

WYROK
z dnia 25 czerwca 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Emilia Garbala

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 czerwca 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 czerwca 2018 r. przez wykonawcę **MGBuilding Sp. z o.o. Sp. k., ul. Oskara Kolberga 16, 25-620 Kielce,**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Świętokrzyskie Centrum Onkologii w Kielcach, ul. Artwińskiego 3, 25-734 Kielce,**

przy udziale wykonawcy **Moris Polska Sp. z o.o., ul. Baletowa 4, 02-864 Warszawa,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **MGBuilding Sp. z o.o. Sp. k., ul. Oskara Kolberga 16, 25-620 Kielce,** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego **MGBuilding Sp. z o.o. Sp. k., ul. Oskara Kolberga 16, 25-620 Kielce,** tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2. zasądza od wykonawcy **MGBuilding Sp. z o.o. Sp. k., ul. Oskara Kolberga 16, 25-620 Kielce**, na rzecz zamawiającego **Świętokrzyskie Centrum Onkologii w Kielcach, ul. Artwińskiego 3, 25-734 Kielce**, kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), tytułem zwrotu kosztów poniesionych z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz.1579 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 Kielcach.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający - Świętokrzyskie Centrum Onkologii w Kielcach, ul. Artwińskiego 3, 25-734 Kielce, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Budowa budynku radioterapii z bunkrem dla akceleratora, placem manewrowym i drogą pożarową wraz z przyłączami do budynku w ramach zadania POiŚ: Wymiana jednego akceleratora oraz rozbudowa Kliniki Radioterapii Świętokrzyskiego Centrum Onkologii w Kielcach z zakupem dodatkowego akceleratora”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 20 kwietnia 2018 r., nr 548079-N-2018. Termin składania ofert został wyznaczony na 16 maja 2018 r.

Oferty w postępowaniu złożyło dwóch wykonawców:

- MGBuilding Sp. z o.o. Sp. k., ul. Oskara Kolberga 16, 25-620 Kielce (dalej: „odwołujący” lub „MGBuilding”),
- Moris Polska Sp. z o.o., ul. Baletowa 4, 02-864 Warszawa (dalej: „przystępujący” lub „Moris”).

W dniu 5 czerwca 2018 r. zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Moris.

W dniu 11 czerwca 2018 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez wykonawcę MGBuilding. Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, poprzez zaniechanie odrzucenia przez zamawiającego oferty wykonawcy Moris, która to oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, pomimo tego, że jej treść, w szczególności w zakresie poz. l.p. 42 branży budowlanej kosztorysu, w sposób istotny nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „siwz”),
- 2) art. 82 ust. 3 ustawy Pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Moris, której treść w zakresie pozycji kosztorysowych wskazanych szczegółowo w uzasadnieniu odwołania, w szczególności w zakresie poz. l.p. 42 branży budowlanej kosztorysu, nie odpowiada treści siwz,
- 3) art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez:
 - żądanie przez zamawiającego od wykonawcy Moris wyjaśnień w zakresie pominięcia poz. l.p. 98a w branży budowlanej kosztorysu, podczas gdy pominięcie to nie stanowiło oświadczenia woli, którego wykładnię można by dokonywać w drodze wyjaśnień wykonawcy,

- prowadzenie przez zamawiającego z wykonawcą Moris niedopuszczalnych negocjacji dotyczących pominiętej w złożonej ofercie poz. l.p. 98a w branży budowlanej kosztorysu,
 - dopuszczenie do dokonania przez wykonawcę Moris zmiany w treści oferty, która to zmiana polegała na stwierdzeniu przez wykonawcę, że zakres objęty poz. l.p. 98a zostanie wykonany w ramach wynagrodzenia wynikającego z oferty,
- 4) art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez bezpodstawne poprawienie przez zamawiającego w ofercie wykonawcy Moris opisanych szczegółowo w uzasadnieniu odwołania niezgodności treści oferty z treścią siwz, które to niezgodności nie miały charakteru omyłek niepowodujących istotnych zmian w treści oferty.

W szczególności odwołujący, w stosunku do poszczególnych pozycji w kosztorysie wykonawcy Moris, podniósł:

a) odnośnie poz. 40 i 42 kosztorysu branży budowlanej:

„W przypadku tych pozycji Wykonawca Moris-Polska Sp. z o.o. dokonał samowolnej zmiany i nie dokonał wyceny „betonowania płyt stropowych zbrojonych w deskowaniu systemowym drobnowymiarowym z transportem betonu pompą” odpowiednio „Beton ciężki o gęstości 3,70 kg/m³” (poz. l.p. 42) i „Beton ciężki o gęstości 2,35 kg/m³” (poz. l.p. 42). Wykonawca Moris-Polska Sp. z o.o. niezgodnie z wymaganiami specyfikacji dokonał wyceny bez uwzględnienia oczekiwanej przez Zamawiającego i rozróżnianej w obu pozycjach gęstości betonu. Jest to oczywista niezgodność treści oferty ze specyfikacją. Co więcej, kwestia gęstości betonu była istotna dla Zamawiającego skoro stanowiła ona przedmiot wyjaśnień dotyczących SIWZ z dnia 10 maja 2018 r. przedstawionych zgodnie z wyjaśnieniami biura projektów (pytanie nr 2). (...) Przede wszystkim podkreślenia wymaga, że na skutek uwzględnienia w wycenie innych rodzajów betonu, nastąpiła kilkukrotna różnica w wycenie tej pozycji przez Odwołującego i Moris-Polska Sp. z o.o. Wycena poz. l.p. 42 przez Odwołującego, uwzględniająca oczekiwania wynikające ze specyfikacji wynosiła 1.830.464,47 zł (363.390 m³ x 5,037,19 zł). Wycena poz. l.p. 42 przez Moris-Polska Sp. z o.o., nieuwzględniająca oczekiwań Zamawiającego wynikających ze specyfikacji, wynosiła jedynie 187.850,83 zł (363.390 m³ x 516,94 zł). Powyższe wskazuje, że wycena dokonana przez Moris-Polska Sp. z o.o., nie dość, że nie uwzględniała oczekiwań Zamawiającego, to była ponadto dziesięciokrotnie (!) niższa niż wycena Odwołującego. Różnica pomiędzy wycenami tego punktu wynosząca aż 1.642.613,64 zł (!) spowodowała, że całkowite wynagrodzenie wynikające z ofert przedstawionych przez Odwołującego i Moris-Polska Sp. z o.o. różniły się o 2.360.718,34 zł. Z tego wynika, że zdecydowana większość całkowitej różnicy pomiędzy wyceną ofert, spowodowana jest wyceną niezgodną z treścią specyfikacji, która to wycena zaniżyła wartość oferty Moris-Polska Sp. z o.o. Jedynie na marginesie można zauważyć, że gdyby dokonać porównania obu ofert z pominięciem poz. l.p. 42, większą łączną ilość

przyznanych punktów uzyskalaby oferta Odwołującego, ponieważ przy zbliżonej cenie uzyskała ona więcej punktów w kryterium okresu rękojmi. Niezgodność treści oferty Moris-Polska Sp. z o.o. ze specyfikacją w zakresie poz. l.p. 42 ma taki charakter, że Zamawiający nie mógł wprowadzić poprawki do oferty zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP. Należy stwierdzić, że opisana wyżej niezgodność treści oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia ma charakter zasadniczy i nieusuwalny.”

b) odnośnie poz. 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 98 i 99 kosztorysu branży budowlanej:

„W przypadku pozycji l.p. 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 98 i 99 w zakresie kolumny nr 5 (ilość) w branży budowlanej Wykonawca Moris-Polska Sp. z o.o. jako podstawę ustalenia wynagrodzenia uwzględnił inne ilości niż wynikające z ostatecznej wersji przedmiarów, o których wszyscy wykonawcy byli informowani w ramach kolejnych wyjaśnień dotyczących SIWZ. Podczas każdej zmiany przedmiarów, Zamawiający podkreślał wyraźnie, że kosztorysy ofertowe należy opracować ściśle według załączonych przedmiarów robót, a dokonane uzupełnienia są wiążące dla wszystkich uczestników postępowania i należy je uwzględnić w składanej ofercie, nie można dokonywać samowolnie zmian w przedmiarach robót i podstawach wyceny, nie można samowolnie modyfikować poszczególnych pozycji kosztorysowych. (...) Pomimo tego, Zamawiający powołując się na art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP poprawił w ofercie te niezgodności uznając, że stanowią one „inne omyłki” w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP i nie powodują one istotnych zmian w treści oferty. (...) W ocenie Odwołującego, Zamawiający naruszył ww. przepis poprzez jego nieuprawnione zastosowanie. W rzeczywistości omawiane niezgodności miały charakter istotny. Wpływały one bezpośrednio na wartość kosztorysową robót. Wprawdzie Zamawiający poprawił również ostateczną wartość kosztorysową, ale takie działanie nie doprowadziło do ostatecznego usunięcia niezgodności.”

c) odnośnie poz. 98a kosztorysu branży budowlanej:

„Wykonawca Moris-Polska Sp. z o.o. nie uwzględnił w kosztorysie w branży budowlanej pozycji l.p. 98a, pomimo tego, że o ostatecznej wersji przedmiarów byli poinformowani wszyscy wykonawcy w ramach kolejnych wyjaśnień dotyczących SIWZ. W rozdziale V. ust. 8 SIWZ, Zamawiający stanowczo stwierdził, że „każda samowolna zmiana (...) wprowadzona przez Wykonawcę spowoduje odrzucenie jego oferty. Propozycję takich zmian może dokonać tylko za zgodą Zamawiającego. Również dopisanie dodatkowej pozycji kosztorysowej bądź pominięcie pozycji kosztorysowej ujętej w przedmiarze robót bez uzgodnienia z Zamawiającym jest zabronione. Wobec tego, że Wykonawca Moris-Polska Sp. z o.o. samowolnie pominął w branży budowlanej pozycję l.p. 98a, jego oferta powinna zostać odrzucona. (...) Niezgodność ta została dostrzeżona przez Zamawiającego, który powołując się na art. 87 ust. 1 ustawy PZP w dniu 21 maja 2018 r. poprosił Wykonawcę o jednoznaczne wyjaśnienie, czy wykonawca wykona pominięty zakres robót w ramach ceny

złożonej oferty. W ocenie Odwołującego taka treść prośby Zamawiającego stanowi ewidentne naruszenie art. 87 ust. 1 ustawy PZP. (...) Odpowiedź Moris-Polska Sp. z o.o. z dnia 21 maja 2018 r., zgodnie z którą „Wykonawca wykona pominięty zakres robót w ramach ceny złożonej w ofercie” stanowi niedopuszczalną zmianę treści oferty. Jeżeli bowiem intencją Wykonawcy byłoby od początku wykonanie tego zakresu bez dodatkowego wynagrodzenia, Wykonawca w treści oferty powinien uwzględnić tą pozycję i wskazać jako cenę jednostkową „0 zł”. Należy także zauważyć, że Wykonawca używając zwrotu „pominięty zakres” w sposób jednoznaczny potwierdził, że zakres ten został przez niego pominięty i nie był uwzględniony w zakresie złożonej przez niego oferty. Oświadczenie Wykonawcy, zgodnie z którym „pominięty zakres” zostanie wykonany w ramach wynagrodzenia, zostało wywołane zapytaniem Zamawiającego. Zachowanie Zamawiającego należy uznać za prowadzenie negocjacji dotyczących złożonej oferty, co stanowi naruszenie art. 87 ust 1 ustawy PZP. (...) Po otrzymaniu wyjaśnień od Wykonawcy, Zamawiający na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP, poprawił ofertę Wykonawcy poprzez dodanie pominiętej pozycji do zakresu rzeczowego zamówienia. W ocenie Odwołującego, Zamawiający naruszył w ten sposób powołany przez siebie przepis, ponieważ w przypadku pominięcia pozycji l.p. 98a nie możemy mówić o „omyłce”, a co więcej takie poprawienie oferty z pewnością powoduje istotne zmiany w treści oferty.”

d) odnośnie poz. 2.7. kosztorysu branży elektrycznej i teletechnicznej:

W przypadku pozycji l.p. 2.7 w branży elektrycznej i teletechnicznej w zakresie kolumny nr 5 (poszcz.) Wykonawca Moris-Polska Sp. z o.o. jako podstawę ustalenia wynagrodzenia uwzględnił inną ilość niż wynikająca z ostatecznej wersji przedmiarów, o których wszyscy wykonawcy byli informowani w ramach kolejnych wyjaśnień dotyczących SIWZ. (...) Zamawiający powołując się na art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP poprawił w ofercie tą niezgodność uznając, że stanowi ona „inną omyłkę” w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP i nie powoduje ona istotnych zmian w treści oferty. Z taką kwalifikacją zaistniałej niezgodności nie sposób się zgodzić. (...) Wprawdzie Zamawiający poprawił również ostateczną wartość kosztorysową, ale takie działanie nie doprowadziło do ostatecznego usunięcia niezgodności.”

W związku z tym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności badania i oceny ofert,
- 2) unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Moris,
- 3) ponownego dokonania czynności badania i oceny ofert,
- 4) odrzucenia oferty wykonawcy Moris,
- 5) wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez odwołującego.

Pismem z dnia 13 czerwca 2018 r. wykonawca Moris zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

W trakcie rozprawy strony oraz przystępujący podtrzymali swoje stanowiska. Izba stwierdziła prawidłowość przystąpienia wykonawcy Moris do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest budowa budynku radioterapii z bunkrem dla akceleratora, placem manewrowym i drogą pożarową wraz z przyłączami do budynku w ramach zadania POIiŚ: „Wymiana jednego akceleratora oraz rozbudowa Kliniki Radioterapii Świętokrzyskiego Centrum Onkologii w Kielcach z zakupem dodatkowego akceleratora”.

Zamawiający załączył do siwz przedmiar robót, a ponadto zamieścił w siwz następującą informację: „Uwaga: Kosztorysy ofertowe należy opracować ściśle wg załączonych do SIWZ przedmiarów robót. Każda samowolna zmiana podstaw wyceny oraz ilości nakładów w poszczególnych pozycjach kosztorysowych, wprowadzona przez Wykonawcę spowoduje odrzucenie jego oferty. Propozycję takich zmian może dokonać tylko za zgodą Zamawiającego. Również dopisanie dodatkowej pozycji kosztorysowej bądź pominięcie pozycji kosztorysowej ujętej w przedmiarze robót bez uzgodnienia z Zamawiającym jest zabronione. Zamawiający opublikuje na własnej stronie internetowej ewentualne uzgodnione zmiany, które obowiązywać będą wszystkich Wykonawców. Roboty rozliczane będą kosztorysem powykonawczym”.

Zamawiający żądał złożenia kosztorysu ofertowego uproszczonego w wersji papierowej oraz kosztorysu szczegółowego w wersji elektronicznej edytowalnej, które miały być opracowane w oparciu o załączone do siwz przedmiary robót.

Zgodnie z § 3 projektu umowy: „Wynagrodzenie Wykonawcy jest wynagrodzeniem kosztorysowym. Wysokość wynagrodzenia Wykonawcy wynikać będzie na podstawie rzeczywistych wykonanych jednostek obmiarowych przy zastosowaniu cen jednostkowych określonych w kosztorysie ofertowym. Zatwierdzony przez Zamawiającego kosztorys powykonawcze będą podstawą do aneksowania umowy w zakresie wynagrodzenia”.

Zamawiający kilkakrotnie dokonał modyfikacji siwz, także w zakresie pozycji przedmiaru robót. W wyniku modyfikacji dokonanej pismem z dnia 24 kwietnia 2018 r. zamawiający zmienił poszczególne pozycje w następujący sposób:

- 1) poz. 40 branży budowlanej: Betonowanie ścian prostych zbrojonych w deskowaniu systemowym drobnowymiarowym z transportem betonu pompą Beton ciężki, ilość – 70.260,
- 2) poz. 42 branży budowlanej: Betonowanie płyt stropowych zbrojonych w deskowaniu systemowym drobnowymiarowym z transportem betonu pompą Beton ciężki, ilość - 109.580,
- 3) poz. 91 branży budowlanej: Posadzki cementowe wraz z cokolikami zatarte na ostro grubości 25 mm ze zbrojeniem siatką, ilość - 203.410,
- 4) poz. 92 branży budowlanej: Szlichty cementowe wraz z cokolikami zatarte - pogrubienie posadzki o 1 cm - pogrubienie o 2,5 cm do docelowej grubości 4 cm Krotność = 2.5 poz.91, ilość – 203.410,
- 5) poz. 93 branży budowlanej: Posadzki jedno i dwubarwne z płytek z kamieni sztucznych – gres, ilość – 176.120,
- 6) poz. 94 branży budowlanej: Cokoliki z kształtek z kamieni sztucznych układanych na zaprawie – gres, ilość – 165.640,
- 7) poz. 95 branży budowlanej: Warstwy wyrównujące i wygładzające z zaprawy samopoziomującej grubości 5 mm wykonywane w pomieszczeniach o pow. ponad 8 m², ilość – 933.740,
- 8) poz. 96 branży budowlanej: Warstwy wyrównawcze i wygładzające - środek gruntujący, ilość – 933.740,
- 9) poz. 97 branży budowlanej: Posadzki z wykładzin z PCV homogenicznej gr. 2 mm zabezpieczona IQ PUR z wywinięciem na ściany 10 cm, ilość – 911.812,
- 10) poz. 98 branży budowlanej: Posadzki z wykładzin z PCV homogenicznej, antyelektrostatyczna gr. 2 mm, prądotrzewodząca ze spodem grafitowym z zabezpieczeniem poliuretanem prądotrzewodzącym, z wywinięciem na ściany 10 cm, ilość – 115.302,
- 11) poz. 99 branży budowlanej: Zgrzewanie wykładzin rulonowych z tworzyw sztucznych, ilość – 1027.114.

Poz. 2.7. branży elektrycznej i teletechnicznej nie została w dniu 24 kwietnia 2018 r. zmieniona i była od początku opisana następująco: STWiOR - E.8 Gniazda instalacyjne wtyczkowe, pt, 2-biegunowe 10A 2,5 mm² końcowe, ilość – 161.

Pismem z dnia 10 maja 2018 r. (opublikowanym w dniu 11 maja 2018 r.) zamawiający udzielił m.in. następujących odpowiedzi na pytania dotyczące siwz:

„Pytanie nr 2.

Ze względu na duże rozbieżności między dokumentacją techniczną a udostępnionymi przez Państwa przedmiarami robót tj. brak w przedmiarach wszystkich rodzajów wykładzin PCV,

rozbieżności w posadzkach (przedmiarach występują posadzki gresowe, w dokumentacji zaś pojawiają się również posadzki ceramiczne - nieuwzględnione w przedmiarach), ponadto w pozycji 93 przedmiaru robót budowlanych nie uwzględniono wszystkich powierzchni z płytkami gresowymi. Prosimy również o doprecyzowanie rodzajów betonów zastosowanych do ochrony radiologicznej oraz o weryfikację ilości podanych w przedmiarach.

Odpowiedź:

Ofertę należy złożyć w oparciu o załączone przedmiary robót. Formuła kosztorysowego rozliczenia robót pozwala na wprowadzenie zmian w oparciu o rzeczywiste wykonane ilości robót.

Roboty przewidziane do wykonania w projekcie wykonawczym, a nie występujące w przedmiarze robót, będą rozliczane zgodnie z zasadami określonymi w paragrafie 6 projektu umowy.

Oferenci nie mogą dokonywać samowolnie zmian w przedmiarach robót i podstawach wyceny.

Rodzaje betonu:

Zgodnie z wyjaśnieniami biura projektów skorygowane zostały ilości betonu ciężkiego w poprawionym przedmiarze robót tj.:

- w poz. 40 - poprawionego przedmiaru: beton ciężki o gęstości 3700 kg/m³ - 249,96m³;
- w poz. 42 - poprawionego przedmiaru: beton ciężki o gęstości 2350 kg/m³ - 363,39 m³;

Poprawione przedmiary robót budowlanych w załączeniu.

UWAGA. Zmiany wprowadzone do przedmiaru robót budowlanych należy uwzględnić w kosztorysie ofertowym. Załączony przedmiar zastępuje wcześniej publikowany przedmiar robót.”

„Pytanie nr 6

Prosimy o ostateczne potwierdzenie, że Oferenci nie mogą dokonywać zmian w zestawieniach materiałów i sprzętu, udostępnionych w kosztorysach ślepych, pomimo rozbieżności pomiędzy dokumentacją techniczną a udostępnionymi przez Zamawiającego kosztorysami.

Odpowiedź:

Wykonawcy nie mogą dokonywać samowolnie zmian w przedmiarach robót i podstawach wyceny. Nie można też samowolnie modyfikować poszczególnych pozycji kosztorysowych.”

Tym samym pismem z dnia 10 maja 2018 r. zamawiający zmienił poszczególne pozycje przedmiaru, m.in. w stosunku do zmian z dnia 24 kwietnia 2018 r., w następujący sposób:

- 1) poz. 40 branży budowlanej: Betonowanie ścian prostych zbrojonych w deskowaniu systemowym drobnowymiarowym z transportem betonu pompą Beton ciężki o gęstości

- 3,70 kg/m³ 249.96, ilość - 249.960,
- 2) poz. 42 branży budowlanej: Betonowanie płyt stropowych zbrojonych w deskowaniu systemowym drobnowymiarowym z transportem betonu pompą Beton ciężki o gęstości 2,35 kg/m³ 363.39, ilość – 363.390,
 - 3) poz. 91 branży budowlanej: ilość – 1166.039,
 - 4) poz. 92 branży budowlanej: ilość – 1166.039,
 - 5) poz. 93 branży budowlanej: ilość – 197.500,
 - 6) poz. 94 branży budowlanej: ilość – 217.250,
 - 7) poz. 95 branży budowlanej: ilość – 968.539,
 - 8) poz. 96 branży budowlanej: ilość – 968.539,
 - 9) poz. 97 branży budowlanej: ilość – 373.681,
 - 10) poz. 98 branży budowlanej: ilość – 179.652,
 - 11) poz. 99 branży budowlanej: ilość – 968.539,
 - 12) poz. 2.7. branży elektrycznej i teletechnicznej: ilość – 101,
 - 13) dodano nową pozycję 98a w branży budowlanej: Posadzki z wykładzin z PCV heterogeniczna, z wywinięciem na ściany 10 cm, ilość: 415.206.

Wykonawca Moris złożył ofertę z ceną 12.739.630,95 zł. W zakresie ww. pozycji w kosztorysie ofertowym uproszczonym nie uwzględnił zmian z dnia 10 maja 2018 r. dotyczących opisów poz. 40 i 42 oraz ilości w poz. 91-99 i 2.7., a także nie wpisał w ogóle poz. 98a branży budowlanej.

Pismem z dnia 21 maja 2018 r. zamawiający, na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał przystępującego o wyjaśnienia: „W związku z pominięciem przez Wykonawcę w kosztorysie ofertowym dot. robót budowlanych - pozycji przedmiarowej nr 98a „posadzki z wykładziny z tworzyw sztucznych - rulonowych z warstwą izolacyjną m2 - 415,206 m2.”, ujętej w załączonym przez Zamawiającego przedmiarze - opublikowanym w dniu 11.05.2018r. w drodze wyjaśnień SIWZ, prosimy o jednoznaczne określenie, czy Wykonawca wykona pominięty zakres robót w ramach ceny złożonej oferty”.

Pismem z dnia 21 maja 2018 r. przystępujący odpowiedział, że „Wykonawca wykona pominięty zakres robót w ramach ceny złożonej w ofercie”.

Pismem z dnia 23 maja 2018 r. zamawiający poinformował przystępującego, że na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, poprawił omyłki polegające na niezgodności oferty z siwz niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Poprawienie omyłek zostało dokonane w następujący sposób:

- 1) w poz. 91-99 branży budowlanej i w poz. 2.7. branży elektrycznej i teletechnicznej poprawiono ilości, a następnie poprawione ilości przemnożono przez cenę jednostkową i obliczono wartość pozycji. W wyniku tych poprawek cena oferty wyniosła 12.569.374,76 zł (mniej o 170.256,19 zł od ceny wskazanej w formularzu ofertowym);
- 2) odnosząc się do kwestii pominiętej poz. 98a zamawiający wskazał: „Ponadto w kosztorysie ofertowym robót budowlanych nie uwzględniono pozycji przedmiarowej nr 98a „posadzki z wykładziny z tworzyw sztucznych - rulonowych z warstwą izolacyjną m2 - 415,206 m2”. Uwzględniając wyjaśnienia wykonawcy z dnia 21.05.2018 r., w cenie oferty j.w. Zamawiający dodaje pominiętą pozycję przedmiarową do zakresu rzeczowego zamówienia”.

Pismem z dnia 5 czerwca 2018 r. zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty przystępującego Moris.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron i przystępującego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Ponadto Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 179 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane zaniechanie zamawiającego.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3. 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. Zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, jednak niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Zarzucone przez odwołującego niezgodności oferty przystępującego z siwz polegają na:

- 1) niezgodnych z przedmiarem opisach w poz. 40 i 42 branży budowlanej kosztorysu ofertowego,
- 2) niezgodnych z przedmiarem ilościami w poz. 91-99 branży budowlanej oraz poz. 2.7. branży elektrycznej i teletechnicznej kosztorysu ofertowego,
- 3) pominięciu w kosztorysie ofertowym pozycji poz. 98a branży budowlanej zawartej w przedmiarze.

Ad. 1) W zakresie poz. 40 i 42 branży budowlanej należy zauważyć, że odwołujący, zgodnie z żądaniem zamawiającego, przedłożył kosztorys uproszczony oraz kosztorys szczegółowy. W kosztorysie uproszczonym rzeczywiście opisy poz. 40 i 42 nie uwzględniają zmian z dnia 10 maja 2018 r., tj. nie zawierają wskazania gęstości betonu ciężkiego. Niemniej jednak w kosztorysie szczegółowym odwołujący wpisał wymagany rodzaj betonu i gęstości zgodnie ze zmienionym przedmiarem. W tym stanie rzeczy nie można uznać, że oferta odwołującego jest niezgodna z siwz. Nie można bowiem badania tej oferty ograniczyć wyłącznie do badania kosztorysu uproszczonego, w sytuacji gdy odwołujący złożył także kosztorys szczegółowy, będący rozwinięciem kosztorysu uproszczonego. Oznacza to, że poza stwierdzeniem omyłki pisarskiej w kosztorysie uproszczonym polegającej na niewpisaniu gęstości betonu, mimo jej wpisania w kosztorysie szczegółowym (której niepoprawienie przez zamawiającego nie ma wpływu na wynik postępowania), nie można stwierdzić niezgodności oferty z siwz w zakresie opisów poz. 40 i 42 branży budowlanej. W tym zakresie Izba stwierdziła, że zarzuty odwołania nie potwierdziły się.

Ad. 2) W zakresie poz. 91-99 branży budowlanej oraz poz. 2.7. branży elektrycznej i teletechnicznej, w ocenie Izby, zamawiający prawidłowo poprawił omyłki. Niezgodność oferty przystępującego, tj. niezgodność ilości przypisanych dla poszczególnych pozycji przedmiaru po zmianie siwz z 10 maja 2018 r. z ilościami wskazanymi w kosztorysie ofertowym, nie budzi wątpliwości. Niezgodności takie stanowią omyłki, w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, bowiem nie powodują istotnych zmian w treści oferty. Różnica w cenie oferty przystępującego, po poprawieniu ww. omyłek i uwzględnieniu ich konsekwencji, zmieniła się o 170.256,19 zł, co stanowi niespełna 1,5% pierwotnej ceny wskazanej w formularzu ofertowym. Zarówno charakter niezgodności, tj. fakt, że dotyczyły one jedynie ilości materiałów, jak i to, że po poprawieniu spowodowały zmianę ceny oferty w niewielkim stopniu, a na dodatek cena się zmniejszyła, świadczy o tym, że są to omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Zamawiający prawidłowo poprawił ww. omyłki zmieniając ilości podane w kosztorysie ofertowym na prawidłowe, a następnie przemnażając

poprawione ilości przez cenę jednostkową, aby ustalić właściwe wartości pozycji. W tym zakresie Izba stwierdziła, że zarzuty odwołania nie potwierdziły się.

Ad. 3) W zakresie poz. 98a branży budowlanej Izba stwierdziła w pierwszej kolejności, że na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający może wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień. Wyjaśnienia służą sprecyzowaniu lub wytlumaczeniu informacji, które są już w ofercie zawarte. Wyjaśnienia nie mogą natomiast skutkować uzupełnieniem oferty o nowe treści, które nie były w niej pierwotnie zawarte. Co do zasady jest to niedopuszczalne, ponieważ może prowadzić to do zmiany treści oferty, co zostało przez Ustawodawcę zakazane w art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

W niniejszej sprawie jednak przystępujący udowodnił, w ocenie Izby, że zakres i wartość poz. 98 a były od początku ujęte w kosztorysie ofertowym, a jedynie nie zostały w nim uwidocznione. W tym zakresie Izba oparła się na przedstawionych przez przystępującego dowodach, takich jak:

- projekt z rzutami posadzek parteru i piwnicy, w którym przewidziano wykładziny PCV heterogeniczne i który stanowił część dokumentacji zamówienia skierowanej do dostawcy przystępującego,
- oferta zakupu i montażu wykładziny PCV z dnia 11 maja 2018 r. od firmy PMC Carpets (dostawcy przystępującego), w której przewidziano wykładzinę PCV Rekord 412 Tarkett w cenie 58,50 zł za m²,
- fragment kosztorysu ofertowego branży budowlanej przystępującego, w którym jako wartość poz. 97 (posadzki z wykładzin PCV ...) wskazano kwotę 423,57 zł za m²,
- wyciąg z informacji cenowych Sekocenbud za I kwartał 2018 r., z którego wynika, że cena wykładzin objętych poz. 97 przedmiaru wynosiła 133,50 zł za m², zaś cena wykładzin objętych poz. 98a przedmiaru wynosiła 97 zł za m².

Wyżej przedstawione dokumenty łącznie potwierdzają stanowisko przystępującego, zgodnie z którym przewidział on konieczność wykonania zamówienia za pomocą wykładziny PCV heterogenicznej (poz. 98a) i ujął jej wartość w pozycji 97. O powyższym świadczy w szczególności treść dokumentów wymienianych z dostawcą oraz wartość kosztorysowa poz. 97. Wartość ta jest w kosztorysie przystępującego kilkakrotnie wyższa od cen Sekocenbudu wskazanych dla wykładzin objętych wyłącznie pozycją 97, co świadczy o tym, że w pozycji tej została ujęta też wartość innych wykładzin. Jak wynika z korespondencji pomiędzy przystępującym, a dostawcą – „innymi” wykładzinami były wykładziny heterogeniczne objęte pozycją 98a. Treść dowodów przedstawionych przez przystępującego, analizowana łącznie, potwierdza zatem, że w kosztorysie ofertowym w poz. 97 została także ujęta i wyceniona wykładzina PCV przewidziana przez zamawiającego w poz. 98a. Powyższe potwierdza także gotowość przystępującego do wykonania

zamówienia za pomocą wykładzin z poz. 98a przy niezmienionej cenie oferty, oparta na świadomości przystępującego, że ujął on wartość tych wykładzin w poz. 97. W tym kontekście wyjaśnienia przystępującego z dnia 21 maja 2018 r. nie stanowiły zmiany treści oferty, ale potwierdzenie, że cena oferty od początku obejmowała wycenę poz. 98a, ujętą w poz. 97. W związku z powyższym Izba uznała, że zarzuty odwołania w tym zakresie nie potwierdziły się.

Reasumując, Izba stwierdziła, że nie potwierdziły się zarzuty dotyczące naruszenia przez zamawiającego art. 87 ust.1, art. 87 ust. 2 pkt 3, art. 82 ust. 3 i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Tym samym, w ocenie Izby, zamawiający zasadnie nie odrzucił oferty przystępującego. Wobec powyższego Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust. 7 i art. 191 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1 i 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący