

Sygn. akt: KIO 592/18

WYROK
z dnia 13 kwietnia 2018 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na posiedzeniu i rozprawie w dniu 11 kwietnia 2018 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 marca 2018 roku przez wykonawcę **A. K. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą A. K. PHUP KRAWTPOL z siedzibą w Częstochowie** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Zakładu Gospodarki Mieszkaniowej Towarzystwa Budownictwa Społecznego w Częstochowie Spółka z o.o. z siedzibą w Częstochowie**

orzeka:

1. **oddala odwołanie;**
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego – wykonawcę **A. K. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą A. K. PHUP KRAWTPOL z siedzibą w Częstochowie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000,00 zł (słownie: dziesięciu tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
3. zasądza od Odwołującego **A. K. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą A. K. PHUP KRAWTPOL z siedzibą w Częstochowie** na rzecz **Zamawiającego - Zakładu Gospodarki Mieszkaniowej Towarzystwa Budownictwa Społecznego w Częstochowie Spółka z o.o. z siedzibą w Częstochowie** kwotę 1 200,00 zł (słownie: tysiąca dwustu złotych 00/100) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Zamawiającego z tytułu zastępstwa procesowego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2017.1579 j.t.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Częstochowie**

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Dnia 28 marca 2018 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 179 ust 1, 180 ust. 4 i art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2017, poz. 1579 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, odwołanie złożył wykonawca **A. K. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą A. K. PHUP KRAWTPOL z siedzibą w Częstochowie**, zwana dalej „Odwoływającą”.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Remont przewodów kominowych: wentylacyjnych, dymowych i spalinowych w budynkach mieszkalnych wielorodzinnych stanowiących zasób komunalny gminy, zarządzanych i administrowanych przez Zakład Gospodarki Mieszkaniowej Towarzystwo Budownictwa Społecznego w Częstochowie Spółka z o.o.” prowadzi Zamawiający: **Zakład Gospodarki Mieszkaniowej Towarzystwo Budownictwa Społecznego w Częstochowie Spółka z o.o. z siedzibą w Częstochowie**, zwany dalej „Zamawiającym” lub „ZGM”.

Odwoływająca zaskarżonym czynnościami związanym z badaniem i oceną ofert zarzuciła naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez spółkę Komins sp. z o.o. i uznanie, iż stanowi ona ofertę najkorzystniejszą pomimo, iż spółka ta złożyła ofertę niezgodną z zapisami SIWZ.

Odwoływająca wносиła o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) uchylenia decyzji o wyborze oferty Komins sp. z o.o.
- 2) ponownej oceny ofert;
- 3) odrzucenie oferty firmy Komins sp. z o.o.
- 4) wybór oferty Odwoływającej .

W uzasadnieniu podniesiono, że w dniu 23 marca 2018r. Odwoływająca została poinformowana drogą elektroniczną o wynikach oceny i badania ofert oraz o wyborze oferty najkorzystniejszej. Termin na złożenie odwołania został zachowany. Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu. Odwoływająca uściłła wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP. Jednocześnie podkreśliła, że jako wykonawca posiada interes prawny w złożeniu odwołania, ponieważ w przypadku odrzucenia oferty spółki Komins oferta Odwoływającej zostałyby uznana za najkorzystniejszą.

Zdaniem Odwoływającej decyzja Zamawiającego, o braku odrzuceniu oferty Komins jest wadliwa z uwagi na następujące okoliczności:

Komins w ramach złożonej oferty dokonał zmian w załączniku nr 7, tj. zmian w przedmiarze ofertowym. Zmiany te polegały w szczególności na zmianie wysokości norm robocizny w podanych przez Zamawiającego normach oraz zmiany ilości zużywanych

materiałów. Szczegółowy wykaz został zamieszczony w piśmie Odwołującej do Zamawiającego z dnia 12.03.2018r.

Z treści pisma spółki Komins wynika, iż zmiany te zostały dokonane z pełną świadomością, a wynikały one z posiadanego doświadczenia oraz dobrych kontaktów handlowych spółki.

Zdaniem Odwołującej z takim stanowiskiem nie można się zgodzić z następujących względów:

- a) przedmiar robót jasno i wyraźnie określa normy, które należy stosować w obliczaniu ceny jednostkowej;
- b) w przypadku możliwości dowolnego kształtowania ceny jednostkowej Zamawiający winien zażądać jedynie podania kwot jednostkowych bez podawania podstaw ich obliczenia;
- c) posiadane doświadczenie, kontakty handlowe nie mają wpływu na treść przedmiaru jednostkowego - mają jedynie wpływ na wysokość cen zakupów materiałów oraz cenę roboczogodziny (znamiennym w sprawie jest fakt, iż oferta firmy Komins w zakresie stawki za roboczogodzinę jest wyższa niż stawka Odwołującej).

Brak określenia w SIWZ możliwości zmiany norm z jednoczesnym dopuszczeniem ich zmiany w składanych ofertach w sposób oczywisty narusza zasady uczciwej konkurencji.

Zdaniem Odwołującej Komins podała w swoje ofercie również nieprawidłową stawkę VAT. Z treści SIWZ, a w szczególności jej pkt XV.6 wynika, iż Zamawiający jest Wykonawcą usługi, a oferenci są podwykonawcami, więc oferta winna zawierać jedynie ceny netto a nie ceny brutto. Złożenie innej oferty jest niezgodne z zapisami SIWZ i oferta taka winna podlegać odrzuceniu.

Biorąc pod uwagę przedstawione okoliczności faktyczne oraz wskazane naruszenia przepisów zdaniem Odwołującej odwołanie winno zostać uwzględnione a czynności Zamawiającego powtórzone.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, złożonych pismach procesowych, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

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

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nieprawidłowe dokonanie czynności badania i oceny ofert, w tym zaniechanie odrzucenia oferty uznanej za najkorzystniejszą, w sytuacji gdy ziściłyby się przesłanki warunkujące jej odrzucenie, oznacza że potencjalne stwierdzenie naruszenia w tym zakresie przepisów ustawy Pzp pozbawia Odwołującego (którego oferta zajęła kolejne miejsce w rankingu), możliwości uzyskania zamówienia i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wykonywania zamówienia. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Do postępowania odwoławczego nie zgłoszono przystąpienia po żadnej ze stron.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o jego oddalenie w całości. Wskazał, że w zakresie podnoszonym w odwołaniu, Wykonawca Komins wzywany był do złożenia wyjaśnień, takie wyjaśnienia Zamawiający uzyskał. Wyjaśnienia były szczegółowe i wyczerpujące, tłumaczyły elementy oferty Wykonawcy, które budziły wątpliwości Zamawiającego. Dodatkowo Zamawiający zaznaczył, że dokonał analizy dotychczasowego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej i uznał, że nie jest możliwe odrzucenie oferty firmy Komins z powodu błędów oferty dotyczących kosztorysu ofertowego.

Izba ustaliła, że z zapisów SIWZ wynikało, że wykonawcy mają wraz z ofertą złożyć kalkulacje cen jednostkowych (kosztorysy ofertowe jednostkowe) w formie szczegółowej zawierające czynniki cenotwórcze (R, M, S, Kp, Z) sporządzone na podstawie wykazu robót – jako załącznik nr 7 oraz wykazy cen jednostkowych sporządzone zgodnie ze wzorem załącznika nr 8 do SIWZ (ceny jednostkowe ryczałtowe winny zawierać czynniki cenotwórcze jak wyżej), które stanowić będą załączniki do umowy. Kalkulacje cen jednostkowych należało wykonać w formie szczegółowej w oparciu o wykaz robót stanowiący załącznik nr 7 do SIWZ. Ceny jednostkowe ryczałtowe poszczególnych pozycji powinny wynikać z kalkulacji cen jednostkowych (kosztorysów ofertowych) szczegółowych dla danej pozycji oraz wskaźników cenotwórczych (R, M, S, Kp, Z), przy zastosowaniu której powyższą kalkulację sporządzono. Zamawiający poinformował, że w prowadzonym postępowaniu jest podatnikiem z tytułu nabywania usług, co wynika z art. 17 ust. 1 pkt 8 ustawy o podatku od towarów i usług oraz załącznika nr 14 do tej ustawy, a Wykonawca jest w rozumieniu art. 17 ust. 1h ustawy o VAT – podwykonawcą. W związku z powyższym Wykonawca informuje Zamawiającego, czy wybór oferty prowadził będzie do powstania u Zamawiającego

obowiązku podatkowego w zakresie zapłaty podatku VAT, wskazując nazwę (rodzaj) towaru lub usługi, których dostawa lub świadczenie będzie prowadzić do jego powstania oraz wskazując ich wartość bez kwoty podatku.

Wykonawca w ofercie miał podać w załączniku nr 7 „Ceny jednostkowe wykazu robót” cenę netto oraz cenę z podatkiem VAT, natomiast w odniesieniu do części zamówienia, która prowadzić będzie do powstania u Zamawiającego obowiązku podatkowego (tzw. mechanizm odwrotnego obciążenia VAT) Wykonawca podawał wartość brutto równą wartości netto danej części zamówienia bez uwzględniania podatku VAT, będącego do zapłaty po stronie Zamawiającego.

Zamawiający określił w rozdziale XV (Opis sposobu obliczenia ceny), że ceny jednostkowe wykazu robót należy podać zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 ustawy o informowaniu o cenach towarów i usług i będą one cenami jednostkowymi ryczałtowymi.

Zgodnie ze wzorem umowy podstawę wynagrodzenia wykonawcy za wykonane roboty stanowić będą ceny jednostkowe ryczałtowe. Ilości wykonanych prac przyjmowane będą z kosztorysów powykonawczych. Rozliczenie wynagrodzenia za wykonane roboty nastąpi w oparciu o obmiar i ceny jednostkowe ryczałtowe. W przypadku wystąpienia robót dodatkowych, będą one rozliczane na podstawie kosztorysów powykonawczych, sporządzonych w oparciu o ceny czynników cenotwórczych zaoferowane w formularzu ofertowym.

W dniu 22 lutego 2018 roku Komins na podstawie art. 90 ust. 1a ustawy Pzp został wezwany do udzielenia wyjaśnień odnośnie cen wynikających z załącznika nr 8 do oferty – ceny jednostkowe wykazu robót – w zakresie pozycji nr: 3, 24-25, 41, 43, 56, 58 i 60. Wykonawca złożył wyjaśnienia w wyznaczonym terminie.

W dniu 2 marca 2018 roku ten sam Wykonawca, na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp został wezwany o złożenie wyjaśnień w zakresie zastosowania stawki podatku VAT 8% we wszystkich pozycjach załącznika nr 8, w odniesieniu do zapisów pkt XV.6-8 SIWZ, z podaniem podstawy prawnej. Zamawiający nakazał wyjaśnienie na jakiej podstawie w kosztorysie ofertowym w pozycjach 7,11,16,20,21 zmieniono KNR-y oraz dlaczego dokonano zmiany współczynników nakładów rzeczowych w pozycjach 1-6, 9,10,12,14,15,17,19,22,23,32,33,34-37 kosztorysu ofertowego.

Komins wyjaśnił, że złożył do przetargu oświadczenie, w którym potwierdził, iż wybór przedmiotowej oferty przez Zamawiającego nie będzie prowadzić do powstania u Zamawiającego obowiązku podatkowego w zakresie zapłaty podatku VAT. Podstawa prawna to ustawa o podatku od towarów i usług - załącznik nr 14: Wykaz usług, o których mowa w art. 17 ust. 1 pkt 8 ustawy. W postępowaniu Firma przedłożyła ofertę cenową z uwzględnieniem stawki VAT w wysokości 8% z uwagi na fakt, iż Zamawiającym zgodnie z pkt I SIWZ jest Zakład Gospodarki Mieszkaniowej Towarzystwo Budownictwa Społecznego

w Częstochowie Spółka z o.o., a Wykonawcą jest firma Komins Sp. z o.o. Nie ma możliwości określenia sytuacji, w których Komins miałby zostać podwykonawcą dla Zakładu Gospodarki Mieszkaniowej Towarzystwo Budownictwa Społecznego w Częstochowie Spółka z o.o. W przypadku zaistnienia sytuacji, w której Zakład Gospodarki Mieszkaniowej Towarzystwo Budownictwa zostałby Wykonawcą, a firma Komins zostałaby podwykonawcą jednostkowe ceny ryczałtowe netto stałyby się jednocześnie ryczałtowymi cenami jednostkowymi brutto. W każdej innej sytuacji, w której Firma Komins jest Wykonawcą, a Zakład Gospodarki Mieszkaniowej Towarzystwo Budownictwa Społecznego w Częstochowie Zamawiającym obowiązują ceny jednostkowe netto ze stawką VAT 8%. Wykonawca nadmieniał, iż załączona do oferty tabela (Załącznik nr 8) jednoznacznie precyzuje poziom cen netto oraz brutto, a co za tym idzie rozwiewa wszelkie wątpliwości dotyczące przedmiotowej kwestii.

W zakresie wyjaśnień związanych ze zmianą KNR, Komins wskazał, że w wymienionych przez Zamawiającego pozycjach ujęte w przedmiarze robót załączonym do SIWZ KNR-y nie obejmują swoim zakresem przedmiotowych prac, dlatego w kosztorysie ofertowym Wykonawcy zostały one zamienione na KNR-y, które swoim zakresem obejmują przedmiotowe prace.

Jeżeli zaś chodzi o zmiany współczynników nakładów rzeczowych w pozycjach 1, 2, 31 4, 5, 6, 9, 10, 12, 14, 15, 17, 19, 22, 23) 32, 3:3, 34, 35, 36, 37 kosztorysu ofertowego, to zostały wykonane na podstawie wewnętrznych kalkulacji cenowych, z uwzględnieniem posiadanych możliwości wykonawczych, posiadany potencjałem technicznym oraz z uwzględnieniem zasad ujętych w Zarządzeniu Wewnętrznym Spółki Komins. Wykonawca zapewnił, iż sporządzona kalkulacja cenowa dla ryczałtowych cen jednostkowych uwzględnia wszelkie parametry kosztowe w odniesieniu do możliwości techniczno- inwestycyjnych jakimi dysponuje firma.

W dniu 13 marca 2018 roku, Zamawiający na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp dokonał w ofercie wykonawcy KOMINS poprawy innych omyłek w pozycjach 1-37 kolumnie 6 „VAT lub odwrotne obciążenie” gdzie widniała stawka 8% VAT, a winno być „odwrotne obciążenie”. Zamawiający dokonał także poprawienia w kolumnie 8 „ceny jednostkowe brutto” przyjmując za prawidłową wartość „cenę jednostkową netto” z formularza Wykonawcy. Wykonawca na powyższe poprawki wyraził zgodę.

Zamawiający zaakceptował złożone przez Komins wyjaśnienia. Uważał, że załącznik nr 7 ma charakter informacyjny i pomocniczy, a ceny podane przez Wykonawcę są tylko cenami ryczałtowymi. Co do stawki podatku podniesiono, że jeżeli Wykonawca pomylił się w oświadczeniu dotyczącym odwróconego VAT i obowiązku podatkowego u Zamawiającego, to błędna informacja nie stanowi uchybienia, które skutkować musi odrzuceniem oferty, w szczególności jeżeli w złożonym formularzu ofertowym Zamawiający otrzymał wszystkie dane, by w sposób prawidłowy i pełny ocenić ofertę.

Na rozprawie Strony podtrzymały stanowiska wyrażone pisemnie.

Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę, Izba uznała, że odwołanie w całości podlegało oddaleniu.

Izba na wstępie uzasadnienia wskazuje, że nowelizacja ustawy o VAT z 9 kwietnia 2015 r. o zmianie ustawy o podatku od towarów i usług oraz ustawy - Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015 r. poz. 605), która weszła w życie z dniem 1 lipca 2015 roku, wprowadziła zmiany dotyczące stosowania tzw. mechanizmu odwróconego obciążenia podatkiem od towarów i usług VAT na gruncie prawa zamówień publicznych. Zgodnie z obowiązującym od dnia 1 lipca 2015 roku art. 91 ust. 3 a ustawy Pzp jeżeli złożono ofertę, której wybór prowadziłby do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług, zamawiający w celu oceny takiej oferty dolicza do przedstawionej w niej ceny podatek od towarów i usług, który miałby obowiązek rozliczyć zgodnie z tymi przepisami. Wykonawca, składając ofertę, informuje zamawiającego, czy wybór oferty będzie prowadzić do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego, wskazując nazwę (rodzaj) towaru lub usługi, których dostawa lub świadczenie będzie prowadzić do jego powstania, oraz wskazując ich wartość bez kwoty podatku.

Mechanizm odwróconego (odwrotnego) obciążenia VAT stanowi wyjątek od zasady, zgodnie z którą podatnikiem z tytułu odpłatnego świadczenia usług lub dostawy towarów jest usługodawca lub dostawca towaru. W określonych przypadkach podatnikami są podmioty nabywające usługi lub towary, co jest równoznaczne z przerwaniem na nabywcę obowiązku rozliczenia podatku należnego z tytułu dokonania danej czynności. W przypadku zastosowania odwróconego obciążenia dostawca towaru lub świadczący usługę, wystawiając fakturę, nie wykazuje w niej stawki i kwoty podatku. Zamiast tego faktura powinna zawierać wyrazy "odwrotne obciążenie". Odwrócony VAT jest procedurą, która przewiduje, że to kupujący, a nie sprzedający, zobowiązuje się do odprowadzenia podatku.

Rozpoznając zarzut dotyczący niezgodności treści oferty Wykonawcy Komins z zapisami SIWZ co do wystąpienia mechanizmu odwrotnego obciążenia, Izba uznała, że Zamawiający dokonując oceny ofert w prawidłowy sposób dokonał poprawy formularza ofertowego i nie zaistniała sytuacja, w której w ofercie można stwierdzić błąd w obliczeniu ceny.

Odwołujący de facto kwestionował sposób przedstawienia ceny w tych pozycjach kosztorysu ofertowego, które według niego powinny być podane jako wartość bez podatku od towarów i usług, co wynikało z zapisów punktu XV SIWZ. Dostrzeżenia jednak wymaga,

że Wykonawca Komins zastosował w kosztorysie ofertowym nr 8 prawidłową stawkę podatku od towarów i usług w wysokości 8%, która to wysokość stawki nie była kwestionowana przez Zamawiającego i Odwołującego. Ma też rację Zamawiający, że obowiązek odprowadzenia podatku od towarów i usług przez Zamawiającego nie powoduje powstania stanu, w którym towar nie jest objęty tym podatkiem - jest to jedynie kwestia jego późniejszego rozliczenia. Kosztorys określał ryczałtową cenę jednostkową netto, więc Zamawiający posiadał wszelkie informacje, które pozwalały mu na samodzielne dokonanie poprawek w kosztorysie. Można przyjąć, że informacje o stawce podatku i kwocie brutto były umieszczone w kosztorysie ofertowym jako nadmiarowe. Zaistniała w kosztorysie ofertowym wykonawcy Komins niezgodność ma charakter formalny, nie merytoryczny, można ją było zakwalifikować jako omyłkę nieistotną, której poprawę umożliwia art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp (tak KIO w wyroku z dnia 2 stycznia 2018 r., sygn. akt KIO 2687/17).

Z dotychczasowego orzecznictwa Izby wynika, że to Zamawiający odpowiada za ustalenie, czy oferta danego wykonawcy podlega poprawieniu w zakresie ceny przez pomniejszenie tej ceny o podatek od towarów i usług w zakresie, w jakim u zamawiającego powstaje obowiązek rozliczenia podatku od towarów i usług (tak wyrok KIO z dnia 17 września 2015 r., sygn. akt KIO 1966/15). Jednoznacznie także w orzecznictwie podkreśla się, że *„zaniechanie wykonania lub niewłaściwe wykonanie obowiązku informacyjnego ciążącego na wykonawcy w stosunku do zamawiającego o powstaniu u zamawiającego obowiązku podatkowego nie zostało obwarowane sankcją w postaci odrzucenia oferty”* (tak wyrok KIO z dnia 20 listopada 2015 r. sygn. akt KIO 2432/15 oraz wyrok KIO z dnia 8 lutego 2017 r., sygn. akt KIO 170/17). Jak zauważono w wyroku KIO z dnia 11 grudnia 2015 r. (sygn. akt KIO 2555/15) *„błędne poinformowanie lub niepoinformowanie Zamawiającego przez wykonawcę o obowiązku doliczenia do zaofertowanej ceny podatku VAT, nie ma wpływu na cenę wykonania zamówienia, gdyż ta informacja wykonawcy wobec Zamawiającego jest irrelevantna. Niezależnie od tego czy wykonawca odpowiednią informację zamieści, cena oferty i tak w ostateczności pozostanie bez zmian”*.

Oferta wykonawcy Komins de facto zawierała dane wymagane przez Zamawiającego, wskazywała bowiem ryczałtową cenę jednostkową netto. Zamawiający słusznie zatem przyjął, że kwota wymieniona w pozycji 5 formularza winna być tożsamo przeniesiona do pozycji 8 formularza. Na rozprawie Odwołujący pokrętnie tłumaczył, że błąd Zamawiającego polegał na przyjęciu lub też ocenie kwoty brutto. Tłumaczenia te Izba uznała za niezrozumiałe. Jak prawidłowo zauważył Zamawiający, w przypadku odwrotnego obciążenia, w celu oceny oferty dolicza się do przedstawionej w niej ceny podatek od towarów i usług, który miałby obowiązek rozliczyć zgodnie z tymi przepisami. Zatem do ceny netto obu ofert doliczony został podatek VAT we właściwej stawce, a następnie ustalony został ranking

ofert. Reasumując, Izba uznała postępowanie Zamawiającego za odpowiadające zasadom ustalonym w przepisach prawa, w tym ustawy Pzp.

Co do zmian poszczególnych pozycji w kosztorysie ofertowym, to sporne pomiędzy Stronami było to, że wykonawca Komins w jakikolwiek sposób zmienił dane zawarte w przedmiarach oraz że zastosował kalkulację własną określonych nakładów.

Niewątpliwie dostrzeżenia wymaga, że z przytoczonych zapisów SIWZ nie wynika zakaz wprowadzania przez wykonawców metody kalkulacji własnej albo nakaz bezwzględnego zastosowania nakładów wynikającej z opisu norm. Ceny jednostkowe poszczególnych pozycji należało wyliczyć na podstawie szczegółowych przedmiarów robót z uwzględnieniem wskaźników cenotwórczych (R, M, S, Kp, Z), przy zastosowaniu których powyższą kalkulację sporządzano. Specyfikacja nie wskazywała, że elementy te mają charakter niezmienny. Co więcej rozliczenie prac wymienionych w załączniku nr 8 będzie miało formę ryczałtową, a więc kwestią drugorzędną staną się dane przyjęte do wyliczenia ceny danej pozycji prac. Wzór umowy jasno odzwierciedlał, że ceny jednostkowe będą miały charakter niezmienny w trakcie wykonywania prac, a zapłata odbywała będzie się przez dokonanie obmiaru ilościowego i pomnożenie ilości przez cenę jednostkową. Zatem przyjęte przez danego wykonawcę składniki cenotwórcze nie będą miały mocy decydującej o zawyżeniu lub zaniżeniu ceny, ponieważ wykonawca dokonać miał kalkulacji wszystkich niezbędnych prac do wykonania na podstawie udostępnionych przedmiarów. Wszelkie zatem ryzyko niedoszacowania ceny niezbędnych prac, materiałów i sprzętu po podpisaniu umowy obciążać będzie takiego wykonawcę.

Tym samym trudno uznać, że oferta firmy Komins jest niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia - z jakimś jej konkretnym postanowieniem. Zdaniem Izby Zamawiający powinien wyraźnie wskazać, że nie dopuszcza stosowania kalkulacji własnej, lecz nakazuje stosowanie założeń kalkulacyjnych wynikających z opisu KNR i KNNR, nawet jeśli z doświadczenia zawodowego wykonawcy wynika, że w rzeczywistości nakłady te będą inne. Takich zapisów zaś specyfikacja w przedmiotowym postępowaniu nie zawierała. SIWZ nie określała także sankcji za zmianę przyjętych przez Zamawiającego nakładów.

W ocenie Izby fakt zmiany norm nakładów w stosunku do norm zawartych w katalogach nakładów rzeczowych w okolicznościach niniejszej sprawy sam w sobie nie może świadczyć o zaoferowaniu oferty nieodpowiadającej treścią zapisom SIWZ. Należy bowiem wziąć pod uwagę, że cena i sposób rozliczenia w trakcie wykonywania umowy ma charakter ryczałtowy, a Zamawiający nie nałożył na wykonawców obowiązku sporządzenia kosztorysu szczegółowego, dopuszczając jego uproszczoną formę.

Zdaniem Izby Zamawiający słusznie uznał, że załącznik nr 7 miał charakter pomocniczy, poglądowy, ułatwiający sporządzenie kalkulacji cenowej. Nie można także

zgodzić się z twierdzeniami Odwołującego, że załącznik nr 7 określał technologię wykonania robót. Przedmiar określał, jakie ilości nakładów rzeczowych niezbędne do wyceny prac przyjął Zamawiający, natomiast technologię wykonania prac określają specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót, które w tym postępowaniu nie występowały. Konkludując, w ocenie składu orzekającego Izby Zamawiający prawidłowo dokonał przeprowadził proces badania i oceny ofert i uznał, że oferta firmy Komins nie podlegała odrzuceniu.

W konsekwencji zdaniem Izby Zamawiający nie dopuścił się naruszenia przepisów ustawy Pzp wskazywanych w odwołaniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1) oraz ust. 4 w zw. z § 3 pkt 2) 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 ze zmianami) obciążając nimi Odwołującego.

Przewodniczący: