

Sygn. akt: KIO 1225/21

WYROK
z dnia 27 maja 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Rams

Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 maja 2021 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 kwietnia 2021 r. przez wykonawcę **VIK-BUD Sp. z o.o. Sp. k., w siedzibą w Łaskach,**

w postępowaniu prowadzonym przez **Wojskowy Instytut Medyczny, Warszawa,**

przy udziale:

- A. wykonawcy **Grupa EKOENERGIA Sp. z o.o., z siedzibą w Skierniewicach** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego;

- B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: WODPOL Sp. z o.o., z siedzibą w Żywcu oraz PBO ŚLĄSK Sp. z o.o., z siedzibą w Sosnowcu** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę **VIK-BUD Sp. z o.o. Sp. k., w siedzibą w Łaskach** i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20.000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2 zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów poniesionych przez pełnomocnika.

Stosownie do 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

UZASADNIENIE

W dniu 24 kwietnia 2021 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy VIK-BUD Sp. z o.o. Sp. k., w siedzibą w Łaskach (dalej „**Odwolujący**”) zarzucając zamawiającemu Wojskowemu Instytutowi Medycznemu w Warszawie (dalej „**Zamawiający**”) naruszenie:

- 1) art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez jego niezasadne zastosowanie i dokonanie poprawienia tzw. innych omyłek w ofercie Konsorcjum, które w rzeczywistości nie są omyłkami, dokonanie istotnych zmian w treści oferty Konsorcjum WODPOL Sp. z o.o., oraz PBO ŚLĄSK Sp. z o.o. (dalej „**Konsorcjum**”);
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, jako oferty, której treść nie odpowiada treści SIWZ;
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, jako oferty zawierającej błąd w obliczeniu ceny;
 - postanowienie Rozdziału 13 SIWZ - Opis sposobu wyliczenia ceny - pkt 2 zdanie pierwsze w związku z pkt 18 Rozdziału 12 SIWZ - Opis sposobu przygotowania ofert poprzez jego niezastosowanie przy ocenie oferty Konsorcjum;
 - postanowienie Rozdziału 3 SIWZ - Opis przedmiotu zamówienia - pkt 4 poprzez jego niezastosowanie przy ocenie oferty Konsorcjum;
 - postanowienia Rozdziału 13 SIWZ - Opis sposobu wyliczenia ceny - pkt 1 i pkt 3 poprzez ich niezastosowanie przy ocenie oferty Konsorcjum.

Odwolujący wniósł o wydanie przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku nakazującego Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, dokonanie czynności odrzucenia oferty Konsorcjum, dokonanie, czynności ponownego badania i oceny ofert, z wyłączeniem oferty Konsorcjum.

W uzasadnieniu powyższych zarzutów, Odwołujący wskazał, że Zamawiający w dniu 15 kwietnia 2021 r. powiadomił Odwołującego o wyborze oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej. Oferta tego wykonawcy nie powinna zostać wybrana, bowiem podlega ona odrzuceniu.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z postanowieniem pkt 18 Rozdziału 12 SIWZ - Opis sposobu przygotowania ofert: Wykonawca załącza kosztorysy ofertowe w postaci wydruku elektronicznego z programu kosztorysowego w formie pliku „pdf”. Kosztorysy ofertowe należy sporządzić zgodnie z zapisami Rozdziału 13 pkt 2 SIWZ stanowi: Kosztorysy ofertowe należy sporządzić zgodnie z podstawą wyceny, zakresem, nakładami rzeczowymi podanymi w kosztorysach przedmiarowych Zamawiającego. Ceny umieszczone w poszczególnych pozycjach kosztorysu przedmiarowego muszą obejmować wszystkie następujące po sobie czynności niezbędne dla zapewnienia ciągłości wykonania robót z dokumentacją projektową i wymaganiami, podanymi, w szczególności, w specyfikacjach technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych, a także wiedzą techniczną, Polskimi Normami i sztuką budowlaną. Zatem, w ocenie Odwołującego, kosztorysy ofertowe należało sporządzić zgodnie z nakładami podanymi w kosztorysach przedmiarowych Zamawiającego, w tym z nakładami robocizny i materiałów.

Dla robocizny, jednostkowe nakłady rzeczowe wyrażane są w roboczogodzinach [r-g] na jednostkę obmiarową danej roboty. Zamawiający w pozycjach kosztorysów przedmiarowych, dla poszczególnych jednostek obmiarowych danych robót, określił nakłady rzeczowe robocizny konkretnymi ilościami roboczogodzin, które to ilości, zgodnie z Rozdziałem 13 pkt 2 zdanie pierwsze SIWZ, jako niezmienione winny być przeniesione do kosztorysów ofertowych załączonych do ofert przez wykonawców.

Zdaniem Odwołującego, Konsorcjum, ignorując postanowienie Rozdziału 13 pkt 2 zdanie pierwsze SIWZ, w wielu pozycjach kosztorysów ofertowych branży budowlanej i branży sanitarnej wod-kan w sposób znaczący obniżyło nakłady robocizny. Dodatkowo, w dwóch pozycjach kosztorysu ofertowego branży budowlanej nie uwzględniono niektórych materiałów, które winny być zastosowane, zgodnie z kosztorysami przedmiarowymi Zamawiającego. Zamawiający bezzasadnie uznał, że zmiany ilości roboczogodzin w kosztorysach ofertowych Konsorcjum, w stosunku do kosztorysów przedmiarowych, są omyłkami i to nieistotnymi, więc poprawił te zmiany, dostosowując nakłady robocizny w kosztorysach ofertowych Konsorcjum do wielkości wynikających z kosztorysów przedmiarowych. Zamawiający nie dostrzegł, że poprawienie tych omyłek spowodowało w istotny sposób zmianę treści oferty Konsorcjum.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający w kosztorysie ofertowym branży sanitarnej wod-kan, załączonym do oferty przez Konsorcjum, w pozycji 128 dokonał poprawki nakładów robocizny.

W kosztorysie ofertowym branży budowlanej w pozycjach: 23, 86, 90 dokonał poprawki nakładów robocizny.

Zamawiający dokonał także matematycznych przeliczeń, będących konsekwencją dokonanych poprawek, i obliczył nową cenę oferty Konsorcjum, wyższą o 30.849,29 zł od ceny zaoferowanej przez Konsorcjum.

ZAKRES POMINIĘTYCH PRZEZ ZAMAWIAJĄCEGO POPRAWEK

Kosztorys branży sanitarnej wod-kan

Odwołujący wskazał, że Zamawiający nie dokonał poprawek wszystkich zmian występujących w kosztorysie ofertowym branży budowlanej sanitarnej wod-kan załączonym do oferty.

Konsorcjum w zakresie nakładu robocizny. Nie dokonał zmiany:

- Pozycja 130 - winno być 118,4400 r-g; jest 59,2200 r-g. Zastosowany współczynnik korygujący: 0,5. Wartość netto obniżenia dla tej pozycji: 2.364,60 zł.

Kosztorys branży budowlanej

Zamawiający nie dokonał poprawek wszystkich zmian występujących w kosztorysie ofertowym branży budowlanej załączonym do oferty Konsorcjum w zakresie nakładu robocizny i nakładu materiałów. Do części tych zmian nie odniósł się w ogóle, pominął je.

Są to zmiany w pozycjach:

- Pozycja 25: winno być: 51,7500 r-g, jest: 25,8750 r-g. Zastosowany przez Konsorcjum współczynnik korygujący: 0,5. Wartość netto obniżenia dla tej pozycji: 1.033,12 zł;
- Pozycja 28: winno być: 2195,8560 r-g, jest: 219,5856 r-g. Zastosowany przez Konsorcjum współczynnik korygujący: 0,1. Wartość netto obniżenia dla tej pozycji: 78.909,00 zł;
- Pozycja 82: winno być: 247,0338 r-g, jest: 123.5169 r-g. Zastosowany przez Konsorcjum współczynnik korygujący: 0,5. Wartość netto obniżenia dla tej pozycji: 4.931,52 zł;
- Pozycja 85: winno być: 1030,3371 r-g, jest: 724,2360 r-g. Zastosowany przez Konsorcjum współczynnik korygujący: 0,7. Wartość netto obniżenia dla tej pozycji: 11.941,34 zł;

- Pozycja 87 - winno być: 162,9166 r-g, jest: 16,2917 r-g. Zastosowany przez Konsorcjum współczynnik korygujący: 0,1. Wartość netto obniżenia dla tej pozycji: 5.812,16 zł;
- Pozycja 160: W zakresie zaniżonych nakładów robocizny: winno być: 164,5062 r-g, jest: 16,4506 r-g. Zastosowany przez Konsorcjum współczynnik korygujący: 0,1. Wartość netto obniżenia nakładów robocizny dla tej pozycji: 5.915,09 zł;

W zakresie braków nakładów materiałów:

- brak w kosztorysie pasty emulsyjnej asfaltowej do izolacji przeciwwilgociowej w ilości 1.601.1450 kg,
- brak w kosztorysie papy asfaltowej na tekturze izolacyjnej odm. „400” w ilości 516,9411 m;
- brak w kosztorysie lepiku asfaltowego bez wypełniaczy na gorąco w ilości 82,3446 kg.

Wartość netto pominiętych nakładów materiałów dla tej pozycji nie jest znana, bowiem Konsorcjum w kosztorysie nie podało cen pominiętych materiałów.

- Pozycja 163:

W zakresie zaniżonych nakładów robocizny: winno być: 164,5062 r-g, jest: 16,4506 r-g. Zastosowany przez Konsorcjum współczynnik korygujący: 0,1. Wartość netto obniżenia nakładów robocizny dla tej pozycji: 5.915,09 zł;

W zakresie braków nakładów materiałów:

- brak w kosztorysie pasty emulsyjnej asfaltowej do izolacji przeciwwilgociowej w ilości 1.601.1450 kg,
- brak w kosztorysie papy asfaltowej na tekturze izolacyjnej odm. „400” w ilości 516,9411 m;
- brak w kosztorysie lepiku asfaltowego bez wypełniaczy na gorąco w ilości 82,3446 kg. Wartość netto pominiętych nakładów materiałów dla tej pozycji nie jest znana, bowiem Konsorcjum w kosztorysie nie podało cen pominiętych materiałów.

Łączna wartość nie poprawionych przez Zamawiającego nakładów robocizny, przy zastosowaniu do obliczenia tej wartości stawek robocizny podanych przez Konsorcjum w danej pozycji, wynosi:

- wartość bez podatku VAT: 114.457,32 zł
- wartość z podatkiem VAT: 140.782,50 zł.

Ze względu na to, że Zamawiający nie dokonał poprawek w ofercie Konsorcjum wszystkich zmian, to cena oferty wzrosła „tylko” o 30.849,29 zł, a mogła wzrosnąć jeszcze o dalszą kwotę 140.782,50 zł, wynikającą z pominiętych przez Zamawiającego poprawek. Cena oferty Konsorcjum mogła zatem wzrosnąć o kwotę 171.631,79 zł.

W ocenie Odwołującego, cena oferty Konsorcjum mogła wzrosnąć jeszcze o dalsze kwoty, gdyby Zamawiający poprawił brakujące nakłady materiałowe w pozycjach: 160 i 163. Jednak wartości brakujących nakładów materiałowych nie można obliczyć i dodać do obliczenia zaniżenia ceny oferty przez Konsorcjum, bowiem w ofercie Konsorcjum nie występują ceny pasty emulsyjnej asfaltowej do izolacji przeciwwilgociowej, papy asfaltowej na tekturze izolacyjnej odm. „400”, czy lepiku asfaltowego bez wypełniaczy na gorąco. Rozmiar zmian nakładów robocizny w kosztorysach ofertowych Konsorcjum jest bardzo znaczny, a zmiany te są celowe (nie są to tzw. czeskie błędy, czy omyłki odruchowe, popełnione z rozpędu, itp.). Celowo wstawiano do kosztorysów współczynniki korygujące robociznę: 0,1; 0,5; 0,7.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający nie mógł dokonać poprawek zmian wprowadzonych celowo do oferty przez wykonawcę. Zamawiający może dokonać poprawienia w ofercie wyłącznie omyłek. Wskutek wprowadzonych przez siebie poprawek w kosztorysach i przeliczenia wartości kosztorysów, Zamawiający podwyższył cenę oferty Konsorcjum o kwotę 30.849,29 zł. Czynności Zamawiającego spowodowały zmianę treści oferty, w tym oświadczenia woli wyrażonego przez Konsorcjum w złożonej ofercie. Konsorcjum oświadczyło w ofercie, że wykona zamówienie za kwotę 4.334.074,48 zł, a Zamawiający podwyższył cenę oferty do kwoty 4.364.923,77 zł. Konsorcjum obliczyło cenę oferty na podstawie kosztorysów sporządzonych wg własnego uznania i ustaliło wykonanie zamówienia z zyskiem w kwocie 112.404,12 zł. Kwota zysku ujętego w ofercie Konsorcjum jest sumą wartości zysków wyliczonych przez Konsorcjum dla każdej branży w odpowiednim kosztorysie. Wynika to z załączonych do oferty siedmiu kosztorysów branżowych.

Odwołujący wskazał, że wskutek poprawek dokonanych przez Zamawiającego i przeliczenia ceny oferty do wartości 4.364.923,77 zł, zysk Konsorcjum wzrósł o 27,5%, z kwoty 112.404,12 zł do kwoty 143.253,41 zł. Jednak, gdyby Zamawiający poprawił wszystkie zmiany w kosztorysach ofertowych Konsorcjum, dostosowując te kosztorysy do kosztorysów przedmiarowych, to cena oferty wzrosłaby do kwoty 4.505.706,27 zł, a zysk wzrósłby do kwoty 253.186,62 zł, czyli o 125% w stosunku do zaoferowanego zysku. Ta wartość wzrostu zysku nie obejmuje jeszcze doliczenia skutków pominiętych przez Zamawiającego wartości brakujących materiałów, o których była mowa wyżej. Gdyby doliczyć i te, nie wprowadzone przez Zamawiającego, zmiany, to zysk Konsorcjum byłby jeszcze wyższy.

Odwołujący wskazał, że wskutek czynności Zamawiającego, cena oferty Konsorcjum wzrosła o 0,7%, a mogła wzrosnąć o 4%, gdyby Zamawiający poprawił nakłady robocizny w pozycjach 25, 28, 82, 85, 87, 160, 163 kosztorysu branży budowlanej. Gdyby zaś jeszcze skorygować cenę oferty, w związku z pominięciem przez Konsorcjum w kosztorysie branży budowlanej niektórych materiałów, to wzrost ceny oferty byłby jeszcze wyższy.

W ocenie Odwołującego, Konsorcjum, jako profesjonalny wykonawca, zapewne posiadało wiedzę, że mimo zaniżenia nakładów robocizny i pominięcia niektórych materiałów cena jego oferty pozwalała na wykonanie zamówienia z zyskiem. Zatem, podwyższenie ceny oferty wskutek czynności Zamawiającego stało się dla Konsorcjum pewnego rodzaju prezentem. Konsorcjum nie było w stanie odrzucić takiego prezentu, stąd w piśmie z dnia 11.03.2021 r. chętnie wyraziło zgodę na dokonane przez Zamawiającego poprawki, tym bardziej, że oferta Konsorcjum, mimo podwyższenia ceny, pozostała w rankingu ofert na pierwszym miejscu.

Odwołujący zauważył, że postanowieniami SIWZ Zamawiający zażądał od wykonawców załączenia do oferty kosztorysów szczegółowych, w których wylicza się także zysk. Wobec takiego stanu rzeczy, wysokość doliczonego do ceny oferty i ujawnionego przez wykonawców w kosztorysach ofertowych zysku, stanowi oświadczenie woli złożone Zamawiającemu przez wykonawcę w ofercie. Konsorcjum oświadczyło Zamawiającemu, że wykona zamówienie z zyskiem w wysokości 112.404,12 zł. Zamawiający zmienił to oświadczenie woli podwyższając zysk o 27,5%. Gdyby zaakceptować prawo Zamawiającego do poprawienia wszystkich zmian w ofercie (chodzi o pominięcie przez Zamawiającego poprawienia nakładów robocizny w pozycjach 25, 28, 82, 85, 87, 160, 163 kosztorysu branży budowlanej), to nastąpiłaby jeszcze bardziej znacząca zmiana oświadczenia woli Konsorcjum, bowiem zysk ten wzrósłby o ponad 125%.

W ocenie Odwołującego, celem każdego wykonawcy składającego ofertę jest ujęcie w cenie jak najwyższego zysku. Granicą ustalenia wysokości zysku jest zachowanie konkurencyjności oferty. Konsorcjum, dla zachowania konkurencyjności swojej oferty, przewidziało zysk w wysokości 112.404,12 zł. Zysk ten zapewne nie był wygórowany, ale został on ustalony przez Konsorcjum oraz zaoferowany Zamawiającemu. Jednak złożona przez Konsorcjum oferta zawiera wiele wad (zmian w stosunku do treści SIWZ), gdyby było możliwe usunięcie tych wad poprzez dokonanie poprawek przez Zamawiającego, i gdyby Zamawiający poprawił je wszystkie, to zysk tego wykonawcy podwyższyłby się o ponad 125%, bez doliczenia pominiętych materiałów w kosztorysie branży budowlanej.

Zdaniem Odwołującego, tak istotna zmiana treści oferty Konsorcjum nie może być dokonana przez Zamawiającego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy. Podwyższenie ceny oferty o 4%, w tym podwyższenie zysku o 125%, jest zapewne istotną zmianą treści oferty. Również nie jest objęta dyspozycją tego przepisu możliwość poprawienia przez Zamawiającego treści oferty Konsorcjum mimo niewystępowania w niej omyłek.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający, dokonując poprawienia w istotnym zakresie treści oferty poprzez poprawienie w ofercie celowo wprowadzonych przez Konsorcjum zmian nieodpowiadających treści SIWZ, naruszył art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Zamawiający naruszył także art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, w sytuacji gdy treść oferty tego wykonawcy, w zakresie nakładów robocizny i nakładów materiałowych ujętych w kosztorysach branży budowlanej i sanitarnej wod-kan, nie odpowiada treści SIWZ, tj. postanowieniu pkt 2 zdanie pierwsze Rozdziału 13. SIWZ w związku z pkt 18 Rozdziału 12. SIWZ. W szczególności odrzucenie oferty musi nastąpić, gdy nie jest możliwe zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający nie ograniczył się do przedstawienia w dokumentacji przetargowej kosztorysów przedmiarowych, które wykonawcom miałyby być tylko pomocne w przygotowaniu kosztorysów ofertowych i obliczeniu ceny oferty. Zamawiający w sposób szczególny w treści SIWZ odniósł się do kwestii zgodności nakładów rzeczowych w kosztorysach ofertowych z podanymi nakładami rzeczowymi w kosztorysach przedmiarowych. Zamawiający nakazał sporządzenie kosztorysów ofertowych zgodnie z nakładami rzeczowymi podanymi w kosztorysach przedmiarowych (pkt 2 zdanie pierwsze Rozdziału 13 SIWZ). Zamawiający nakazał także, że wykonawca załącza kosztorysy ofertowe, które należy sporządzić zgodnie z zapisami Rozdziału 13 pkt 2 (pkt 18 Rozdziału 12. SIWZ). Tymi nakazami związani byli wszyscy wykonawcy i oczywiście sam Zamawiający. dowód: SIWZ - znajduje się w dokumentacji przetargowej, zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty - znajduje się w dokumentacji przetargowej, zawiadomienie o poprawieniu oferty z dnia 09.03.2021 r. — znajduje się w dokumentacji przetargowej, pismo Konsorcjum o wyrażeniu zgody na dokonane poprawki z dnia 11.03.2021 r. - znajduje się w dokumentacji przetargowej, oferta Konsorcjum - znajduje się w dokumentacji przetargowej

Zaoferowanie przez Konsorcjum przedmiot zamówienia niezgodny z opisem przedmiotu zamówienia

Zgodnie z punktem 4 Rozdziału 3 SIWZ - Opis przedmiotu zamówienia, szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawierają projekty budowlano - wykonawcze - załącznik nr 9 do

SIWZ, specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót - załącznik nr 10 do SIWZ oraz kosztorysy przedmiarowe - szczegółowe - załącznik nr 11 do SIWZ.

W pozycji 160 kosztorysu przedmiarowego branży budowlanej, Zamawiający opisał, że izolacje przeciwwilgociowe i przeciwwodne winny być wykonane z zastosowaniem materiałów:

- pasty emulsyjnej asfaltowej do izolacji przeciwwilgociowej w ilości 1.601,1450 kg,
- folii polietylenowej szerokiej (6 lub 12 m) 0,30 mm - IZOLACYJNA w ilości 548,9640 m²,
- papy asfaltowej na tekturze izolacyjnej odm. „400” w ilości 516,9411 m²
- lepiku asfaltowego bez wypełniaczy na gorąco w ilości 82,3446 kg.

Odwołujący wskazał, że Konsorcjum zaoferowało Zamawiającemu wykonanie izolacji przeciwwilgociowych i przeciwwodnych, objętych pozycją 160 kosztorysu ofertowego, z wykorzystaniem jedynie folii polietylenowej szerokiej (6 lub 12 m) 0,30 mm - IZOLACYJNA w ilości 548,9640 m². Konsorcjum, przy wykonaniu izolacji przeciwwilgociowych i przeciwwodnych nie zaoferowało już zastosowania pasty emulsyjnej asfaltowej w ilości 1.601,1450 kg, papy asfaltowej na tekturze izolacyjnej odm. „400” w ilości 516,9411 m² oraz lepiku asfaltowego bez wypełniaczy na gorąco w ilości 82,3446 kg.

W pozycji 163 kosztorysu przedmiarowego branży budowlanej, Zamawiający opisał, że izolacje przeciwwilgociowe i przeciwwodne winny być wykonane z zastosowaniem materiałów:

- pasty emulsyjnej asfaltowej do izolacji przeciwwilgociowej w ilości 1.601,1450 kg,
- folii polietylenowej szerokiej (6 lub 12 m) 0,30 mm — IZOLACYJNA w ilości 548,96402 m ,
- papy asfaltowej na tekturze izolacyjna odm. „400” w ilości 516,9411 m²,
- epiku asfaltowego bez wypełniaczy na gorąco w ilości 82,3446 kg.

Odwołujący wskazał, że Konsorcjum zaoferowało Zamawiającemu wykonanie izolacji przeciwwilgociowych i przeciwwodnych, objętych pozycją 163 kosztorysu ofertowego, z wykorzystaniem jedynie folii polietylenowej szerokiej (6 lub 12 m) 0,30 mm — IZOLACYJNA w ilości 548,9640 m². Konsorcjum, przy wykonaniu izolacji przeciwwilgociowych i przeciwwodnych nie zaoferowało już zastosowania pasty emulsyjnej asfaltowej w ilości 1.601,1450 kg, papy asfaltowej na tekturze izolacyjnej odm. „400” w ilości 516,9411 m² oraz lepiku asfaltowego bez wypełniaczy na gorąco w ilości 82,3446 kg. Niezaoferowanie przez

Konsorcjum wykonania całego zamówienia w sposób szczegółowo opisany w SIWZ, w tym w kosztorysach przedmiarowych (punkt 4 Rozdziału SIWZ — Opis przedmiotu zamówienia), stanowi o złożeniu oferty, której treść nie odpowiada treści SIWZ.

W ocenie Odwołującego, złożone w ofercie oświadczenie woli Konsorcjum, w zakresie zaoferowanego do wykonania przedmiotu zamówienia, nie obejmuje całego zamówienia szczegółowo opisanego w punkcie 4 Rozdziału 3 SIWZ, a także zmieniło sposób wykonania przedmiotu zamówienia w stosunku do oczekiwanego przez Zamawiającego. Konsorcjum zamierza wykonać izolacje przeciwwilgociowe i przeciwwodne z pominięciem zastosowania pasty emulsyjnej do izolacji przeciwwilgociowej, papy asfaltowej na tekturze i lepiku asfaltowego bez wypełniaczy. Zamawiający, z powodu wskazanego wyżej, winien odrzucić ofertę Konsorcjum jako zawierającą treść nieodpowiadającą treści SIWZ. Dlatego, nie odrzucając oferty Konsorcjum naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy. dowód: SIWZ - znajduje się w dokumentacji przetargowej, oferta Konsorcjum - znajduje się w dokumentacji przetargowej

Odwołujący wskazał, że Zamawiający uregulował w SIWZ sposób obliczenia ceny oferty. Zgodnie z punktem 1 Rozdziału 1 SIWZ - Opis sposobu obliczenia ceny, cenę oferty należało podać w złotych polskich, z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku, z zachowaniem następujących zasad:

- 1) Wartość netto = suma kosztorysów ofertowych szczegółowych tj. suma wszystkich branż występujących w zamówieniu,
- 2) Wartość brutto = wartość netto powiększona o stawkę podatku VAT.

W ocenie Odwołującego z przywołanego wyżej postanowienia SIWZ wynika, że na potrzeby obliczenia przez wykonawców cen ofert, Zamawiający wprowadził dwie następujące zasady:

- wyliczenie wartości netto oferty powinno nastąpić poprzez zsumowanie wartości bez podatku VAT wszystkich kosztorysów branżowych;
- powiększenie tak wyliczonej wartości netto o stawkę podatku VAT (zauważyć należy, iż Zamawiający wskazał, że ma to być jedna stawka).

Dalej, Odwołujący wskazał, że w pkt 3 Rozdziału 13 SIWZ - Opis sposobu obliczenia ceny, Zamawiający nakazał wpisanie do formularza ofertowego wartości wyliczonych zgodnie ze sposobem określonym w pkt 1. Przy narzuconym przez Zamawiającego obowiązku powiększenia wartości netto oferty, na którą, zgodnie z punktem 1 Rozdziału 13 SIWZ, składa się suma kosztorysów ofertowych szczegółowych tj. suma wszystkich branż występujących w zamówieniu (włącznie z kosztorysem branżowym - gazy medyczne), o

jedną stawkę podatku VAT, gdzie wartość kosztorysu instalacji wewnętrznej gazów medycznych w stosunku do wartości wszystkich kosztorysów ofertowych jest niewielka, jedyną możliwą stawką VAT, o którą można było powiększyć wartość netto oferty, zgodnie z żądaniem Zamawiającego, była stawka podstawowa 23%.

Odwołujący wskazał, że Konsorcjum nie uznało, że jest związane narzuconym przez Zamawiającego sposobem obliczenia ceny oferty, zgodnie z którym należało powiększyć sumę wartości wszystkich kosztorysów branżowych o jedną stawkę VAT. Konsorcjum w formularzu ofertowym ujęło dwie stawki, 23% i 8%. Konsorcjum dokonało także samoistnych zmian w kosztorysach ofertowych w stosunku do kosztorysów przedmiarowych i wyliczyło w poszczególnych kosztorysach: wartość netto robót objętych danym kosztorysem, przypisało stawkę VAT i wyliczyło podatek VAT, oraz wyliczyło wartość brutto kosztorysu, mimo, że kosztorysy przedmiarowe przewidywały wyliczenie tylko wartości kosztorysu bez podatku VAT. Konsorcjum w kosztorysach ofertowych dopisało pozycje, których nie ma w kosztorysach przedmiarowych Zamawiającego. Konsorcjum dopisało:

- pozycję umożliwiającą wpisanie stawki roboczogodziny dla całego kosztorysu, i wpisało taką stawkę,
- pozycję umożliwiającą wpisanie narzutów: koszty pośrednie, zysk, stawka podatku VAT, i wpisało odpowiednie wartości,
- pozycję umożliwiającą wpisanie podatku VAT dla całego kosztorysu, i wpisało podatek,
- pozycję umożliwiającą do wpisania: ogółem wartość kosztorysowa robót, i wpisało wartość kosztorysu z podatkiem VAT.

Posiadając wyżej wskazane wpisane i wyliczone dane, Konsorcjum obliczyło cenę oferty poprzez zsumowanie wartości kosztorysowych robót bez podatku VAT ze wszystkich kosztorysów, i tę sumę przeniósł do formularza ofertowego do ramki na stronie 2 formularza, jako wartość netto oferty. Odwołujący wskazał, że podobnie postąpiło z dopisaną przez siebie w kosztorysach ofertowych pozycją nazwaną „Ogółem wartość kosztorysowa robót”, która odzwierciedla w każdym kosztorysie wartość robót wraz z podatkiem VAT, ustalonego według, przypisanej dla danego kosztorysu i wpisanej do niego, stawki podatku VAT. Konsorcjum zsumowało wartości z pozycji „Ogółem wartość kosztorysowa robót” we wszystkich kosztorysach branżowych i przeniósł tę sumę do formularza ofertowego, do ramki na stronie 2 formularza jako wartość brutto oferty. Dodatkowo w formularzu ofertowym w ramce na stronie drugiej formularza, zamiast jednej stawki VAT, Konsorcjum wpisało dwie stawki - 23% i 8%.

W ocenie Odwołującego, wyżej zaprezentowany i zastosowany przez Konsorcjum sposób obliczenia ceny oferty jest niezgodny z zasadami określonymi przez Zamawiającego w punkcie 1 Rozdziału 13 SIWZ. Zamawiający narzuconym sposobem obliczenia ceny oferty, poprzez powiększenie sumy wartości wszystkich kosztorysów branżowych o jedną stawkę VAT, jednoznacznie wskazał, iż przedmiotowe zamówienie traktuje jako kompleksowe, gdzie występuje silne powiązanie poszczególnych świadczeń ze względów gospodarczych, funkcjonalnych jak i technicznych. Przedmiotem zamówienia jest przebudowa pomieszczeń Kliniki Neurologii blok E3 III piętro. W ramach robót budowlanych mają być wykonane m.in. roboty branży instalacyjnej, w tym wykonanie instalacji gazów medycznych, która nie stanowi dla Zamawiającego celu samego w sobie, lecz jest środkiem do lepszego wykorzystania usługi zasadniczej, jaką jest przebudowa pomieszczeń kliniki. Ustalonym w SIWZ sposobem obliczenia ceny oferty, Zamawiający nie umożliwił wykonawcom zastosowania preferencyjnej stawki podatku VAT 8% dla wykonania instalacji gazów medycznych. Odwołujący powołał się na wyrok KIO z dnia 6 lutego 2020 r. KIO 70/20.

Odwołujący wskazał, że jeśli Konsorcjum nie zaakceptowało narzuconego przez Zamawiającego sposobu obliczenia ceny oferty, mogło w formie zapytania, skierowanego do Zamawiającego przed złożeniem oferty, wyjaśnić tę kwestię, albo też mogło wnieść odwołanie do Prezesa KIO na treść postanowień SIWZ. Konsorcjum nie podjęło żadnych działań, tylko samoistnie dokonało zmiany sposobu obliczenia oferty. Odwołujący wskazał, że bywają takie zamówienia, w ramach których dostarczona ma być i zamontowana instalacja gazów medycznych, i dla której zamawiający narzuca preferencyjną stawkę VAT lub też bez jej wskazywania, postanowieniami SIWZ umożliwia wykonawcom zastosowanie więcej niż jednej stawki VAT, w tym preferencyjnej stawki dla instalacji gazów medycznych. W naszym przypadku tak nie jest. W ocenie Odwołującego, w zamówieniach publicznych nadrzędnym celem stosowania przez wykonawców właściwych stawek podatku VAT nie jest kwestia przestrzegania przepisów podatkowych. Zamawiający nie są organem podatkowym. Nadrzędnym celem badania przez zamawiających zastosowanych przez wykonawców stawek podatku VAT jest sprawdzenie, czy oferty są porównywalne. Porównywalność ofert zapewnia obliczenie cen wszystkich ofert zgodnie ze wskazanym w SIWZ sposobem, w tym zastosowaniem odpowiedniej stawki VAT, która w pierwszym rzędzie - winna być określona w ofercie zgodnie ze sposobem obliczenia ceny określonym w SIWZ, a w drugim rzędzie - zgodnie z obowiązującymi przepisami podatkowymi. Wykonawca jest odpowiedzialny względem zamawiającego za zastosowanie odpowiedniej stawki podatku VAT w odniesieniu do określonego w SIWZ sposobu obliczenia ceny oferty. Kwestia odpowiedzialności wykonawcy przed organami podatkowymi, z tytułu zastosowania odpowiedniej (nieodpowiedniej) stawki podatku VAT dla poszczególnych części zamówienia, pojawi się

dopiero na etapie wykonywania zamówienia i wystawiania faktur. Odwołujący powołał się na uchwałę SN z dnia 20 października 2011 r. III CZP 52/11.

W ocenie Odwołującego obliczenie przez wykonawców cen ofert w sposób odmienny od sposobu wskazanego w SIWZ powoduje na ogół nieporównywalność ofert i stanowi o błędzie w obliczeniu ceny oferty, o którym mowa w art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. O porównywalności ofert, w zakresie oferowanej ceny, można mówić wyłącznie w przypadkach, w których porównywane ceny zostały obliczone według tych samych reguł. Odwołujący powołał się na wyrok KIO z dnia 8 września 2020 r. KIO 1881/20, KIO 827/18, KIO 1050/19, KIO 3324/20.

W ocenie Odwołującego, Konsorcjum, obliczając cenę oferty w sposób odmienny od określonego w SIWZ, spowodowało, że jego oferta zawiera błąd w obliczeniu, a jej treść nie odpowiada treści SIWZ. Zamawiający, nie odrzucając z tego powodu oferty Konsorcjum, naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 i pkt 6 Ustawy. dowód: SIWZ - znajduje się w dokumentacji przetargowej, oferta Konsorcjum - znajduje się w dokumentacji przetargowej

Odwołujący wskazał, że dokonując oceny czynności Zamawiającego można zauważyć, że nie czuje się on związany Ustawą i postanowieniami SIWZ. Zamawiający nie dokonał poprawek w kosztorysach załączonych przez Konsorcjum do oferty, tylko sporządził własne kosztorysy, w których ujął zmienione nakłady rzeczowe. Fakt ten nie istotne znaczenie, gdyż to Zamawiający sporządził te kosztorysy w sposób niezgodny z kosztorysami przedmiarowymi, za to, zgodnie z kosztorysami ofertowymi załączonymi do oferty przez Konsorcjum. Zamawiający na stronie tytułowej w poprawionych (wytworzonych przez siebie) kosztorysach zamieścił pozycję: „Wartość kosztorysowa robót” i wpisał do niej wartość kosztorysową z podatkiem YAT, tak jak Konsorcjum. Odwołujący wskazał, że w kosztorysach przedmiarowych ta pozycja jest opisana jako: „Wartość kosztorysowa robót bez podatku VAT”. W podsumowaniu poprawionych kosztorysów, Zamawiający, tak samo jako Konsorcjum, ujął wartości z podatkiem VAT, a zgodnie z kosztorysami przedmiarowymi winny być to wartości bez podatku, oraz wskazał stawkę podatku VAT, w sytuacji gdy stawkę VAT należało zastosować dla sumy wartości wszystkich kosztorysów branżowych, a nie dla każdego kosztorysu oddzielnie. dowód: SIWZ, oferta Konsorcjum.

Izba ustaliła co następuje:

Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Przebudowa pomieszczeń Oddziału Szybkiej Diagnostyki i Terapii Neurologicznej”.

Ogłoszenie o zamówienia zostało opublikowane w dniu 24 grudnia 2020 r. Dz. UE. 2020/S 251627342 z 24 grudnia 2020 r. (dalej „**Postępowanie**”).

Izba ustaliła, że w Rozdziale 13 SIWZ „Opis sposobu obliczenia ceny”, Zamawiający zawarł następując postanowienia:

- Cenę oferty należy podać w złotych polskich, z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku z zachowaniem następujących zasad: 1) Wartość netto suma kosztorysów ofertowych szczegółowych tj. suma wszystkich branż występujących w zamówieniu, Wartość brutto - wartość netto powiększona o stawkę podatku VAT.
- Kosztorysy ofertowe należy sporządzić zgodnie z podstawą wyceny, zakresem, nakładami rzeczowymi podanymi w kosztorysach przedmiarowych Zamawiającego. Ceny umieszczone w poszczególnych pozycjach kosztorysu przedmiarowego muszą obejmować wszystkie następujące po sobie czynności niezbędne dla zapewnienia ciągłości wykonania robót z dokumentacją projektową i wymaganiami, podanymi, w szczególności, w specyfikacjach technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych, a także wiedzą techniczną, Polskimi Normami i sztuką budowlaną.
- Obliczoną w sposób podany w pkt. 1 wartość oferty należy wpisać do formularza ofertowego, stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ.
- W łącznej cenie oferty należy uwzględnić wszystkie wymagania określone w niniejszej SIWZ, wymagania wynikające z wzoru umowy, która stanowi załącznik nr 7 do SIWZ oraz wszelkie koszty jakie poniesie Wykonawca z tytułu należytego wykonania przedmiotu zamówienia jak również ewentualne opusty i rabaty.

Izba ustaliła, że w Postępowaniu złożono 6 ofert. Przystępujący złożył ofertę z ceną 4 334 074,48 zł, zaś Odwołujący złożył ofertę z ceną 4 742 880,00 zł. Izba ustaliła, że obaj wykonawcy złożyli wraz ofertami kosztorysy wymagane przez Zamawiającego.

Izba ustaliła, że pismem z dnia 3 marca 2021 r. Zamawiający wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień co do zastosowanej stawki Vat. Zamawiający wskazał, że wykonawca zastosował stawkę VAT w wysokości 8% w pozycjach 4.1., 4.2, 4.3 kosztorysu w zakresie instalacji wewnętrznej gazów medycznych. Jednocześnie Zamawiający wskazał, że wykonawca nie wycenił pozycji nr 59, 70, 88.

Izba ustaliła, że pismem z dnia 4 marca 2021 r. Przystępujący złożył wyjaśnienia co do zastosowanych stawek VAT. Przystępujący wskazał, że w kosztorysie ofertowym instalacji wewnętrznej gazów medycznych zastosował preferencyjną stawkę podatku VAT w

wysokości 8%, ponieważ w tym przypadku roboty budowlane stanowią integralną część wykonania certyfikowanego wyrobu medycznego – dla którego możliwe jest zastosowanie obniżonej stawki VAT w wysokości 8%. Wynika to z faktu, że przy instalacji gazów medycznych niezbędne jest wykonanie również drobnych robót budowlanych takich jak wykucie, zamurowanie i otynkowanie bruzd w ścianach z cegły, przebicia w ścianach, wykonanie tynków, roboty te wynikały z ustanowionego przez Zamawiającego przedmiaru, a Konsorcjum wyceniło je w złożonym kosztorysie. Przystępujący wskazał, że jeśli poszczególne elementy stanowią jedną czynność, to nie powinna być ona rozdzielana w sposób sztuczny tylko dla celów podatkowych. Gdyby przedmiotem zamówienia była tylko usługa dotycząca gazów medycznych to w jej skład wchodziłyby też drobne prace budowlane i całość byłaby objęta 8% podatkiem VAT. W ocenie Przystępującego, biorąc pod uwagę zakres prac stanowiących przedmiot zamówienia należy zwrócić uwagę na punkt 13 załącznika nr 3 Ustawy VAT, który wskazuje, że stawką 8% objęte są, bez względu na kod CN, „wyroby medyczne w rozumieniu ustawy z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 175, 447, 534).

Wymagania dla instalacji gazów medycznych zostały jasno określone w Projekcie technicznym: WYMAGANIA PODSTAWOWE Zgodnie z Rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2017/745 z dnia 5 kwietnia 2017 r. o wyrobach medycznych oraz Rozporządzeniem Ministerstwa Zdrowia Dz. U. Nr 215 poz.1416 z dnia 05.11.2010 r. w sprawie Klasyfikacji Wyrobów Medycznych do różnego przeznaczenia, instalacja gazów medycznych jest wyrobem medycznym. W związku z powyższym zespoły takie jak:

- punkty poboru
- strefowe zespoły kontrolne
- sygnalizatory

muszą posiadać deklarację zgodności wydaną przez producenta, być oznaczone znakiem CE z numerem jednostki notyfikowanej oraz zgłoszone w Urzędzie Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych. W tym przypadku instalacja gazów medycznych została zaprojektowana jako odrębna instalacja, na którą został wykonany odrębny projekt techniczny, oraz kosztorys przedmiarowy. Instalacja taka może być dopuszczona do użytkowania wyłącznie po przeprowadzeniu certyfikacji i uzyskaniu statusu wyrobu medycznego zgodnie z projektem technicznym, dopiero po przeprowadzeniu certyfikacji instalacja może zostać dopuszczona do leczenia pacjentów. Proces certyfikacji, kluczowy z punktu widzenia bezpieczeństwa pacjenta wskazuje na funkcjonalną odrębność tego elementu zamówienia. Zdaniem Przystępującego z powyższym okoliczności te sprawiają, iż podatek od tego wyrobu jest określony w ustawie o podatku od towarów i usług wynosi 8%, zgodnie z pkt. 13 załącznika nr 3 Ustawy VAT.

Izba ustaliła, że pismem z dnia 9 marca 2021 r. Zamawiający poinformował Przystępującego o dokonaniu poprawienia omyłek w jego ofercie w poz. 23, 86, 90 i 128. W wyniku dokonanej zmiany uległa zmianie cena za wykonanie zamówienia z kwoty 4 334 074,48 zł na kwotę 4 364 923, 77 zł. Pismem z dnia 11 marca 2021 r. wykonawca wyraził zgodę na poprawienie omyłek.

Izba ustaliła, że poza omyłkami skorygowanymi przez Zamawiającego wskazanymi powyższej, kosztorys ofertowy Przystępującego zawierał również następujące omyłki:

Kosztorys branży sanitarnej wod-kan

- Pozycja 130 - winno być 118,4400 r-g; jest 59,2200 r-g. Wartość netto obniżenia dla tej pozycji: 2.364,60 zł.

Kosztorys branży budowlanej

- Pozycja 25: winno być: 51,7500 r-g, jest: 25,8750 r-g. Wartość netto obniżenia dla tej pozycji: 1.033,12 zł;
- Pozycja 28: winno być: 2195,8560 r-g, jest: 219,5856 r-g. Wartość netto obniżenia dla tej pozycji: 78.909,00 zł;
- Pozycja 82: winno być: 247,0338 r-g, jest: 123.5169 r-g. Wartość netto obniżenia dla tej pozycji: 4.931,52 zł;
- Pozycja 85: winno być: 1030,3371 r-g, jest: 724,2360 r-g. Wartość netto obniżenia dla tej pozycji: 11.941,34 zł;
- Pozycja 87 - winno być: 162,9166 r-g, jest: 16,2917 r-g. Wartość netto obniżenia dla tej pozycji: 5.812,16 zł;
- Pozycja 160: W zakresie zaniżonych nakładów robocizny: winno być: 164,5062 r-g, jest: 16,4506 r-g. Wartość netto obniżenia nakładów robocizny dla tej pozycji: 5.915,09 zł;

W zakresie braków nakładów materiałów:

- brak w kosztorysie pasty emulsyjnej asfaltowej do izolacji przeciwwilgociowej w ilości 1.601.1450 kg,
- brak w kosztorysie papy asfaltowej na tekturze izolacyjnej odm. „400” w ilości 516,9411 m;
- brak w kosztorysie lepiku asfaltowego bez wypełniaczy na gorąco w ilości 82,3446 kg.

- Pozycja 163 - w zakresie zaniżonych nakładów robocizny: winno być: 164,5062 r-g, jest: 16,4506 r-g. Wartość netto obniżenia nakładów robocizny dla tej pozycji: 5.915,09 zł;

Powyższe błędy w kosztorysach Przystępującego nie były poprawione przez Zamawiającego.

Izba ustaliła, że pismem z dnia 14 kwietnia 2021 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wynikach postępowania przetargowego. Za najkorzystniejszą została uznana oferta Przystępującego.

Izba zważyła co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów podniesionych przez Odwołującego, Izba stwierdziła, że odwołanie podlegało oddaleniu.

Zarzut naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Należy wskazać, że zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, Zamawiający poprawia w ofercie: inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty - niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona. Co istotne, aby dokonać poprawienia w ofercie wykonawcy, występująca omyłka, nieprawidłowość w ofercie nie może wynikać z zamierzonego i celowego działania wykonawcy. Jak wskazano w wyroku Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 29 stycznia 2010 r. (sygn. akt: XII GA 429/09) przepis powyższy został wprowadzony: w celu uniknięcia licznych niegdyś przypadków odrzucania ofert z powodu błahych pomyłek, dopuszcza poprawianie niedopatrzeń, błędów niezamierzonych, opuszczeń, drobnych różnic itp. lecz wszystkie te zmiany muszą mieścić się w pojęciu "omyłki". Jak podkreślono w uzasadnieniu do rządowego projektu nowelizacji ustawy uchwalonej 4 września 2008 r. wprowadzenie art. 87 ust. 2 pkt 3 miało na celu umożliwienie poprawiania omyłek w szczególności w kosztorysach ofertowych, które powodują zmianę wynagrodzenia, przykładowo zastosowanie niewłaściwych ilości jednostek (kg, ton itp.). Warto również zaznaczyć, że zamawiający nie może poprawiać wszelkich niezgodności oferty z treścią siwz, powołując się na fakt, że w formularzu ofertowym złożono oświadczenie o zapoznaniu się z treścią siwz i związaniu jej postanowieniami. Możliwość poprawienia omyłek w ofercie nie może być utożsamiana z dostosowywaniem w każdym zakresie oferty

do wymogów siwz (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 stycznia 2013 r., sygn. akt KIO 2753/12). Warunkiem poprawienia omyłki jako innej jest nieistotność zmian treści oferty jakie pociąga za sobą dokonanie poprawy. Zasadniczo w orzecznictwie przyjmuje się, że o tym, czy poprawienie omyłki powoduje istotne zmiany w treści oferty decyduje nie fakt, czy omyłka dotyczy istotnych elementów zamówienia, ale to, czy w istotny sposób zmienia się oświadczenie woli wykonawcy zawarte w ofercie. Tym samym możliwe jest poprawienie omyłek skutkujących zmianą ceny oferty czy wpływających bezpośrednio na wybór oferty najkorzystniejszej, jeśli tylko czynność ta przywraca zniekształconą na skutek omyłki treść zamierzonego oświadczenia woli wykonawcy (tak też: red. Marzena Jaworska, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, 2018).

W ocenie Izby w analizowanym stanie faktycznym, Odwołujący nie wykazał, że w wyniku dokonania korekty kosztorysu ofertowego w pozycjach zakwestionowanych przez Odwołującego dojdzie do istotnej zmiany oświadczenia woli Przystępującego. Należy wskazać, co nie było sporne pomiędzy stronami, że kosztorysy ofertowe należy sporządzić zgodnie z podstawą wyceny, zakresem, nakładami rzeczowymi podanymi w kosztorysach przedmiarowych Zamawiającego. Tym samym, wykonawcy sporządzając swoje kosztorysy odzwierciedlali dane z przedmiaru przygotowanego przez Zamawiającego. Izba wskazuje, że kosztorys ofertowy robót budowlanych Przystępującego miał 94 strony, kosztorys instalacji grzewczych, wentylacyjnych 18 stron, kosztorys elektryki niskoprądowa 69 stron, kosztorys wentylacja 54 strony, kosztorys wodno – kanalizacyjny 51 stron, kosztorys instalacja elektryczna 49 strony, kosztorys gazy medyczne 17 stron. Każdy z tych kosztorysów zawierał liczne pozycje. Omyłka Przystępującego dotyczyła łącznie 12 pozycji, których łączny koszt stanowił nie więcej niż 4% wartości oferty wykonawcy. Zdaniem Izby błąd wykonawcy dotyczący niewłaściwego przepisania wartości nakładów rzeczowych z przedmiaru Zamawiającego jest niezamierzoną omyłką, wynikającą z wielości dokumentów i pozycji zawartych w kosztorysach. W poz. 28, 87, 160, 163 mamy do czynienia z ewidentną omyłką wykonawcy spowodowaną niewłaściwym umiejscowieniem przecinka w opisie wartości nakładów. Wszystkie pozostałe cyfry zgadzają się. Tego typu omyłki mogą być samodzielnie poprawione przez Zamawiającego poprzez dokonanie prostych przeliczeń polegających na przemnożeniu cen jednostkowych wskazanych w kosztorysie o prawidłowe wartości nakładów, co nie wymaga żadnych dodatkowych wyjaśnień ze strony wykonawcy. Nie doszło do zmiany cen jednostkowej w kosztorysie. Izba podkreśla, że dokonane zmiany w ofercie Przystępującego nie wpłynęły na kolejność rankingu ofert. Oferta Przystępującego będzie nadal ofertą najkorzystniejszą, z ceną 4 505 706,27. Cena oferty Odwołującego to 4 742 880,00 zł.

Odnosząc się do zarzutu niezgodności treści oferty Przystępującego ze SIWZ, Izba uznała zarzut za niezasadny. W swojej argumentacji, Odwołujący wskazał, że pomiędzy SIWZ a ofertą Przystępującego zachodzi niezgodność polegająca na tym, że w pozycji 160 i 163 kosztorysu dla branży budowlanej /remontowa/modernizacyjna dotyczącej wykonania robót w zakresie: Izolacje przeciwwilgociowe i przeciwwodne z folii polietylenowej szerokiej poziome podposadzkowe Przystępujący wycenił wyłącznie folię polietylenową szeroką i materiały pomocnicze, a nie uwzględnił w wycenie: a) pasty emulsyjnej asfaltowej do izolacji przeciwwilgociowej w ilości; b) papy asfaltowej na tekturze izolacyjnej odm. „400”; c) lepiku asfaltowego bez wypełniaczy na gorąco. W konsekwencji, Odwołujący stoi na stanowisku, że wyceniając wyłącznie folię polietylenową szeroką i materiały pomocnicze Przystępujący zmienił sposób wykonania zamówienia oczekiwany przez Zamawiającego.

Zdaniem Izby Odwołujący nie wykazał merytorycznej niezgodności oferty Przystępującego ze SIWZ. Po pierwsze, Izba wskazuje, że w przypadku robót budowlanych podstawowym dokumentem opisującym zakres przedmiotu zamówienia jest dokumentacja projektowa (budowlana i wykonawcza). Zamawiający dał tej zasadzie wyraz również w rozdziale 13 pkt 2 SIWZ: Ceny umieszczone w poszczególnych pozycjach kosztorysu przedmiarowego muszą obejmować wszystkie następujące po sobie czynności niezbędne dla zapewnienia ciągłości wykonania robót z dokumentacją projektową i wymaganiami, podanymi, w szczególności, w specyfikacjach technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych, a także wiedzą techniczną, Polskimi Normami i sztuką budowlaną. Dalej wskazać należy, że zgodnie z dokumentacją projektową (projekt budowlany i wykonawczy) w branży Architektura i konstrukcja: Opis techniczny do projektu architektonicznego pkt 10) Zastosowane rozwiązania budowlano – materiałowe, pkt VII. Izolacje przeciwwilgociowe: We wszystkich pomieszczeniach należy wykonać warstwę paroizolacyjną z folii budowlanej. W pomieszczeniach „mokrych” i wszystkich innych zawierających przybory sanitarne poza izolacją z folii budowlanej należy wykonać izolację płynną ścian i posadzek. Wykonać według zaleceń producenta. Oznacza to, zdaniem Izby, że dokumentacja projektowa nie przewiduje innych rozwiązań dotyczących wykonania izolacji przeciwwilgociowych niż te, które Przystępujący wycenił w swojej ofercie tj. zastosowanie folii polietylenowej. W cytowanym powyżej fragmencie dokumentacji projektowej jest również mowa o wykonaniu izolacji w pomieszczeniach mokrych z zastosowaniem „izolacji płynnej ścian i posadzek” (tzw. folia w płynie), ale te elementy robót i materiałów zostały wycenione w innych pozycjach kosztorysu np. pozycji 169 kosztorysu w branży budowlanej, gdzie wycena obejmuje: masę uszczelniającą SYSTEMOWĄ - izolacja powierzchni poziomych poddanych działaniu pod ciśnieniem - np.: POM. "MOKRE" (płynna powłokowa folia izolacyjna).

Zdaniem Izby, wycena Przystępującego jest w pełni zgodna z zakresem prac opisanym w dokumentacji projektowej i pozwala na ich wykonanie zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego. Dodatkowo Izba wskazuje, że materiały z poz. 160 i 163 tj.: pasta emulsyjna asfaltowa do izolacji przeciwwilgociowej 3.5 kg/m², papa asfaltowa na tekturze izolacyjna, odm. "400" 1.13 m²/m², lepik asfaltowy bez wypełniaczy na gorąco 0.18 kg/m² są wyłącznie pomocniczymi elementami w zakresie pozycji głównej, wycenionej przez Przystępującego. Zasadnym jest więc przyjęcie, iż elementy pomocnicze zostały objęte w wycenie pozycji głównej.

Zdaniem Izby Odwołujący nie wykazał, że Przystępujący zaoferował realizację przedmiotu zamówienia niezgodnie ze SIWZ. Jak Izba wskazała powyżej, wycena prac jest zgodna z dokumentacją projektową, która ma nadrzędną wartość nad przedmiarem. Podkreślenia przy tym wymaga, że kluczowe w zakresie rozliczeń między Zamawiającym a wykonawcą są ceny jednostkowe całej pozycji kosztorysowej, a nie ceny szczegółowych elementów materiałowych. Zdaniem Izby zasadnie jest przyjęcie, że z uwagi na pomocniczy charakter brakujących elementów wskazanych przez Odwołującego, ich brak wpisania w kosztorysie przez wykonawcę nie oznacza nie zostały one wycenione. Skoro bowiem wykonawca wycenił pozycję główną, co nie było kwestionowane oraz mając na uwadze informacje zawarte w dokumentacji projektowej uznać należy, że prace pomocnicze zostały ujęte w cenie pozycji głównej, która winna obejmować swoim zakresem wycenę wszelkich prac niezbędnych dla zapewnienia ciągłości wykonania robót z dokumentacją projektową, a więc również materiałów o charakterze pomocniczym. Odwołujący nie wykazał w żaden sposób, że materiały na jakie powołuje nie zostały wycenione w pozycji głównej.

Zarzut dotyczący błędu w obliczeniu oceny (art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp)

W ocenie Izby zarzut nie potwierdził się. Odwołujący wskazuje na rzekomy błąd w obliczeniu ceny oferty Przystępującego polegający na: a) wskazaniu w poszczególnych kosztorysach ofertowych zarówno całkowitej wartości robót netto jak i stawki podatku VAT oraz wartości robót brutto; b) zastosowaniu stawki podatku VAT 23% dla robót budowlanych oraz odrębnej stawki podatku VAT 8% dla instalacji gazów medycznych. W ocenie Odwołującego wszystkie roboty dotyczące zamówienia powinny być objęte jednolitą stawką podatku VAT 23%. Odwołujący argumentował, że Zamawiający wskazał w SIWZ stawkę VAT 23% dla całego zamówienia.

Izba wskazuje po pierwsze, że Zamawiający w żadnym miejscu SIWZ nie wskazał stawki VAT jaką wykonawcy mieli zastosować w ofercie. Odwołujący nie przywołał żadnego

postanowienia SIWZ, gdzie stawka 23% została wskazana przez Zamawiającego. Z postanowień rozdziału 13 pkt 1 SIWZ na który powołuje się Odwołujący wynika, że Zamawiający oczekiwał obliczenia ceny oferty z dokładnością 2 miejsc po przecinku oraz powinna obejmować wartość netto oraz wartość brutto, jako wartość netto powiększoną o podatek VAT. Z powyższego postanowienia SIWZ Odwołujący błędnie jednak wywodzi konieczność zastosowania jednolitej stawki podatku VAT 23% dla wszystkich wycenianych robót. W ocenie Izby, Zamawiający nie wskazał w SIWZ wysokości stawki podatku VAT (wysokość stawki nie została określona w żadnym z dokumentów zamówienia), a jedynie oczekiwał podania ceny ofertowej jako wartości netto (bez podatku VAT) oraz brutto (z podatkiem VAT). Już z tej przyczyny zarzut Odwołującego podlega oddaleniu, gdyż cała argumentacja wykonawcy oparta była na błędnym założeniu, że Zamawiający narzucił w SIWZ jedną stawkę VAT 23%, którą wykonawcy mieli obowiązek zastosować w ofercie.

Niezależnie jednak od powyższego Izba wskazuje, że podanie w kosztorysie ofertowym zarówno sumy poszczególnych pozycji kosztorysowych w wartościach netto jak również dodatkowo podanie wartości podatku VAT oraz sumy brutto nie sposób kwalifikować, jak czyni to Odwołujący, jako błąd w obliczeniu ceny. Podanie w kosztorysie sumy poszczególnych pozycji w wartościach netto i brutto ma wyłącznie charakter techniczny tj. ma umożliwić bardziej przejrzyste zaprezentowanie zagregowanych (zsumowanych) wartości pozycji kosztorysowych w wartości netto oraz z podaniem wartości podatku VAT oraz wartości brutto.

W ocenie Izby, Odwołujący błędnie utożsamia zatem obowiązek podania ceny ofertowej jako wartości netto i wartości brutto z wymogiem zastosowania jednolitej stawki podatku dla wszystkich robót, w wysokości która nie została przez Zamawiającego określona.

Odnosząc się do argumentów Odwołującego o konieczności zastosowania jednolitej stawki VAT dla całego zamówienia, Izba nie stwierdziła uchybień Zamawiającego w tym zakresie. Jak Izba ustaliła, Zamawiający wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień co do zasadności zastosowania stawki VAT 8% w zakresie instalacji gazów medycznych. Wykonawca złożył wyjaśnienia i wykazał zasadność zastosowania obniżonej stawki. Izba zgadza się w tym zakresie ze stanowiskiem wykonawcy. Należy wskazać, że ustawa o podatku VAT („**Ustawa VAT**”) w art. 41 wskazuje wysokość podatku VAT w odniesieniu do towarów i usług. Co do zasady, zgodnie z art. 41 ust. 1 oraz art. 146aa ust. 1 pkt 1 Ustawy VAT, towary i usługi opodatkowane są stawką podstawową w wysokości 23%. Ustawa VAT w określonych przypadkach przewiduje jednak możliwość zastosowania stawki obniżonej VAT, m.in. w wysokości 8%. Art. 41 ust. 2 Ustawy VAT (i powiązany z nim art. 146aa ust. 1 pkt 2 Ustawy VAT) wskazują, że „dla towarów i usług wymienionych w załączniku nr 3 do

ustawy, innych niż klasyfikowane według Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług w grupowaniu usługi związane z wyżywieniem (PKWiU 56), stawka podatku wynosi 7%, z zastrzeżeniem art. 114 ust. 1". Biorąc pod uwagę zakres prac stanowiących przedmiot zamówienia, należy zwrócić zaś uwagę na punkt 13 załącznika nr 3 Ustawy VAT („Załącznik”), który wskazuje, że stawką 8% objęte są, bez względu na kod CN, są objęte „wyroby medyczne w rozumieniu ustawy z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 175, 447 i 534). W ocenie Izby, w przypadku braku wskazania przez Zamawiającego w SIWZ stawki VAT, obowiązkiem wykonawcy jest ustalenie właściwej stawki VAT dla danego towaru czy usługi. Orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej wskazuje jako zasadę przewodnią że każde świadczenie powinno być uznawane za odrębne i niezależne, zgodnie z Dyrektywą 2006/112/WE, a wcześniej Szóstą Dyrektywą Rady z 17 maja 1977 f. w sprawie harmonizacji przepisów państw członkowskich dotyczących podatków obrotowych - wspólny system podatku od wartości dodanej: ujednoliconą podstawą wymiaru podatku (Dz. U. UE. L 145 z późn. zm.). Konstrukcja tzw. "świadczeń kompleksowych", na jaki powołuje się Odwołujący, traktowana jest jako wyjątek od tej zasady. Wyjątek ten zaś znajduje zastosowanie w razie wykazania, że istnieje ścisły nierozzerwalny związek świadczeń pomocniczych z dominującym świadczeniem głównym. Okoliczności, od których zależy zakwalifikowanie świadczeń jako odrębnych lub jako pomocniczych wobec świadczenia głównego, są okolicznościami faktycznymi, które podlegają dowodzeniu, a których wykazanie, zgodnie z rozkładem ciężaru dowodu, obciąża Odwołującego. W ocenie Izby, Odwołujący jednak nie wykazał, aby w przedmiotowym postępowaniu istniał obowiązek zastosowania jednolitej stawki VAT 23% dla całego przedmiotu zamówienia jako świadczenia kompleksowego. Należy w tej kwestii wskazać, że zgodnie z dokumentacją Postępowania przedmiotem zamówienia jest wykonanie robót budowlanych wielobranżowych w istniejącym obiekcie, wedle opublikowanej dokumentacji projektowo-wykonawczej w tym prace architektoniczne, elektryczne, konstrukcyjne, sanitarne, wentylacyjne. W ramach przebudowy pomieszczeń ma zostać również wykonana instalacja gazów medycznych. Opis instalacji gazów został dokonany odrębną dokumentacją projektową i STWiOR, jak i szczegółowym przedmiarem. W dokumentacji projektowej Branża: instalacja gazów medycznych, pkt 4 wskazano, że: Zgodnie z Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2017/745 z dnia 5 kwietnia 2017 r. o wyrobach medycznych oraz Rozporządzeniem Ministerstwa Zdrowia Dz. U. Nr 215 poz. 1416 z dnia 05.11.2010 r. w sprawie Klasyfikacji Wyrobów Medycznych do różnego przeznaczenia, instalacja gazów medycznych jest wyrobem medycznym. W związku z powyższym podstawowe jej zespoły, takie jak punkty poboru, strefowe zespoły kontrolne, sygnalizatory muszą posiadać deklarację zgodności wydaną przez producenta, być oznaczone znakiem CE z numerem jednostki notyfikowanej oraz zgłoszone w Urzędzie Rejestracji Produktów

Lecznicych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych. Dodatkowo, jak wynika z dokumentacji projektowej, przedmiot oferty podlega znakowaniu znakiem CE, co oznacza, że wymagana jest deklaracja lub certyfikat zgodności na przedmiot oferty, wystawiony przez uprawniony podmiot, zgodnie z wymaganiami określonymi w ustawie z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 175).

W związku z powyższym zdaniem Izby, nie ulega wątpliwości, że do wyrobów medycznych, do których należy instalacja gazów medycznych, znajdują zastosowanie przepisy art. 41 ust. 2 i art. 146aa ust. 1 pkt 2 Ustawy VAT, zgodnie z którymi dla towarów i usług wymienionych w Załączniku obowiązuje stawka obniżona VAT - pkt 13 Załącznika (8%). Objęte są nią wyroby medyczne w rozumieniu ustawy z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych. Fakt, że instalacja gazów medycznych jest wyrobem medycznym wynika bezpośrednio z przytoczonych wyżej postanowień dokumentacji projektowej, a okoliczność ta nie jest przez Odwołującego kwestionowana. W konsekwencji, wykonanie instalacji gazów medycznych należy traktować jako odrębne świadczenie, podlegające opodatkowaniu według stawki podatku VAT właściwego dla tego typu prac (stawka preferencyjna 8%).

Należy wskazać, że jednym z podstawowych elementów, kluczowych dla analizy charakteru świadczenia złożonego, jak podkreślają organy administracji skarbowej, jest kryterium ekonomiczne. Wynika to z faktu, że przedmiotem VAT są określone stany i zdarzenia, które należy postrzegać raczej jako zjawiska o charakterze ekonomicznym, a nie czynności konwencjonalne. Podkreśla się, że VAT nie jest podatkiem od umów, tylko podatkiem od zdarzeń ekonomicznych. Przy kwalifikacji danego zdarzenia gospodarczego należy więc przeanalizować przede wszystkim ekonomiczną istotę transakcji, a nie wyłącznie jej ramy i charakter prawny. W ocenie Izby, Zamawiający mógłby zdecydować się na wykonanie oddzielnie robót budowlanych związanych z przebudową pomieszczeń oraz oddzielnie podłączenia instalacji gazów medycznych, co z całą pewnością nie zmieniłoby charakteru tych czynności i nie miało by znaczącego wpływu na wycenę poszczególnych elementów. Gdyby więc Zamawiający wyodrębnił części zamówienia, z których jedna obejmowałaby zasadnicze roboty budowlane a druga jedynie instalacje gazów medycznych wówczas wykonawca składający ofertę w części gazów medycznych miałby obowiązek zaoferowania ceny ze stawką 8%. Ponadto, o kompleksowości zamówienia nie można mówić również z uwagi na uwarunkowania technologiczne i funkcjonalne. Instalacja gazów medycznych może być przeprowadzona w ramach zupełnie odrębnego zamówienia lub jako jego część i nie jest wykonywana jedynie jako czynność poprawiająca świadczenie zasadnicze. Instalacja gazów medycznych z uwagi na swą specyfikę nie ma charakteru niezbędnego dla wykonania zasadniczego celu zamówienia jakim jest przebudowa pomieszczeń. Świadczenie w postaci

instalacji gazów medycznych jest więc z punktu widzenia funkcjonalnego świadczeniem obok świadczenia głównego, nie ma natomiast charakteru pomocniczego. Ponadto o odrębność świadczeń składających się na zamówienie wskazuje również przyjęty przez Zamawiającego sposób rozliczania wynagrodzenia za realizację zamówienia. Podkreślają to postanowienia 5 i 19 wzoru umowy (Załącznik nr 7 do SIWZ), które dopuszczają fakturowanie wykonanie robót związanych z każdą z branż zamówienia oddzielnie. Taki sposób fakturowania wskazuje na odrębny charakter świadczeń zamówienia.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała zarzuty poniesione przez Odwołującego za niezasadne i oddaliła odwołanie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 oraz art. 574 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 31 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący: