

Sygn. akt: KIO 4405/24

WYROK

Warszawa, dnia 10 grudnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Luiza Łamejko

Protokolantka: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 listopada 2024 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: TMB MAAT Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Warszawie i TMB MAAT Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie

w postępowaniu prowadzonym przez Miasto Łódź – Zarząd Inwestycji Miejskich w Łodzi

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: TMB MAAT Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Warszawie i TMB MAAT Sp. z o.o.

z siedzibą w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę

10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: TMB MAAT Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą

w Warszawie i TMB MAAT Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: TMB MAAT Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Warszawie i TMB MAAT Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:.....

Sygn. akt: KIO 4405/24

Uzasadnienie

Miasto Łódź – Zarząd Inwestycji Miejskich w Łodzi (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie podstawowym postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Przebudowa i remont budynku zlokalizowanego na terenie obiektu sportowego przy ul. Rudzkiej 37 w Łodzi”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy

z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r. poz. 1320), zwanej dalej: „ustawy Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych dnia 12 sierpnia 2024 r. pod numerem 2024/BZP 00454709/01.

W dniu 25 listopada 2024 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: TMB MAAT Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Warszawie i TMB MAAT Sp. z o.o.

z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący”) wnieśli do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegających na odrzuceniu oferty Odwołującego i unieważnieniu postępowania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

•w przypadku czynności odrzucenia oferty Odwołującego:

- art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp przez jego niezastosowanie i niedokonanie przez Zamawiającego poprawy omyłek zawartych w ofercie Odwołującego – w formularzu cenowym – Tabeli Elementów Scalonych polegających na wypełnieniu pozycji (wiersza) nr 1.2 Tabeli Elementów Scalonych w ten sposób, że wynagrodzenie za nadzór autorski zostało określone na kwotę 50.000,00 zł netto, tj. 61.500,00 zł brutto, zamiast na kwotę 45.000,00 zł netto, tj. 55.350,00 zł brutto oraz wypełnieniu pozycji (wiersza) nr 1.1 Tabeli Elementów Scalonych w ten sposób, że wynagrodzenie za sporządzenie projektu budowlanego wraz z uzyskaniem zamiennej decyzji o

pozwoleniu na budowę (ostatecznej) lub skutecznym zgłoszeniem robót oraz sporządzenie projektu wykonawczego, zostało określone na kwotę 400.000,00 zł netto, tj. 492.000,00 zł brutto, zamiast na kwotę 405.000,00 zł netto, tj. 498.150,00 zł brutto, które to omyłki wynikają z błędu popełnionego przez pracownika Odwołującego, który niesłusznie pominął wymogi określone w pozycji (wierszu) nr 1.2 w kolumnie nr 3 Tabeli Elementów Scalonych i błędnie dobrał propozycję wynagrodzenia określonego w pozycji (wierszu) nr 1.2 do wynagrodzenia określonego w pozycjach (wierszach) nr 1 i 1.1 Tabeli Elementów Scalonych,

- art. 223 ust. 1 ustawy Pzp przez jego niezastosowanie i niezwrócenie się do Odwołującego o wyjaśnienie treści oferty w zakresie ww. omyłek,

a w konsekwencji

- art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przez niewłaściwe zastosowanie polegające na jego zastosowaniu i odrzuceniu oferty Odwołującego, mimo że Zamawiający powinien był poprawić ofertę Odwołującego w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, co prowadziło do tego, że ofertę należałoby uznać za zgodną z warunkami zamówienia, a tym samym brak byłoby podstaw do jej odrzucenia

•w przypadku czynności unieważnienia postępowania:

- art. 255 pkt 3 ustawy Pzp przez niewłaściwe zastosowanie polegające na jego zastosowaniu i unieważnieniu postępowania, mimo że w sprawie nie zaistniały przesłanki uzasadniające takie unieważnienie, tj. cena lub koszt najkorzystniejszej oferty nie przewyższa kwoty, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, albowiem nie podlegająca odrzuceniu oferta Odwołującego opiewała na kwotę 11.328.915,00 zł brutto, zaś Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę 12.504.932,76 zł brutto, co oznacza, że cena zaoferowana przez Odwołującego mieściła się w kwocie, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a tym samym brak było podstaw do unieważnienia postępowania na zasadzie art. 255 pkt 3 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,

- unieważnienia czynności unieważnienia postępowania,

- poprawienia omyłek zawartych w formularzu cenowym – Tabeli Elementów Scalonych w ten sposób, że w pozycji nr 1.2 Tabeli Elementów Scalonych wynagrodzenie za nadzór autorski zostanie określone na kwotę 45.000,00 zł netto, tj. 55.350,00 zł brutto, zaś w pozycji nr 1.1 Tabeli Elementów Scalonych wynagrodzenie za sporządzenie projektu budowlanego wraz

z uzyskaniem zamiennej decyzji o pozwoleniu na budowę (ostatecznej) lub skutecznym zgłoszeniem robót oraz sporządzenie projektu wykonawczego, zostanie określone na kwotę 405.000,00 zł netto, tj. 498.150,00 zł brutto.

Odwołujący podał, że w dniu 17 września 2024 r. Zamawiający dokonał otwarcia ofert. Zamawiający udostępnił informację, że kwota, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, wynosi 12.504.932,76 zł. W postępowaniu oferty złożyło 2 wykonawców: Odwołujący oraz WarBud Sp. z o.o. z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim. W kwocie przeznaczonej na finansowanie zamówienia mieściła się wyłącznie oferta Odwołującego z ceną 11.328.915,00 zł brutto. Oferta złożona przez wykonawcę WarBud była wyższa od ceny zaoferowanej przez Odwołującego o 3 mln zł i o ok. 1.800.000 zł przekraczała kwotę, którą Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia.

Odwołujący poinformował, że w dniu 19 listopada 2024 r. Odwołujący otrzymał informację, że złożona przez niego oferta została odrzucona, a postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego unieważnione. Jako podstawę odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający podał 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Zamawiający stwierdził, że niezgodność treści oferty Odwołującego z warunkami zamówienia polega na tym, że wypełniając Tabelę Elementów Scalonych (załącznik nr 4 do SWZ) Odwołujący przekroczył maksymalną wartość wynagrodzenia za sprawowanie nadzoru autorskiego (1.2 Tabeli Elementów Scalonych).

Jako podstawę unieważnienia postępowania Zamawiający powołał art. 255 pkt 3 ustawy Pzp. Zamawiający wskazał, że skoro jedyną ofertą niepodlegającą odrzuceniu jest oferta WarBud, która przewyższa kwotę, jaką Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia, a Zamawiający nie może zwiększyć tej kwoty do ceny

określonej przez WarBud, to zachodzi podstawa do unieważnienia postępowania.

Odwołujący stwierdził, że poza sporem jest okoliczność, że Odwołujący omyłkowo wypełnił pozycję nr 1.2 Tabeli Elementów Scalonych w ten sposób, że określił wynagrodzenie za nadzór autorski na kwotę 50.000,00 zł netto, tj. 61.500,00 zł brutto zamiast na kwotę 45.000,00 zł netto, tj. 55.350 zł brutto. Jednocześnie, jak wskazał Odwołujący, Odwołujący omyłkowo określił wartość prac związanych ze sporządzeniem projektu budowlanego wraz z uzyskaniem zamiennej decyzji o pozwoleniu na budowę (ostatecznej) lub skutecznym zgłoszeniem robót oraz sporządzeniem projektu wykonawczego (pozycja 1.1 Tabeli Elementów Scalonych) na kwotę 400.000,00 zł netto, tj. 492.000,00 zł brutto, zamiast na kwotę 405.000,00 zł netto, tj. 498.150,00 zł brutto.

Odwołujący wyjaśnił, że omyłki te wynikają z błędu popełnionego przez pracownika Odwołującego, który niesłusznie pominął wymogi określone w pozycji nr 1.2 w kolumnie nr 3 Tabeli Elementów Scalonych i błędnie dobrał proporcję wynagrodzenia określonego w pozycji 1.2 do wynagrodzenia określonego w pozycjach numer 1 i 1.1 Tabeli Elementów Scalonych.

Odwołujący stwierdził, że prawidłowo oraz zgodnie ze swoją wolą i zamierzeniem, Odwołujący określił wynagrodzenie za prace projektowe (pozycja nr 1 Tabeli Elementów Scalonych), które obejmuje zarówno pozycję nr 1.1, jak i pozycję nr 1.2 na łączną kwotę 450.000,00 zł netto, tj. 553.500,00 zł brutto.

W konsekwencji powyższych omyłek, wyrażony w procentach stosunek wynagrodzenia za nadzór autorski (pozycja nr 1.2) do wynagrodzenia za prace projektowe (pozycja nr 1) przekracza maksymalny udział procentowy kosztów związanych z nadzorem autorskim w ogólnych kosztach prac projektowych określony przez Zamawiającego. Stosunek ten wynosi bowiem 11,11111%, podczas gdy Zamawiający wymagał, aby wynosił on maksymalnie 10%. Odwołujący zauważył, że sam Zamawiający wskazuje, że przy takiej kwocie wynagrodzenia za prace projektowe, jaka została zaoferowana przez Odwołującego, wartość wynagrodzenia za nadzór autorski powinna mieścić się w przedziale 44.280,00 zł brutto – 55.350,00 zł brutto (36.000,00 zł netto – 45.000,00 zł netto).

W ocenie Odwołującego, mimo że oferowana przez Odwołującego wartość wynagrodzenia za nadzór autorski przekracza maksymalny dopuszczalny poziom wynagrodzenia za ten element scalony, to jednak okoliczność ta nie powinna prowadzić do odrzucenia oferty Odwołującego.

Odwołujący stwierdził, że omyłki Odwołującego podlegają poprawieniu w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zdaniem Odwołującego, poprawienie popełnionych przez Odwołującego omyłek nie prowadziłyby do istotnych zmian w treści oferty. Odwołujący podkreślił, że poprawienie omyłek nie prowadziłyby do zmiany ceny zaoferowanej przez Odwołującego w kwocie 9.210.500,00 zł netto, tj. 11.328.915,00 zł brutto. Odwołujący wskazał, że wystarczające byłoby przesunięcie kwoty 5.000,00 zł netto, tj. 6.150,00 zł brutto z pozycji nr 1.2 do pozycji nr 1.1 Tabeli Elementów Scalonych, przy pozostawieniu niezmiennych pozostałych wartości ujętych w Tabeli Elementów Scalonych. W ocenie Odwołującego, tego rodzaju poprawki stanowiłyby jedynie zmianę wewnętrzną, która nie ma wpływu na cenę oferowaną przez Odwołującego, a tym samym jest nieistotna.

W opinii Odwołującego, o braku istotności powyższej zmiany świadczy również to, że dotyczy ona kwoty stanowiącej 0,0005% ceny zaoferowanej przez Odwołującego, oraz to, że dotyczy ona kwestii, które nie są uregulowane bezpośrednio w SWZ, a jedynie w załączniku do SWZ - jest to więc zmiana całkowicie marginalna.

Odwolujący podniósł, że ww. zmiana polegająca na przesunięciu kwoty 5.000,00 zł netto, tj. 6.150,00 zł brutto z pozycji nr 1.2 do pozycji nr 1.1 Tabeli Elementów Scalonych jest samonarzucająca się i w rzeczywistości jedyna możliwa do przeprowadzenia. Odwołujący stwierdził, że oczywistym jest że skoro Odwołujący określił wynagrodzenie za nadzór autorski na poziomie przekraczającym progi procentowe określone przez Zamawiającego, to wolą Odwołującego było określenie tego wynagrodzenia w maksymalnej możliwej wysokości. Logicznym jest zatem, zdaniem Odwołującego, że redukcja wynagrodzenia wskazanego w pozycji nr 1.2 Tabeli Elementów Scalonych powinna nastąpić do maksymalnej dopuszczalnej wysokości, tj. do 10% wynagrodzenia za prace projektowe. Jednocześnie, jak wskazał Odwołujący, kwota powstała w wyniku redukcji powinna zostać przeniesiona do pozycji nr 1.1 Tabeli Elementów Scalonych, co również, zdaniem Odwołującego, jest oczywiste biorąc pod uwagę, że oferowana przez Odwołującego cena jest ceną ryczałtową. W ocenie Odwołującego, z uwagi na charakter wynagrodzenia, kluczowa jest łączna cena za pakiet. Tym samym, jedynym możliwym sposobem poprawienia omyłki, który nie prowadzi do zmiany ceny pakietu, jest zmiana polegająca na

przeniesieniu kwoty powstałej w wyniku redukcji 5.000,00 zł netto (6.150,00 zł brutto) do pozycji nr 1.1 Tabeli Elementów Scalonych. Jak zaznaczył Odwołujący, każdy inny sposób poprawienia omyłki stanowiłby zmianę ceny za pakiet, a w konsekwencji byłby sprzeczny z wolą Odwołującego.

W ocenie Odwołującego, rozbieżność ceny na poszczególne elementy scalone ma charakter sztuczny i nie pełni żadnej istotnej roli ani z perspektywy postępowania, ani z perspektywy przyszłej umowy z wybranym wykonawcą, co dodatkowo potwierdza brak istotności zmiany.

Odwołujący dodał, że wątpliwa jest celowość i dopuszczalność określenia przez Zamawiającego limitów w zakresie procentowego stosunku poszczególnych elementów scalonych. W ten sposób bowiem Zamawiający ingeruje w treść ofert wykonawców wykluczając dokonanie przez nich rzetelnej i zgodnej z ich własną oceną wyceny poszczególnych świadczeń.

Odwołujący podniósł, że jeżeli Zamawiający miał jakiegokolwiek wątpliwości co do treści złożonej przez Odwołującego oferty, a w szczególności jego intencji wyrażonych w jej treści, mógł zwrócić się do Odwołującego z żądaniem ich wyjaśnienia na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący zwrócił uwagę, że w przypadku uznania, że Zamawiający bezpodstawnie odrzucił ofertę Odwołującego, niejako automatycznie odpadnie podstawa do unieważnienia postępowania. Oferta Odwołującego mieści się bowiem w kwocie, jaką Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia.

Pismem z dnia 5 grudnia 2024 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego wskazanego w treści uzasadnienia, jak też po zapoznaniu się z oświadczeniami i stanowiskami stron postępowania złożonymi pisemnie oraz ustnie do protokołu w toku rozprawy zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając tym samym Odwołującego na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

Izba ustaliła że w załączniku numer 4 do SWZ pozycji nr 1.2 Tabeli Elementów Scalonych Zamawiający wymagał określenia wartości netto, podatku VAT oraz wartości brutto prac obejmujących nadzór autorski. Zamawiający zaznaczył przy tym w tabeli, że wartość ta musi mieścić się w przedziale od 8% do 10% wartości prac projektowych z pozycji nr 1.

Pod Tabelą Elementów Scalonych Zamawiający zamieścił uwagi, w których wskazał, że obowiązuje bezwzględny wymóg nieprzekraczania dopuszczalnego poziomu wynagrodzenia należnego za wykonanie danego elementu scalonego w granicach podanych w pozycji 1 i 1.2 w kolumnie 3 w Tabeli Elementów Scalonych. Zamawiający zaznaczył również, że w przypadku niedotrzymania wysokości udziału procentowego określonego w pozycji nr 1.2 w kolumnie 3, oferta wykonawcy zostanie odrzucona. Zamawiający zastrzegł, że będzie badał rzeczywisty udział procentowy kosztu realizacji danego elementu nie stosując zaokrąglenia wyniku, zatem jeżeli np. wartość procentowa będzie wynosiła 7,99999% lub 10,00001% oferta zostanie odrzucona.

Izba ustaliła ponadto, że w piśmie z dnia 19 listopada 2024 r. Zamawiający uzasadniając odrzucenie oferty Odwołującego przypomniał zasady ustanowione w załączniku nr 4 do SWZ. Zamawiający stwierdził ponadto, że w ofercie Odwołującego w pozycji nr 1.2 Tabeli Elementów Scalonych wykonawca przekroczył dopuszczalny poziom wynagrodzenia należnego za wykonanie danego elementu scalonego. Udział procentowy tego elementu (pozycja nr 1.2) w stosunku do wartości prac projektowych z pozycji nr 1 wynosi 11,111(1)%, podczas gdy Zamawiający określił w tej pozycji limit od 8% do 10% wartości pozycji nr 1. Zamawiający wskazał, że wartość brutto nadzoru autorskiego wynosząca między 8% a 10% pozycji nr 1 z oferty Odwołującego powinna mieścić się w przedziale 44.280,00 zł brutto – 55.350,00 zł brutto. Tymczasem Odwołujący wycenił tę pozycję Tabeli Elementów Scalonych na kwotę 61.500,00 zł brutto a więc powyżej dopuszczalnego limitu określonego przez Zamawiającego. Zamawiający wskazał, że przekroczenie nominalnych wartości poszczególnych pozycji formularza cenowego nie podlega poprawieniu na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zamawiający zauważył, że dokonana poprawa nie może prowadzić do istotnej zmiany treści oferty, a ponadto zamawiający musi mieć wiedzę, w jaki sposób omyłkę poprawić. Co więcej, musi istnieć wyłącznie jeden możliwy do samodzielnego ustalenia przez zamawiającego sposób poprawienia oferty, co w tej

sytuacji nie miało miejsca. Zamawiający stwierdził, że ewentualne poprawienie formularza cenowego w ofercie Odwołującego nie może polegać na pomniejszeniu elementu scalonego w pozycji, w której limit został przekroczony, albowiem prowadziłoby to do pomniejszenia wartości w pozycji nr 1 (stanowiącej sumę pozycji 1.1 i 1.2), co ponownie spowodowałoby przekroczenie limitu określonego dla pozycji nr 1.2 w stosunku do pozycji nr 1 Tabeli Elementów Scalonych. Z kolei przesunięcie kwoty różnicy do innych pozycji formularza cenowego nie jest możliwe do przeprowadzenia samodzielnie przez Zamawiającego. W konsekwencji, jak podał Zamawiający, oferta Odwołującego została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp jako niezgodna z warunkami zamówienia.

W tym samym piśmie Zamawiający poinformował, że postępowanie zostało unieważnione na podstawie art. 255 pkt 3 ustawy Pzp, ponieważ cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a Zamawiający nie może zwiększyć tej kwoty do ceny najkorzystniejszej oferty.

Izba stwierdziła, że w okolicznościach przedmiotowej sprawy nie zaistniały przesłanki do poprawienia omyłki popełnionej przez Odwołującego w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Możliwość poprawienia oferty w ww. trybie jest wyjątkiem od ogólnej zasady niezmienności treści oferty po jej złożeniu wynikającej z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp. Umożliwienie przez ustawodawcę poprawienia omyłek na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie uchyła wynikającego z art. 223 ust. 1 zd. 1 ustawy Pzp zakazu negocjacji między zamawiającym a wykonawcą dotyczących treści złożonej oferty. Z tego względu

w orzecznictwie Izby wskazuje się, że poprawienie omyłki na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp powinno być dokonywane w sytuacji, gdy nie skutkuje to koniecznością prowadzenia takich negocjacji. Innymi słowy, jako warunek dokonania poprawy uznaje się konieczność dokonania jej przez samego zamawiającego, w oparciu o dane dające się wyinterpretować z oferty (tak w wyroku KIO z dnia 11 stycznia 2023 r., sygn. akt KIO 3458/22).

Rozpoznając przedmiotową sprawę za istotną Izba uznała okoliczność, że zastrzeżony przez Zamawiającego udział procentowy kosztów nadzoru autorskiego w odniesieniu do prac projektowych nie został określony sztywno, a w przedziale od 8% do 10% wartości prac projektowych z pozycji nr 1. Do wykonawcy należała zatem wycena owych prac oraz określenie, na jakim poziomie procentowym będą one ustanowione w stosunku do prac projektowych.

W ocenie Izby, w okolicznościach przedmiotowej sprawy dane do poprawy oferty Zamawiający mógłby otrzymać wyłącznie w drodze wyjaśnień treści oferty. Tylko tą drogą Zamawiający mógł się dowiedzieć, że wolą wykonawcy było zaoferowanie możliwie najwyższego wynagrodzenia za nadzór autorski, nie zaś wynagrodzenia na poziomie np. 9% czy 8,5% wartości prac projektowych. Okoliczność ta w żaden sposób nie wynikała z treści złożonej oferty. Z oferty nie wynikała również okoliczność, że wolą Odwołującego było pozostawienie niezmienionej ceny za cały przedmiot zamówienia. Powyższych okoliczności Zamawiający nie mógł samodzielnie wywieść z treści oferty Odwołującego.

Izba stwierdziła, że umożliwienie Odwołującemu określenia wartości nadzoru autorskiego na etapie po otwarciu ofert stanowiłoby niedozwolone negocjacje pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą (art. 223 ust. 1 ustawy Pzp). Przypomnieć w tym miejscu należy, że instytucja poprawy omyłki może znaleźć zastosowanie jedynie w sytuacji, gdy zamawiający ma pewność, w jaki sposób omyłkę poprawić, przy czym chodzi o jeden możliwy sposób poprawy, a nie jeden z wielu sposobów (wyrok KIO z 20 maja 2021 r., sygn. akt KIO 950/21, wyrok KIO z 14 kwietnia 2023 r., sygn. akt KIO 839/23, KIO 864/23).

Bez znaczenia pozostaje na obecnym etapie postępowania celowość wymogu sformułowanego przez Zamawiającego. Wymóg określenia procentowego udziału pozycji nr 1.2 w przedziale 8-10% wartości prac projektowych z pozycji nr 1 został jednoznacznie sformułowany przez Zamawiającego, jego treść nie budzi wątpliwości. Dodatkowo, wymóg ten nie został zakwestionowany przez Odwołującego na odpowiednim etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba miała na uwadze, że Zamawiający w treści wzoru formularza cenowego (Załącznik nr 4 do SWZ) wyraźnie zaznaczył, że ustanawia bezwzględny wymóg nieprzekraczania dopuszczalnego poziomu wynagrodzenia należnego za nadzór autorski, a także w sposób nie budzący wątpliwości zastrzegł, że w przypadku niedotrzymania wysokości udziału procentowego oferta wykonawcy zostanie odrzucona. Zamawiający przywiązywał zatem szczególną wagę do kalkulacji ceny zgodnie z wytycznymi zawartymi w dokumentach zamówienia. Mając świadomość tak podkreślonego przez Zamawiającego wymagania, wykonawcy powinni dochować należytej staranności przy określaniu wartości poszczególnych elementów zamówienia.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że błąd Odwołującego, jakkolwiek marginalny, jeśli chodzi o udział w cenie za wykonanie całego przedmiotu zamówienia, to jednak nie może zostać poprawiony w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Co za tym idzie, nie potwierdził się również zarzut dotyczący unieważnienia postępowania przez Zamawiającego na podstawie art. 255 pkt 3 ustawy Pzp. Oferta wykonawcy WarBud, która pozostała w postępowaniu, przekracza kwotę, jaką Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia.

Za niezasadny Izba uznała również zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 223 ust. 1 ustawy Pzp przez niezwrócenie się do Odwołującego o wyjaśnienie treści oferty w zakresie popełnionych omyłek. Jak wskazano powyżej, umożliwienie Odwołującemu określenia wartości nadzoru autorskiego na obecnym etapie postępowania prowadziłoby do niedozwolonych negocjacji pomiędzy Odwołującym a Zamawiającym i stanowiłoby naruszenie podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych (art. 16 ustawy Pzp).

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437, dalej jako „rozporządzenie”).

Jak stanowi art. 557 ustawy Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego, z kolei w myśl art. 575 ustawy Pzp strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Jak stanowi § 8 ust. 2 rozporządzenia, w przypadku oddalenia odwołania przez Izbę w całości, koszty ponosi odwołujący.

W świetle powyższych regulacji, Izba obciążyła kosztami postępowania odwoławczego Odwołującego.

Przewodnicząca:.....