

Sygn. akt: KIO 134/14

WYROK
z dnia 5 lutego 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 5 lutego 2014 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 stycznia 2014 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Konsorcjum K..... R..... prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą PPHU PION-BUD K..... R..... z siedzibą w Malborku, ul. Jagielly 15 oraz K..... M..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą K..... M..... DOMOTERMIKA z siedzibą w Kwidzynie, ul. Polna 1E/6** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Tarnogród z siedzibą w Tarnogrodzie, ul. Tadeusza Kościuszki 5**

przy udziale **wykonawcy Solver spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnowskich Górach, ul. Zagórska 167** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 134/14 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Konsorcjum K..... R..... prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą PPHU PION-BUD K..... R..... z siedzibą w Malborku, ul. Jagielly 15 oraz K..... M..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Krzysztof Majewski DOMOTERMIKA z siedzibą w Kwidzynie, ul. Polna 1E/6** i :

- 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000zł. 00 gr. (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Konsorcjum K..... R..... prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą PPHU PION-BUD K..... R..... z siedzibą w Malborku, ul. Jagielly 15 oraz K..... M..... prowadzącego działalność**

**gospodarczą pod firmą K..... M..... DOMOTERMIKA z siedzibą
w Kwidzynie, ul. Polna 1E/6 tytułem wpisu od odwołania.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Zamościu.**

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych polegających na montażu instalacji solarnych dla potrzeb ciepłej wody użytkowej oraz wymianie źródła ciepła na zasilanie biomasą w gminie Tarnogród zostało wszczęte ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych dnia 9 grudnia 2013r. za numerem 507074-2013.

W dniu 22 stycznia 2014r. faksem zamawiający poinformował wykonawców o wynikach postępowania, w tym o odrzuceniu oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Konsorcjum K..... R..... prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą PPHU PION-BUD K..... R..... z siedzibą w Malborku, ul. Jagiełły 15 oraz K..... M..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą K..... M..... DOMOTERMIKA z siedzibą w Kwidzynie, ul. Polna 1E/6 na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2013r. poz. 907 ze zm. – dalej ustawy) z uwagi na zastosowanie w formularzu cenowym w poz. 12 i 13 błędnej w ocenie zamawiającego stawki podatku VAT tj. 23% zamiast stawki preferencyjnej 8%.

W dniu 27 stycznia 2014 r. wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Konsorcjum K..... R..... prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą PPHU PION-BUD K..... R..... z siedzibą w Malborku, ul. Jagiełły 15 oraz K..... M..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą K..... M..... DOMOTERMIKA z siedzibą w Kwidzynie, ul. Polna 1E/6 – zwani dalej odwołującym wnieśli pisemne odwołanie. Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 24 stycznia 2014r. udzielonego przez pełnomocnika wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Konsorcjum K..... R..... prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą PPHU PION-BUD K..... R..... z siedzibą w Malborku, ul. Jagiełły 15 oraz K..... M..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą K..... M..... DOMOTERMIKA z siedzibą w Kwidzynie, ul. Polna 1E/6, zgodnie z pełnomocnictwem z dnia 30 grudnia 2013r. udzielonym przez K..... M..... – K..... R..... . Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 24 stycznia 2014r. faksem.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu :

1) naruszenie art. 89 ust 1 pkt 6 w zw. z art 18 ustawy przez odrzucenie jego oferty z postępowania w sytuacji błędnego uznania, że oferta zawiera błędy w obliczeniu ceny w pkt 12 i 13 formularza cenowego w których to zastosowano stawkę podatku VAT 23%, podczas gdy zgodnie z Ustawą od podatku od towarów i usług oraz aktów wykonawczych do tej ustawy obowiązujących w dniu składania oferty oraz obecnie dla obiektów budowlanych w

pkt 12 i 13 formularza cenowego nie ma podstaw do zastosowania 8% obniżonej stawki podatku VAT ,

2) naruszenie art. 92 ust 1 pkt 1 ustawy przez dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty w sytuacji niezgodnego z ustawą odrzucenia i wykluczenia oferty odwołującego w konsekwencji naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 i art. 7 ust. 1 ustawy poprzez brak zapewnienia zachowania uczciwej konkurencji w postępowaniu.

Wniósł o:

1. unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego
2. nakazanie zamawiającemu powtórzenia wyboru najkorzystniejszej oferty z udziałem oferty odwołującego
3. zasądzenia od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego oraz kosztu udziału pełnomocnika w sprawie według norm przepisanych.

Odwołujący wskazał, że postępowanie zamawiającego narusza jego interes prawny ponieważ wskutek odrzucenia jego oferty, nie została ona wybrana pomimo iż była korzystniejsza niż „SOLVER” SP. z o.o., co wypływa wprost z zawiadomienia o otwarciu ofert z dnia 22 stycznia 2014r.

Jako dowód odwołujący powołał informację o odrzuceniu oferty, informację o wyborze najkorzystniejszej oferty, informację o otwarciu ofert.

Decyzja Zamawiającego o odrzuceniu i wykluczeniu odwołującego jest w jego ocenie wadliwa, bowiem zamawiający błędnie przyjął, że odwołujący obliczając cenę dla obiektów wskazanych w pkt 12 i 13 formularza cenowego niewłaściwie naliczyło podatek VAT stosując niewłaściwą jego stawkę. Zamawiający wskazał, że stawką właściwą winna być stawka 8% VAT a nie zastosowana przez odwołującego 23% stawka podatku VAT. Odwołujący podniósł, że zamawiający nie wskazał podstawy prawnej, która dla obiektów wskazanych w pkt 12 i 13 formularza cenowego pozwalałaby na zastosowanie wobec tych obiektów 8% VAT, a zatem obniżonej stawki tego podatku. Zamawiający ma obowiązek podania podstawy faktycznej i prawnej odrzucenia oferty zatem podania przepisów prawa, które zostały naruszone w procesie obliczania ceny obejmującej swym zakresem podatek VAT i wskazania jakie przepisy umożliwiały obniżenie stawki VAT do 8% . Zdaniem odwołującego się przepisy prawa podatkowego nie pozwalają na zastosowania obniżonej stawki podatku, a to z następujących powodów:

1. Przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wykonanie - montażu kolektorów słonecznych w budynkach użyteczności publicznej. Zgodnie zatem z art 3 pkt 7a ustawy z dnia 7 lipca 1994 (DZ.U.Nr 89, poz. 414) Prawo budowlane to roboty budowlane: przebudowy - należy przez to rozumieć wykonywanie robót budowlanych, w wyniku których następuje zmiana parametrów użytkowych lub technicznych istniejącego obiektu

budowlanego, z wyjątkiem charakterystycznych parametrów, jak: kubatura, powierzchnia zabudowy, wysokość, długość, szerokość bądź liczba kondygnacji; (...).

2. Obiektami wskazanymi w pkt 12 i 13 formularza cenowego są Parafia Rzymsko-Katolicka w Tarnogrodzie i Parafia Rzymsko-Katolicka w Luchowie Górnym dla których montaż kolektorów solarnych miał być wykonany na budynkach plebanii obu tych parafii.

Biorąc powyżej wskazane założenia odwołujący ustalając stawkę podatku VAT, niezbędną dla obliczenia ceny właśnie dla obu w/w parafii (pkt 12 i 13 formularza cenowego), miał na uwadze informacje zawarte w SWIZ i w programie funkcjonalno- użytkowym (PFU), stanowiącym załącznik do SWIZ. W PFU wskazano, że instalacje będą realizowane na nieruchomościach zabudowanych budynkami publicznymi i w pomieszczeniach istniejących kotłowni na nieruchomościach zabudowanych według ankiet technicznych będących załącznikiem do programu oraz informacji zamawiającego w zakresie 10 instalacji solarnych zlokalizowanych na obiektach publicznych - PKOB 113, 126, 127. Mając powyższe na uwadze odwołujący w złożonej ofercie dla tych dwu obiektów zastosował stawkę podatku VAT 23 %. Tak ustalona stawka podatku VAT oparta została o obowiązujące w dacie składania oferty przepisy prawa podatkowego w szczególności o ustawę z dnia 11 marca 2011 r. o podatku od towarów i usług (DZ.U. Nr 177, poz. 1054) zwaną dalej ustawą o VAT, rozporządzenie Ministra finansów w sprawie wykonywania niektórych przepisów od podatku od towarów i usług z dnia 4 kwietnia 2011 r. (DZ.U. 2013, poz 247) zwanym dalej rozporządzeniem oraz o rozporządzenie Rady Ministrów w sprawie polskiej klasyfikacji obiektów budowlanych (PKOB) z dnia 30 grudnia 1999 r. (DZ.U. Nr 112, poz. 1316) zwanym dalej POKB. Zgodnie bowiem z art. 41 ust 12 ustawy o VAT obniżoną stawkę podatku VAT stosuje się do dostawy, budowy, remontu, modernizacji, termomodernizacji lub przebudowy obiektów budowlanych lub ich części zaliczonych do budownictwa objętego społecznym programem mieszkaniowym. Odwołujący zwrócił uwagę, że preferencyjna 8% stawka przewidziana jest wyłącznie dla budownictwa mieszkaniowego i lokali mieszkalnych, czyli obiektów sklasyfikowanych w dziale PKOB 11. Art 41 ust 12 a natomiast wskazuje, że pod pojęciem budownictwem objętym społecznym programem budowlanym 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 ust. 12b. Ust 12 b wskazuje na wyłączenia stosowania obniżonej stawki podatku VAT dla 1) budynków mieszkalnych jednorodzinnych, których powierzchnia użytkowa przekracza 300 m²; 2) lokali mieszkalnych, których powierzchnia użytkowa przekracza 150 m². Podniósł tu należy, że powierzchnia użytkowa budynków obu

Parafii na których zgodnie z przedmiotem zamówienia wykonany ma zostać montaż instalacji solarnych przekracza 300m². Zatem sama ustawa o podatku VAT nie zezwala na zastosowanie do w/w parafii zastosowania obniżonej stawki podatku VAT. Rozporządzenie w § 7 ust. 1 obniża podstawową stawkę podatku VAT określoną w art 41 ustawy o VAT do stawki 8%. W pkt 2 tego przepisu wskazuje, że mają być to roboty konserwacyjne dotyczące obiektów objętych społecznym programem budownictwa mieszkaniowego. Natomiast w pkt 3 lit. b tego przepisu wskazuje się na roboty konserwacyjne dotyczące lokali mieszkalnych w budynkach niemieszkalnych sklasyfikowanych w Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych w dziale 12. W § 7 ust. 2 przedstawiono legalną definicję robót konserwacyjnych, o których mowa w ust. 1 pkt 2 i 3 i rozumie się te roboty jako mające na celu utrzymanie sprawności technicznej elementów budynku lub jego części inne niż remont (zatem nie stanowią one przedmiotu zamówienia którym jest zaprojektowanie i montaż instalacji solarnych - będących zgodnie z prawem budowlanym przebudową). W dziale 12 grupie 127 klasie 1272 PKOB wskazano, że są to budynki przeznaczone do sprawowania kultu religijnego i czynności religijnych. Z uwagi jednak na brak tożsamości przedmiotu zamówienia z robotami konserwacyjnymi wskazanymi w § 2 ust 1 pkt 3 Rozporządzenia nie jest możliwe zastosowania obniżonej stawki podatku VAT. Nadto budynki parafialne na których mają zostać zamontowane instalacje solarne nie są bezpośrednio przeznaczone do sprawowania kultu religijnego są to bowiem w obu przypadkach plebanie. Dział 12 grupa 127 klasa 1272 PKOB obejmuje: kościoły, kaplice, cerkwie, meczety, synagogi, itp. - zatem nie plebanie - podobnymi do wskazanych wyżej są np. bazyliki, katedry, zbory itd.. z powyższego wynika według odwołującego, że nie można plebani zakwalifikować jako lokali mieszkalnych w budynkach niemieszkalnych – tu kościołów parafialnych. Dział 12 grupa 126 PKOB dotyczy Ogólnodostępnych obiektów kulturalnych, budynki o charakterze edukacyjnym, budynki szpitali i zakładów opieki medycznej oraz budynki kultury fizycznej - w żadnej klasie tej grupy nie wymieniono obiektów które można by zakwalifikować jako wskazywanych w SWIZ budynków obu parafii. Na koniec wskazać należy, że grupa 113 PKOB zamieszczona w dziale 11 w klasie 1130 obejmuje budynki rezydencji prezydenckich i biskupich - których również nie można uznać za tożsame z budynkami Parafii w Tarnogrodzie i Luchowie Górnym. Powyżej wskazane uregulowanie prawne jednoznacznie wskazuje, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie ma podstawy prawnej do naliczenia dla Parafii Rzymsko-Katolickiej w Tarnogrodzie i dla Parafii Rzymsko-Katolickiej w Luchowie Górnym innej niż podstawowa stawka 23 % podatku VAT.

Przytoczone argumenty, zdaniem odwołującego, potwierdzają, że w niniejszej sprawie doszło do naruszenia przepisów ustawy przez zamawiającego w przedmiocie odrzucenia oferty odwołującego i tym samym wykluczenia jej z postępowania. Takie zachowanie zamawiającego doprowadziło do braku wykonania ciężącego na nim obowiązku

prawidłowego i zgodnego z prawem przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w celu dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty oraz naruszenia zasady zachowania uczciwej konkurencji w toku postępowania. Wbrew bowiem obowiązującemu w tej materii prawu odrzucono i wykluczono ofertę w której prawidłowo obliczono cenę stosując w toku dokonywania obliczenia właściwą stawkę podatku VAT. A zgodnie z zawiadomieniem przesłanym do odwołującego była ona bardziej korzystna niż dokonany przez zamawiającego wybór, pomimo zastosowania przez wybranego wykonawcę 8 % stawki podatku VAT.

W dniu 27 stycznia 2014r. zamawiający powiadomił pozostałych wykonawców o wniesieniu odwołania przekazując jego kopię.

W dniu 28 stycznia 2014r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział wykonawca Solver spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnowskich Górach, ul. Zagórska 167 – dalej przystępujący, który wniósł o oddalenie odwołania. Wskazał, że ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż jego oferta została uznana za najkorzystniejszą, a ewentualne uwzględnienie odwołania może pozbawić przystępującego zamówienia. Zgłoszenie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 17 grudnia 2013r. udzielonego przez prezesa zarządu, ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do oferty. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu listami poleconymi w dniu 28 stycznia 2014r.

Zamawiający na rozprawie wniósł o oddalenie odwołania w całości. Wskazał, że w siwz i wyjaśnieniach treści siwz jednoznacznie wskazał PKOB 113 i tą klasyfikacją powinni kierować się wykonawcy dla celów ustalenia prawidłowej stawki podatku od towarów i usług. Podkreślił, że takiej klasyfikacji dokonuje Główny Urząd Statystyczny, oraz znane zamawiającemu orzecznictwo sądowe oraz interpretacje indywidualne organów podatkowych. Jako przykład wskazał interpretację z dnia 17 X 2013r. Dyrektora Izby Skarbowej w Bydgoszczy.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania w całości. Podzielił stanowisko zamawiającego oraz podniósł, że sam odwołujący nie podał do jakiej klasy należy zaliczyć obiekty plebanii, a jedynie polemizował z ustaleniem zamawiającego dokonany w treści siwz, co przystępujący ocenił jako spóźnione. Wskazał na klasyfikację GUS w ramach wyszukiwarki klasyfikacji zamieszczonej na stronie internetowej GUS, z której wynika, że plebania zaliczana jest do grupowania 1130 jako budynek zbiorowego zamieszkania. Przedłożył indywidualne interpretacje podatkowe sygn. IPPP3/443-477/13-3/LK Dyrektora Izby

Skarbowej w Warszawie, sygn. IPTPP2/443-645/13-4/AW Dyrektora Izby Skarbowej w Łodzi, sygn. akt ILPP2/443-31/10-05/AK Dyrektora Izby Skarbowej w Poznaniu wskazujące na prawidłowość stosowania stawki obniżonej 8% (7%) dla prac remontowych w budynku plebanii instalacji pomp ciepła i instalacji systemu solarnego na potrzeby ciepłej wody użytkowej dla domu parafialnego – plebanii oraz montażu technologii pomp ciepła i kolektorów słonecznych w budynku plebanii. Przystępujący wskazał także, że zgodnie z Rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 13 września 2013r. w sprawie określenia wzorów formularzy sprawozdawczych, objaśnień co do sposobu ich wypełniania oraz wzorów kwestionariuszy i ankiet statystycznych stosowanych w badaniach statystycznych ustalonych w programie badań statystycznych statystyki publicznej na rok 2013 DZ. U. 2013r. poz. 1223 wskazano, że budynki zbiorowego zamieszkania obejmują m. in. budynki rezydencji prezydenckich i biskupich oraz plebanie.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, wyjaśnień treści siwz, oferty odwołującego, informacji o wyniku postępowania, informacji o odrzuceniu oferty odwołującego.

Na podstawie powyższego Izba ustaliła co następuje:

W Programie Funkcjonalno Użytkowym wersja ostateczna zamawiający podał w I. CZĘŚĆ OPISOWA I. 1. OGÓLNY OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA charakterystyczne parametry określające wielkość obiektu i zakres zamówienia. Lokalizacja inwestycji:

Projekt będzie realizowany w Gminie Tarnogród, Powiecie Biłgorajskim, Województwie Lubelskim

–lokalizacja zgodnie z założeniami RPO –NUTS 2, w następujących miejscowościach:

Luchów Dolny, Luchów Górny, Różaniec Drugi, Różaniec Pierwszy, Wola Różaniecka, Tarnogród.

Instalacje będą realizowane na nieruchomościach zabudowanych budynkami publicznymi i pomieszczeniach istniejących kotłowni na nieruchomościach zabudowanych według ankiet technicznych będących załącznikiem do programu oraz informacji Zamawiającego w zakresie 10 Instalacji solarnych zlokalizowanych na obiektach publicznych – PKOB 113, 126, 127.W tabeli znajdującej się w tej części wskazano obiekt, oraz parametry i w poz. 8 wskazano Parafia Rzymsko-Katolicka w Tarnogrodzie, a w poz. 9 - Parafia Rzymsko - Katolicka w Luchowie Górnym.

W rozdziale XII. Opis sposobu obliczenia ceny oferty zamawiający wskazał

1. Cena oferty to cena ryczałtowa w rozumieniu art. 632 § 1 Ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny, obejmującą zakres rzeczowy zamówienia określony w niniejszej SIWZ oraz PFU.

2. Cenę należy podać w złotych polskich w Formularzu Oferty (zał. nr 1 do SIWZ) w kwocie brutto z wyodrębnieniem wartości podatku VAT.

Cenę oferty należy przedstawić z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku przy zachowaniu matematycznej zasady zaokrąglania liczb.

3. Cenę oferty należy ustalić na podstawie zakresu rzeczowego robót i usług przewidzianych do wykonania w SIWZ i PFU.

4. Wykonawca jest zobowiązany przedstawić cenę za całość zamówienia, która powinna stanowić sumę cen za poszczególne etapy wykonanych prac, określone w tabeli kosztów Formularza Oferty.

5. W cenę ryczałtową określoną w Formularzu Oferty należy w kalkulować wszelkie roboty i usługi towarzyszące wykonaniu, które są niezbędne do wykonania robót zgodnie z umową w szczególności:

- 1) dokonanie uzgodnień, uzyskanie wszelkich opinii, zgłoszeń, pozwoleń itp., niezbędnych do wykonania kompletnego dzieła i przekazania go do użytku,
- 2) ustanowienie kierownika budowy działającego w granicach umocowania określonego w ustawie Prawo budowlane oraz do prowadzenia dziennika budowy a także koszty zatrudnienia pozostałego personelu, łączenie ze wszystkimi kosztami pośrednimi wynikającymi z obowiązujących przepisów,
- 3) przejęcie terenu robót od Zamawiającego,
- 4) organizację i zagospodarowanie terenu budowy - właściwe urządzenie, znaczenie i zabezpieczenie, zapewnienie należytego ładu i porządku, zapewnienie dozoru mienia na własny koszt,
- 5) informowanie mieszkańców terenu objętego inwestycją o rozpoczęciu robót, i utrudnieniach związanych z prowadzonymi pracami.
- 6) zorganizowanie i ponoszenie kosztów zaopatrzenia w energię elektryczną i wodę we własnym zakresie i na koszt własny.
- 7) utrzymanie dróg dojazdowych do placu budowy w należyтым porządku zgodnie z art. 20, ust. 12 ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 260),
- 8) dbanie o porządek na terenie robót oraz utrzymywanie terenu robót w należyтым stanie i porządku,
- 9) zabezpieczenie instalacji, urządzeń i obiektów na terenie robót i w jej bezpośrednim otoczeniu, przed ich zniszczeniem lub uszkodzeniem w trakcie wykonywania robót,

- 10) ponoszenie pełnej odpowiedzialności za stan i przestrzeganie przepisów bhp, ochronę p. poż., jak i za wszelkie szkody powstałe w trakcie trwania robót na terenie przyjętym od Zamawiającego lub mających związek z prowadzonymi robotami
- 11) ponoszenie pełnej odpowiedzialności za szkody oraz następstwa nieszczęśliwych wypadków pracowników i osób trzecich, powstałe w związku z prowadzonymi robotami, w tym także ruchem pojazdów,
- 12) posiadanie ubezpieczenia prowadzonej działalności gospodarczej w zakresie realizowanym w ramach niniejszej umowy, przez okres, co najmniej od daty podpisania umowy do czasu odbioru końcowego. Ubezpieczenie musi obejmować, co najmniej: ubezpieczenie w pełnym zakresie od odpowiedzialności cywilnej w związku z prowadzoną działalnością, ubezpieczenia od zniszczenia wszelkiej własności spowodowanego działaniem, zaniechaniem lub niedopatrzaniem pracowników Wykonawcy w wysokości, co najmniej wartości niniejszego kontraktu,
- 13) zastosowanie materiałów odpowiadającym wymogom określonym w ustawie o wyrobach budowlanych z dnia 16 kwietnia 2004 r. (Dz. U. Nr 92, poz. 881) powinny odpowiadać, określonym w art. 10 ustawy – Prawo budowlane, wymogom wyrobów dopuszczonych do obrotu i stosowania w budownictwie, wymaganiom specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz dokumentacji technicznej. Na każde żądanie Zamawiającego Wykonawca zobowiązany jest okazać w stosunku do wskazanych materiałów deklarację zgodności lub certyfikat zgodności z Polską Normą lub aprobatą techniczną,
- 14) dostarczanie niezbędnych dokumentów potwierdzających parametry techniczne oraz wymagane normy stosowanych materiałów i urządzeń w tym np. atestów, certyfikatów, deklaracji zgodności, protokołów badań, sprawozdań i prób dotyczących realizowanego przedmiotu niniejszej Umowy, na każde żądanie Zamawiającego lub inspektora nadzoru inwestorskiego,
- 15) wykonanie badań, prób i sprawdzeń instalacji,
- 16) wykończenie wszelkiego rodzaju otworów montażowych, przebić, przejść na podstawowym poziomie obróbek murarsko-tynkarskich, wykończenie i ponowny montaż elementów kolidujących z prowadzonymi pracami,
- 17) kompletowanie w trakcie realizacji robót wszelkiej dokumentacji zgodnie z przepisami Prawa budowlanego oraz postanowieniami SIWZ,
- 18) niezwłoczne informowanie Zamawiającego (Inspektora nadzoru inwestorskiego) O problemach technicznych lub okolicznościach, które mogą wpłynąć, na jakość robót lub termin zakończenia robót,
- 19) usunięcie wszelkich wad i usterek stwierdzonych przez nadzór inwestorski w trakcie trwania robót w terminie nie dłuższym niż termin technicznie uzasadniony i konieczny do ich usunięcia,

20) terminowego wykonanie i przekazanie do użytku przedmiotu umowy oraz oświadczenia, że roboty ukończone przez niego są całkowicie zgodne z umową i odpowiadają potrzebom, dla których są przewidziane według umowy,

21) uporządkowanie terenu budowy po zakończeniu robót, zaplecza budowy, jak również terenów sąsiadujących zajętych lub użytkowanych przez Wykonawcę, w tym dokonania na własny koszt renowacji zniszczonych lub uszkodzonych w wyniku prowadzonych prac obiektów, fragmentów terenów dróg, nawierzchni lub instalacji

22) ponoszenie wyłącznej odpowiedzialności za wszelkie szkody będące następstwem niewykonania lub nienależytego wykonania przedmiotu umowy, które to szkody Wykonawca zobowiązuje się pokryć w pełnej wysokości,

23) przeprowadzenie instruktażu dla użytkowników w zakresie w zakresie eksploatacji i obsługi wybudowanych instalacji i zaopatrzenia ich w odpowiednie instrukcje użytkowania,

24) przygotowanie dokumentów związanych z przekazaniem do użytkowania wybudowanych systemów, wykonanie dokumentacji powykonawczej w tym geodezyjnej (w przypadku konieczności) oraz uzyskanie odbioru wykonanych instalacji kotłowni przez upoważnione jednostki.

25) inne koszty niezbędne do wykonania pełnego zakresu robót umożliwiające użytkowanie wykonanych instalacji zgodnie z przeznaczeniem.

Jedynym kryterium oceny była cena.

W załączniku nr 2 formularz ceny zamawiający wymagał podania ceny netto, wartości podatku VAT oraz ceny brutto, w tym także w odniesieniu do poz. 12 i 13, gdzie podał Instalacja solarna -Parafia Rz.-Kat. w Tarnogrodzie i Instalacja solarna - Parafia Rz.-Kat w Luchowie Górnym.

Zamawiający wyjaśniając treść siwz w odpowiedzi z dnia 20 grudnia 2013r. podał :

Pytanie 1 Proszę o podanie nr PKOB dla budynków, na których będą montowane instalacje solarne w celu ustalenia prawidłowej stawki podatku VAT?

Odpowiedź:

Zamawiający podał PKOB w PFU. Określenie stawki podatku VAT należy do obowiązków Wykonawcy. Pomyłka w stawce (określenie niższej) nie może skutkować późniejszą zmianą wartości oferty, bowiem cena jest ceną ryczałtową, a tylko sąd zgodnie z Kodeksem Cywilnym może zmienić ryczałt lub rozwiązać umowę.

Pytanie 2 Proszę o podanie czy w przedmiotowym postępowaniu występują przesłanki do zastosowania preferencyjnej stawki podatku VAT. Jakież?

Odpowiedź:

Określenie stawki podatku VAT należy do obowiązków Wykonawcy. Pomyłka w stawce (określenie niższej) nie może skutkować późniejszą zmianą wartości oferty, bowiem cena jest ceną ryczałtową, a tylko sąd zgodnie z Kodeksem Cywilnym może zmienić ryczałt lub rozwiązać umowę.

Pytanie 3 Proszę o wskazanie czy budynki mieszkalne, na których będą montowane instalacje solarne przekraczają powierzchnię użytkową 300m² w celu ustalenia prawidłowej stawki podatku VAT?

Odpowiedź:

Nie występują budynki mieszkalne indywidualne o powierzchni użytkowej przekraczającej 300 m.

Odwołujący w tych pozycjach w swojej ofercie podał wartość podatku VAT obliczoną z uwzględnieniem stawki 23% podatku VAT.

Zamawiający w informacji o odrzuceniu odwołującego uznał, że podana stawka jest nieprawidłowa, bo powinna być ustalona stawka 8%.

Odwołujący zaoferował wykonanie zamówienia za cenę brutto 3 871 668,85zł., a wykonawca wybrany za cenę 4 396 682,56zł.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymogi formalne określone w art. 185 ust. 2 ustawy.

Izba nie stwierdziła zaistnienia przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 ustawy, które mogłyby skutkować odrzuceniem odwołania.

Izba uznała, że odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż jedynym kryterium oceny ofert była cena, cena oferty odwołującego jest niższa od ceny zaoferowanej przez wykonawcę wybranego, zatem gdyby jego oferta nie została odrzucona z postępowania, to uzyskałby zamówienie publiczne. Odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty zysku jaki zakładał z tytułu zawarcia umowy. Przesłanka materialnoprawna z art. 179 ust. 1 ustawy została wypełniona.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust 1 pkt 6 w zw. z art 18 ustawy przez odrzucenie jego oferty z postępowania w sytuacji błędnego uznania, że oferta zawiera błędy w obliczeniu ceny w pkt 12 i 13 formularza cenowego w których to zastosowano stawkę podatku VAT 23%, podczas gdy zgodnie z Ustawą od podatku od towarów i usług oraz aktów wykonawczych do tej ustawy obowiązujących w dniu składania oferty oraz obecnie dla

obiektów budowlanych w pkt 12 i 13 formularza cenowego nie ma podstaw do zastosowania 8% obniżonej stawki podatku VAT

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy stanowi, że zamawiający ma obowiązek odrzucić ofertę zawierającą błąd w obliczeniu ceny. Zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy o cenach ceną jest cena uwzględniająca podatek od towarów i usług. Izba w całości podziela stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone w uchwałach sygn. akt III CZP 52/11 i III CZP 53/11, że oferty, dla których w tych samych okolicznościach faktycznych i prawnych zastosowano różne stawki podatku VAT są nieporównywalne. Stąd ustalenie prawidłowej stawki podatku VAT jest istotne dla zachowania zasady równego traktowania wykonawców. Jak słusznie zauważa odwołujący o zastosowaniu stawki preferencyjnej decydują przepisy art. 41 ust. 12 – 12c ustawy o VAT. Dla prawidłowego ustalenia zatem czy dla danego obiektu budowlanego dopuszczalne jest zastosowanie stawki obniżonej konieczne jest przesądzenie czy plebania jest obiektem objętym społecznym programem mieszkaniowym czyli obiektem :

- a) Budownictwa mieszkaniowego, o tym co jest obiektem budownictwa mieszkaniowego decyduje przynależność do PKOB 11 czyli :
 - a. do budynków mieszkalnych jednorodzinnych z wyłączeniem tych, których powierzchnia użytkowa przekracza 300m²,
 - b. budynków o dwóch mieszkaniach i wielomieszkaniowych z wyjątkiem lokali o powierzchni użytkowej powyżej 150m²,
 - c. budynków zbiorowego zamieszkania, w tym budynków rezydencji prezydenckich i biskupich.

W art. 60 ust 2 ustawy z dnia 17 maja 1989r. o stosunku Państwa do Kościoła Katolickiego w Rzeczypospolitej Polskiej Dz. U. t.j. z 2013r. poz. 1169 wskazano, że plebanią jest budynek stanowiący mieszkanie proboszcza lub rektora i kancelarię parafialną lub kancelarię rektora. Z tego wynika, że plebania składa się z pomieszczeń mieszkalnych i pomieszczeń o charakterze niemieszkalnym, które mogą być klasyfikowane jako pomieszczenia biurowe.

- b) Lokale mieszkalne w budynkach niemieszkalnych sklasyfikowane w dziale PKOB 12 – budynki biurowe należą do PKOB 1220,
- c) Klasa PKOB 1264 – budynki instytucji ochrony zdrowia świadczące usługi zakwaterowania z opieką lekarską i pielęgniarską, zwłaszcza dla ludzi starszych i niepełnosprawnych – ten przypadek nie dotyczy realiów niniejszej sprawy.

W ocenie Izby zatem w zależności od tego, które powierzchnie lokali będą przeważające klasyfikacja może wskazywać, albo obiekt budownictwa mieszkaniowego z lokalem użytkowym, albo na budynek niemieszkalny będący budynkiem biurowym z lokalem (lokalami mieszkalnymi). Biorąc to pod uwagę izba uznała, że klasyfikacja zamawiającego

zawarta w siwz klasyfikująca jak wynika z wyjaśnień zamawiającego sporne budynki plebanii jako PKOB 1130 znajduje uzasadnienie w definicji legalnej plebani, na wiarę zasługuje także przedstawiony przez przystępującego wydruk ze strony www.stat.gov.pl klasyfikujący plebanię jako budynek zbiorowego zamieszkania. Dodatkowe potwierdzenie prawidłowości klasyfikacji zamawiającego stanowi powołane przez przystępującego rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 13 września 2013r. zaliczające wprost plebanie do budynków zbiorowego zamieszkania na potrzeby statystyki publicznego. Skoro zatem plebanie mieszczą się w klasyfikacji PKOB w dziele budynki mieszkalne w grupie budynki zbiorowego zamieszkania, to zgodnie z art. 41 ust. 12 i 12a ustawy od podatków od towarów i usług zamawiający prawidłowo ustalił, że dla pozycji 12 i 13 formularza cenowego wykonawcy powinni byli wskazać stawkę 8% podatku VAT. Bezsporne jest, że odwołujący wskazał stawkę 23% w swojej ofercie i w świetle stanowiska odwołującego wynikającego z odwołania uważał tę stawkę za prawidłową, stąd nie sposób również uznać, że odwołujący omyłkowo zastosował stawkę podatku w wysokości 23%. Odwołujący na poparcie swoje stanowiska nie przedstawił indywidualnej interpretacji podatkowej potwierdzającej prawidłowość jego toku myślenia. Biorąc zaś pod uwagę powyższe okoliczności izba doszła do przekonania, że zamawiający w niniejszej sprawie nie naruszył art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy przez jego zastosowanie w odniesieniu do oferty odwołującego, gdyż oferta ta zawierała błąd w obliczeniu ceny polegający na obliczeniu ceny przy uwzględnieniu wartości podatku VAT obliczonego z zastosowaniem nieprawidłowej stawki tego podatku.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 92 ust 1 pkt 1 ustawy przez dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty w sytuacji niezgodnego z ustawą odrzucenia i wykluczenia oferty odwołującego w konsekwencji naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 i art. 7 ust. 1 ustawy poprzez brak zapewnienia zachowania uczciwej konkurencji w postępowaniu.

Zarzut nie potwierdził się. Zarzut był konsekwencją zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy, skoro zatem zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy nie potwierdził się to również nie doszło do naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy, gdyż dokonany przez zamawiającego wybór oferty najkorzystniejszej był prawidłowy. Nie potwierdził się także zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy i art. 7 ust. 1 ustawy, gdyż zamawiający nie dopuszczając do porównania ofert obliczonych według innych reguł, nie naruszył zasady uczciwej konkurencji.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 192 ust.1, 2 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 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) obciążając odwołującego kosztami postępowania w postaci uiszczzonego wpisu od odwołania.

Przewodniczący: