej. Działalność zakładów opiekuńczo-leczniczych reguluje art. 12 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 9 ust. 1 ustawy o działalności leczniczej. Zgodnie z rzeczonymi przepisami działalność stacjonarnych i całodobowych świadczeń zdrowotnych innych niż szpitalne polega w szczególności na udzielaniu całodobowych świadczeń zdrowotnych, które obejmują swoim zakresem pielęgnację i rehabilitację pacjentów niewymagających hospitalizacji, oraz zapewnianiu im produktów leczniczych i wyrobów medycznych, pomieszczeń i żywienia odpowiednich do stanu zdrowia, a także prowadzeniu edukacji zdrowotnej dla pacjentów i członków ich rodzin oraz przygotowaniu tych osób do samoopieki i samopielęgnacji w warunkach domowych. Zgodnie natomiast z art. 2 ust. 1 pkt 12 ustawy o działalności leczniczej, pod pojęciem stacjonarne i całodobowe świadczenie zdrowotne inne niż świadczenie szpitalne rozumie się świadczenia opiekuńcze, pielęgnacyjne, paliatywne, hospicyjne, świadczenia z zakresu opieki długoterminowej, rehabilitacji leczniczej, leczenia uzależnień, psychiatrycznej opieki zdrowotnej oraz leczenia uzależnień, udzielane pacjentom, których stan zdrowia wymaga udzielania całodobowych lub całodziennych świadczeń zdrowotnych w odpowiednio urządzonych, stałych pomieszczeniach.

Przekładając to na realia przedmiotowej sprawy należy stwierdzić, że skoro zamawiający planuje w budynku leczyć uzależnienia w trybie stacjonarnym, to jego obowiązkiem jest zapewnienie pacjentom pomieszczeń i żywienia odpowiednich do stanu zdrowia. Niewątpliwie zapewnienie pacjentom pomieszczeń i żywienia jest właśnie usługą zakwaterowania, o której mowa w art. 41 ust. 12a ustawy o VAT, a co za tym idzie brak jest podstaw do kwalifikowania jej (tak jak nietrafnie chce tego Zamawiający) jako usługi pomocniczej.

O bepodstawności twierdzeń zamawiającego co do tego, jakoby usługa zakwaterowania miała mieć charakter dodatkowy do usług leczniczych/terapeutycznych, świadczy znacząca dysproporcja pomiędzy powierzchnią budynku przeznaczoną na zakwaterowanie (cele mieszkalne) a powierzchnią budynku przeznaczoną na cele terapeutyczne. Analiza dokumentów projektowych budynku prowadzi do wniosku, że całkowity udział powierzchni przeznaczonej na zakwaterowanie (cele mieszkalne) w stosunku do powierzchni całego budynku wynosi ponad 60%, przy udziale części terapeutycznej wynoszącej zaledwie ok. 24%. Powyższe ustalono w oparciu o zestawienia powierzchni użytkowych poszczególnych kondygnacji (w załączeniu – 4 zestawienia). Szczegółowy opis jakie pomieszczenia znajdują się na danej kondygnacji jest wskazany w projekcie architektonicznym. Całkowita powierzchnia budynku wynosi 1119,28m². Całkowita powierzchnia funkcji zakwaterowania: 663,40m² (60%). Całkowita powierzchnia dla funkcji terapeutycznej: 267,57m² (24%) Powyższe wyliczenia zostały dokonane w oparciu o metodykę, wynikającą z Rozporządzenia Rady

Ministrów w sprawie Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych (PKOB).

Zgodnie z częścią I ust. 2 Część "mieszkaniowa" budynku mieszkalnego obejmuje pomieszczenia mieszkalne (kuchnie, pokoje wypoczynkowe, sypialnie), pomieszczenia pomocnicze, piwnice oraz pomieszczenia ogólnego użytkowania (np. wózkarnie, suszarnie). Mając na uwadze, że część budynku przeznaczoną na zakwaterowanie należy interpretować także jako część mieszkaniową budynku mieszkalnego w rozumieniu PKOB, odwołujący do części przeznaczonej na funkcje zakwaterowania wliczył nie tylko sypialnie, kuchnie, ale także pomieszczenia pomocnicze (zaplecze kuchni, magazyn na brudną pościel), a także pralnie z suszarnią oraz część piwnicy.

Zgodnie z częścią I ust. 5 akapit trzeci objaśnień do PKOB stanowiących załącznik do ww. rozporządzenia 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".

Reasumując odwołujący podniósł, że przeprowadzona przez niego analiza jednoznacznie potwierdza, że przeznaczenie 60% powierzchni całego budynku na funkcję zakwaterowania (cele mieszkaniowe) sprawia, że funkcja zakwaterowania jest przeważająca nad funkcją związaną ze świadczeniem usług terapeutycznych, dla której zarezerwowano jedynie 24% całej powierzchni budynku.

O tym, że budynek Ośrodka Terapii Uzależnień w Smażynie należy klasyfikować wg. PKOB 1264 - Budynki instytucji ochrony zdrowia świadczące usługi zakwaterowania, z opieką lekarską i pielęgniarską, zwłaszcza dla ludzi starszych i niepełnosprawnych, itp. przemawiają liczne interpretacje podatkowe wydawane przez Dyrektora Izby Skarbowej (o czym poniżej). Z interpretacji tych wynika, że analogiczne budynki do Ośrodka Terapii Uzależnień w Smażynie, czyli różnego rodzaju Zakładu Opiekuńczo Lecznicze (w tym z oddziałami Terapii Uzależnień) wypełniają przesłankę instytucji ochrony zdrowia świadczącej usługi zakwaterowania z opieką lekarską i pielęgniarską, zwłaszcza dla ludzi starszych i niepełnosprawnych, a w konsekwencji do ich budowy lub przebudowy należy stosować preferencyjną stawkę VAT.

Mając na uwadze powyższe odwołujący zastosował prawidłową stawkę preferencyjną VAT 8%. Usługi budowlane i remontowe dotyczące budowy Ośrodka, na podstawie przepisu art. 41 ust. 12 i 12a ustawy o podatku od towarów i usług, powinny być opodatkowane stawką podatku w wysokości 8%. Przebudowę Ośrodka należy uznać za objętą definicją społecznego programu mieszkaniowego "Budynki instytucji ochrony zdrowia świadczących usługi zakwaterowania z opieką lekarską i pielęgniarską zwłaszcza dla ludzi starszych i niepełnosprawnych itp." sklasyfikowane w PKOB w klasie 1264. Nie ulega bowiem wątpliwości, że ośrodek leczenia uzależnień w związku z charakterem swojej działalności będzie instytucją ochrony zdrowia. Z uwagi na fakt, że usługi planowane przez ośrodek terapii uzależnień związane są z zakwaterowaniem pacjentów, w trakcie której objęci są całodobową opieką lekarską i pielęgniarską uznać należy, że budynek ośrodka będzie spełniał również drugie z ww. kryteriów, a mianowicie świadczenie usług zakwaterowania z opieką lekarską, pielęgniarską. Świadczenia obejmować będą leczenie z zakwaterowaniem pacjentów trwające od 8 tygodni do 12 miesięcy w ramach leczenia uzależnień. Czas pobytu pacjenta będzie uzależniony od rodzaju terapii oraz stopnia zaawansowania przypadłości danej. Podkreślić należy, że ustawodawca nie stawia żadnych warunków dotyczących usługi zakwaterowania, ani co do jej charakteru, ani co do długości trwania zakwaterowania, itp. Stąd też uznać należy, iż budynek każdej jednostki, w której udziela się stacjonarnych i całodobowych świadczeń zdrowotnych innych niż świadczenia szpitalne w rozumieniu art. 2 pkt 12 ustawy o działalności leczniczej, w tym leczenia uzależnień, w których zgodnie z art. 9 ust. 1 pkt 1 tej ustawy należy zapewnić pacjentom pomieszczenie i wyżywienie, spełnia zatem kryteria "budynku instytucji ochrony zdrowia świadczącej usługi zakwaterowania z opieką lekarską i pielęgniarską zwłaszcza dla ludzi starszych i niepełnosprawnych".

Tym samym spełniona zostaje definicja budownictwa objętego społecznym programem mieszkaniowym, o której mowa w art. 41 ust. 12a ustawy o VAT. Ustawodawca obejmując pojęciem społecznego programu mieszkaniowego budynki niemieszkalne instytucji ochrony zdrowia celowo odwołał się do ostatniej pozycji objętej klasyfikacją w grupie 1264 PKOB, jako obejmującej najszerszy zakres instytucji ochrony zdrowia świadczących usługi zdrowotne z zakwaterowaniem pacjentów. Inne pozycje objęte klasyfikacją w grupie 1264 mają zarówno węższy zakres jak i ujęte są wg innego kryterium niż "zakwaterowanie". Natomiast w całej grupie PKOB 1264 "Budynki szpitali i zakładów opieki zdrowotnej" mieszczą się również Instytucje, które nie są związane z zakwaterowaniem pacjentów (np. przychodnie, stacje krwiodawstwa) jak i takie, które w ogóle nie są związane z ochroną zdrowia ludzkiego (np., kliniki weterynaryjne). Stąd też ustawodawca definiując pojęcie "budownictwa objętego społecznym programem mieszkaniowym" nie mógł odwołać się do całej grupy 1264 PKOB. Wskazuje to jednoznacznie na intencje ustawodawcy, że społecznym programem mieszkaniowym miały zostać objęte zakłady opieki zdrowotnej, które zakwaterowują na dłuższy lub krótszy pobyt swoich pacjentów, a do takich niewątpliwie należy przebudowywany ośrodek terapeutyczny.

Powyższe potwierdzają liczne interpretacje podatkowe, tytułem przykładu odwołujący wskazał:

1. Dyrektor Izby Skarbowej w Warszawie w interpretacji indywidualnej z dnia 23 maja 2011 r., IPPP1-443-572/11-4/JL wskazał, że mając na uwadze fakt, że planowany budynek ma być budynkiem instytucji ochrony zdrowia, która swoim

pacjentom oprócz usług zdrowotnych będzie również świadczyć usługę zakwaterowania (Niepubliczny Zakład Opieki Zdrowotnej) – sklasyfikowanym według PKOB w klasie 1264, należy stwierdzić, że jest on objęty definicją społecznego programu mieszkaniowego, o której mowa w art. 41 ust. 12a ustawy i do robót budowlanych dotyczących tego budynku ma zastosowanie preferencyjna stawka podatku VAT w wysokości 8%, na podstawie art. 41 ust. 12 ustawy.

2. Dyrektor Izby Skarbowej w Warszawie w interpretacji z dnia 14 października 2011 r., IPPP1-

443-1102/11-2/BS wskazał, że budowa nowej części istniejącego budynku zakładu opiekuńczo-leczniczego oraz remont (termomodernizacja) istniejącego budynku zakładu opiekuńczo-leczniczego, w całości podlega opodatkowaniu, zgodnie z art. 41 ust. 12 i 12a w zw. z art. 146a pkt 2 ustawy o VAT, stawką podatku w wysokości 8%.

3. Dyrektor Izby Skarbowej w Katowicach w interpretacji indywidualnej z dnia 7 maja 2012 r., IBPP2/443-136/12/WN wskazał, że skoro budynek Zakładu Opiekuńczo Leczniczego mieści się w klasie 1264 PKOB "Budynki szpitali i zakładów opieki medycznej" zgodnie z klasyfikacją PKOB przeprowadzoną przez Urząd Statystyczny, to podatnik ma prawo do stosowania stawki 8%.

Wskazał także na stanowisko Ministerstwa Finansów, który pismem z dnia 8 stycznia 2015 r. PT8/033/161.2/943/14/WCX/15, wobec stwierdzenia nieprawidłowości interpretacji indywidualnej z dnia 1 grudnia 2014 r. nr ILPP4/443-461/14-2/EWW wydanej, w imieniu Ministra Finansów, przez Dyrektora Izby Skarbowej w Poznaniu dla Spółdzielni, na wniosek z dnia 3 września 2014 r. (data wpływu 5 września 2014 r.), o wydanie interpretacji indywidualnej dotyczącej podatku od towarów i usług w zakresie stawki podatku VAT na budowę budynku B z przeznaczeniem na Zakład Opiekuńczo-Leczniczy, wskazał, że zmienia ww. interpretację z urzędu stwierdzając, że stanowisko Wnioskodawcy przedstawione w ww. wniosku jest prawidłowe. Ponieważ w świetle orzecznictwa w rozumieniu art. 41 ust. 12a "budynki instytucji ochrony zdrowia świadczących usługi zakwaterowania z opieką lekarską i pielęgniarską zwłaszcza dla ludzi starszych i niepełnosprawnych" mieszczą się pod pojęciem "budownictwo objęte społecznym programem mieszkaniowym", ale podstawowa funkcja spełniana przez te budynki to zaspokojenie potrzeb mieszkaniowych i bytowych osób, które przebywają w takim budynku w zasadzie na stałe, a tylko ubocznie świadczone są na ich rzecz usługi lekarskie.

Odwołujący przywołał także wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26.05.2017 roku, sygn. akt: KIO 967/17.

Dlatego też budynek przebudowywanego Ośrodka Terapii Uzależnień w Smażynie spełnia definicję budownictwa objętego społecznym programem mieszkaniowym, o której mowa w art. 41 ust. 12a ustawy o VAT i należy zastosować obniżoną stawkę podatku VAT 8%. Biorąc powyższe pod uwagę w wymienionym przez Odwołującego przypadku należy zastosować obniżoną stawkę podatku VAT 8%.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp (rażąco niska cena) odwołujący podniósł m.in., że zamawiający przeznaczył na realizację niniejszego zamówienia kwotę 14.204.733,35 zł brutto, co przy przyjęciu, że zamawiający przyjął (błędnie) stawkę podstawową VAT dla całego przedsięwzięcia oznacza, że wartość netto zamówienia wynosi 11.548.563,70 zł. Zgodnie z ofertą odwołującego się zaproponował on kwotę netto wynoszącą 8.838.989,07 zł. Kwota ta stanowi ok. 76,5% wartości netto zamówienia przeznaczonego na realizację przez zamawiającego. W konsekwencji nie ma wątpliwości, że zaproponowana przez odwołującego cena nie jest rażąco niska, gdyż nie jest niższa o co najmniej 30% wartości zamówienia.

Niezależnie od powyższego podstawą odrzucenia nie może być także art. 224 ust. 6 ustaw Pzp, bowiem odwołujący udzielił wyjaśnień na wezwania zamawiającego, przedkładając wraz z pismami z 11.10.2024 oraz 22.10.2024 obszerne wyjaśnienia, które podparł odpowiednimi dowodami, uzasadniającymi podaną w ofercie cenę i koszty.

Z ostrożności odwołujący podniósł, że w przypadku zastosowania preferencyjnej stawki VAT 8% jego oferta nie będzie zawierała ceny rażąco niskiej. Jak wskazuje się bowiem w doktrynie: Rażąco niska cena to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w kontekście aktualnej sytuacji rynkowej. Nie wystarczy więc, aby cena zasadniczo odbiegała od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen pozostałych ofert złożonych w postępowaniu. Istotne, aby była to cena taka, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby nieopłacalne. Musi to być cena rażąco niska w stosunku do konkretnego przedmiotu zamówienia, uwzględniającego specyfikę rynku. (tak: Gawrońska-Baran Andrzeja i in., Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, Opublikowano: LEX/el. 2024). W jego ocenie nie było przeszkód, aby zamawiający, uznając za zasadną stawkę 23% VAT, dokonał poprawienia stawki VAT w ofercie odwołującego.

Istotne jest to, że gdyby przyjąć dla całej oferty, to jest wszystkich kosztorysów, stawkę 23% VAT, to cena oferty odwołującego wynosiłaby wówczas 10.871,956,58 złotych. Oznacza to, że cena ta byłaby (nadal) najniższa spośród wszystkich zaoferowanych cen przez wszystkich wykonawców w niniejszym postępowaniu.

Zamawiający jednak nie wezwał odwołującego do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny w odniesieniu do zastosowanej w obliczeniu ceny oferty stawki podatku od towarów i usług (VAT), a wezwanie dotyczyło innych składników ceny, w szczególności zamawiający dążył do wyjaśnienia przyjętych w cenie oferty kosztów pracy.

Tymczasem jak wskazuje się w orzecznictwie: „Jeżeli w ofertach wykonawców pojawiają się różne stawki podatku od towarów i usług, zamawiający powinien, w związku z wątpliwościami dotyczącymi właściwej stawki podatku, wystąpić do wykonawców o udzielenie wyjaśnień w zakresie podstaw zastosowanej stawki podatku. Odstępstwem od tej zasady jest jedynie pewność zamawiającego wynikająca z właściwych przepisów, iż stawka VAT zastosowana przez jednego z wykonawców jest prawidłowa” (tak wyrok KIO z dnia 09.01.2018 roku, sygn. akt KIO 2702/17). Mimo to odwołujący z własnej inicjatywy (jak była o tym mowa na wstępie, w pkt 7 uzasadnienia, niniejszego pisma), w piśmie z dnia 11.10.2024 roku, przedstawił uzasadnienie zastosowania obniżonej stawki VAT przy obliczeniu ceny oferty, załączając stosowne dokumenty na poparcie tych argumentów, w postaci interpretacji podatkowych, a także kosztorysów ofertowych, w tym kosztorysów dotyczących robót budowlanych w zakresie budynku, elektrycznych dotyczących budynku, sanitarnych dotyczących budynku oraz wentylacji i klimatyzacji – ze stawką 8% VAT. Z tej przyczyny, mając na uwadze, że odwołujący udzielił wyjaśnień, zamawiający nie był uprawniony do odrzucenia oferty na podstawie art. 226 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp. W konsekwencji należało uznać, że Odwołujący prawidłowo zastosował obniżoną stawkę 8% VAT. Oznacza to, że jego oferta jest prawidłowa, nie zawiera błędów w obliczeniu ceny lub kosztu, ani nie jest rażąco niska.

Zamawiający nieprawidłowo zaś nie wezwał Odwołującego do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny w odniesieniu do zastosowanej stawki podatku VAT, a następnie niezasadnie uznał, że oferta została błędnie sporządzona w zakresie ceny, gdyż zawiera błąd w obliczeniu ceny lub kosztu z uwagi na zastosowanie obniżonej stawki podatku VAT, zamiast stawki podstawowej. Wobec tego również niezasadne jest uznanie przez zamawiającego, że oferta ta, zawierająca niższą cenę z uwagi na zastosowanie niższej stawki VAT, jest rażąco niska.

Zamawiający kopię odwołania przekazał wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu w dniu 4 grudnia 2024 r. za pośrednictwem Platformy zakupowej.

W dniu 6 grudnia 2024 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca XEMAR Spółka z o.o. z siedzibą w Kosakowie, zwany dalej „wykonawcą XEMAR”, zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego.

Zamawiający w dniu 13 grudnia 2024 r. (pismem z dnia 16 grudnia 2024 r.) złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości oraz zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego w oparciu o załączoną fakturę. Zamawiający wniósł także o oddalenie wniosku odwołującego o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego.

Wykonawca XEMAR w dniu 21 grudnia 2024 r. (pismo z dnia 20 grudnia 2024 r.) złożył pismo procesowe w sprawie, wnosząc o:

- 1.odrzucenie odwołania w części w zakresie zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 1, 2 i 6 ustawy Pzp, z uwagi na jego wniesienie po upływie ustawowego terminu oraz oddalenie odwołania w pozostałym zakresie;

- 2.względnie - jeśli Izba nie uwzględni wniosku z pkt. a) wniósł o nieuwzględnianie i oddalenie odwołania w całości.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu oraz treść SWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Izba również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia wykonawcy XEMAR Spółka z o.o. z siedzibą w Kosakowie, zwanego dalej „przystępującym”, do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego.

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U.

z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji,

o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba dopuściła zawnioskowane przez odwołującego i złożone w załączeniu do odwołania dowody, tj.:

- 1.zestawienia powierzchni dla każdej kondygnacji (x4),
- 2.odpis dwóch pism zamawiającego z dnia 28.11.2024 roku o „zawiadomieniu o wyborze oferty”,
- 3.poprawione kosztorysy ze stawką 23% dotyczące budynku, elektrycznych dotyczących budynku, sanitarnych

- dotyczących budynku oraz wentylacji i klimatyzacji oraz poprawione zestawienie kosztorysów,
4. odpisy dokumentów w postaci (dwóch) czynności zamawiającego z dnia 28.11.2024 roku „zawiadomienie o wyborze oferty,
 5. interpretacja indywidualna z dnia 23 maja 2011 r., IPPP1-443-572/11-4/JL,
 6. interpretacja indywidualna z dnia 14 października 2011 r., IPPP1-443-1102/11-2/BS,
 7. interpretacja indywidualna z dnia 7 maja 2012 r., IBPP2/443-136/12/WN,
 8. pismo Ministerstwa Finansów z dnia 8 stycznia 2015 r. PT8/033/161.2/943/14/WCX/15,
 9. WIS Dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej z 9 września 2022 roku, 0111-KDSB1-2.440.132.2022.3.PP,
 10. WIS Dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej z 24 czerwca 2022 roku, 0111-KDSB1-1.440.72.2022.2.EA.

Izba dopuściła zawnioskowany przez zamawiającego i złożony w załączeniu do odpowiedzi na odwołanie dowód, tj. opinię prawną.

Izba oddaliła wnioskowany przez odwołującego środek dowodowy w postaci opinii biegłego ds. podatkowych, uznając że jest zbędny gdyż został wywiedziony dla zwłoki, a rozstrzygnięcie spornych kwestii jest możliwe na podstawie analizy dokumentacji postępowania.

Izba uwzględniła także stanowiska złożone ustnie przez strony do protokołu posiedzenia i rozprawy.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny (tożsamy dla wszystkich zarzutów):

Przedmiotem zamówienia – zgodnie z Rozdziałem IV. SWZ Opis przedmiotu zamówienia, pkt 1 – „są roboty budowlane pn. „Przebudowa Budynku Ośrodka Terapii Uzależnień w Smażynie wraz z infrastrukturą techniczną”.

Rodzaj i kategoria obiektu budowlanego.

Przedmiotem zamówienia jest przebudowa budynku Ośrodka Terapii Uzależnień w Smażynie wraz z infrastrukturą techniczną: instalacją gazową i elektroenergetyczną oraz budową podziemnych zbiorników na wody pożarowe i gaz ziemny.

Celem zamierzenia budowlanego jest dostosowanie obiektu do obowiązujących przepisów prawa budowlanego oraz przystosowaniu obiektu do potrzeb osób z niepełnosprawnościami.

Obiekt zaliczony jest do XI kategorii obiektu budowlanego (budynki służby zdrowia).

Zamierzony sposób użytkowania oraz program użytkowy obiektu budowlanego.

Planowane zamierzenie budowlane nie spowoduje zmiany sposobu użytkowania obiektu. W wyniku przebudowy powstanie jeden lokal użytkowy.

Budynek objęty inwestycją to neoklasycystyczny pałac, zbudowany w połowie XIX wieku przez rodzinę Wejherów, ówczesnych właścicieli majątku. Jest to piętrowy, trzykondygnacyjny budynek wzniesiony na planie prostokąta, z pozornymi, ryzalitami bocznymi. Całość jest otoczona parkiem dworskim, krajobrazowym ze stawami rybnymi. Późniejsze przebudowy i renowacje pozbawiły go cech stylowych. Obecnie w przedmiotowym obiekcie mieści się Ośrodek Terapii Uzależnień, który powstał w roku 1981.(...).”

Zamawiający w Rozdziale XIX SWZ Sposób obliczenia ceny, pkt 5 podał „Wykonawca zobowiązany jest zastosować stawkę VAT, zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa”.

Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, pismem z dnia 11 października 2024 r., podał m.in., że „elementem mającym wpływ na cenę jest zastosowana stawka podatku VAT. Zamawiający w formularzu ofertowym określił tylko kwotę brutto za jaką wykonawca wykona przedmiot zamówienia. Z przedstawionych informacji z sesji

otwarcia i z odpowiedzi do zapytań w postępowaniu wynika, że Zamawiający oraz pozostali wykonawcy zastosowali niewłaściwą stawkę VAT 23%. W ocenie Przedsiębiorstwa Ecozet prawidłową stawką na roboty budowlane związane z budynkiem Ośrodka powinna być stawka podatku VAT 8%. Potwierdzeniem tego są liczne interpretacje podatkowe wystosowane przez organy podatkowe, które również załączamy jako dowody. Ponadto informujemy, że zwróciliśmy się również o indywidualną interpretację konkretnego przypadku jakim jest przedmiot zamówienia do Krajowej Informacji Skarbowej o potwierdzenie zastosowania obniżonej stawki podatku VAT 8%.. Zastosowanie właściwej stawki podatku jest tutaj kluczowe ponieważ gdybyśmy zastosowali błędną stawkę podatku VAT 23% to nasza oferta opiewała by na wartość około 11 mln zł co nie stanowiłoby przesłanek ani podejrzeń do rażąco niskiej ceny. (...).”

Zamawiający, pismem z dnia 28 listopada 2024 r., poinformował odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10) ustawy Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp, wskazując w uzasadnieniu, że „Wykonawca w złożonej przez siebie ofercie przyjął, że właściwą stawką VAT dla robót wykonywanych w tym obiekcie jest stawka 8%. Zamawiający podkreśla, że co do zasady, dostawa towarów i świadczenie usług, w aktualnie obowiązującym stanie prawnym, opodatkowane są stawką podatku od towarów i usług w wysokości 23%, której stosowanie jest co do zasady podstawowe. Stawki zaś obniżone (preferencyjne) mają charakter wyjątkowy i mogą mieć zastosowanie wyłącznie

do czynności wskazanych wprost przez prawodawcę w ustawie lub w przepisach wykonawczych do ustawy. (...) O możliwości zastosowania 8% stawki podatku od towarów i usług na podstawie art. 41 ust. 12 i 12a ustawy o VAT decyduje spełnienie przesłanek przewidzianych w tych przepisach. Analizując treść tych przepisów należy stwierdzić, że preferencyjna stawka opodatkowania została przewidziana dla usług m.in. budowy, remontu, modernizacji, termomodernizacji lub przebudowy wykonywanych w obiektach sklasyfikowanych w PKOB w klasie 1264 w sytuacji, gdy w obiektach tych będzie świadczona przez instytucję ochrony zdrowia usługa zakwaterowania (cel mieszkaniowy) z opieką lekarską i pielęgniarczą. Biorąc natomiast pod uwagę ogół okoliczności jakie składają się na całościową usługę Ośrodka Terapii Uzależnień, świadczeniem głównym pozostaje usługa terapii uzależnień, której poddawani są przebywający w ośrodku pacjenci. To dla tej usługi koniecznym jest przebywanie w ośrodku (zamieszkanie), aby terapii odniosła pożądaną skuteczną. Świadczenie usług terapeutycznych nie jest usługą dodatkową, wykonywaną „przy okazji” pobytu pacjentów w ośrodku. To zamieszkiwanie jest bardziej lub mniej konieczne do wykonywania usług terapii. W przypadku Ośrodka Terapii Uzależnień niewątpliwie głównym świadczeniem nie jest zakwaterowanie, ale usługa terapii, bo to dla tej usługi pacjenci przebywają w ośrodku. Nie ma żądanej innej przyczyny, dla której pacjent ośrodka opuszcza swoje stałe miejsce zamieszkania i przebywa w Ośrodku Terapii Uzależnień jak tylko poddanie się terapii, która jest skuteczniejsza, jeżeli pacjent jest odizolowany od swojego normalnego środowiska w którym zwykle przebywa (zamieszkuje).”

Reasumując zamawiający podniósł, że „świadczeniem zasadniczym realizowanym w budynku Ośrodka Terapii Uzależnień w Smażynie jest usługa terapii jako usługa główna, a usługa zakwaterowania jako pomocnicza, to planowane roboty w budynku Ośrodka Terapii Uzależnień w Smażynie powinny być opodatkowane podstawową stawką VAT wynoszącą 23%. Wykonawca zastosował więc nieprawidłową stawkę podatku VAT, co zgodnie z ugruntowaną linią orzecniczą Krajowej Izby Odwoławczej stanowi błąd w obliczeniu ceny, a w konsekwencji przesądza także o tym, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia” a oferta wykonawcy podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10) oraz pkt 8) ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Zarzut naruszenia Zarzut naruszenia art. 226 ust 1 pkt 10 ustawy Pzp w zw. z art. 41 ust. 1, 2, 12 pkt 1 i 12a w zw. z art. 146aa ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy o podatku od towarów i usług w zw. z Rozporządzeniem Rady Ministrów z 30.12.1999 roku w sprawie Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych nie potwierdził się.

Art. 226 ust 1 pkt 10 ustawy Pzp stanowi, że „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu”.

Błędy w obliczeniu ceny lub kosztu to takie błędy w obliczeniu ceny lub kosztu, które nie mogą zostać naprawione w toku postępowania. „Błędem w obliczeniu ceny będzie nieprawidłowe określenie przez wykonawcę stawki VAT. Stawka podatku VAT jest bowiem elementem cenotwórczym. Do błędu w obliczeniu ceny dotyczącym stawki podatku VAT dojdzie w sytuacji, gdy wykonawca przyjmie w ofercie stawkę nieprawidłową w okolicznościach, gdy zamawiający nie określi w dokumentach zamówienia prawidłowej stawki podatku VAT.” (Prawo zamówień publicznych, Komentarz, Wydanie II, pod redakcją H. Nowak, M. Winiarz, Warszawa 2024).

Przenosząc powyższe na stan faktyczny niniejszej sprawy stwierdzić należy, że przedmiotem zamówienia jest „Przebudowa Budynku Ośrodka Terapii Uzależnień w Smażynie wraz z infrastrukturą techniczną” a więc przebudowa budynku, który jest użytkowany w ściśle określony sposób. Prowadzona jest w nim bowiem terapia uzależnień.

Zamawiający wskazał – zgodnie z Rozdziałem XIX SWZ Sposób obliczenia ceny, pkt 5 – że *Wykonawca zobowiązany jest zastosować stawkę VAT, zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa*. Nie podał przy tym jaką stawkę VAT wykonawcy zobowiązani byli zastosować, kalkulując cenę oferty.

Zamawiający przyjął bowiem, jak wyjaśnił w treści odpowiedzi na odwołanie, iż do robót budowlanych będących przedmiotem zamówienia ma zastosowanie stawka podatku VAT w wysokości 23%, gdyż budynek Ośrodka Terapii Uzależnień w Smażynie nie należy do budownictwa objętego społecznym programem mieszkaniowym. O przynależności obiektu do budownictwa objętego społecznym programem mieszkaniowym przesądza stacjonarny tryb udzielania świadczeń medycznych. Tak więc nawet jeśli usługa czasowego zakwaterowania jest konieczna do prawidłowego świadczenia usług medycznych, to nie przesądza to o zakwalifikowaniu budynku do społecznego programu mieszkaniowego. Kwestią decydującą jest to, czy usługa zakwaterowania jest główną usługą, czy jedynie pomocniczą. W przypadku terapii prowadzonej w Ośrodku Terapii Uzależnień w Smażynie, zakwaterowanie jest usługą pomocniczą. Trwa ono – jak wskazał zamawiający, odwołując się do dokumentów zamówienia - od 8 tygodni do 12 miesięcy. Oznacza to, że jego czas jest uzależniony od czasu trwania terapii i po jej zakończeniu pobyt w ośrodku ustaje. Nie jest to więc zaspokajanie potrzeb mieszkaniowych pacjentów a krótkotrwały pobyt w ściśle określonym celu – celu przeprowadzenia terapii. „Usługę należy uznać za usługę pomocniczą w stosunku do usługi zasadniczej, jeśli nie stanowi ona dla klienta celu samego w sobie, lecz jest środkiem do lepszego wykorzystania usługi zasadniczej”. (wyrok TSUE z dnia 25 lutego 1999 r., sygn. akt C-349/96). Tak więc o tym czy świadczenie ma charakter podstawowy, czy

pomocniczy decyduje cel świadczenia.

Izba w tym zakresie podzieliła więc stanowisko zamawiającego, uznając że istotnie na całościową usługę Ośrodka Terapii Uzależnień składają się usługa terapii uzależnień, której poddawani są przebywający w ośrodku pacjenci, będąca jednocześnie świadczeniem głównym oraz zamieszkiwanie, które stanowi świadczenie dodatkowe wykonywane „przy okazji” realizacji świadczenia głównego. Zamieszkiwanie czy też zakwaterowanie, do którego odwołuje się odwołujący nie jest świadczeniem głównym, którą stanowi z kolei usługa terapii uzależnień, dla realizacji której pacjenci przebywają w tego typu ośrodku. A skoro tak brak jest podstaw do zastosowania preferencyjnej stawki podatku VAT.

Dlatego też Izba uznała, że odwołujący przyjął w swej ofercie nieprawidłową stawkę podatku VAT 8%. Tym samym zgodnie z art. 226 ust 1 pkt 10 ustawy Pzp oferta tego wykonawcy podlega odrzuceniu.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 1, 2 i 6 ustawy Pzp w zw. z art. 41 ust. 1, 2, 12 pkt 1 i 12a w zw. z art. 146aa ust. 1 pkt 2 ustawy o VAT w zw. z Rozporządzeniem Rady Ministrów z 30.12.1999 roku w sprawie Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych nie potwierdził się.

Art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp stanowi, że *„Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli (...) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.”*.

Przepis art. 226 ust. 1 pkt 80 ustawy Pzp nakazuje więc odrzucić ofertę, która zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Niemniej jednak w sytuacji gdy zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Jeśli natomiast cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o podatek VAT zamawiający obligatoryjnie zwraca się o udzielenie takich wyjaśnień.

Odwołujący został wezwany do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, gdyż cena jego oferty – jak wskazał zamawiający w treści wezwania – jest niższa o ponad 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania. Odpowiadając na powyższe, pismem z dnia 11 października 2024 r., odwołujący wyjaśnił m.in., że w jego ocenie *„prawidłową stawką na roboty budowlane związane z budynkiem Ośrodka powinna być stawka podatku VAT 8%”, a „potwierdzeniem tego są liczne interpretacje podatkowe wystosowane przez organy podatkowe, (...).”*

Oznacza to, że odwołujący, co jest niewątpliwe, zastosował niewłaściwą stawkę podatku VAT a mianowicie 8%, co z kolei przełożyło się na cenę jego oferty, cena której obligowała zamawiającego do wezwania tego wykonawcę (odwołującego) do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Takie też wezwanie zostało skierowane do odwołującego. Wykonawca był więc zobowiązany do wykazania, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska. Tymczasem w treści tych wyjaśnień – jak już wyżej wskazano – odwołujący podał, że *„(...) przyjął, że właściwą stawką VAT dla robót wykonywanych w tym obiekcie jest stawka 8%. (...)”* a więc stawkę, która jest nieprawidłowa. Konsekwencją zastosowania nieprawidłowej stawki podatku VAT jest skalkulowanie ceny na dużo niższym poziomie niż wykonawcy, którzy cenę tę skalkulowali prawidłowo, przyjmując stawkę podatku VAT 23%. Oferta odwołującego jest więc niższa nie tylko od ofert pozostałych wykonawców, ale jej wysokość spowodowała obowiązek wezwania tego wykonawcy do wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Dlatego też Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

Zarzut naruszenia art. 223 ustawy Pzp, art. 253 ust 1 ustawy Pzp, art. 253 ust 2 ustawy Pzp, poprzez bezzasadny brak wezwania odwołującego do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny w odniesieniu do zastosowanej w obliczeniu ceny oferty stawki podatku od towarów i usług (VAT), nie potwierdził się.

Art. 223 ustawy Pzp stanowi, że:

„1. W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

2. Zamawiający poprawia w ofercie:

1) oczywiste omyłki pisarskie,

2) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek,

3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty

– niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

3. W przypadku, o którym mowa w ust. 2 pkt 3, zamawiający wyznacza wykonawcy odpowiedni termin na wyrażenie zgody na poprawienie w ofercie omyłki lub zakwestionowanie jej poprawienia. Brak odpowiedzi w wyznaczonym terminie uznaje się za wyrażenie zgody na poprawienie omyłki.”.

Oznacza to, że w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Celem takich wyjaśnień jest bowiem uzyskanie jednoznacznych informacji dotyczących całości lub części oferty, jak również przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń, które są nieprecyzyjne, niejasne, dwuznaczne, budzą wątpliwości interpretacyjne, tak aby możliwa była ocena, czy badana oferta w danym zakresie spełnia wymagania postawione przez zamawiającego. „ (...) błędnie obliczona kwota podatku VAT bądź też kwota brutto jako efekt działania na liczbach, przy zastosowaniu prawidłowej stawki podatku, podlega poprawieniu jako oczywista omyłka rachunkowa. Popelniona omyłka jest tutaj wynikiem niepoprawnie przeprowadzonych działań arytmetycznych i stanowi nieprawidłowy wynik uzyskany z błędnie wykonanego rachunku. Z kolei błędnie zastosowana stawka podatku VAT stanowi wadliwość niepodlegającą poprawieniu, gdyż stanowi błąd w obliczeniu ceny, nie zaś oczywistą omyłkę rachunkową.” (Prawo zamówień publicznych, Komentarz, Wydanie II, pod redakcją H. Nowak, M. Winiarz, Warszawa 2024).

Z kolei art. 253 ust. 1 i 2 ustawy Pzp stanowi, że:

„1. Niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o:

1) wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania, jeżeli jest miejscem wykonywania działalności wykonawcy, którego ofertę wybrano, oraz nazwy albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania, jeżeli są miejscami wykonywania działalności wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację,

2) wykonawcach, których oferty zostały odrzucone

– podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

2. Zamawiający udostępnia niezwłocznie informacje, o których mowa w ust. 1 pkt 1, na stronie internetowej prowadzonego postępowania.”.

Przepis ten określa obowiązki informacyjne zamawiającego, w tym obowiązek informowania wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Przenosząc powyższe na stan faktyczny niniejszej sprawy stwierdzić należy, że odwołujący wzywany był do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny. To właśnie, składając wyjaśnienia wykonawca wskazał, że zastosował stawkę podatku VAT 8%, podając powody jej zastosowania.

Słusznie wskazał zamawiający na różnicę między wezwaniem kierowanym do wykonawcy na podstawie art. 223 ustawy Pzp, a wezwaniem kierowanym na podstawie art. 224 ustawy Pzp. Istotnie służą one czemu innemu. Skoro więc zamawiający miał pewność co do właściwej stawki VAT w oparciu o obowiązujące przepisy uzyskał bowiem opinię prawną w tym zakresie nie miał obowiązku wzywania odwołującego do składania wyjaśnień w tym zakresie. A ponadto jak wynika z treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny odwołujący się wykonawca wskazał powody zastosowania stawki podatku VAT 8%, która jak nieprawidłowa i skutkuje odrzuceniem oferty tego wykonawcy

Dlatego też Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

W kontekście powyższego **zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, względnie naruszenia art. 139 ustawy Pzp** nie potwierdził się.

Izba nie stwierdziła naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp wskazanych przez odwołującego w treści wniesionego odwołania.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Prawo zamówień publicznych (tj.: z dnia 14 lipca 2023 r., Dz. U. z 2023 r., poz. 1605) oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1) w zw. z § 5 pkt 2) lit. a) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r., poz. 2437).

Przewodnicząca: