Sygn. akt: KIO 1571/14

WYROK
z dnia 18 sierpnia 2014 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 sierpnia 2014 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 sierpnia 2014 roku przez wykonawcę **Berger Bau Polska Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego Wojewódzkie Centrum Psychiatrii Długoterminowej w Stroniu** Śląskim **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Stronie** Śląskie

przy udziale:

A. wykonawcy **Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,
B. wykonawcy **Spółdzielnia Rzemieślnicza z siedzibą w Ząbkowicach** Śląskich zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, a także czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz dokonanie czynności ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego i odrzucenie oferty Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych;

2. kosztami postępowania obciąża **Zamawiającego Wojewódzkie Centrum Psychiatrii Długoterminowej w Stroniu** Śląskim **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Stronie** Śląskie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Berger Bau Polska Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu** tytułem wpisu od odwołania,
2.2. zasądza od **Zamawiającego Wojewódzkie Centrum Psychiatrii Długoterminowej w Stroniu** Śląskim **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Stronie** Śląskie na rzecz wykonawcy **Berger Bau Polska Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu** kwotę **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 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** Świdnicy.

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 1571/14

UZASADNIENIE

W dniu 1 sierpnia 2014 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.

Dz. U. z 2013 r. poz. 907, ze zm. - dalej jako: „ustawa Pzp") odwołanie złożył wykonawca Berger Bau Polska Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (dalej jako: „Odwołujący").

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn: „Przebudowa i rozbudowa istniejącego budynku A o budynek B z przeznaczeniem na Zakład Opiekuńczo- Leczniczy o profilu psychiatrycznym, ETAP 2" prowadzi Zamawiający: Wojewódzkie Centrum Psychiatrii Długoterminowej w Stroniu Śląskim Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Stronie Śląskie. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2014/S 088-153311.

Odwołanie wniesiono wobec czynności i zaniechań Zamawiającego dokonanych w postępowaniu, polegających na: wyborze, jako najkorzystniejszej z ofert złożonych w postępowaniu, oferty Wykonawcy Spółdzielnia Rzemieślnicza z siedzibą w Ząbkowicach Śląskich, zaniechaniu odrzucenia oferty tego wykonawcy, pomimo że zawiera ona błąd w obliczeniu ceny, odrzuceniu oferty Odwołującego, jako zawierającej błąd w obliczeniu ceny, ewentualnie, zaniechaniu poprawienia w ofercie Odwołującego innych omyłek polegających na niezgodności treści jego oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej jako: „SIWZ").

Zaskarżonym czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego zarzucono naruszenie: art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Spółdzielnia Rzemieślnicza, w sytuacji, gdy oferta tego Wykonawcy powinna zostać odrzucona, jako zawierająca błąd w obliczeniu ceny polegający na zastosowaniu do obliczenia ceny ofertowej niewłaściwej stawki podatku VAT, art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, poprzez niezasadne odrzucenie oferty Odwołującego, w sytuacji, gdy jego oferta nie zawiera błędu w obliczeniu ceny, tj. zastosowania przez niego 23% stawka podatku VAT była prawidłowa dla ustalenia ceny ofertowej całego przedmiotu zamówienia, ewentualnie, art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie poprawienia w ofercie Odwołującego innych omyłek polegających na niezgodności jego oferty z SIWZ, art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez wybór, jako najkorzystniejszej z ofert złożonych w postępowaniu, oferty Wykonawcy Spółdzielnia Rzemieślnicza, w sytuacji, gdy oferta tego Wykonawcy Wykonawca podlega

odrzuceniu, co narusza zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

W oparciu o przedstawione wyżej zarzuty Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty dokonanej w postępowaniu, dokonania ponownej oceny i badania ofert złożonych w postępowaniu, a w ich wyniku: odrzucenia oferty Wykonawcy Spółdzielnia Rzemieślnicza oraz wyboru, jako najkorzystniejszej z ofert złożonych postępowaniu, oferty Odwołującego, względnie poprawienia w ofercie Odwołującego innej omyłki polegającej na zastosowaniu dla ustalenia ceny ofertowej niewłaściwej stawki podatku VAT.

W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przywołanych przepisów Pzp interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia może doznać uszczerbku. Przyjęta przez Zamawiającego błędna interpretacji przepisów ustawy z dnia 11 marca 2004r. o podatku od towarów i usług (tekst jedn. Dz. U. z 201 lr. nr 177, poz. 1054, ze zm. - dalej jako: „ustawa o VAT" lub „u.p.t.u."), pozbawia Odwołującego możliwości realizacji przedmiotowego zamówienia w sytuacji, gdy oferta Odwołującego została sporządzona w sposób prawidłowy i stanowi dla Zamawiającego „ofertę najkorzystniejszą" w znaczeniu określonym zarówno przez Pzp, jak i przez Zamawiającego. Co wymaga w tym miejscu podkreślenia Odwołujący zaoferował wykonanie przedmiotu umowy za najniższą cenę ofertową netto spośród ofert złożonych w postępowaniu, tj. 17 783 065 zł, a co za tym idzie jego oferta - przy zastosowaniu przez wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu tej samej stawki podatku VAT byłaby ofertą z najniższą ceną.

Pismem przesłanym Odwołującemu faksem w dniu 22 lipca 2014r. Zamawiający poinformował Odwołującego o wyborze, jako najkorzystniejszej z ofert złożonych w postępowaniu, oferty Wykonawcy Spółdzielnia Rzemieślnicza o wartości netto: 17 973 571,16 zł, brutto: 19 611 275,51 zł. Ponadto, w piśmie Zamawiający wskazał, że oferta Odwołującego o wartości netto: 17 783 065 zł, brutto: 21 873 170,43 zł została odrzucana w trybie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, jako zawierająca błąd w obliczeniu ceny. W przekonaniu Zamawiającego, powyższy błąd ma polegać na wskazaniu przez Odwołującego w formularzu

ofertowym jednolitej stawki podatku VAT w wysokości 23% dla całego przedmiotu zamówienia, w sytuacji, gdy - w ocenie Zamawiającego - prawidłowe jest przyjęcie stawki podatku VAT w wysokości: 8% dla robót wykonywanych w obiektach budowlanych, tj. budynkach A i B Wojewódzkiego Centrum Psychiatrii Długoterminowej w Stroniu Śląskim SPZOZ oraz 23% dla robót wykonywanych poza tymi obiektami budowlanymi.

Biorąc pod uwagę stan faktyczny sprawy, z takim rozstrzygnięciem Zamawiającego Odwołujący nie może się zgodzić. Zgodnie z pkt 4.2. SIWZ Przedmiot zamówienia „obejmuje

---

przebudowę i rozbudowę istniejącego budynku „A" o budynek „B" z przeznaczeniem na Zakład Opiekuńczo- Leczniczy o profilu psychiatrycznym wraz z uzyskaniem pozwolenia na użytkowanie, a w szczególności: - wykonanie robót budowlanych, budowlano-montażowych, dostaw materiałów, urządzeń, usług, sprzętu, jak i prac pomocniczych oraz innych świadczeń związanych z realizacją przebudowy i rozbudowy istniejącego budynku „A" o budynek „B" z przeznaczeniem na Zakład Opiekuńczo-Leczniczy o profilu psychiatrycznym dla 225 pacjentów, wraz ze zjazdem z ul. 40-lecia PRL, infrastrukturą techniczną, w tym: zewnętrzną instalacją wodno-kanalizacyjną, kanalizacją deszczową, energetyczną nn i oświetleniem terenu oraz układem dróg wewnętrznych i parkingiem, a także ogrodzeniem terenu - etap 2 inwestycji w miejscowości Stronie Śląskie, ul. Sudecka i 40 lecia PRL, obejmujący działki 559/8,559/9,559/11,559/16, 559/17,559/18,559/19, 559/20, obręb Stronie Śląskie - miasto, zgodnie z dokumentacją projektowo-wykonawczą, specyfikacjami technicznymi wykonania i odbioru robót oraz przedmiarami robót budowlanych i harmonogramem rzeczowo-finansowym robót budowlanych; - złożenie w imieniu Inwestora, na podstawie udzielonego pełnomocnictwa, zawiadomienia o zamierzonym terminie rozpoczęcia robót, stosownych wniosków niezbędnych do uzyskania pozwolenia na użytkowane, wraz z kompletem niezbędnej dokumentacji.

W pkt 14.4. SIWZ Zamawiający przewidział, że: „Cena podana w ofercie powinna być ceną kompletną i jednoznaczną, i stanowić całkowite wynagrodzenie Wykonawcy za wykonywanie obowiązków umownych w pełnym zakresie - obejmować łączną wycenę wszystkich elementów przedmiotu zamówienia, wskazanych w niniejszej SIWZ, łącznie z podatkiem od towarów i usług (VAT), zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 05 lipca 2001r. o cenach (Dz. U. z 2001r., Nr 97, poz. 1050, ze zm.)". W tym miejscu dodać należy, że jest to drugie postępowanie o udzielenie tego zamówienia publicznego prowadzone przez Zamawiającego (poprzednie zostało unieważnione na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp). W toku poprzedniego postępowania jeden z wykonawców złożył w trybie art. 38 Pzp następujące pytanie do SIWZ: „W punkcie 14.9. specyfikacji zapisano: ustalenie prawidłowej stawki podatku od towarów i usług (VAT) należy do Wykonawcy. Dla ustalenia prawidłowej stawki VAT zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy o cenach (Dz.U. z 2001 r., Nr 97 poz. 1050 ze zmianami) proszę o podanie do jakiej Grupy i Klasy Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych Zamawiający zaliczył obiekt, którego budowa jest objęta niniejszym postępowaniem". Zamawiający uchylił się od udzielenia jednoznacznej odpowiedzi na ww. pytanie, wyjaśniając, że: „(...) nie podejmujemy się na wskazanie jednoznaczne klasyfikacji obiektu, gdyż zawarcie umowy na rozbudowę obiektu z przeznaczeniem na „Zakład-Opiekuńczo Leczniczy" powoduje wątpliwości, stąd należy zwrócić się do Urzędu Skarbowego z prośbą o właściwą interpretację prawną".

Zgodnie z sugestią Zamawiającego Odwołujący wystąpił do właściwego Urzędu Skarbowego z wnioskiem o wydanie interpretacji indywidualnej. Interpretację taką Odwołujący otrzymał po dniu składania ofert w postępowaniu, tj. 7 lipca 2014r., niemniej interpretacja ta wskazywała na prawidłowość postępowania Odwołującego polegającego na zastosowaniu dla obliczenia ceny ofertowej jednolitej, 23% stawki podatku VAT.

Jak wynika z dokumentacji postępowania, poza Odwołujący jeszcze jeden wykonawca – firma PRE-FABRYKAT Sp. z o.o. złożyła ofertę z jednolitą 23% stawką podatku VAT. Dwóch kolejnych wykonawców: Spółdzielnia Rzemieślnicza i SKANSKA S.A. złożyły oferty z 23% stawką VAT dla prac wykonywanych poza budynkiem A i B oraz z 8% stawką VAT dla prac wykonywanych w budynku. Jeden wykonawca - Energy Investors Group S.A. - złożył ofertę z jednolitą, 8% stawką podatku VAT.

Odnosząc się do powyższych rozbieżności odnośnie sposobu ustalenia właściwej stawki podatku VAT na „wykonanie robót budowlanych, budowlano-montażowych, dostaw materiałów, urządzeń, usług, sprzętu, jak i prac pomocniczych oraz innych świadczeń związanych z realizacją przebudowy i rozbudowy istniejącego budynku „A" o budynek „B" z przeznaczeniem na Zakład Opiekuńczo- Leczniczy o profilu psychiatrycznym dla 225 pacjentów" wskazać należy, co następuje:

Stosownie do przepisu art. 41 ust. 12 ustawy o VAT stawkę podatku, o której mowa w ust. 2 (tj. stawkę 8%), stosuje się do dostawy, budowy, remontu, modernizacji, termomodernizacji lub przebudowy obiektów budowlanych lub ich części zaliczonych do budownictwa objętego społecznym programem mieszkaniowym. Z kolei ust. 12a wskazuje, iż przez budownictwo objęte społecznym programem mieszkaniowym rozumie się obiekty budownictwa mieszkaniowego lub ich części, z wyłączeniem lokali użytkowych, oraz lokale mieszkalne w budynkach niemieszkalnych sklasyfikowanych w Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych w dziale 12, a także obiekty sklasyfikowane w Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych w klasie ex 1264 - wyłącznie budynki instytucji ochrony zdrowia świadczących usługi zakwaterowania z opieką lekarską i pielęgniarską. Jak wynika z literalnego brzmienia ust. 12a, 8% stawką podatku VAT objęta jest budowa nie wszystkich obiektów sklasyfikowanych w Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych w klasie 1264, a tylko budynków instytucji ochrony zdrowia świadczących usługi zakwaterowania z opieką lekarską i pielęgniarską, zwłaszcza dla ludzi starszych i niepełnosprawnych. Jak wynika z kolei z Załącznika do rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 1999 r. w sprawie Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych (PKOB) (Dz. U. Nr 112, poz. 1316) w klasa 1264 obejmuje: - Budynki instytucji świadczących usługi medyczne i chirurgiczne oraz pielęgnacyjne dla ludzi, - Sanatoria, szpitale długoterminowego lecznictwa, szpitale

psychiatryczne, przychodnie, poradnie, żłobki, ośrodki pomocy społecznej dla matki i dziecka, - Szpitale kliniczne, - Szpitale więzienne i wojskowe, - Budynki przeznaczone do termoterapii, wodolecznictwa, rehabilitacji, stacje krwiodawstwa, laktaria, kliniki weterynaryjne, itp., - Budynki instytucji ochrony zdrowia świadczące usługi zakwaterowania, z opieką lekarską i pielęgniarską dla ludzi starszych, niepełnosprawnych, itp. Klasa nie obejmuje: - Domów opieki społecznej (bez opieki medycznej) dla ludzi starszych lub niepełnosprawnych, itp. Jak wynika z Klasyfikacji szpitale psychiatryczne, przychodnie i poradnie, z założenia ustawodawcy stanowią inne obiekty budowlane niż budynki instytucji ochrony zdrowia świadczące usługi zakwaterowania, z opieką lekarską i pielęgniarską dla ludzi starszych, niepełnosprawnych (obiekty te są wymieniane w innych punktach).

Jak czytamy wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 22 maja 2013r., sygn. akt: IFSK 863/12: „W art. 41 ust. 2 u.p.t.u. ustawodawca wprowadził obniżoną stawkę podatku VAT w wysokości 7 % w odniesieniu do towarów i usług, wymienionych w załączniku nr 3 do ustawy z zastrzeżeniem ust. 12 i art. 114 ust. 1. W ust. 12 art. 41 wskazano, że stawkę podatku, o której mowa w ust. 2 stosuje się do dostawy, budowy, remontu, modernizacji, termomodernizacji lub przebudowy obiektów budowlanych lub ich części zaliczonych do budownictwa objętego społecznym programem mieszkaniowym. Z kolei w ust. 12a tego artykułu zawarta została definicja budownictwa objętego społecznym programem mieszkaniowym. Zgodnie z tym przepisem przez budownictwo objęte społecznym programem mieszkaniowym rozumie się obiekty budownictwa mieszkaniowego lub ich części, z wyłączeniem lokali użytkowych oraz lokale mieszkalne w budynkach niemieszkalnych sklasyfikowanych w Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych w dziale 12, a także 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, z zastrzeżeniem nie mającym znaczenia w tej sprawie. Przepis ten w zakresie klasyfikacji budynków i obiektów odsyła do Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych, wskazując przy tym, że w definicji budownictwa objętego społecznym programem mieszkaniowym mieszczą się także obiekty sklasyfikowane w klasie ex 1264 - wyłącznie budynki instytucji ochrony zdrowia świadczących usługi zakwaterowania z opieką lekarską i pielęgniarską, zwłaszcza dla ludzi starszych i niepełnosprawnych. Mając na uwadze systematykę tej klasy, to jest wyodrębnienie kategorii budynków szpitali psychiatrycznych od kategorii budynków instytucji ochrony zdrowia świadczących usługi zakwaterowania, z opieką lekarską i pielęgniarską dla

ludzi starszych, niepełnosprawnych, itp. (ta pierwsza kategoria ujęta została w tiret drugim tej klasy, ta druga zaś w tiret szóstym) oraz uwzględniając zapis zawarty w ust. 12a art. 41 u.p.t.u., gdzie wskazuje się, że chodzi wyłącznie o budynki instytucji ochrony zdrowia

świadczących usługi zakwaterowania z opieką lekarską i pielęgniarską, zwłaszcza dla ludzi starszych i niepełnosprawnych, podzielić należy stanowisko organów i Sądu pierwszej instancji, że z art. 41 ust. 12 i ust. 12a w związku z art. 41 ust. 2 u.p.t.u. nie wynika, by stawka 7 % podatku VAT obejmowała roboty określone w ust. 12 art. 41 wykonywane w obiektach szpitali psychiatrycznych".

W niniejszej sprawie, na co uwagę zwrócił Zamawiający pismem adresowanym do Odwołującego z dnia 14 lipca 2014r. Wojewódzkie Centrum Psychiatrii Długoterminowej nie jest szpitalem w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 15 kwietnia 2011r. o działalności leczniczej (tekst jednolity: Dz. U. 2013 r. poz. 217 ze zm.). Warto jednak zaznaczyć, iż pozostaje on „szpitalem psychiatrycznym" w rozumieniu art. 3 pkt 2 ustawy z dnia 19 sierpnia 1994 r. o ochronie zdrowia psychicznego (tekst jednolity: Dz. U. 2011 r. Nr 231 poz. 1375) i w ten też sposób planowany budynek był wielokrotnie opisywany w dokumentacji projektowej składającej się na SIWZ. Nadto, wskazać należy, iż nawet gdyby znaczenia pojęcia „szpital psychiatryczny" użytego w Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych poszukiwać tylko w przepisach ustawy o działalności leczniczej, to i tak słuszny pozostaje pogląd Odwołującego o konieczności zastosowania w niniejszej sprawie 23% stawki podatku VAT. Stanowisko to potwierdza uzyskana przez Odwołującego na potrzeby niniejszego postępowania interpretacja indywidualna Dyrektora Izby Skarbowej w Poznaniu działającego w imieniu Ministra Finansów (dalej jako: „Organ") z dnia 7 lipca 2014r., wydana w wyniku wniosku Odwołującego z dnia 7 lipca 2014r. o wydanie interpretacji indywidualnej.
W interpretacji tej Organ przesądził, że: „Analizując treść art. 41 ust. 12 i 12a. ustawy o VAT należy stwierdzić, że preferencyjna stawka podatku została przewidziana dla usług w zakresie budowy, remontu, modernizacji, termomodernizacji lub przebudowy m.in. obiektów sklasyfikowanych według PKOB w klasie 1264, w sytuacji, gdy w budynkach tych będzie świadczona, przez instytucję ochrony zdrowia usługa zakwaterowania z opieką lekarską i pielęgniarską, to znaczy instytucje świadczącą typowe usługi zakwaterowania, czyli realizującą cel mieszkaniowy wraz z opieką lekarską (...)(...) roboty remontowo-budowlane wykonywane w budynkach sklasyfikowanych pod symbolem PKOB 1264 będą opodatkowane 8% stawką VAT jedynie w przypadku budynków, w których realizowana będzie sensu stricto usługa zakwaterowania (realizacja celu mieszkaniowego) z opieką lekarską i pielęgniarską. (...) „(...) symbol PKOB 1264 obejmuje różnego rodzaju budynki, m.in. budynki „szpitali", „budynki instytucji świadczących usługi medyczne i chirurgiczne oraz pielęgnacyjne dla ludzi" i osobno „budynki instytucji ochrony zdrowia świadczących usługi zakwaterowania z opieką lekarską i pielęgniarską, zwłaszcza dla ludzi starszych i niepełnosprawnych". Zatem, ich status nie jest tożsamy, a te ostatnie świadczą jako podstawową działalność usługę zakwaterowania z opieką lekarską i pielęgniarską. Tym

samym w myśl ww. przepisów tylko ta ostatnia kategoria budynków może korzystać z preferencyjnej stawki podstawowej. Istotne jest bowiem zaspokojenie potrzeb mieszkaniowych i bytowych osób, które przebywają w takim budynku w zasadzie na stałe, a jedynie ubocznie świadczone są na ich rzecz usługi lekarskie. Jednocześnie należy wskazać, że szpital jako zakład lecznictwa zamkniętego przeznaczony jest do diagnozowania, leczenia i rehabilitacji tych chorych, których stan wymaga całodobowej opieki w ramach przez lekarsko-pielęgniarskiej. Niewątpliwie prowadzonej szpital działalności leczniczej i rehabilitacyjnej świadczone są usługi zakwaterowania z opieką lekarską i pielęgniarską, lecz należy zauważyć, że usługi te są jedynie usługą składową, wchodzącą w skład usługi głównej, jaką jest leczenie, czy rehabilitacja. Tym samym należy stwierdzić, że szpital nie jest instytucją, której celem jest świadczenie usług zakwaterowania z opieką lekarską i pielęgniarską.

Odnosząc się do sytuacji będącej przedmiotem wniosku, Zakład Opiekuńczo-Leczniczy o profilu psychiatrycznych powstały w wyniku przebudowy i rozbudowy Wojewódzkiego Centrum Psychiatrii Długoterminowej jako zakład lecznictwa zamkniętego

przeznaczony jest do diagnozowania, leczenia i rehabilitacji tych chorych, których stan wymaga całodobowej opieki lekarsko-pielęgniarskiej. W ramach prowadzonej przez ten Zakład działalności leczniczej i rehabilitacyjnej zapewnia on zakwaterowanie długoterminowe dla osób psychicznie chorych, lecz usługi te są jedynie usługą składową, wchodzącą w skład usługi głównej, jaką jest leczenie. Zakład nie jest instytucją, której celem jest świadczenie usług zakwaterowania z opieką lekarską i pielęgniarską. Zatem brak jest podstaw do uznania, że roboty budowlane związane z przebudową i rozbudową istniejącego budynku na Zakład Opiekuńczo-Leczniczy o profilu psychiatrycznym (mieszczącym się PKOB 1264) będą korzystały z preferencyjnej stawki opodatkowania, bowiem w przedmiotowej sytuacji nie znajdą zastosowania przepisy art. 41 ust. 12a ustawy o VAT. W rezultacie Organ zajął następujące stanowisko: „(...) należy stwierdzić, że skoro, jak wskazał Wnioskodawca, budynek Zakładu Opiekuńczo-Leczniczego o profilu psychiatrycznym, którego dotyczy zapytanie, jest budynkiem, objętym według PKOB symbolem 1264, grupa: budynki szpitali i zakładów opieki medycznej, to roboty budowlanego polegające na przybudowie i rozbudowie podlegają opodatkowaniu podstawową stawką podatku VAT, tj. 23%, zgodnie z art. 41 ust. 1 w związku z art. 146a pkt 1 ustawy o VAT".

Tym samym, uzyskana interpretacja indywidualna dowodzi, że przyjęta przez Zamawiającego interpretacja przepisów ustawy o VAT jest błędna, a Odwołujący w sposób w pełni prawidłowy zastosował do robót objętych przedmiotowym zamówieniem podstawową stawkę VAT, tj. 23 %. Uprzedzając ewentualną argumentację Zamawiającego wskazać należy, iż Odwołujący ubiegając się przedmiotową interpretację przedstawił Organowi

dokumentację niniejszego postępowania, tj. SIWZ, jak również powołał się na właściwe przepisy ustawy o działalności leczniczej, przy czym we wniosku o udzielnie tejże interpretacji nie zostało wskazane, by Zakład Opiekuńczo - Leczniczy udzielał świadczeń szpitalnych, czy był „szpitalem". Nie polega więc na prawdzie twierdzenie Zamawiającego, że „korzystna" dla Odwołującego indywidualna interpretacja podatkowa została wydana z uwagi na „błędne przedstawienie rodzaju działalności leczniczej wykonywanej przez Zamawiającego", o czym najlepiej świadczy okoliczność, iż Organ w uzasadnieniu interpretacji odwołuje się do tych samych przepisów, co Zamawiający, jednakże odmiennie je interpretując.

Mając na względzie powyższe okoliczności, Zamawiający nie był uprawniony do odrzucenia oferty Odwołującego w trybie 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, z uwagi na zastosowanie przez Odwołującego podstawowej stawki podatku VAT. W ślad za jednolitym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej należy odwołać się w tym miejscu do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 20 października 2011r., sygn. akt: III CZP 52/11, na gruncie której podniesiono, że określenie w ofercie ceny brutto z uwzględnieniem nieprawidłowej stawki VAT stanowi błąd w obliczeniu ceny, gdy brak jest ustawowych przesłanek wystąpienia omyłki o której stanowi przepis art. 87 ust 2 pkt 3 Pzp. Nieprawidłową stawkę podatku VAT, co wynika z powyższego, zastosowała Spółdzielnia Rzemieślnicza, której oferta została wybrana jako najkorzystniejsza.

Z daleko posuniętej ostrożności, tj. na wypadek przyjęcia, że wykonawcy powinni byli obliczyć cenę ofertową z zastosowaniem 8% stawki podatku VAT dla prac związanych z budową budynku A, wskazać należy, za powołaną powyżej uchwałą Sądu Najwyższego z dnia 20 października 2011r., sygn. akt: III CZP 52/11, że obowiązek odrzucenia oferty z uwagi na błąd w obliczaniu ceny powstaje tylko w sytuacji, gdy brak jest ustawowych przesłanek wystąpienia omyłki, o której stanowi przepis art. 87 ust 2 pkt 3 Pzp. Zdaniem SN, ustawodawca obciążył zamawiającego najpierw obowiązkiem oceny ofert wykonawców, której rezultat - w zależności od przejawów negatywnego wyniku tej oceny - generuje albo obowiązek zamawiającego poprawienia w ofercie m.in. innej omyłki i niezwłocznego zawiadomienia o tym wykonawcy, albo obowiązek odrzucenia oferty, jeśli zawiera ona błędy w obliczeniu ceny lub jeśli wykonawca, niezwłocznie zawiadomiony o poprawieniu oferty, w terminie trzech dni od dnia doręczenia tego zawiadomienia nie zgodził się na poprawienie innej omyłki. Sąd Najwyższy stwierdził również, że zakres obowiązków kontrolnych zamawiającego i kształt nakazanych ustawą chronologicznie ujętych, kolejnych jego obowiązków, warunkowany jest treścią SIWZ. Jeżeli zatem zamawiający wskazał w SIWZ konkretną stawkę podatku VAT, kształtującą wysokość określonej w ofercie ceny, to wówczas - w przypadku przyjęcia przez wykonawcę innej stawki - dochodzi do ewentualnego

wystąpienia innej omyłki, polegającej na niezgodności przyjętej w ofercie stawki VAT ze stawką zawartą w SIWZ. Niezgodność taka skutkuje obowiązkiem poprawienia oferty w trybie art. 87 ust.2 pkt 3 Pzp wówczas, gdy omyłka polegająca na takiej niezgodności nie powoduje istotnych zmian w treści oferty (zob. wyrok KIO z dnia 25 stycznia 2012r., sygn. akt: KIO 81/12). Co istotne, w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej akcentuje się, iż wskazanie w SIWZ właściwej stawki podatku VAT może nastąpić nie tylko poprzez podanie konkretnej stawki podatku VAT, ale i poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w taki sposób, iż nie pozostawia się wykonawcom żadnych wątpliwości odnośnie tego, jaka stawka podatku VAT winna być przez nich zastosowana w danej sprawie. Podobne stanowisko zajęła Izba m. in. w wyroku z dnia 26 października 2012 r., sygn. akt KIO 2213/12.

Mając na uwadze powyższe Odwołujący zarzuca, iż gdyby przyjąć, jak chce tego Zamawiający w uzasadnieniu decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty, że w świetle zapisów SIWZ oczywistym pozostawało, iż wykonawcy powinni przy ustaleniu ceny ofertowej zastosować 8% stawkę podatku VAT dla ustalenia ceny za prace związane z budynkiem A i B oraz 23% za prace odnoszące się do terenu poza budynkami, to w ślad za takim stanowiskiem Zamawiającego oferta Odwołującego nie powinna zostać odrzucona. Zamawiający w takiej sytuacji powinien zastosować względem oferty Odwołującego przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp i poprawić popełnioną przez Odwołującego oczywistą omyłkę polegającą na zastosowaniu niewłaściwej stawki podatku VAT.

Mając na względzie powyższe, odwołanie zdaniem Odwołującego zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający przedłożył obszerną odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o jego oddalenie w całości.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, ofert złożonych w postępowaniu, wyjaśnień złożonych przez Wykonawców, stanowisk i oświadczeń Stron i Uczestnika postępowania zaprezentowanych pisemnie i w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, Izba skierowała odwołanie na rozprawę.

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nieprawidłowe dokonanie czynności badania i oceny,

w tym odrzucenie oferty Odwołującego, która była najkorzystniejsza cenowo, a dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego, co oznaczać może potencjalne stwierdzenie naruszenia w tym zakresie przepisów ustawy Pzp pozbawia Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wykonywania zamówienia. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego prawidłowo przystąpił wykonawca Spółdzielnia Rzemieślnicza z siedzibą w Ząbkowicach Śląskich, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Ustalono, że Odwołujący prawidłowo w odwołaniu przedstawił stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Biorąc pod uwagę ustalony w postępowaniu stan faktyczny, uznano iż odwołanie podlegało uwzględnieniu.

W stanie faktycznym ustalonym w postępowaniu, Izba za własną uznaje argumentację przedstawioną przez Dyrektora Izby Skarbowej w Poznaniu w Interpretacji indywidualnej z dnia 7 lipca 2014 roku, iż prawidłową stawką podatku od towarów i usług jest stawka podstawowa, 23%, zwłaszcza do robót budowlano-montażowych wykonywanych wewnątrz budynków objętych przedmiotem zamówienia.

Stosownie do przepisu art. 41 ust. 12 ustawy o VAT stawkę podatku 8%, stosuje się do dostawy, budowy, remontu, modernizacji, termomodernizacji lub przebudowy obiektów

budowlanych lub ich części zaliczonych do budownictwa objętego społecznym programem mieszkaniowym. Z kolei ust. 12a wskazuje, iż przez budownictwo objęte społecznym programem mieszkaniowym rozumie się obiekty budownictwa mieszkaniowego lub ich części, z wyłączeniem lokali użytkowych, oraz lokale mieszkalne w budynkach niemieszkalnych sklasyfikowanych w Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych w dziale 12, a także obiekty sklasyfikowane w Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych w klasie ex 1264 - wyłącznie budynki instytucji ochrony zdrowia świadczących usługi zakwaterowania z opieką lekarską i pielęgniarską. Klasa 1264 obejmuje: - Budynki instytucji świadczących usługi medyczne i chirurgiczne oraz pielęgnacyjne dla ludzi, - Sanatoria, szpitale długoterminowego lecznictwa, szpitale psychiatryczne, przychodnie, poradnie, żłobki, ośrodki pomocy społecznej dla matki i dziecka, - Szpitale kliniczne, - Szpitale więzienne i wojskowe, - Budynki przeznaczone do termoterapii, wodolecznictwa, rehabilitacji, stacje krwiodawstwa, laktaria, kliniki weterynaryjne, itp., - Budynki instytucji ochrony zdrowia świadczące usługi zakwaterowania, z opieką lekarską i pielęgniarską dla ludzi starszych, niepełnosprawnych, itp. Klasa nie obejmuje: - Domów opieki społecznej (bez opieki medycznej) dla ludzi

starszych lub niepełnosprawnych, itp. Odrębnie zatem do klasy 1264 zaliczono budynki szpitali i zakładów opieki medycznej. Miedzy Stronami nie było sporne, iż obiekty będące przedmiotem zamówienia należą do klasy 1264 „Budynki szpitali i zakładów opieki medycznej", co potwierdza również złożony przez Zamawiającego odpis pisma z Urzędu Statystycznego w Łodzi.

W niniejszej sprawie nie było również sporne między Stronami, że Wojewódzkie Centrum Psychiatrii Długoterminowej nie jest szpitalem w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 15 kwietnia 2011r. o działalności leczniczej (tekst jednolity: Dz. U. 2013 r. poz. 217 ze zm.). Warto jednak zaznaczyć, iż pozostaje on „szpitalem psychiatrycznym" w rozumieniu art. 3 pkt 2 ustawy z dnia 19 sierpnia 1994 r. o ochronie zdrowia psychicznego (tekst jednolity: Dz. U. 2011 r. Nr 231 poz. 1375) i w ten też sposób planowany budynek był wielokrotnie opisywany w dokumentacji projektowej składającej się na SIWZ, czego przykłady przedstawiał na rozprawie przed Izbą Odwołujący. Taką interpretację zastosował także organ podatkowy przy wydaniu interpretacji.

W interpretacji Organ przesądził, że preferencyjna stawka podatku została przewidziana dla usług w zakresie budowy, remontu, modernizacji, termomodernizacji lub przebudowy m.in. obiektów sklasyfikowanych według PKOB w klasie 1264, w sytuacji, gdy w budynkach tych będzie świadczona, przez instytucję ochrony zdrowia usługa zakwaterowania z opieką lekarską i pielęgniarską, to znaczy instytucje świadczącą typowe usługi zakwaterowania, czyli realizującą cel mieszkaniowy wraz z opieką lekarską. Roboty remontowo-budowlane wykonywane w budynkach sklasyfikowanych pod symbolem PKOB 1264 będą opodatkowane 8% stawką VAT jedynie w przypadku budynków, w których realizowana będzie sensu stricto usługa zakwaterowania (realizacja celu mieszkaniowego) z opieką lekarską i pielęgniarską. Zatem status budynku szpitala i budynku instytucji ochrony zdrowia świadczących usługi zakwaterowania z opieką lekarską i pielęgniarską nie jest tożsamy, a te ostatnie świadczą jako podstawową działalność usługę zakwaterowania z opieką lekarską i pielęgniarską. Tym samym w myśl przepisów tylko ta ostatnia kategoria budynków może korzystać z preferencyjnej stawki podstawowej. Istotne jest bowiem zaspokojenie potrzeb mieszkaniowych i bytowych osób, które przebywają w takim budynku w zasadzie na stałe, a jedynie ubocznie świadczone są na ich rzecz usługi lekarskie.

Natomiast Zakład Opiekuńczo-Leczniczy o profilu psychiatrycznych powstały w wyniku przebudowy i rozbudowy Wojewódzkiego Centrum Psychiatrii Długoterminowej jako zakład lecznictwa zamkniętego przeznaczony jest do diagnozowania, leczenia i rehabilitacji tych chorych, których stan wymaga całodobowej opieki lekarsko-pielęgniarskiej. W ramach prowadzonej przez ten Zakład działalności leczniczej i rehabilitacyjnej zapewnia

on zakwaterowanie długoterminowe dla osób psychicznie chorych, lecz usługi te są jedynie usługą składową, wchodzącą w skład usługi głównej, jaką jest leczenie. Takie stanowisko potwierdziły wyjaśnienia złożone przez Zamawiającego na rozprawie. Choć pacjenci Zakładu przebywają w nim długoterminowo, to nie można uznać, że zapewnienie zakwaterowania

osobom w placówce przebywającym jest celem nadrzędnym. Za taki bowiem uznać należy kontynuowanie terapii i procesu leczenia, który jednocześnie nie wymaga już typowej hospitalizacji. Prowadzenie zajęć terapeutycznych czy rehabilitacyjnych jest formą procesu leczniczego. Celem przebywania w placówce jest poprawa stanu zdrowia psychicznego pacjenta, umożliwienie mu powrotu do funkcjonowania w społeczeństwie. W skrajnym przypadku można byłoby stwierdzić, że w gruncie rzeczy Zamawiający prowadzi „hotel" dla osób psychicznie chorych i z tego powodu zatrudnia lekarzy i pielęgniarki. Sam zaś Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazywał, że będzie realizował w budynkach całodobowe, długoterminowe świadczenia zdrowotne. Charakterystyczne będzie tylko to, iż nie będą to świadczenia o charakterze szpitalnym, co nie oznacza, że nie będą miały charakteru leczniczego o specyficznej specjalizacji. Zatem Zakład nie jest instytucją, której celem jest świadczenie usług zakwaterowania z opieką lekarską i pielęgniarską. Stanowiska Zamawiającego nie potwierdziły złożone wraz z odpowiedzią na odwołanie dokumenty, tj. odpis z KRS i księga rejestrowa. Co więcej, z treści § 4 ust. 5 Statutu Wojewódzkiego Centrum Psychiatrii Długoterminowej (zamieszczonego na stronie internetowej Zamawiającego) wynika, że celem zakładu opiekuńczo-leczniczego jest świadczenie usług polegających na pielęgnacji i dla opiekuńczo-leczniczych rehabilitacji niezbędnej podtrzymania bądź poprawienia stanu zdrowia osób przewlekle chorych. Kompleksowe usługi są świadczone zgodnie z przyjętym planem pielęgnacji chorego w sposób całościowy i ciągły oraz z aktualnie dostępną wiedzą medyczną. W szczególności będą to świadczenia medyczne w zakresie: pielęgnacji chorych, psychiatrii, psychoterapii, psychoedukacji w chorobach psychicznych, terapii zajęciowej, rehabilitacji (…), współpracy z podmiotami wykonującymi działalność leczniczą, lekarzami, pielęgniarkami rodzinnymi oraz instytucjami opieki społecznej w celu zorganizowania wszechstronnej opieki nad pacjentem oraz ustalenia możliwości i terminu przekazania chorego ponownie do opieki medycznej i socjalnej w miejscu zamieszkania.

Brak było więc podstaw do uznania, że roboty budowlane związane z przebudową i rozbudową istniejącego budynku na Zakład Opiekuńczo-Leczniczy o profilu psychiatrycznym mogą korzystać z preferencyjnej stawki opodatkowania, bowiem w przedmiotowej sytuacji nie znajdą zastosowania przepisy art. 41 ust. 12a ustawy o VAT. W rezultacie należy stwierdzić, że budynek Zakładu Opiekuńczo-Leczniczego o profilu psychiatrycznym, jest budynkiem, objętym według PKOB symbolem 1264, to roboty

budowlanego polegające na przybudowie i rozbudowie podlegają opodatkowaniu podstawową stawką podatku VAT, tj. 23%, zgodnie z art. 41 ust. 1 w związku z art. 146a pkt 1 ustawy o VAT.

Odnośnie możliwości zastosowania w przedmiotowym postępowaniu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, dostrzeżenia wymaga, że regulacja ta może służyć „poprawieniu błędów" oferty tylko w takim zakresie, w jakim błędy te nie będą wpływały na zasadniczą, istotną treść oferty. Słusznie zauważył w odwołaniu oraz na rozprawie Odwołujący, że art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w przypadku zastosowania nieprawidłowej stawki podatku VAT może być użyty jeżeli nie pozostawia się wykonawcom żadnych wątpliwości odnośnie tego, jaka stawka podatku VAT winna być przez nich zastosowana w danej sprawie. W przedmiotowej sprawie natomiast opinia w zakresie prawidłowości zastosowania stawki była na tyle niejednolita, że to ostatecznie skład orzekający Izby musiał rozstrzygnąć, która stawka jest właściwa, a tym samym przyjęcie stawki, którą uznano za nieprawidłową trzeba traktować jak błąd nienaprawialny w trybie art. 87 ustawy Pzp. Dlatego też artykuł ten nie może być do żadnej z ofert biorących udział w postępowaniu zastosowany.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie oraz orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i ust. 10 ustawy Pzp, a także w oparciu o § 5 ust. 2 pkt 2 i § 5 ust 4 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), tj. stosownie do wyniku postępowania, przyznając koszty postępowania Stronie Odwołującej.

Przewodniczący: