Sygn. akt: KIO 2822/12
Sygn. akt: KIO 2864/12

WYROK
z dnia 18 stycznia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Bartczak-śuraw
Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 stycznia 2013 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 19 grudnia 2012 r. przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego CHEMOBUDOWA - KRAKÓW S.A, 30 - 705 Kraków, ul. Klimeckiego 24 (sygn. akt KIO 2822/12)**

B. w dniu 24 grudnia 2012 r. przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Robót Budowlanych i Transportowych "CECHINI" S..... J…….. C……..... Sp. j, 33 – 380 Krynica – Zdrój, ul. Pułaskiego 29 (sygn. akt KIO 2864/12)**

w postępowaniu prowadzonym przez **Zespół Szkół Ponadgimnazjalnych - Małopolska Szkoła Gościnności w Myślenicach, 32 – 400 Myślenice, ul. Zdrojowa 18**

---

orzeka:
A. w sprawie o sygn. akt KIO 2822/12:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża **Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego CHEMOBUDOWA - KRAKÓW S.A, 30 - 705 Kraków, Ul. Klimeckiego 24** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego CHEMOBUDOWA - KRAKÓW S.A, 30 - 705 Kraków, Ul. Klimeckiego 24,** tytułem wpisu od odwołania,

B. w sprawie o sygn. akt KIO 2864/12:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża **Przedsiębiorstwo Robót Budowlanych i Transportowych "CECHINI" S…….. i J……. C…… Sp. j, 33 – 380 Krynica – Zdrój, Ul. Pułaskiego 29** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Przedsiębiorstwo Robót Budowlanych i Transportowych "CECHINI" S…….. i J……... C……. Sp. j, 33 – 380 Krynica – Zdrój, ul. Pułaskiego 29** 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. Nr 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 **Krakowie.**

Przewodniczący: ……..

Sygn. akt: KIO 2822/12
Sygn. akt: KIO 2864/12

Uzasadnienie

Zespół Szkół Ponadgimnazjalnych - Małopolska Szkoła Gościnności w Myślenicach, 32-400 Myślenice, ul. Zdrojowa 18 (dalej "Zamawiający") prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) (dalej „ustawa Pzp") pn. „Modernizacja budynków Zespołu Szkół Ponadgimnazjalnych - Małopolska Szkoła Gościnności w Myślenicach", Etap I: Adaptacja budynku Internatu i kotłowni do potrzeb kształcenia. Modernizacja Stacji Transformatorowej". Wartość przedmiotowego zamówienia na roboty budowlane oszacowano na kwotę mniejszą niż wyrażona w złotych równowartość kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 29 października 2012 r. pod nr 229103-2012.

Sygn. akt KIO 2822/12

W dniu 19 grudnia 2012 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Chemobudowa - Kraków S.A. ul. Klimeckiego 24, 30-705 Kraków (dalej „Odwołujący Chemobudowa-Kraków") od niezgodnej z prawem czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego Chemobudowa – Kraków i unieważnieniu przetargu.

Zamawiającemu zarzucano:
1. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp,
2. naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp,
3.. naruszenie art. 7 ustawy Pzp,

Wobec wyżej opisanych zarzutów Odwołujący Chemobudowa – Kraków wnosił o:
1. uwzględnienie niniejszego odwołania w całości,
2. unieważnienie czynności unieważnienia postępowania,

3. unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego Chemobudowa – Kraków,
4. ponowną ocenę ofert, i
5. wybór oferty Odwołującego Chemobudowa – Kraków jako najkorzystniejszej spośród ofert uznanych za oferty ważne.

Odwołujący Chemobudowa – Kraków wskazywał, iż posiada interes prawny w złożeniu odwołania, bowiem uwzględnienie ww. zarzutów spowoduje wybór oferty Odwołującego Chemobudowa – Kraków jako oferty najkorzystniejszej z uwagi na fakt, iż oferta Odwołującego Chemobudowa – Kraków została sklasyfikowana na pierwszym miejscu pod względem kryterium wyboru ofert.

Ustawowy termin na wniesienie niniejszego odwołania został dotrzymany - Odwołujący Chemobudowa – Kraków uzyskał informację od Zamawiającego o czynnościach zaskarżonych niniejszym odwołaniem w dniu 14 grudnia 2012 r.

W uzasadnieniu Odwołujący Chemobudowa – Kraków wskazywał, że w dniu 14 grudnia 2012 r. Zamawiający przesłał do Odwołującego Chemobudowa – Kraków informację o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Jako przyczynę odrzucenia odwołania Zamawiający wskazał błąd w obliczeniu ceny w zakresie podatku VAT dla robót wykonywanych w internacie. Zdaniem Zamawiającego zastosowana przez Odwołującego Chemobudowa – Kraków stawka VAT w wysokości 23 % jest błędna z uwagi na dokonaną przez Urząd Statystyczny w Łodzi klasyfikację.

Zdaniem Odwołującego Chemobudowa – Kraków zastosowana przez niego stawka 23 % jest prawidłowa. Zgodnie bowiem z brzmieniem art. 41 ust. 1 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz.U, nr 177 z 2011 r. poz. 1054 z późn. zm.) podstawowa stawka podatku VAT wynosi 23%. Na zasadzie wyjątku określonego w art. 41 ust. 12 tej ustawy, obniżoną stawkę podatku VAT do 8% stosuje się do dostawy, budowy, remontu, modernizacji, termomodernizacji lub przebudowy obiektów budowlanych lub ich części zaliczonych do budownictwa objętego społecznym programem mieszkaniowym. Przez budownictwo objęte społecznym programem mieszkaniowym - zgodnie z art. 41 ust. 12a ustawy - 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 limitu

powierzchni określonego w art. 41 ust. 12b ustawy. Natomiast zgodnie z art. 2 pkt 12 ustawy, przez obiekty budownictwa mieszkaniowego rozumie się budynki mieszkalne stałego zamieszkania sklasyfikowane w Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych w dziale 11.

Jak wynika z powyższego preferencyjna stawka podatku VAT dotyczy wyłącznie remontu obiektów budowlanych dających się zakwalifikować wg Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych do obiektów wymienionych powyżej (tj. PKOB 11, PKOB 12 ale tylko lokale mieszkalne i PKOB 1264).

Drugą przesłanką, która decyduje o stawce podatku VAT przynależnej do wykonywanej usługi, są postanowienia umowne określające przedmiot umowy, tzn. czy przedmiotem robót jest budynek jako całość, czy poszczególne jego części z określeniem powierzchni mieszkalnych i odrębnie powierzchni niemieszkalnych.

W przedmiotowej sprawie przedmiot umowy został przez Zamawiającego określony w sposób następujący: Modernizacja budynków Zespołu Szkół Ponadgimnazjalnych - Małopolska Szkoła Gościnności w Myślenicach. Etap I Adaptacja budynku Internatu i kotłowni dla potrzeb kształcenia, modernizacja stacji transformatorowej. Odwołujący Chemobudowa - Kraków, na podstawie otrzymanej dokumentacji ustalił, że Zespół Szkół Ponadgimnazjalnych składa się z kompleksu obiektów budowlanych przylegających do siebie i połączonych wewnętrznymi przejściami. Gdyby poszczególne budynki składające się na Zespół Szkół Ponadgimnazjalnych stanowiły pojedyncze obiekty budowlane, a nie kompleks połączonych budynków i gdyby Zamawiający określił zakres robót oddzielnie dla każdego budynku, wówczas Wykonawca mógłby zastosować obniżoną stawkę podatku VAT do robót wykonywanych w budynku spełniającym przytoczone wyżej warunki kwalifikujące do obiektów budowlanych zaliczonych do budownictwa objętego społecznym programem mieszkaniowym. Jednak z uwagi na to, że przedmiotowe budynki (w tym budynek Internatu) nie stanowią pojedynczych obiektów budowlanych, nie mogą być kwalifikowane odrębnie w ramach Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych. Taki stan rzeczy został potwierdzony przez Urząd Statystyczny w Łodzi, ; który na wniosek Zamawiającego wydał interpretację z dnia 5 grudnia 2012 r. znak OKN-5672/OB.-3806/2012, w której stwierdził: „...W przypadku, kiedy części budynku przylegają do siebie i połączone są wewnętrznymi przejściami oraz użytkowane przez jednego właściciela, nie można zgodnie z powyższym klasyfikować ich odrębnie".

Wskazać należy ponadto, że w Objaśnieniach wstępnych do Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych (Dz.U. nr 112 poz.1316) czytamy: „... W przypadku kompleksowych

obiektów budowlanych, składających się z kilku budynków, każdy budynek powinien być klasyfikowany jako samodzielna jednostka. Jeśli, na przykład, szkoła ogólnokształcąca składa się z budynku szkolnego i internatu, budynek szkolny powinien być klasyfikowany w 1263, a internat w pozycji 1130. Jednakże, w przypadku, gdy nie posiadamy szczegółowych informacji na temat klasyfikowanego kompleksu, całość klasyfikowana jest w pozycji 1263 zgodnie z główną funkcją jaką pełni szkoła w przykładowym kompleksie obiektów budowlanych".

Zgodnie z powyższymi wyjaśnieniami Odwołujący Chemobudowa – Kraków zakwalifikował obiekty budowlane, w których będą wykonywane roboty budowlane, do pozycji 1263 wg Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych. Obiekty budowlane o symbolu PKOB 1263 nie korzystają z obniżonej stawki podatku VAT. Właściwą stawką jest stawka podstawowa, tj. 23%.

Jednocześnie zwrócić należy uwagę, że zgodnie z przedmiotem zamówienia określonym przez Zamawiającego budynek Internatu ma być zaadaptowany do potrzeb kształcenia, a nie na cele mieszkaniowe, a zgodnie z przytoczonymi na wstępie przepisami, z preferencyjnej stawki VAT korzystają jedynie obiekty budowlane przeznaczone na cele mieszkaniowe. Obiekty przeznaczone na cele kształcenia nie korzystają z obniżonej stawki VAT. Za stwierdzeniem, iż mamy do czynienia z obiektem niemieszkalnym przemawia również zestawienie powierzchni użytkowej obiektu z którego wynika, iż na pomieszczenia niemieszkalne przewidziano zdecydowanie powyżej 50% powierzchni użytkowej obiektu.

W świetle powyższego uznać należy, iż Odwołujący Chemobudowa – Kraków zastosował prawidłową stawkę podatku VAT w wysokości 23%.

Należy także nadmienić, że zgodnie z art. 14b Ordynacji podatkowej, Wykonawca może wystąpić z wnioskiem do Ministra Finansów o pisemną interpretację przepisów prawa podatkowego. Gdyby stanowisko Wykonawcy okazało się błędne i zastosował zawyżoną stawkę podatku VAT, istnieje możliwość jej skorygowania poprzez wystawienie faktur VAT korygujących.

Podkreślenia wymaga również fakt, iż w odpowiedzi na pytanie jednego z oferentów o wysokość stawki podatku VAT w nin. postępowaniu, Zamawiający udzielił w dniu 22 listopada 2012 roku następującej odpowiedzi: „Jednocześnie Zamawiający informuje, że nie posiada uprawnień do wykładni wysokości obowiązującego podatku VAT, natomiast zabezpieczył środki finansowe na pokrycie podatku VAT w wysokości 23%".

Mając na uwadze powyższe okoliczności uznać należy, iż odrzucenie oferty Odwołującego Chemobudowa – Kraków było nieuprawnione, a co za tym idzie, również unieważnienie postępowania przetargowego uznać należy za niezgodne z prawem.

Mając na uwadze powyższe zdaniem Odwołującego Chemobudowa – Kraków niniejsze odwołanie uznać należy za uzasadnione i konieczne.

Kopia odwołania została przekazana 19 grudnia 2012 r.

Dnia 20 grudnia 2012 r. Zamawiający wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym i przekazał kopię odwołania.

Dnia 21 grudnia 2012 r. wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej drogą elektroniczną za pośrednictwem platformy ePUAP zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcy Instal Kraków S.A., 30 – 732 Kraków, ul. K. Brandla 1. Dnia 24 grudnia 2012 r. zgłoszenie przystąpienia wpłynęło w formie pisemnej. Zgłaszający przystąpienie wskazywał, że posiada interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego, gdyż podtrzymanie decyzji o unieważnieniu postępowania pozwoli mu na ponowne ubieganie się o przedmiotowe zamówienie.

Sygn. akt: KIO 2864/12

W dniu 24 grudnia 2012 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Przedsiębiorstwo Robót Budowlanych i Transportowych "CECHINI S…….. i J…….. C…… spółka jawna z siedzibą w Krynicy - Zdroju, 32-380 Krynica-Zdrój, ul. Pułaskiego 29 (dalej "Odwołujący Cechini") wobec czynności Zamawiającego polegających na odrzuceniu oferty Odwołującego Cechini i unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia, zarzucając Zamawiającemu:

1. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, poprzez niewłaściwe zastosowanie, wynikające z przyjęcia, iż oferta Odwołującego Cechini zawiera błąd w obliczeniu ceny,
2. naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, poprzez niewłaściwe zastosowanie,
3. naruszenie art. 7 w związku z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp polegające na niewyjaśnieniu ewentualnych wątpliwości co do zakresu robót, do których Odwołujący Cechini zastosował stawkę podatku od towarów i usług w wysokości 8 %.

Wskazując na powyższe zarzuty Odwołujący Cechini wnosił o:

1. nakazanie unieważnienia czynności Zamawiającego odrzucenia oferty Odwołującego Cechini,

2. nakazanie unieważnienia czynności Zamawiającego unieważnienia postępowania,
3. nakazanie Zamawiającemu powtórzenia oceny oferty Odwołującego Cechini z ewentualnym przeprowadzeniem czynności wyjaśniających dotyczących rodzaju robót, do których została zastosowana stawka 8 % podatku VAT,
4. nakazanie, przy ponownej ocenie ofert, wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert uznanych za ważne.

Ponadto wnosił o zasądzenie na rzecz Odwołującego Cechini kosztów postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Odwołujący Cechini wskazywał, że posiada interes prawny w złożeniu odwołania, bowiem jego uwzględnienie spowoduje wybór oferty Odwołującego Cechni jako najkorzystniejszej z uwagi na fakt, iż oferta Odwołującego Cechini została sklasyfikowana na pierwszym miejscu pod względem wyboru ofert nie podlegających odrzuceniu.

W uzasadnieniu Odwołujący Cechni podnosił, że w dniu 18 grudnia 2012 r. uzyskał informację o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Jako przyczynę odrzucenia Zamawiający wykazał błąd w obliczeniu ceny w zakresie podatku VAT dla robót wykonywanych w kotłowni. Zdaniem Zamawiającego zastosowana przez Odwołującego Cechini stawka VAT w wysokości 8% dotycząca robót budowlanych w budynku kotłowni jest błędna z uwagi na dokonaną przez Urząd Statystyczny w Łodzi klasyfikację takich obiektów do kategorii „Budynki przemysłowe", a zatem do obiektów, do których stosowana jest 23 % stawka podatku VAT.

Stanowisko to jest nieuzasadnione i wynika z niewłaściwej oceny treści złożonej oferty. Odwołujący Cechini dla wszystkich robót dotyczących budynku kotłowni zastosował 23% stawkę podatku VAT.

Sprawa zastosowanej przez Odwołującego Cechini stawki podatku VAT dla robót, jakie mają być realizowane w obu budynkach będących przedmiotem zamówienia, była na wniosek Zamawiającego wyjaśniana przez Odwołującego Cechini. W wyjaśnieniach tych podano wyraźnie, że „Budynek Internatu klasyfikowany jest w dziale 11, klasa 1130, a zatem ma do niego zastosowanie 8 % stawka podatku VAT. Dla części robót wykonywanych poza budynkiem Internatu przyjęliśmy 23 % stawkę podatku VAT. Zróżnicowanie stawek zostało wykazane w Załączniku nr 9 do SIWZ."

Załącznik nr 9 zawiera zbiorcze zestawienia poszczególnych rodzajów robót. Nie przewiduje on w swym układzie rozdziału na roboty w poszczególnych budynkach. Z tego

powodu wszelkie roboty budowlane, które dotyczą budynku kotłowni, zostały ujęte w pozycji nr I.10 „Technologia". W pozycji tej wycenione zostały roboty budowlane i instalacyjne dla budynku kotłowni. Zastosowana została do nich 23 % stawka podatku VAT - zgodnie z klasyfikacją i przeznaczeniem tego budynku.

Natomiast dla robót budowlanych i instalacyjnych wykonywanych w budynku internatu została zastosowana stawka podatku VAT w wysokości 8%.

Budynek kotłowni wg opisu przedmiotu zamówienia po przebudowie będzie pełnił funkcje dydaktyczne dla praktycznej nauki zawodu. Zgodnie z PKOB taki budynek należy sklasyfikować w grupie 126 klasy 1263 „Budynki szkół i instytucji badawczych" i tak też został sklasyfikowany.

Dokonana przez Odwołującego Cechini klasyfikacja każdego z budynków wg zasad klasyfikacji zawartych w Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych (Dz. U. nr 112 poz. 1316) z uwzględnieniem informacji udzielonej przez Zamawiającego, że budynek Internatu mieści się w grupie budynków mieszkalnych oznaczonych symbolem 113 jest poprawna, gdyż dla wszystkich robót remontowych (budowlanych, instalacyjnych itp.) wykonywanych w

budynku internatu, klasyfikowanego w pozycji - 1130 wg PKOB - zastosowano 8% stawkę podatku VAT, a do robót wykonywanych w budynku kotłowni klasyfikowanego - wg PKOB - w pozycji 1263 23% stawkę podatku VAT.

Jak podano wyżej w wyjaśnieniach złożonych na wniosek Zamawiającego Odwołujący Cechini podał wyraźnie, że do robót związanych z budynkiem kotłowni zastosowana została stawka podatku VAT - 23 %.

Jeśli pomimo tego Zamawiający miał wątpliwości, w jakiej pozycji załącznika nr 9 roboty te zostały wykazane, powinien się zwrócić o dodatkowe uszczegółowienia. Brak szczegółowej specyfikacji poszczególnych robót wynika z formy Załącznika nr 9 do SIWZ opracowanego przez Zamawiającego i obowiązującego Wykonawców składających oferty. Chcąc zachować układ tego załącznika, roboty dotyczące kotłowni zostały ujęte w pozycji nr I.10.

W wezwaniu do złożenia wyjaśnień dotyczących stawki podatku VAT Zamawiający wnosił o podanie podstawy zróżnicowania stawek tego podatku. Nie wzywał Odwołującego Cechini do przedstawienia bardziej szczegółowego zestawienia robót niż określone w Załączniku nr 9 do SIWZ. Stąd też Odwołujący Cechini skupił się na analizie przepisów PKOB w powiązaniu z przepisami ustawy o podatku od towarów i usług. Jednocześnie złożył

jednoznaczne oświadczenie, iż „Dla części robót wykonywanych poza budynkiem Internatu przyjęliśmy 23 % stawkę podatku VAT".

Wskazując na przytoczone wyżej okoliczności, Odwołujący Cechini uważał, że ocena jego oferty dokonana przez Zamawiającego, iż do robót budowlanych w budynku kotłowni zastosował 8 % stawkę podatku VAT, i w konsekwencji jej odrzucenie, jest niewłaściwa. Skutkiem tej oceny jest kolejna naruszająca przepisy ustawy Pzp czynność Zamawiającego - unieważnienie postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego.

W związku w powyższym stanem faktycznym podjęte przez Zamawiającego czynności zaskarżone przez Odwołującego Cechini należy uznać za czynności podjęte z naruszeniem przepisów ustawy Pzp. Wnosił więc o ich uchylenie i nakazanie powtórzenia czynności oceny ofert z ewentualnym przeprowadzeniem czynności polegających na złożeniu dodatkowych, bardziej szczegółowych wyjaśnień dotyczących robót w budynku kotłowni.

Zamawiający otrzymał kopię odwołania 21 grudnia 2012 r.

Zamawiający w dniu 21 grudnia 2012 r. wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym i przekazał kopię odwołania.

Do postępowania odwoławczego nikt nie przystąpił.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska Stron przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Sygn. akt KIO 2822/12
Sygn. akt KIO 2864/12

Izba ustaliła następujący stan faktyczny.

Przedmiotem zamówienia są roboty budowlane polegające na modernizacji obiektu internatu i kotłowni, zagospodarowaniu terenu oraz modernizacji stacji trafo. W zakresie modernizacji obiektu internatu i kotłowni wskazano, że po przebudowie obiekt będzie pełnił funkcję dydaktyczną oraz internatu. W ramach dydaktyki powstać miały 2 sale technologii gastronomicznej, kuchnia internatu, pracownie praktycznej nauki zawodów, pracownie dydaktyczne oraz całe zaplecze gastronomiczne wraz z pełnym wyposażeniem technologii gastronomicznej. Zamawiający określił cenę jako ryczałtową brutto (razem z podatkiem VAT). Nie wymagał załączenia kosztorysów, a jedynie Załącznika nr 9 „Materiały

pomocnicze do ustalenia kosztów inwestycji pn.”Modernizacja budynków Zespołu Szkół Ponadgimnazjalnych – Małopolska Szkoła Gościnności w Myślenicach” Etap I: Adaptacja budynku Internatu i kotłowni do potrzeb kształcenia, Modernizacja stacji transformatorowej” o wzorze ustalonym przez Zamawiającego. Zamawiający nie określił stawki podatku VAT wiążącej wykonawców. W odpowiedzi na pytanie wykonawcy, czy na całe zamówienie obowiązuje podatek VAT 23%, w wyjaśnieniach z 22 listopada 2012 r. Zamawiający wskazał, iż nie posiada uprawnień do wykładni wysokości obowiązującego podatku VAT, natomiast zabezpieczył środki finansowe na pokrycie podatku VAT w wysokości 23%. W odpowiedzi na kolejne pytania wykonawców, tj. czy budynek należy klasyfikować wg PKOB 113 jako budynek zamieszkania zbiorowego oraz o podanie całkowitej powierzchni użytkowej budynku oraz całkowitej powierzchni użytkowej wykorzystywanej do celów mieszkalnych, Zamawiający wyjaśniał:

„Dokumentacja projektowa dotyczy budynku internatu i kotłowni. Zgodnie z klasyfikacją PKOB budynek Internatu zawarty jest w grupie budynków mieszkalnych z symbolem 113. Jednakże bez potwierdzenia przez GUS przynależności do grupy 113 Zamawiający nie może udzielić jednoznacznej odpowiedzi czy budynek Internetu zaliczyć do tej grupy, z uwagi na fakt, iż jest on połączony z budynkiem szkoły i budynkiem kotłowni”.

„Zamawiający informuje, iż dokumentacja projektowa pn. Przebudowa i rozbudowa istniejącego obiektu internatu wraz z salami dydaktycznymi oraz kotłowni zawiera informacje dotyczące:

- powierzchni użytkowej objętej remontem,
- powierzchni nie objętej remontem (poza opracowaniem, wg rysunków),

które pozwalają na określenie całkowitej powierzchni użytkowej budynku. Opisy i nazwy poszczególnych pomieszczeń wskazują na ich funkcje.”

Zamawiający pismem z 28 listopada 2012 r. (po terminie składania ofert) zwrócił się z wnioskiem do Urzędu Statystycznego w Łodzi o nadanie symbolu klasyfikacyjnego. Pismem z 5 grudnia 2012 r. Urząd Statystyczny w Łodzi wskazał, że w oparciu o przedstawiony opis, wymienione w piśmie budynki należy klasyfikować w grupowaniach:

- budynek szkoły z łącznikami; zaadaptowany na cele dydaktyczne budynek starej kotłowni, w którym przeważająca część powierzchni użytkowej (powyżej 50% całkowitej powierzchni użytkowej budynku) wykorzystana jest na pracownie praktycznej nauki zawodu – PKOB grupa 126 klasa 1263 „Budynki szkół i instytucji badawczych”;
- budynek internatu (którego przeważająca część powierzchni użytkowej przeznaczona jest na cele mieszkalne) PKOB grupa 113 klasa 1130 „Budynki zbiorowego zamieszkania”;

- budynek, w którym przeważająca część powierzchni użytkowej wykorzystywana jest jako kotłownia lokalna PKOB grupa 125 klasa 1251 „Budynki przemysłowe”.

Odwołujący Chemobudowa - Kraków złożył ofertę na kwotę brutto 9 499 566,75 zł (netto – 7 723 225 zł), wskazując w formularzu ofertowym jednolitą stawkę podatku VAT 23%. W Załączniku nr 9 „Materiały pomocnicze do ustalenia kosztów inwestycji pn.”Modernizacja budynków Zespołu Szkół Ponadgimnazjalnych – Małopolska Szkoła Gościnności w Myślenicach” Etap I: Adaptacja budynku Internatu i kotłowni do potrzeb kształcenia, Modernizacja stacji transformatorowej” podał analogiczną stawkę podatku VAT.

Odwołujący Cechini złożył ofertę o wartości brutto 9 862 913,05 zł (netto – 8 840 857,28 zł), gdzie w formularzu ofertowym wskazał na zastosowanie dwóch stawek podatku VAT: 8% i 23%. Z formularza ofertowego nie wynikało, w jakim zakresie realizację zamówienia objęto każdą z tych stawek. Załącznik nr 9 „Materiały pomocnicze do ustalenia kosztów inwestycji pn. ”Modernizacja budynków Zespołu Szkół Ponadgimnazjalnych – Małopolska Szkoła Gościnności w Myślenicach” Etap I: Adaptacja budynku Internatu i kotłowni do potrzeb kształcenia, Modernizacja stacji transformatorowej” w ofercie Odwołującego Cechini podawał w pkt I.1 „Roboty budowlane” cenę netto i brutto, z której wynikało, że zastosowano stawkę podatku VAT 8%. Podobnie w pkt od I.2. do I.8. W pkt I.10 „Technologia” podano cenę netto i brutto, z której wynikało, iż zastosowano stawkę podatku VAT 23%. Ceny podane w tej pozycji to: netto – 1 036 263 zł, brutto – 1 274 603,49 zł.

Pismem z dnia 10 grudnia 2012 r. Zamawiający wezwał Odwołującego Cechini w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp do wyjaśnienia w zakresie zastosowanej 8% stawki podatku VAT dla robót planowanych do wykonania w internacie i kotłowni. Zapytywał również, czy

Odwołujący Cechini jest w posiadaniu indywidualnej decyzji podatkowej w przedmiotowym zakresie. Wyznaczył termin do 12 grudnia 2012 r. do godziny 14.00.

Odwołujący Cechini pismem z 12 grudnia 2012 r. przedstawił wyjaśnienia.

W dniu 14 grudnia 2012 r. Zamawiający poinformował wykonawców o odrzuceniu ofert i unieważnieniu postępowania z uwagi na brak ofert niepodlegających odrzuceniu (art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp). Zamawiający uznał bowiem, iż wszystkie złożone w postępowaniu oferty (16) podlegają odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp jako obarczone błędem w obliczeniu ceny z uwagi na wadliwie zastosowaną stawkę podatku VAT. Wobec 15 ofert, w tym Odwołującego Chemobudowa - Kraków, Zamawiający ustalił, iż wadliwość dotyczy stawki podatku VAT w zakresie robót budowlanych w budynku internatu – wykonawcy przewidzieli 23 %, podczas gdy zdaniem Zamawiającego stawka powinna wynosić 8%. Zgodnie z klasyfikacją dokonaną przez Urząd Statystyczny w Łodzi budynek internatu należało zakwalifikować do grupy 113 klasa 1130 „Budynki zbiorowego

zamieszkania" (którego przeważająca część powierzchni użytkowej przeznaczona jest na cele mieszkalne). Oferta Odwołującego Cechini została odrzucona z uwagi na błędną stawkę podatku VAT dla robót wykonywanych w kotłowni – zdaniem Zamawiającego wykonawca przewidział stawkę 8%, podczas gdy należało zastosować 23 %, stosownie do klasyfikacji dokonanej przez Urząd Statystyczny w Łodzi PKOB grupa 125 klasa 1251 „Budynki przemysłowe" i PKOB grupa 126 klasa 1263 „Budynki szkół i instytucji badawczych". Informacja została przekazana faksem oraz nadana pocztą. Odwołujący Cechini nie otrzymał pisma przesłanego faksem, gdyż Zamawiający przesłał pismo na niewłaściwy numer faksu (innego wykonawcy). Informację przekazaną pocztą (nadaną 14 grudnia 2012 r.) otrzymał 18 grudnia 2012 r.

Biorąc pod uwagę powyższy stan faktyczny, Izba zważyła, co następuje.

Izba ustaliła, że nie zostały spełnione przesłanki odrzucenia żadnego z odwołań określone w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, odwołania nie zawierają braków formalnych oraz uiszczono od nich wpis.

Izba ustaliła, że zarówno Odwołujący Chemobudowa - Kraków, jak i Odwołujący Cechini spełniają określone art. 179 ust. 1 ustawy Pzp warunkujące dopuszczalność wniesienia odwołania. Odwołujący Chemobudowa – Kraków złożył najtańszą ofertę w postępowaniu (jedyne kryterium – cena). Potwierdzenie się zarzutów zawartych w odwołaniu daje mu zatem możliwość uzyskania zamówienia. Z kolei Odwołujący Cechini także złożył ofertę w postępowaniu, która została odrzucona. Wobec faktu odrzucenia wszystkich pozostałych ofert i ze względu na brak możliwości przewidzenia, czy którykolwiek z wykonawców odwoła się od decyzji Zamawiającego, Odwołujący Cechini miał potencjalną możliwość uzyskania zamówienia w przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania. Dodatkowo jako że był jedynym wykonawcą, którego oferta została odrzucona z powołaniem się na inne uzasadnienie niż w odniesieniu do pozostałych 15 wykonawców, nawet złożenie odwołania przez innego wykonawcę, nie pozbawiało go szans na uzyskanie zamówienia w przypadku oddalenia takiego odwołania.

Izba nie uznała skuteczności przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcy Instal Kraków S.A., 30 – 732 Kraków, ul. K. Brandla 1 w sprawie o sygn. akt KIO 2822/12, uwzględniając w tym zakresie opozycję Odwołującego Chemobudowa – Kraków. Izba uznała za zasadną argumentację Odwołującego Chemobudowa – Kraków, iż interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego musi odnosić się do przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Choć nie jest on tożsamy z interesem w uzyskaniu danego zamówienia, którym należy się wykazać przy wniesieniu odwołania, winien jednak być związany z postępowaniem objętym

odwołaniem. Oddalenie odwołania musi zatem oddziaływać na pozycję zgłaszającego przystąpienie w ramach prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia. Oferta zgłaszającego przystąpienie została odrzucona z tej samej przyczyny co oferta Odwołującego Chemobudowa – Kraków. Oddalenie odwołania potwierdzi zatem jej wadliwość. Zgłaszający przystąpienie nie może opierać interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje – Zamawiającego - jedynie na możliwości

uczestnictwa w kolejnym postępowaniu, jakie zapewne zostanie ogłoszone w związku z unieważnieniem dotychczasowego postępowania przetargowego, gdyż pozostaje to bez związku z jego pozycją w przetargu objętym postępowaniem odwoławczym.

Na podstawie zgromadzonego materiału dowodowego, Izba uznała, że odwołania nie zasługują na uwzględnienie.

Izba zauważa, iż błąd w obliczeniu ceny oferty ma miejsce wtedy, gdy wykonawca oblicza cenę oferty inaczej, niż zostało to ustalone przez Zamawiającego. Postulat równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji zawarty w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp wymaga od Zamawiającego dokonywania czynności w postępowaniu wyłącznie według reguł wynikających z postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Sąd Najwyższy w uchwale z 20 października 2011 r. (sygn. akt III CZP 52/11), rozstrzygając zagadnienie prawne dotyczące wykładni art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp przedstawione w trybie art. 390 § 1 Kpc przez Sąd Okręgowy w Koninie, w sprawie ze skargi Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 marca 2011 r. (sygn. akt KIO 313/11), uznał, że określenie ceny ofertowej z zastosowaniem nieprawidłowej stawki podatku VAT stanowi błąd w obliczeniu ceny, jeżeli brak jest ustawowych przesłanek omyłki (art. 89 ust. 1 pkt 6 w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp). Analogiczne stanowisko prawne Sąd Najwyższy zajął również w uchwale z 20 października 2011 r. (sygn. akt III CZP 53/11). Sąd Najwyższy potwierdził zatem konieczność weryfikacji prawidłowości stawki VAT oraz dopuszczalność odrzucenia oferty, która zawiera nieprawidłową stawkę VAT jako obarczoną błędem w obliczeniu ceny. Tym samym nie budzi już wątpliwości, że stawka VAT objęta jest zakresem sposobu obliczenia ceny, który z kolei podlega weryfikacji przez Zamawiającego w ramach procedury badania i oceny ofert. Błąd w stawce podatku VAT skutkuje zatem koniecznością odrzucenia oferty, o ile nie zachodzą ustawowe przesłanki poprawienia omyłki, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy, Izba stwierdza, co następuje.

Sygn. akt KIO 2822/12

W zakresie odwołania o sygn. akt KIO 2822/12 nie potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp poprzez wadliwe ustalenie, że Odwołujący Chemobudowa – Kraków zastosował niewłaściwą stawkę podatku VAT dla robót wykonywanych w internacie – 23% w miejsce 8%. Odwołujący Chemobudowa – Kraków argumentował, że w niniejszej sprawie ustalił, iż przedmiot umowy składa się z kompleksu budynków przylegających do siebie i połączonych wewnętrznymi przejściami. Gdyby poszczególne budynki składające się na Zespół Szkół Ponadgimnazjalnych stanowiły pojedyncze obiekty budowlane, a nie kompleks połączonych budynków i gdyby Zamawiający określił zakres robót oddzielnie dla każdego budynku, wówczas wykonawca mógłby zastosować obniżoną stawkę podatku VAT do robót w budynku spełniającym warunki kwalifikujące do obiektów budowlanych zaliczonych do budownictwa objętego społecznym programem mieszkaniowym – tu: grupa 113 klasa 1130 PKOB. Przedmiotem sporu między Stronami jest zatem nie tyle możliwość objęcia stawką preferencyjną robót wykonywanych w budynku internatu, gdyby zaliczyć go do ww. grupowania wg PKOB, co dopuszczalność odrębnej klasyfikacji budynków wchodzących w skład kompleksu budynków Zespołu Szkół Ponadgimnazjalnych z uwagi na ich połączenie, jak również z uwagi na sposób sformułowania przedmiotu umowy. Ponadto zdaniem Odwołującego Chemobudowa – Kraków zgodnie z przedmiotem zamówienia określonym przez Zamawiającego budynek internatu ma być przeznaczony na cele kształcenia, a z preferencyjnej stawki korzystają tylko obiekty budowlane przeznaczone na cele mieszkaniowe. W opinii Odwołującego Chemobudowa – Kraków także zestawienie powierzchni użytkowej, z którego wynika, że na pomieszczenia niemieszkalne przeznaczono zdecydowanie powyżej 50% powierzchni użytkowej obiektu, przemawia przeciwko możliwości stosowania stawki preferencyjnej.

Zdaniem Izby ze słusznością powyższej argumentacji nie sposób się zgodzić. Okoliczność, że Zespół Szkół Ponadgimnazjalnych składa się z kompleksu budynków, jak również sposób określenia przedmiotu umowy, nie może decydować o zasadach klasyfikacji

budynku w ramach PKOB, ani właściwej stawce podatku VAT. Zauważyć należy, iż Zamawiający zwrócił się do Urzędu Statystycznego w Łodzi z wnioskiem o nadanie symbolu klasyfikacyjnego dla budynków składających się na Zespół Szkół Ponadgimnazjalnych, które to budynki będą przedmiotem modernizacji. We wniosku szczegółowo przedstawił charakterystykę budynków. Podał, że budynki szkoły, internatu i kotłowni są połączone oraz korzystają z jednej kotłowni centralnego ogrzewania i stacji transformatorowej, mają wspólną sieć wodną i kanalizacyjną (jeden licznik) oraz instalację gazową (jeden licznik). Wskazywał także, że w internacie znajdują się pokoje przeznaczone do zamieszkania przez uczniów,

wspólne kuchenki do korzystania przez nich i inne pomieszczenia służące uczniom mieszkającym w internacie, mieszkania dla pracowników szkoły, sale dydaktyczne, pomieszczenia techniczno-gospodarcze, ciągi komunikacyjne oraz kuchnia wraz z zapleczem wytwarzająca posiłki dla uczniów i pracowników szkoły. Posiłki wydawane są w stołówce szkolnej mieszczącej się w łączniku nr 1 między budynkiem internatu a szkołą. Zamawiający podawał, że pomiędzy internatem a szkołą jest także drugi łącznik, w którym znajduje się sala konferencyjna z zapleczem. Opisał budynek szkoły. Wskazał ponadto, że obecnie w budynku „starej" kotłowni użytkowana jest tylko część pomieszczeń do potrzeb centralnego ogrzewania. Po planowanej modernizacji znajdą się tam również sale praktycznej nauki zawodu (pracownie dydaktyczne) wraz z zapleczem sanitarnym i ciągi komunikacyjne. Budynek starej kotłowni częściowo przylega do budynku internatu, a po modernizacji będzie również istniała możliwość przejścia z tego budynku do internatu. Zamawiający wyjaśniał, że z uwagi na wątpliwości związane z odpowiednim zakwalifikowaniem poszczególnych pomieszczeń do pomieszczeń przeznaczonych na cele mieszkaniowe, przedstawił dane dotyczące powierzchni użytkowej tych pomieszczeń w zależności od ich przeznaczenia. Podane przez niego wielkości powierzchni ustalił w oparciu o posiadaną dokumentację projektową dotyczącą modernizacji budynków. Wyjaśniał, że planowana modernizacja obejmuje m.in. adaptację na cele dydaktyczne części budynku internatu przeznaczonej obecnie do zamieszkania przez uczniów, a powierzchnia tych zmian to ok. 370m2. Podawał, że zaklasyfikowanie budynków do odpowiedniej grupy PKOB konieczne jest dla określenia prawidłowej stawki podatku VAT dla robót budowlano-montażowych związanych z modernizacją tych budynków. Z uwagi na fakt, ż budynki te nie stanowią odrębnych wolnostojących obiektów, samodzielne ich sklasyfikowanie przez Zamawiającego stwarza wiele trudności. Do wniosku załączono wizualizację budynków oraz wycinek mapy sytuacyjno-wysokościowej. Z powyższego wynika, że Zamawiający wnikliwie i rzetelnie opisał stan faktyczny będący podstawą dla ustalenia klasyfikacji budynków, w tym budynku internatu. Nie można zatem zgodzić się z twierdzeniem Odwołującego Chemobudowa – Kraków prezentowanym na rozprawie, iż z uzyskanych przez niego informacji telefonicznych wynika, że osoba sporządzająca odpowiedź na wniosek nie dysponowała pełnymi informacjami, co z kolei przełożyło się na wadliwość dokonanej klasyfikacji. Odwołujący Chemobudowa – Kraków nie poparł tego stanowiska żadnym dowodem, a treść wniosku przeczy jego ustaleniom. Nie sposób zgodzić się także z twierdzeniem jakoby pismo Urzędu Statystycznego w Łodzi potwierdzało słuszność argumentacji Odwołującego Chemobudowa – Kraków. Istotnie w piśmie tym znalazło się stwierdzenie, iż „(…) W przypadku, kiedy części budynku przylegają do siebie i połączone są wewnętrznymi przejściami oraz użytkowane przez jednego właściciela, nie można zgodnie z powyższym klasyfikować ich odrębnie". Odwołujący Chemobudowa – Kraków pomija jednak

okoliczność, iż Urząd Statystyczny w Łodzi, opierając się o szczegółowe dane podane przez Zamawiającego i opisane powyżej, dokonał odrębnej klasyfikacji poszczególnych budynków, uznając, iż możliwość taka zachodzi. Co więcej stanowisko Odwołującego Chemobudowa – Kraków nie jest też zgodne z cytowanym przez niego fragmentem Objaśnień wstępnych do Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych. Wskazano w nich bowiem jednoznacznie, iż w przypadku kompleksowych obiektów budowlanych, składających się z kilku budynków, każdy budynek powinien być klasyfikowany jako samodzielna jednostka. Jeśli, na przykład, szkoła ogólnokształcąca składa się z budynku szkolnego i internatu, budynek szkolny powinien być klasyfikowany w 1263, a internat w pozycji 1130. W przypadku, gdy brak

szczegółowych informacji na temat klasyfikowanego kompleksu, całość klasyfikowana jest w pozycji 1263 zgodnie z główną funkcją jaką pełni szkoła w przykładowym kompleksie obiektów budowlanych. W niniejszej sprawie wykonawcy posiadali wystarczająco szczegółowe informacje, aby dokonać odrębnej klasyfikacji każdego z budynków tak, jak to uczynił Urząd Statystyczny w Łodzi.

Izba nie podziela także poglądu, aby to sposób określenia przez Zamawiającego przedmiotu umowy decydował o stawce podatku VAT – czy przedmiotem robót jest budynek jako całość, czy poszczególne jego części z określeniem powierzchni mieszkalnych i odrębnie powierzchni niemieszkalnych. Dla ustalenia stawki podatku VAT istotne znaczenie ma przedmiot robót, a nie sposób określenia tego przedmiotu w umowie. Postanowienia umowne nie mają waloru kształtującego właściwą stawkę podatku VAT. Dla ustalenia prawidłowej stawki VAT istotne znaczenie miała zatem klasyfikacja modernizowanych budynków, a ta nie została przez Odwołującego Chemobudowa – Kraków przeprowadzona prawidłowo.

Podobnie nie można zgodzić się z twierdzeniem Odwołującego Chemobudowa – Kraków, jakoby w wyniku modernizacji zmieniała się funkcja internatu – miał być zaadaptowany na cele kształcenia, a takie budynki nie korzystają z preferencyjnej stawki podatku VAT. Należy zauważyć, iż jedynie niewielka część powierzchni budynku internatu podlegała zaadaptowaniu na cele dydaktyczne, pozostała część internatu utrzymywała dotychczasowe przeznaczenie.

Odwołujący Chemobudowa – Kraków twierdził także, że zestawienie powierzchni użytkowej obiektu przeznaczonej na cele niemieszkalne przekracza 50%, co w konsekwencji nie pozwala na objęcie go preferencyjną stawką. Powyższe stwierdzenie pozostaje w sprzeczności z wyliczeniem, które stało się podstawą klasyfikacji Urzędu Statystycznego w Łodzi opartym na danych przedstawionych przez Zamawiającego zgodnych z dokumentacją projektową. Odwołujący Chemobudowa – Kraków nie wykazał sprzeczności dokonanej

klasyfikacji z przekazanymi danymi ani nieprawidłowości przyporządkowania określonych powierzchni do funkcji mieszkalnych lub niemieszkalnych. W przedstawionym przez Odwołującego Chemobudowa – Kraków zestawieniu odmiennie ustalona została powierzchnia budynku ogółem (jest mniejsza niż w zestawieniu Zamawiającego), ponadto wydzielone zostały części wspólne. Odwołujący Chemobudowa – Kraków nie przedstawił żadnej przekonywającej argumentacji, z jakich względów dokonane przez niego wyliczenia są bardziej adekwatne niż te, które musiały być dokonane przez Urząd Statystyczny w Łodzi w oparciu o dane Zamawiającego wynikające z tej samej dokumentacji projektowej i które stały się podstawą dokonanej klasyfikacji.

Zdaniem Izby wyjaśnień Zamawiającego z 22 listopada 2012 r., w których wskazał on, iż zabezpieczył środki finansowe na pokrycie podatku VAT w stawce 23% nie można utożsamiać z określeniem wiążącej stawki podatku VAT. Równocześnie bowiem Zamawiający podał, że nie posiada uprawnień do wykładni wysokości obowiązującego podatku VAT. W kolejnych wyjaśnieniach odnoszących się do pytania wykonawcy, czy budynek należy klasyfikować wg PKOB 113 jako budynek zamieszkania zbiorowego (co oznaczałoby stawkę preferencyjną) wskazywał, że: „Zgodnie z klasyfikacją PKOB budynek Internatu zawarty jest w grupie budynków mieszkalnych z symbolem 113. Jednakże bez potwierdzenia przez GUS przynależności do grupy 113 Zamawiający nie może udzielić jednoznacznej odpowiedzi czy budynek Internatu zaliczyć do tej grupy, z uwagi na fakt, iż jest on połączony z budynkiem szkoły i budynkiem kotłowni". Nie podał także powierzchni budynku wykorzystywanej na cele mieszkalne i niemieszkalne, przesuwając na wykonawców ciężar i konsekwencje ustaleń w tym zakresie, ale i nie wyłączając możliwości takiej klasyfikacji budynku internatu, która pozwoliłaby na objęcie robót budowlanych tam wykonywanych stawką preferencyjną. Istotnie informacja o zabezpieczeniu środków finansowych na pokrycie VAT w stawce 23% choć mogła być przez wykonawców błędnie odczytana jako sugestia co do przyjętej przez Zamawiającego właściwej stawce podatku VAT dla przedmiotowego zamówienia, to w żadnym razie nie może być kwalifikowana jako określenie wiążącej stawki podatku VAT przez Zamawiającego. Nadal bowiem jest to jedynie informacja o kwocie zabezpieczonych środków. Skoro Zamawiający sam nie miał pewności

co do klasyfikacji budynku internatu, dokonał zabezpieczenia środków na pokrycie podatku VAT w stawce podstawowej.

Uwzględniając powyższe, zdaniem Izby Zamawiający nie naruszył art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Izba uznaje bowiem, że brak jest możliwości dokonania poprawienia stawki podatku VAT w ofercie Odwołującego Chemobudowa – Kraków w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Odwołujący Chemobudowa – Kraków przyjął bowiem stawkę jednolitą, uznając,

iż przedmiot modernizacji stanowi kompleks budynków i nie ma prawnej możliwości wydzielenia zakresu i wartości robót podlegających stawce preferencyjnej.

W konsekwencji Zamawiający nie dopuścił się także naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp ani art. 7 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 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).

Sygn. akt KIO 2864/12

W zakresie odwołania o sygn. akt KIO 2864/12 Izba uznała, iż zarzut Odwołującego Cechini, jakoby Zamawiający wadliwie ustalił, że dla robót wykonywanych w kotłowni przyjął on stawkę podatku VAT 8%, podczas gdy w rzeczywistości przyjęta przez niego stawka VAT to 23%, co wynika z treści wyjaśnień Odwołującego Cechini z 12 grudnia 2012 r. oraz Załącznika nr 9 zawartego w ofercie, nie potwierdził się.

Odwołujący Cechini, powołując się na treść wyjaśnień z 12 grudnia 2012 r. wskazywał, że 8% stawka podatku VAT została zastosowana tylko do robót wykonywanych w internacie. W wyjaśnieniach podano, iż: „Budynek Internatu klasyfikowany jest w dziale 11, klasa 1130, a zatem ma do niego zastosowanie 8% stawka podatku VAT. Dla części robót wykonywanych poza budynkiem Internatu przyjęliśmy 23% stawkę podatku VAT. Zróżnicowanie stawek zostało wykazane w Załączniku nr 9 do SIWZ".

Izba zauważa, że Odwołujący Cechini, uzasadniając swoje zarzuty, powołuje treść dokonanych przez siebie wyjaśnień jedynie wybiórczo. Należy wskazać, że Zamawiający pismem z 10 grudnia 2012 r. jednoznacznie zażądał wyjaśnień w zakresie zastosowanej 8% stawki podatku VAT dla robót planowanych do wykonania zarówno w internacie jak i kotłowni. Zamawiający w oparciu o dane zawarte w ofercie Odwołującego Cechini ustalił zatem, że zastosował on 8% stawkę podatku VAT zarówno do robót budowlanych przewidzianych w internacie, jak i kotłowni. Na powyższy wniosek wskazywała treść Załącznika nr 9 zawartego w ofercie Odwołującego Cechini, gdzie w pozycji I.1 „Roboty budowlane" zastosowano jednolitą 8% stawkę podatku VAT, pomimo że dotyczyć miały

zarówno internatu, jak i kotłowni. Z treści wyjaśnień z 12 grudnia 2012 r. zdaniem Izby wynika, że Odwołujący Cechini, wbrew stanowisku prezentowanemu w odwołaniu, nie dokonywał jednoznacznego oddzielenia budynku internatu i kotłowni. Odnosząc się do poczynionych przez siebie ustaleń w zakresie klasyfikacji budynku internatu, przedstawił obliczenia zarówno z uwzględnieniem budynku kotłowni (dołączonego raz do części mieszkalnej, raz do części niemieszkalnej), jak i bez takiego uwzględnienia. W każdym z tych przypadków spełniona była przesłanka procentowej przewagi powierzchni użytkowej przeznaczonej na cele mieszkalne, co decydowało o zaliczeniu budynku do PKOB klasa 1130 „Budynki zbiorowego zamieszkania". W konkluzji swoich ustaleń (str. 3 wyjaśnień) wskazał, że: „Wyniki przedstawionej wyżej analizy stosunku powierzchni budynku mieszkalnej do niemieszkalnej Internatu powodują, że budynek Internatu i kotłowni, zgodnie z PKOB należy zaklasyfikować jako: Budynki zbiorowego zamieszkania, w klasie

oznaczonej nr: 1130". W dalszej części wyjaśnień Odwołujący podawał:
„Zgodnie z treścią PKOB, służy ona potrzebom statystyki działalności budowlanej, sporządzania sprawozdań budowlanych, spisów budowli i mieszkań, statystyki cen obiektów budowlanych oraz rachunków narodowych. Ponadto klasyfikacja służy do klasyfikowania obiektów budowlanych. Może być ona stosowana w trakcie zmiany zastosowania, renowacji, wyburzania, modernizacji obiektu budowlanego.

Zakwalifikowanie budynku do określonego działu Polskiej Klasyfikacji obiektów budowlanych decyduje o właściwej stawce podatku od towarów i usług przy realizacji robót budowlanych w danym budynku. Dla budynku sklasyfikowanego wg PKOB w klasie 1130 właściwa jest 8 % stawka podatku VAT. Wynika to z przepisów ustawy o podatku od towarów i usług.

Zgodnie z przepisem art. 41 ust. 12 w związku z art. 41 ust. 2 oraz art. 146a pkt 2 ustawy o VAT, 8% stawka podatku od towarów i usług znajduje zastosowanie w odniesieniu do dostawy, budowy, remontu, modernizacji, termomodernizacji lub przebudowy obiektów budowlanych lub ich części zaliczanych do budownictwa objętego społecznym programem mieszkaniowym. Ustawa wprowadza szeroką definicję obiektów, odnosząc to pojęcie do całości działu 11 Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych i obejmując wszelkie budynki, jakie to grupowanie PKOB wyróżnia. W związku z tym, w przypadku czynności objętych normą przepisu art. 41 ust. 12, kluczowym elementem, pozwalającym prawidłowo określić stawkę podatku VAT jest rodzaj obiektu (budynku), w którym czynności te są wykonywane. Mając na uwadze powyższe przepisy preferencyjna stawka podatku w wysokości 8% ma zastosowanie do robót wykonywanych w bryle budynku (o ile będzie on sklasyfikowany wg PKOB w dziale 11), natomiast dla usług wykonywanych poza bryłą budynku zastosowanie ma podstawowa stawka podatku w wysokości 23%.

Budynek Internatu klasyfikowany jest w dziale 11 , klasa 1130, a zatem ma do niego zastosowanie 8 % stawka podatku VAT. Dla części robót wykonywanych poza budynkiem Internatu przyjęliśmy 23 % stawkę podatku VAT. Zróżnicowanie stawek zostało wykazane w Załączniku nr 9 do SIWZ.

Informujemy także, iż nie dysponujemy indywidualna opinią GUS lub izby skarbowej potwierdzającą klasyfikację budynku wg PKOB lub wysokość stawki podatku VAT. Przyjęliśmy stawkę podatku VAT w wysokości 8 %, jako właściwą dla części robót, w oparciu o przedstawioną wyżej analizę stanu faktycznego i prawnego.

Problem stawki podatku VAT, właściwej dla robót budowlanych wykonywanych w budynku sklasyfikowanego wg PKOB w klasie 1130 był przedmiotem Interpretacji Indywidualnej Dyrektora Izby Skarbowej w Bydgoszczy, sygn. ITPP1/443-840/12/BJ z dnia 19 września 2012 r. Treść tej interpretacji dostępna jest na stronie internetowej http://interpretacje-podatkowe.org/budowa/itpp1-443-840-12-bj.

Nasze stanowisko jest zgodne ze stanowiskiem wyrażonym w tej interpretacji".

W ocenie Izby z powyższego wynika, iż Odwołujący Cechini nie różnicował robót w budynku internatu i kotłowni, uznając je za roboty w bryle budynku (internatu). Izba nie dała wiary wyjaśnieniom Odwołującego Cechini prezentowanym na rozprawie, jakoby sformułowanie „w bryle budynku" odnosiło się stricte do budynku internatu, ale bez kotłowni. Sformułowanie „w bryle budynku" oznacza bowiem roboty wykonywane wewnątrz danego budynku, w jego obrysie. Budynek internatu i kotłowni są połączone, tak że faktycznie znajdują się w bryle jednego budynku. Odwołujący Cechini powołuje się na treść jedynie jednego akapitu wyjaśnień: „Budynek Internatu klasyfikowany jest w dziale 11, klasa 1130, a zatem ma do niego zastosowanie 8% stawka podatku VAT. Dla części robót wykonywanych poza budynkiem Internatu przyjęliśmy 23% stawkę podatku VAT. Zróżnicowanie stawek zostało wykazane w Załączniku nr 9 do SIWZ". Powyższe stwierdzenie wyrwane z kontekstu całości wyjaśnień rzeczywiście mogłoby sugerować błędną ocenę Zamawiającego. Odwołujący Cechini całkowicie nie odnosi się jednak do dokonanej w tych samych wyjaśnieniach klasyfikacji budynku Internatu i kotłowni łącznie do klasy 1130 Budynki zbiorowego zamieszkania i uzasadnienia zastosowania dla tak klasyfikowanych budynków

8% stawki podatku VAT. Ponadto sformułowanie o robotach wykonywanych poza budynkiem Internatu koresponduje z określeniem poza bryłą budynku i treścią Załącznika nr 9 zawartego w ofercie Odwołującego Cechini. Należy bowiem zauważyć, iż w Załączniku nr 9 stawką 8% objęte zostały wszystkie kategorie robót od I.1 do I.9 obejmujące: I.1 „Roboty budowlane", I.2 „Instalacja wewnętrzna wody", I.3. „Instalacja CO", I.4. „Instalacja wentylacji i

klimatyzacji", I.5. „Instalacja wewnętrzna elektryczna", I.6. „Instalacja wewnętrzna kanalizacji", I.7. „Instalacja gazowa", I.8. „Instalacje słaboprądowe", I.9. „Instalacja systemu sygnalizacji p.poż i dso". Stawką 23% objęto natomiast: I.10. „Technologia", I.11. „Instalacja elektryczna – stacja trafo", I.12. „Zagospodarowanie terenu", I.13 „Drogi". Wymienione kategorie, poza pkt I.10. „Technologia", dotyczą robót poza bryłą budynku zarówno internatu, jak i kotłowni. Z kolei pkt I.10. „Technologia" dotyczy branży technologia kuchni tj. wyposażenia zaplecza gastronomicznego. Nie jest zatem tak jak twierdził Odwołujący Cechini, iż w zakresie pkt I.10 „Technologia" wykonawca mógł ująć dowolny zakres. W przedmiotowym punkcie należało dokonać wyceny wyposażenia objętego dokumentacją przetargową („Zestawienie urządzeń pracowni technologicznej") (np. wyjaśnienia do SIWZ z 13 listopada 2012 r. – odpowiedź na pytanie nr 4 „Wszystkie dane niezbędne do opisu i wyceny sprzętu przedstawione w „Zestawieniu urządzeń pracowni technologicznej" znajdują się w dokumentacji przetargowej. Niemniej jednak Zamawiający na swojej stronie internetowej http://www.zsp.edu.pl/index.php/szkola/przetargi umieszcza szczegółowe informacje". Sprzęt dotyczył zarówno internatu, jak i modernizowanych pomieszczeń kotłowni. Zdaniem Izby należy zauważyć, iż Załącznik nr 9 nie przewidywał jakiegokolwiek innego miejsca na dokonanie powyższej wyceny wyposażenia. Biorąc pod uwagę powyższe, Izba za nieprzekonywającą uznała argumentację Odwołującego Cechini, iż właśnie w tym punkcie dokonał wyceny robót budowlanych planowanych w kotłowni. Na dowód tego twierdzenia przedstawił szczegółową kalkulację, z której wynika, że w pkt I.10. ujęty został cały zakres prac, w tym niezbędnego wyposażenia gastronomicznego w zakresie kotłowni. Pkt I.10. w powyższym uszczegółowieniu nosi tytuł „Technologia kotłowni", co nie jest zbieżne z treścią oferty Odwołującego Cechini – w ofercie tytuł pkt I.10. był taki jak we wzorze Zamawiającego – „Technologia". Z kolei pkt I.1. „Roboty budowlane" został podzielony na dwie części, tj. wydzielono w ramach tego punktu pkt „Roboty budowlane" i pkt „Technologia gastronomiczna" obejmujący internat. Izba zauważa, iż powyższe uszczegółowienie nie odpowiada treści Załącznika nr 9 złożonego wraz z ofertą Odwołującego Cechini. Pkt I.1. we wzorze Załącznika nr 9 dotyczył jednoznacznie robót budowlanych, bez ich różnicowania na budynek internatu i kotłowni. Również pkt I.1. w Załączniku nr 9 zawartym w ofercie Odwołującego Cechini literalnie odnosił się do robót budowlanych. Nie zawierał żadnego wydzielenia pozycji „Technologia gastronomiczna", która z uwagi na jej przedmiot nie mieści się w kategorii „Roboty budowlane". Gdyby istotnie Odwołujący Cechini różnicował stawkę podatku VAT dla robót budowlanych w budynku internatu i kotłowni, to wydaje się racjonalnym założenie, iż zróżnicowanie to zostałoby odzwierciedlone w pkt I.1. jako odnoszącym się do tego zakresu zamówienia. Wbrew twierdzeniom Odwołującego Cechini nie wymagałoby to żadnej ingerencji w sposób sformułowania Załącznika nr 9. To wykonawca podawał kwotę netto i brutto, wyliczoną z

zastosowaniem właściwych według niego stawek podatku VAT. Odwołujący Cechini mógł zatem podać kwotę netto i brutto robót wyliczoną z uwzględnieniem zróżnicowanych stawek podatku VAT. Tak zresztą uczynił w formularzu ofertowym, gdzie wskazał, że zastosował dwie stawki podatku VAT, przy czym ograniczył się do kwoty netto i brutto, bez wydzielania jaka kwota netto dotyczyła stawki 8%, a jaka 23%. Ponadto z treści wyjaśnień wynika, że „Technologia gastronomiczna" w zakresie w jakim dotyczy internatu, objęta została stawką 8%, co jest okolicznością nową w stosunku do danych zawartych w ofercie Odwołującego Cechini. Z treści oferty wynikało bowiem, że pkt I.10. „Technologia" objęto w całości stawką 23%, bez różnicowania na internat i kotłownię i według takiego założenia Zamawiający dokonywał oceny oferty. Nie było zatem przedmiotem weryfikacji Zamawiającego, czy powyższy zakres mieści się w objętym stawką preferencyjną, skoro w pierwotnej treści oferty do 8% w ramach pkt I.10. przyporządkowano tylko roboty budowlane, w których technologia gastronomiczna niewątpliwie się nie zawiera. Podobnie nielogiczny i nie mający oparcia w

treści złożonej oferty ani zakresie zamówienia wynikającego z dokumentacji projektowej jest zakres, który jakoby został faktycznie ujęty w pkt I.10. „Technologia". W ocenie Izby uszczegółowienie podane przez Odwołującego Cechini, w którym pkt I.10. rozbity został na roboty budowlane, poszczególne instalacje i technologię gastronomiczną, nie ma oparcia w treści oferty Odwołującego Cechini ani nie znajduje uzasadnienia w dokumentacji projektowej. Jak było to wskazane pojęcie „Technologia", którym posłużono się w pkt I.10. nie było pojęciem abstrakcyjnym czy nieobecnym w dokumentacji projektowej – miało ono ściśle określony zakres i ten zakres miał zostać wyceniony w pkt I.10. Załącznika nr 9. Zdaniem Izby uszczegółowienie przedstawione przez Odwołującego Cechini nie znajduje odzwierciedlenia w treści złożonego przez niego Załącznika nr 9 i z tego względu nie zasługuje na uwzględnienie. Należy także zauważyć, iż argumentacja zawarta w odwołaniu, iż roboty związane z kotłownią ujęte zostały w pkt I.10. „Technologia" nie została uwzględniona w wyjaśnieniach z 12 grudnia 2012 r., toteż nie mogła ona podlegać ocenie Zamawiającego. Podobnie nie znalazła się w tych wyjaśnieniach kwalifikacja budynku kotłowni do odrębnej klasy 1263, na którą w odwołaniu obecnie powołuje się Odwołujący Cechini. Izba ocenia prawidłowość czynności Zamawiającego z punktu widzenia ich zgodności z ustawą Pzp. Zamawiający oparł się na literalnej treści wyjaśnień Odwołującego Cechini, iż budynek internatu i kotłowni zaklasyfikował on do klasy 1130 „Budynki zbiorowego zamieszkania", co pozwoliło mu zastosować preferencyjną stawkę podatku VAT. Powyższe wyjaśnienie było zresztą zbieżne z literalną treścią Załącznika nr 9 złożonego przez Odwołującego Cechini, gdzie zróżnicowanie stawek podatku VAT nie dotyczyło budynku internatu i kotłowni, ale robót wykonywanych w bryle budynku i poza bryłą budynku, a dodatkowo stawka VAT 23% zastosowana została także dla wyposażenia gastronomicznego, co z kolei nie było przedmiotem wyjaśnień Odwołującego. Należy

zauważyć, iż w treści wyjaśnień z 12 grudnia 2012 r. w ogóle nie wskazał on na pkt I.10. „Technologia" jako ten gdzie wycenione zostały roboty dotyczące kotłowni. Takie stanowisko zaprezentowane zostało dopiero w odwołaniu. Izba nie podziela także zastrzeżeń Odwołującego Cechini co do konieczności wzywania go do dalszych wyjaśnień treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Potencjalna argumentacja została już zaprezentowana w treści odwołania i oceniona przez Izbę jako nieprzekonywająca i nie znajdująca oparcia ani w treści oferty Odwołującego Cechini, ani dotychczasowych wyjaśnieniach ani dokumentacji postępowania. Nie doprowadzą one zatem do sanowania oferty w przewidzianym ustawą Pzp trybie. Izba uznaje bowiem, że brak jest możliwości dokonania poprawienia stawki podatku VAT, jako że treść oferty nie daje podstaw do ustalenia wartości robót w kotłowni opodatkowanych przez Odwołującego Cechini stawką 8%, dla której jako właściwą Zamawiający ustalił 23% stawkę VAT. Należy podkreślić, iż Odwołujący Cechini nie podważał prawidłowości takiego ustalenia przez Zamawiającego. Biorąc powyższe pod uwagę Zamawiający nie dopuścił się naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. W konsekwencji nie sposób uznać zasadności zarzutu naruszenia art. 7 ustawy Pzp.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 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).

Przewodniczący: ……..