

/ i /

Sygn. akt IX Ca 709/09

”
{

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 6 listopada 2009 r.

Sąd Okręgowy w Olsztynie IX Wydział Cywilny Odwoławczy

w składzie:

Przewodniczący: SSO Renata Bandosz

Sędziowie: SO Ewa Dobrzyńska - Murawka

SO Mirosław Wieczorkiewicz

Protokolant: stażysta Sylwia Witkowska

po rozpoznaniu w dniu 30 października 2009 r. w Olsztynie

na rozprawie sprawy

ze skargi Przedsiębiorstwa Produkcyjno - Usługowo - Handlowego Rodex
Spółka z o.o. w Białymstoku

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie z dnia 31 sierpnia 2009 r.,
sygn. akt KIO UZP 1060/09

z udziałem zamawiającego Specjalnego Ośrodka Szkolno - Wychowawczego w
Elku i wykonującego „PRIBO - EPB” Sp. z o. o. z siedzibą w Elku
w przedmiocie zamówienia publicznego

- I. oddała skargę,
- II. zasądza od skarżącego na rzecz zamawiającego 900,-(dziewięćset)
 złotych tytułem kosztów postępowania.

**^łaścłwe podpisy
nęć świadcę
ARZ SĄDOWY**

iu alaka
• 2009

UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 31 sierpnia 2009 r. Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła odwołanie Przedsiębiorstwa Produkcyjno-Usługowo-Handlowego Rodex Sp. z o.o. w Białymstoku. Rozstrzygnął o kosztach postępowania.

Według dokonanych ustaleń zamawiający Specjalny Ośrodek Szkolno-Wychowawczy w Elku wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na „rozbudowę specjalnego ośrodka szkolno-wychowawczego w Elku - budowa internatu”. 2.06.2009 r. zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych, poz. 84979.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058, Nr 220, poz. 1420 i Nr 227, poz. 1505 oraz z 2009 r. Nr 19, poz. 101, Nr 65, poz. 545 i Nr 91, poz. 742), zwanej dalej Pzp.

03.07.2009 r. zamawiający zawiadomił o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy PRIBO-EPB sp. z o.o. w Elku i m.in. o odrzuceniu oferty wykonawcy

Przedsiębiorstwa Produkcyjno-Usługowo-Handlowego RODEX sp. z o.o. z Białegostoku ze względu na źle wyliczoną cenę - art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp.

09.07.2009 r. wykonawca Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe RODEX sp. z o.o. z Białegostoku wniósł protest na nieprzestrzeżenie:

- 1) art. 7 ust. 1 Pzp zawierającego obowiązek prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a polegające na odrzuceniu oferty protestującego z postępowania, podczas gdy oferta nie zawiera żadnych błędów w obliczeniu ceny;
- 2) art. 87 ust. 1 Pzp polegające na zaniechaniu wezwania protestującego do złożenia wyjaśnienia złożonej oferty w sytuacji, gdy zamawiający miał wątpliwości dotyczące prawidłowości wyliczenia ceny oferty;
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp polegające na odrzuceniu oferty protestującego, pomimo iż nie zawiera błędów w obliczeniu ceny.

Protestujący wykazał interes prawny w uzyskaniu zamówienia, bowiem jego oferta zawiera najkorzystniejszą cenę w postępowaniu, a jedynym kryterium oceny ofert jest właśnie cena za przedmiot zamówienia.

Protestujący wnosił o:

- 1) unieważnienie decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty;
- 2) uchylenie decyzji o odrzuceniu oferty protestującego;
- 3) dokonanie powtórnej oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego i uznanie jej za najkorzystniejszą w postępowaniu.

13.07.2009 r. zamawiający powiadomił uczestników postępowania o wniesionym proteście.

15.07.2009 r. wykonawca PRIBO-EPB sp. z o.o. w Elku przystąpił do postępowania . toczącego się w wyniku wniesienia protestu.

16.07.2009 r. zamawiający oddalił protest, uznając, iż:

- 1) zamawiający nie naruszył art. 7 ust. 1 Pzp, gdyż tak samo traktował wszystkich wykonawców będących w tej samej sytuacji;
- 2) protestujący zastosował dwie stawki VAT - 7% i 22% nigdzie o tym szczegółowo nie informując zamawiającego, a powinien zastosować tylko stawkę podstawową 22%, dlatego zamawiający nie miał prawa wzywać wykonawcy do złożenia wyjaśnień gdyż byłoby to niezgodne z art. 87 ust. 1 Pzp;
- 3) widząc źle obliczoną cenę zamawiający musiał zastosować art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp i odrzucić taką ofertę.

22.07.2009 r. wykonawca Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe RODEX sp. z o.o. z Białegostoku wniósł odwołanie.

05.08.2009 r. zamawiający wniósł do Krajowej Izby Odwoławczej wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy przed ostatecznym rozstrzygnięciem protestu.

12.08.2009 r. Krajowa Izba Odwoławcza odmówiła uchylenia zakazu zawarcia umowy przed ostatecznym rozstrzygnięciem protestu - KIO/W 38/09.

21.08.2009 r. wykonawca PRIBO-EPB sp, z o.o. w Elku przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

W skardze na powyższy wyrok Krajowej Izby Odwoławczej Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe RODEX Sp. z o.o. w Białymstoku zarzucając naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 6 ustawy PZP poprzez oddalenie odwołania skarżącej pomimo, iż złożona w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego polegającego na rozbudowie Specjalnego Ośrodka Szkolno - Wychowawczego w Elku - Budowa Internatu" nie zawierała błędów w obliczeniu ceny, naruszenie przepisu ust. 5 akapit 2 zdanie 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30.12.1999r w sprawie Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych (Dz. U. Nr 112 poz. 1316) poprzez przyjęcie, że będąca, przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia budowę internatu należy zakwalifikować w pozycji 1263 PKOB a nie w poz. 1130 zgodnie ze wskazówką 5 PKOB (str. 6939 Dziennika Ustaw), naruszenie § 6 ust. 2 pkt. 2 rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 28.11.2008r w sprawie wykonania niektórych przepisów ustawy o podatku od towarów i usług (Dz. U. Nr 212 poz 1336), zgodnie z którym, stawkę podatku wymienioną w art. 41 ust. 1 ustawy obniża się do wysokości 7 % również w odniesieniu do obiektów budownictwa mieszkaniowego, o których mowa w art. 2 pkt. 12 ustawy o VAT, poprzez przyjęcie, iż skarżąca miała obowiązek zastosowania jednej podstawowej stawki podatku VAT w wysokości 22%, 4. § 32 rozporządzenia Ministra Edukacji Narodowej i Sportu z dnia 7.03.2005 r. w sprawie rodzajów i szczególnych zasad działania placówek publicznych, warunków pobytu dzieci i młodzieży w tych placówkach oraz wysokości i zasad odpłatności wnoszonej przez rodziców za pobyt ich dzieci w tych placówkach (Dz. U. Nr 52 poz. 467) poprzez jego nieuwzględnienie przy rozpatrywaniu odwołania. Wskazując na powyższe skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku w całości i uwzględnienie odwołania skarżącego i rozstrzygnięcie o kosztach postępowania sądowego. Zamawiający i uczestniczący w postępowaniu wykonawca, którego ofertę wybrano wnieśli o oddalenie skargi oraz zasądzenie kosztów.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Błąd w obliczeniu ceny stanowi bezzwzględną przyczynę odrzucenia oferty (art. 89 ust. 1 pkt 6) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, Dz. U. Nr 223, poz. 1655 ze zm.). Błędem w rozumieniu ustawy Pzp jest przyjęcie niewłaściwej stawki podatku VAT. Zamawiający oczywiście nie jest obowiązany do posiadania i wskazywania w SIWZ szczegółowej informacji na temat obowiązującej dla usługi objętej zamówieniem stawki VAT. Ma jednak obowiązek odrzucić ofertę zawierającą określenie ceny przy uwzględnieniu niewłaściwej stawki podatku VAT. Tak więc istota sporu w przedmiotowej sprawie sprowadza się do oceny oferty skarżącego w zakresie oferowanej ceny a konkretnie przyjętej w ofercie stawki podatku VAT. Skarżący zastosował stawki VAT w wysokości 7 % i 22 % do obliczenia ceny. Zamawiający uznał, że do całego przedmiotu zamówienia należy zastosować stawkę VAT w wysokości 22 %.

Zamówienie nosi nazwę nadaną przez zamawiającego - „Rozbudowa specjalnego ośrodka szkolno - wychowawczego w Elku - budowa internatu”. Nazwa ta i opis zamówienia obejmuje nie tylko budowę internatu ale również rozbudowę specjalnego ośrodka szkolno - wychowawczego w Elku. Budynek zgodnie z projektem zawiera również pomieszczenia o przeznaczeniu innym niż mieszkalne. Stanowią one mając zaplecze całego kompleksu szkolnego takie jak kuchnia , stołówka, pomieszczenie techniczne, pobytu dziennego wszystkich uczniów szkoły oraz pomieszczenia dodatkowe związane z obsługą medyczną nie tylko uczniów zamieszkujących w internacie.

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia w zakresie opisu sposobu obliczenia ceny wskazuje na konieczność uwzględnienia w oferowanej cenie podatku VAT (bez określenia jego stawki). Określenie właściwej stawki należy do wykonawcy.

Aczkolwiek zamawiający nie jest organem uprawnionym do określenia prawidłowej stawki VAT, to nie jest zwolniony od obowiązku respektowania przepisów P.z.p. i postanowień SIWZ, a tym samym ustalenie, jaka jest prawidłowa stawka tego podatku. Niedokonanie takiej czynności spowoduje, iż wykonawcy stosujący różne stawki podatkowe są traktowani jednakowo, co powoduje naruszenie art. 7 ust. 1 P.z.p. (por. wyrok z dnia 26 maja 2009 r. KIO przy Prezesie UZP, KIO/UZP 631/09 lex nr 508633).

Zgodnie z art. 41 ust. 2 ustawy z 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz.U Nr 54, poz. 535) stawka podatku w wysokości 7 % dotyczy usług wymienionych w załączniku nr 3 do tej ustawy z zastrzeżeniem ust. 12 i art. 114 ust. 1. Oznacza to, iż stawkę podatku 7 % stosuje się do dostawy, budowy, remontu, modernizacji, termomodernizacji obiektów budowlanych lub ich części zaliczonych do budownictwa objętego społecznym programem mieszkaniowym zdefiniowanych w art. 41 ust. 12 tej ustawy. W zakresie opodatkowania VAT szczególną rolę odgrywają klasyfikacje statystyczne pozwalające na zidentyfikowanie towaru lub usługi, która może korzystać z obniżonej stawki podatku VAT. Decydujące znaczenie ma jednak wykładnia i stosowanie reguł klasyfikacji towarów i usług zawartych w ustawie o VAT (por. wyrok z 25 czerwca 1997 r. NSA (do 2003.12.31) w Katowicach, I SA/Ka 215/96).

Lista towarów i usług, do których zastosowanie ma 7 % stawka podatku zawarta jest przede wszystkim w załączniku nr 3 do ustawy. Załącznik ten nie obejmuje robót budowlano-montażowych oraz remontów i robót konserwacyjnych związanych z budownictwem. Jest to konsekwencja wpływu okresu przejściowego wynegocjowanego przez Polskę na stosowanie 7% stawki podatku względem tych robót. Unormowania wspólnotowe pozwalają jednak na stosowanie tej obniżonej stawki do dostawy, budowy, remontu lub przebudowy budynków mieszkalnych w ramach polityki społecznej. Ustawa o podatku VAT w definicji budownictwa objętego społecznym programem mieszkaniowym obejmuje 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 stanowiącej załącznik do Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 1999 r. w sprawie Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych (PKOB) - Dz. U. Nr 112, poz. 1316, wydanego na podstawie art. 40 ust. 2 ustawy z dnia 29 czerwca 1995 r. o statystyce publicznej (Dz. U. Nr 88, poz. 439 z 1996 r. ze zm.). Budynki mieszkalne w rozumieniu PKOB to obiekty budowlane, których co najmniej połowa całkowitej powierzchni użytkowej jest wykorzystywana do celów mieszkalnych. W przypadku, gdy mniej niż połowa całkowitej powierzchni użytkowej wykorzystywana jest na cele mieszkalne, budynek taki klasyfikowany jest jako niemieszkalny, zgodnie z jego przeznaczeniem.

Za jednostkę klasyfikacyjną przyjmuje się zwykle pojedynczy budynek.

Zwrócić należy uwagę, że przedmiotowe zamówienie obejmuje rozbudowę Ośrodka Szkolno-Wychowawczego. Budynek internatu nie stanowił całkowicie odrębnego budynku. W opisie zamówienia określono, na czym ma polegać rozbudowa Ośrodka Szkolno-Wychowawczego, mianowicie budynek internatu ma zostać połączony z istniejącym budynkiem szkoły łącznikiem z podjazdem dla osób niepełnosprawnych (str. 2 SIWZ). Doprowadzenie wody ma nastąpić przez włączenie do wewnętrznej sieci wodociągowej na terenie szkoły, odprowadzanie ścieków sanitarno-bytowych do istniejącej kanalizacji sanitarnej, a odprowadzenie wód opadowych z dachów i terenów utwardzonych do istniejącej kanalizacji deszczowej. Powyższy opis pozwala na stwierdzenie, że nastąpiła rozbudowa szkoły przez dobudowanie obiektu mającego pozwolić na zakwaterowanie części uczniów tej szkoły a także zaspokojenie potrzeb nie tylko mieszkańców internatu ale i innych uczniów szkoły (sale terapeutyczne, pokoje pielęgniarstwa itp.).

Według zamawiającego budynek internatu nie tylko nie jest odrębnym od szkoły budynkiem z uwagi na to, że instalacja zasilająca go w media znajduje się w szkole, ale również nie jest on oddzielnie wykorzystany. Służy całej społeczności szkolnej pełniąc funkcję gospodarczą (kuchnia, stołówka), ochrony zdrowia (gabinet lekarski), edukacyjną (sala kinowa, aneksy kuchenne), wychowawczo-opiekuńczą (świetlica). Zamawiający wskazuje, iż powierzchnia części mieszkalnej to 675 m², zaś części niemieszkalnej - 1688,03 m².

Według skarżącego udział powierzchni mieszkaniowej do powierzchni użytkowej budynku stanowi 69,58 %.

W ocenie Sądu to zamawiający decyduje o przeznaczeniu pomieszczeń w rozbudowanej części na cele mieszkalne lub inne związane z kierunkiem jego zasadniczej działalności. Uwzględniając to oraz fakt, że budowa internatu stanowi rozbudowę już istniejącego obiektu budowlanego (niemieszkalnego) brak szczegółowych informacji na temat całego klasyfikowanego obiektu (szkoła + internat) uznać należy stanowisko zamawiającego co do zakwalifikowania całego obiektu w pozycji 1263 zgodnie z główną funkcją jaką pełni szkoła.

Konsekwencją tego jest niedopuszczalność uwzględnienia w ofercie ceny obejmującej 7 % podatku VAT. Zamawiający miał obowiązek odrzucić ofertę skarżącego, co też stosownie do treści art. 89 ust. 1 Pzp uczynił.

W ocenie Sądu Okręgowego skarga jest niezasadna i podlega oddaleniu na