

WYROK

Warszawa, dnia 11 lipca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Emilia Garbala

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 lipca 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 czerwca 2024 r. przez wykonawcę **A.M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą A.M. Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe Domax, ul. Grabińska 8, 42-283 Boronów**, w postępowaniu prowadzonym przez: **Gminę Świerklaniec, ul. Młyńska 3, 42-622 Świerklaniec**, przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy **AWT Rekultivace a.s., ul. Rychvaldska 2012 w 735 41 Petrvald, Republika Czeska**,

orzeka:

1. **oddala odwołanie**,

2. kosztami postępowania obciąża odwołującego, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego,

2.2. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez zamawiającego.

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 2245/24

UZASADNIENIE

Zamawiający – Gmina Świerklaniec, ul. Młyńska 3, 42-622 Świerklaniec, prowadzi w trybie podstawowym bez negocjacji, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Modernizacja Alei Lipowej w Nakle Śląskim”, numer referencyjny: IZ.271.2.5.2024. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 11.04.2024 r., nr 2024/BZP 00280792/01.

W dniu 26.06.2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy P.U.H. Domax A.M., ul. Grabińska 8, 42-283 Boronów (dalej: „Odwołujący”), w którym Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 239 ust. 1 oraz art. 16 pkt 1 i 2 oraz art. 17 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej: „ustawą Pzp”, poprzez błędną ich wykładnię oraz niewłaściwe zastosowanie (tzw. błąd subsumcji), co polega na bezzasadnym odrzuceniu oferty Odwołującego, jako niezgodnej z warunkami zamówienia, ze względu na rzekome przekroczenie o kwotę 1.869,62 zł brutto wartości procentowego udziału prac projektowych w stosunku do robót budowlanych „do 3%”, jako maksymalnego udziału prac projektowych, polegających na „wykonaniu dokumentacji projektowej wraz z nadzorem autorskim w wartości robót budowlanych”,

2) art. 223 ust. 1 oraz art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez ich niezastosowanie i zaniechanie wezwania Odwołującego do wyjaśnienia treści oferty, w zakresie przyjętej w ofercie wartości procentowego udziału prac projektowych, objętych limitem, tj. „wykonania dokumentacji projektowej wraz z nadzorem” w stosunku do robót budowlanych oraz ewentualnie zaniechanie poprawienia innej omyłki, polegającej na niezgodności treści oferty z dokumentami, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty, poprzez obniżenie zaoferowanej przez Odwołującego ceny za prace projektowe o tzw. inne koszty, w wysokości 1.869,62 zł brutto, które nie mają charakteru nakładów na prace projektowe, z jednoczesnym zwiększeniem o tę kwotę - ceny wskazanej w poz. 1.2. „Wykonanie robót budowlanych”.

W szczególności Odwołujący podniósł, co następuje.

„Na wstępie podkreślić należy, że zgodnie z postanowieniem § 6 „Płatności” wzoru umowy (stanowiącego Załącznik nr 6 do SWZ) wynika, że Zamawiający organizując niniejsze postępowanie w trybie podstawowym w systemie „zaprojektuj i wybuduj” zastrzegł limit procentowy wyceny prac projektowych (wykonanie dokumentacji wraz z nadzorem) na poziomie „nieprzekraczającym 3% wartości robót budowlanych”.

Taki wymóg we wzorze umowy, wskazuje na górną granicę ustalenia wartości prac projektowych („od-do, a nie

sztyną), co z kolei prowadzi do wniosku, że wartość prac projektowych w ofercie mogłaby wynosić nawet zero (0% wartości robót) i wówczas oferta byłaby zgodna z warunkami zamówienia, byleby tylko owa wartość prac projektowych nie przekraczała 3% wartości robót budowlanych, gdyż wówczas taka oferta mogłaby być oceniona, jako niezgodna z warunkami zamówienia.

Pokreślić natomiast należy, że w orzecznictwie Izby wyrażane stanowisko że racjonalnie działający Wykonawca nie oferuje celowo Zamawiającemu przedmiotu zamówienia niezgodnego z jego wymaganiami, ponosząc wysiłek i koszty związane z uczestnictwem w postępowaniu o udzielenie zamówienia, wiedząc przy tym, że konsekwencją takiego działania będzie odrzucenie jego oferty, o czym szerzej poniżej. (...)

Z przytoczonych powyżej postanowień SWZ jak i projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego wynika w sposób jednoznaczny, że Zamawiający limitem procentowym wyceny prac projektowych na poziomie „nieprzekraczającym 3% wartości robót budowlanych” objął stricto „Wykonanie dokumentacji wraz z nadzorem” natomiast na wartość usługi projektowej w niniejszym zamówieniu w poz. 1.1. „Dokumentacja projektowa wraz z usługą świadczenia nadzoru autorskiego” składają się także wszelkie inne koszty i opłaty (w tym administracyjne) związane z realizacją zadania i niezbędne dla prawidłowego wykonania przedmiotu umowy, których obliczone koszty dokumentacji projektowej na podstawie wskaźników procentowych w stosunku do kosztów robót budowlano-montażowych nie obejmują, takie jak np.: opłaty pobierane przez urzędy i instytucje z tytułu uzgodnień prac projektowych, opłaty związane z uzyskaniem warunków technicznych, dotyczących dostawy mediów, zakupem map i podkładów geodezyjnych, itd.

Zgodnie natomiast z postanowieniem § 10 ust. 5 obowiązującego ROZPORZĄDZENIA MINISTRA ROZWOJU TECHNOLOGII z dnia 20 grudnia 2021 r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym (Dz.U.2021.2458): „Planowane koszty prac projektowych, obliczone zgodnie z ust. 1-4, nie obejmują opracowania danych wyjściowych, a w szczególności:

- 1) uzyskania mapy do celów prawnych, opracowania mapy do celów projektowych;
- 2) opracowania dokumentacji geologiczno-inżynierskiej;
- 3) opracowania operatów ochrony środowiska;
- 4) inwentaryzacji obiektów, zagospodarowania terenu;
- 5) inwentaryzacji i waloryzacji zieleni”.

Zgodnie z materiałami pomocniczymi do określenia cen prac projektowych, jakimi są najnowsze Środowiskowe Zasady Wycen Prac Projektowych – 2016, opracowane przez Radę Koordynacyjną Biur Projektowych (Rozdział 1 Postanowienia ogólne, Poradnik dla Projektantów i Inwestorów, str. 22): „nakłady na prace projektowe nie obejmują m.in. opłat pobieranych przez urzędy i instytucje z tytułu uzgodnień projektowych oraz opłat związanych z uzyskaniem warunków technicznych, dotyczących dostawy mediów, zakupem map i podkładów geodezyjnych”.

Ponadto wszędzie gdzie mówi się o uzyskaniu dokumentu, pomiaru, itp. oznacza że jego wykonanie nie jest ujęte w jednostkach nakładu pracy do projektowania, a poniesione koszty podlegają odrębnemu fakturowaniu. Dotyczy to np. uzyskania odpisów (wypisów, kopii) dokumentów potwierdzających prawo dysponowania przez inwestora nieruchomością na cele budowlane; uzyskanie aktualnej mapy sytuacyjno-wysokościowej dla celów projektowania; uzyskanie wyników badań warunków gruntownych ze wskazaniem miejsc badań oraz uzyskaniem aktualnych ekspertyz, dotyczących tych warunków, itp. Opracowania i czynności wymagające oddzielnych wycen dotyczą, m.in.: prace geodezyjne, które wycenia się wg zasad wyceny opracowane przez zarządy oddziałów wojewódzkich Stowarzyszenia Geodetów Polskich, prace związane z geotechnicznymi warunkami posadowienia obiektów budowlanych, itp.

Wskaźniki, o których mowa powyżej opracowano na podstawie stosowanych od 1987 r. Środowiskowych Zasad Wycen Prac Projektowych oraz wieloletnich doświadczeń Izby Projektowania Budowlanego – Rady Koordynacyjnej Biur Projektów. Część wskaźników m.in. dla inwestycji liniowych jak budownictwo kolejowe i drogowe zostały przygotowane i zamieszczone w załączniku do rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 18 maja 2004 r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzenia kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz robót budowlanych, określonych w programie funkcjonalno-użytkowym (Dz.U. Nr 130, poz. 1389).

Dlatego też ujęte przez Odwołującego w poz. formularza ofertowego: 1.1. „Dokumentacja projektowa wraz z usługą świadczenia nadzoru autorskiego” np. koszty związane np. z :

- opracowaniem mapy do celów projektowych, którą sporządza uprawniony do tego geodeta, a która to mapa jest wymagana w celu uzyskania pozwolenia na budowę (do czego Wykonawca jest zobowiązany w ramach tego Zadania);
- czy
- czyszczeniem oraz inspekcją telewizyjną istniejącej kanalizacji deszczowej w celu prawidłowej oceny stanu

technicznego istniejącego kanału i określenia, czy zachodzi konieczność jego wyremontowania, czy też jest w dobrym stanie technicznym pozwalającym na wpięcie do niego nowych elementów kanalizacji deszczowej, itd.

nie mogą być wliczone w opisywanym przypadku do maksymalnego udziału prac projektowych, polegających na „Wykonaniu dokumentacji wraz z nadzorem w stosunku do wartości robót budowlanych, jak to w sposób nieuprawniony uczynił Zamawiający.

Tym samym, Odwołujący w sposób prawidłowy oraz zgodny z wymaganiami Zamawiającego w treści SWZ oraz projektowanymi postanowieniami umowy w sprawie zamówienia publicznego skalkulował cenę ofertową za niniejsze Zamówienie, oferując wykonanie całości Zadania za cenę: 2.077.347,00 zł brutto, w tym:

- wartość pozycji 1.1.: „Dokumentacja projektowa wraz z usługą świadczenia nadzoru autorskiego”: 50.667,00 zł netto/ 62.320,41 zł brutto;
- wartość pozycji 1.2.: „Wykonanie robót budowlanych”: 1.638.233,00 netto/ 2.015.026,59 zł brutto.

Natomiast jeżeli Zamawiający w celu ustalenia procentowego udziału prac projektowych w stosunku do robót budowlanych na poziomie nieprzekraczającym 3% wymaga wydzielenia przez Odwołującego kosztów związanych strictly z „Wykonaniem dokumentacji wraz z nadzorem” oraz innych kosztów i opłat (w tym administracyjnych) związanych z realizacją zadania i niezbędnych dla prawidłowego wykonania przedmiotu umowy, których obliczone koszty dokumentacji projektowej na podstawie wskaźników procentowych w stosunku do kosztów robót budowlano-montażowych nie mogą obejmować, to obowiązkiem Zamawiającego był zwrócenie się do Odwołującego na podstawie art. 223 ust. 1 „uPzp” o wyjaśnienia treści złożonej oferty w tym zakresie.

Wzór formularza ofertowego (stanowiący Załącznik nr 2 do SWZ) nie pozwala bowiem na wydzielenie w poz. 1.1. „Dokumentacja projektowa wraz z usługą świadczenia nadzoru autorskiego” kosztów objętych procentowym limitem wartości prac projektowych od innych pozostałych kosztów, które wymagają oddzielnych wycen.

Zaniechanie wezwania przez Zamawiającego o wyjaśnienia Odwołującego w tym zakresie (do czego zobowiązuje przepis art. 223 ust. 1 „uPzp”), a co z tym się wiąże zaniechanie przez Zamawiającego poprawienia omyłki, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty, poprzez obniżenie zaoferowanej przez Odwołującego ceny za prace projektowe o tzw. inne koszty, które nie mają charakteru nakładów na prace projektowe wraz z nadzorem w wysokości 1.869,62 zł brutto, z jednoczesnym zwiększeniem o tę kwotę, ceny wskazanej w poz. 1.2. „Wykonanie robót budowlanych” należy uznać za sprzeczne nie tylko z prawem, ale nieracjonalne gdyż prowadzi niesłusznego odrzucenia oferty Odwołującego, która jest najtańsza oraz w świetle kryteriów oceny ofert jest ofertą najkorzystniejszą.

W orzecznictwie wyrażany jest pogląd, że omyłka wykonawcy w przygotowaniu oferty może również wynikać z jego błędnego przekonania co do wymaganego sposobu wykonania zamówienia i wyrażenia powyższego w ofercie. Wykonawca może więc sporządzić ofertę z pełną świadomością co do celowości i kształtu jej poszczególnych zapisów, jednakże mylnie nie zdaje sobie sprawy ze stanu jej niezgodności z treścią oferty. Także tego typu błędy wykonawcy, pod warunkiem ich nieistotności winy podlegać poprawie. Granicą zastosowania art. 223 ust. 2 pkt 3 „uPzp” jest istotna zmiana treści ofert, którą należy ocenić w konkretnych okolicznościach sprawy.

Reasumując, po pierwsze Odwołujący jest przekonany, że dokonał wyceny wartości usługi projektowej zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, natomiast przekroczenie poziomu 3% wartości robót budowlanych o kwotę 1.869,62 zł brutto wynika wyłącznie z wymogu ujęcia w pozycji dotyczącej prac projektowych także innych kosztów, które wymagają oddzielnych wycen i stanowią nakładów na prace projektowe.

Po drugie, nawet gdyby przyjąć, że w ofercie Odwołującego zaistniała w tym zakresie rozbieżność, polegająca na omyłkowym zastosowaniu wskaźnika 3,08% zamiast poziomu nieprzekraczającego 3% nie jest wynikiem celowego, zamierzonego działania Odwołującego, a jedynie wynikiem omyłki osoby sporządzającej kalkulację. Zamiarem Odwołującego było złożenie oferty obejmującej cały zakres zamówienia i spełniającej wszystkie wymagania określone w dokumentach zamówienia, w tym wyczenia wartości prac projektowych na poziomie maksymalnym do 3% wartości robót budowlanych.

Po trzecie, Odwołujący podkreśla że poprawienie zaistniałej w ofercie omyłki nie ma charakteru istotnego. Doprowadzenie do zgodności z wymaganiami Zamawiającego spowoduje obniżenie ceny za pracę projektową o kwotę 1.869,62 zł brutto, przy jednoczesnym zwiększeniu o tę kwotę ceny za roboty budowlane, co z kolei nie spowoduje zmiany całkowitej ceny oferty. Poprawienie omyłki w ten sposób spowoduje obniżenie wartości prac projektowych do poziomu nieprzekraczającego 3% wartości robót budowlanych. (...)”

W związku z tym Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1)unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
- 2)unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy AWT Rekultivace a.s.,
- 3)powtórzenia czynności oceny i badania ofert oraz powtórzonego wyboru najkorzystniejszej oferty w tymże postępowaniu.

Pismem z dnia 03.07.2024 r. wykonawca AWT Rekultivace a.s., ul. Rychvaldska 2012 w 735 41 Petřvald,

Republika Czeska (dalej: „Przystępujący”) zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego i przedstawił swoje stanowisko w sprawie. Izba stwierdziła, że przystąpienie zostało dokonane skutecznie.

Pismem z dnia 05.07.2024 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie.

W trakcie rozprawy Strony podtrzymały swoje stanowiska w sprawie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest modernizacja Alei Lipowej w Nakle Śląskim. Zamówienie obejmuje:

- 1.1. Opracowanie dokumentacji projektowej wraz z uzyskaniem zgody właściwego organu (pozwolenie na budowę / zgłoszenie robót niewymagających pozwolenia na budowę) oraz wszelkich innych decyzji administracyjnych, uzgodnień oraz opinii, niezbędnych do zrealizowania zadania inwestycyjnego - w oparciu o obowiązujące przepisy, poprzedzone sporządzeniem koncepcji rozwiązania sytuacyjnego i konstrukcyjnego drogi,
- 1.2. Wykonanie robót budowlanych wraz z niezbędną infrastrukturą towarzyszącą, w oparciu o ww. dokumentację, wykonaną przez Wykonawcę.

W rozdziale 10 ust. 1 i 2 specyfikacji warunków zamówienia (dalej: „SWZ”) Zamawiający wskazał:

1. Wykonawca podaje cenę ofertową w formularzu oferty, zgodnym z załącznikiem nr 2 do Specyfikacji warunków zamówienia. Cenę należy podać z podziałem na:

- wartość usługi projektowej (w tym nadzór autorski, przeniesienie praw autorskich, koszty postępowań administracyjnych i pozostałe koszty),
- wartość robót budowlanych (w tym przygotowanie, utrzymanie oraz uporządkowanie terenu budowy, kierownictwo budowy i pozostałe koszty).

2. Cenę oferty należy skalkulować w oparciu o opis przedmiotu zamówienia zawarty w programie funkcjonalno – użytkowym i projekcie umowy, uwzględniając wszystkie prace i koszty z niego wynikające.

W pkt 3.1. Formularza oferty wykonawcy zobowiązani byli wypełnić następującą tabelę:

Zakres	Wartość netto	Wartość VAT	Wartość brutto
Dokumentacja projektowa wraz z usługą świadczenia nadzoru autorskiego	 zł	 zł	 zł
Wykonanie robót budowlanych	 zł	 zł	 zł

Analogiczna tabela została przewidziana w § 6 ust. 1 projektu umowy, przy czym pod nią wpisano: „Wynagrodzenie określone w pozycji 1.1 (wykonanie dokumentacji wraz z nadzorem) tabeli nie może przekraczać 3% wartości pozycji 1.2 (robót budowlanych)”.

Ponadto w § 6 ust. 5 i 6 projektu umowy Zamawiający wskazał:

5. Wynagrodzenie określone w ust. 1 – tabela pozycja 1.1 ma charakter ryczałtowy i zawiera w szczególności koszty opracowania dokumentacji, w tym powykonawczej, oraz inne koszty i opłaty związane z realizacją zadania i niezbędne dla prawidłowego wykonania przedmiotu umowy, w szczególności: podatek VAT, koszty dokumentów i opłat (w tym administracyjnych) niezbędnych do wykonania umowy, koszty badań i opinii, jak również wynagrodzenie z tytułu przejścia autorskich praw majątkowych do projektów i dokumentacji na Zamawiającego, a także koszty nadzoru autorskiego nad robotami budowlanymi.

6. Wynagrodzenie określone w ust. 1 – tabela pozycja 1.2 ma charakter ryczałtowy. Wynagrodzenie to obejmuje wszelkie roboty przygotowawcze, porządkowe, zagospodarowanie placu budowy, koszty utrzymania zaplecza budowy, koszty dostawy materiałów i niezbędnych usług, koszty eksploatacji sprzętu, a także koszty związane z odbiorem robót, włączając w to próby, sprawdzenia (oznakowanie, pomiary, ekspertyzy, koszty ewentualnych przyłączy, itp.).

Odwolujący złożył ofertę, w której w Formularzu ofertowym wskazał:

Zakres	Wartość netto	Wartość VAT	Wartość brutto
Dokumentacja projektowa wraz z usługą świadczenia nadzoru autorskiego	50.667,00 zł	11.653,41 zł	62.320,41 zł
Wykonanie robót budowlanych	1.638.233,00 zł	376.793,59 zł	2.015.026,59 zł

Pismem z dnia 21.06.2024 r. Zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. W uzasadnieniu odrzucenia Zamawiający wskazał, że „w projektowanych postanowieniach umownych zamawiający zastrzegł, że wynagrodzenie określone w pozycji 1.1 (wykonanie dokumentacji wraz z nadzorem) tabeli nie może przekraczać 3% wartości pozycji 1.2 (robót budowlanych). W ofercie wykonawcy cena dokumentacji projektowej przekracza wskazaną wartość o 1.869,62 złotych”.

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 ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane czynności Zamawiającego.

Ponadto Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 223 ust. 1 i ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp:

1. W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

2. Zamawiający poprawia w ofercie:

3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty

- niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę, że w § 6 ust. 1 projektu umowy (zał. nr 6 do SWZ) Zamawiający zamieścił tabelę, w której w poz. 1.1. należało podać cenę za „Dokumentację projektową wraz z usługą świadczenia nadzoru autorskiego”. Pod tą tabelą Zamawiający wyraźnie też zastrzegł, że: *„Wynagrodzenie określone w pozycji 1.1 (wykonanie dokumentacji wraz z nadzorem) tabeli nie może przekraczać 3% wartości pozycji 1.2 (robót budowlanych)”*. Jednocześnie w § 6 ust. 5 Zamawiający sprecyzował, że: *„Wynagrodzenie określone w ust. 1 – tabela pozycja 1.1 ma charakter ryczałtowy i zawiera w szczególności koszty opracowania dokumentacji, w tym powykonawczej, oraz inne koszty i opłaty związane z realizacją zadania i niezbędne dla prawidłowego wykonania przedmiotu umowy, w szczególności: podatek VAT, koszty dokumentów i opłat (w tym administracyjnych) niezbędnych do wykonania umowy, koszty badań i opinii, jak również wynagrodzenie z tytułu przejścia autorskich praw majątkowych do projektów i dokumentacji na Zamawiającego, a także koszty nadzoru autorskiego nad robotami budowlanymi”*. Zatem § 6 ust. 5 projektu umowy wprost się odnosi do pozycji 1.1. tabeli z ust. 1 i wprost wskazuje, jakie koszty powinny być w tej pozycji uwzględnione. Również treść rozdziału 10 ust. 1 tiret pierwszy SWZ wskazuje, że *„cenę należy podać z podziałem na: wartość usługi projektowej (w tym nadzór autorski, przeniesienie praw autorskich, koszty postępowań administracyjnych i pozostałe koszty)”*. Oznacza, że cena w poz. 1.1. tabeli obejmuje różnorakie koszty związane ze sporządzeniem dokumentacji projektowej, w tym również wskazane przez Odwołującego w odwołaniu: *„opłaty pobierane przez urzędy i instytucje z tytułu uzgodnień prac projektowych, opłaty związane z uzyskaniem warunków technicznych, dotyczących dostawy mediów, zakupem map i podkładów geodezyjnych, itd.”* Jednocześnie zgodnie z informacją zamieszczoną pod tabelą w § 6 ust. 1 projektu umowy wszystkie te koszty powinny być skalkulowane w taki sposób, aby ich łączna wartość nie przekraczała 3% wartości robót budowlanych z poz. 1.2.

W tym miejscu należy wskazać, że Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, jakoby limit 3% dotyczył wyłącznie wykonania dokumentacji wraz z nadzorem, natomiast nie obejmował pozostałych kosztów związanych z realizacją tej usługi. Przeczą temu przytoczone wyżej postanowienia SWZ, w tym projektu umowy. W szczególności nie ma znaczenia użycie w zastrzeżeniu limitu pod tabelą słów: *„(wykonanie dokumentacji wraz z nadzorem)”*, gdyż są one równoznaczne ze słowami użytymi w poz. 1.1. tabeli: *„Dokumentacja projektowa wraz z usługą świadczenia nadzoru autorskiego”*.

Podobnie nie mają znaczenia w przedmiotowej sprawie powoływane przez Odwołującego przepisy rozporządzenia w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym oraz Środowiskowe Zasady Wycen Prac Projektowych – 2016 opracowane przez Radę Koordynacyjną Biur Projektowych. W toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego dla wykonawcy wiążące są bowiem postanowienia zawarte w dokumentach zamówienia, w tym w SWZ i w załącznikach do niej. To w tych dokumentach określone są wymagania zamawiającego, które wykonawca musi spełnić, aby jego oferta mogła zostać uznana za zgodną z warunkami zamówienia i nie dotkniętą innymi wadliwościami. Jeżeli wykonawca uznaje dane postanowienia zawarte w dokumentach zamówienia za niezgodne z prawem lub w inny sposób naruszające jego interesy, może wnieść odwołanie w terminie biegnącym od opublikowania tych dokumentów w celu zakwestionowania ich treści. W niniejszym postępowaniu takie odwołanie, ani nawet pytania dotyczące sposobu obliczenia ceny w poz. 1.1. tabeli, nie zostały przez wykonawców zgłoszone. Zatem powoływanie się na obecnym etapie na akty prawne i opracowania

przewidujące odmienne od określonych w dokumentach zamówienia zasady wyceny jest już działaniem spóźnionym.

Podsumowując należy wskazać, że postanowienia rozdziału 10 ust. 1 SWZ i przede wszystkim § 6 ust. 1 i ust. 5 projektu umowy jasno wskazują, że koszty wykonania dokumentacji projektowej, koszty nadzoru autorskiego i pozostałe związane z nimi koszty wykonawcy był zobowiązany uwzględnić w poz. 1.1. tabeli Formularza ofertowego i skalkulować je w taki sposób, aby ich wartość wynosiła maksymalnie 3% wartości robót budowlanych. Skoro Odwołujący skalkulował je w taki sposób, że wyznaczony limit został przekroczony o ok. 1869 zł, to jego oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia i podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Przechodząc do zarzutu dotyczącego poprawienia tzw. „innej omyłki” w ofercie Odwołującego, należy zauważyć, że aby zamawiający mógł zastosować art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w ofercie wykonawcy:

- musi mieć miejsce omyłka,
- omyłka musi polegać na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia,
- omyłka nie może powodować istotnych zmian w treści oferty.

Wszystkie ww. przesłanki muszą być spełnione łącznie.

W niniejszej sprawie wpisanie w poz. 1.1. Formularza ofertowego kwoty o ok. 1869 zł wyższej niż wyznaczony limit 3% wartości robót budowlanych niewątpliwie stanowił niezgodność oferty z dokumentami zamówienia, co Izba stwierdziła już wyżej. Pozostaje zatem ustalić, czy doszło do omyłki po stronie Odwołującego i czy ta ew. omyłka nie może spowodować istotnych zmian w treści oferty.

Po pierwsze, w ocenie Izby, sytuacja zaistniała w niniejszej sprawie nie ma charakteru omyłki. Odwołujący bowiem nie pomylił się wpisując w poz. 1.1. Formularza ofertowego cenę za dokumentację projektową wraz z usługą świadczenia nadzoru autorskiego w wysokości 50.667,00 zł netto, tj. w wysokości stanowiącej ponad 3% ceny 1.638.233,00 zł netto za wykonanie robót budowlanych (poz. 1.2.). Odwołujący natomiast inaczej zinterpretował postanowienia SWZ, w tym projektu umowy. Jednakże wobec jasnej treści tych postanowień, nie zachodzi w ocenie Izby sytuacja, w której interpretację tę można uznać za usprawiedliwiającą „błędne przekonanie co do wymaganego sposobu wykonania zamówienia i wyrażenia powyższego w ofercie” (str. 10 odwołania). Zachowanie Odwołującego nie wskazuje zatem na popełnienie przez niego omyłki.

Po drugie, nawet w przypadku uznania opisanej sytuacji za omyłkę, jej poprawienie byłoby niemożliwe w sposób wskazany przez Odwołującego. Odwołujący oczekuje bowiem przeniesienia części kwoty z poz. 1.1. (czyli „nadwyżki” przekraczającej 3% ceny z poz. 1.2.) do tejże pozycji 1.2. Wg Odwołującego „spowoduje [to] obniżenie ceny za pracę projektową o kwotę 1.869,62 zł brutto, przy jednoczesnym zwiększeniu o tę kwotę ceny za roboty budowlane, co z kolei nie spowoduje zmiany całkowitej ceny oferty. Poprawienie omyłki w ten sposób spowoduje obniżenie wartości prac projektowych do poziomu nieprzekraczającego 3% wartości robót budowlanych”. Należy jednak ponownie zauważyć, że w rozdziale 10 ust. 1 SWZ i w § 6 ust. 5 i ust. 6 projektu umowy Zamawiający jasno wskazał, co ma być uwzględnione w cenie wpisanej w poz. 1.1. i w poz. 1.2. Formularza ofertowego. Przeniesienie zatem części kosztów z poz. 1.1. do poz. 1.2. tylko po to, by zachować wymagany limit 3% spowoduje, że część kosztów, które powinny być wycenione w poz. 1.1. znajdzie się w poz. 1.2., w której zgodnie z ww. postanowieniami dokumentów zamówienia, znaleźć się nie powinny. Tym samym takie poprawienie „omyłki” (która w ocenie Izby omyłką nie jest) doprowadzi do kolejnej niezgodności oferty z warunkami zamówienia (art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp), tym razem polegającej nie na przekroczeniu limitu 3% w kwocie wpisanej w poz. 1.1., tylko na niezgodnym z SWZ i zał. nr 6 do niej, przypisaniu części kosztów do niewłaściwych pozycji Formularza ofertowego, co dodatkowo mogłoby też być uznane za błąd w obliczeniu ceny (odrębna podstawa odrzucenia oferty w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp). Nie można zatem twierdzić, że takie poprawienie „omyłki” nie powodowałoby istotnej zmiany treści oferty.

Dodatkowo ma też rację Zamawiający podnosząc, że wskazane w § 6 ust. 1 projektu umowy - 3% stanowiło górny limit wartości ceny z poz. 1.1. w stosunku do ceny z poz. 1.2. Oznacza to, że wykonawca mógł też skalkulować cenę w poz. 1.1. jako kwotę w wysokości np. 2,5%, 2% lub jeszcze niższą. Zamawiający nie miał w toku postępowania żadnych podstaw do tego, by stwierdzić, że ew. omyłka Odwołującego polega na wpisaniu w poz. 1.1. Formularza ofertowego ceny wyższej akurat o wartość przekraczającą dokładnie 3% ceny robót budowlanych. Zatem, nawet gdyby omawianą sytuację uznać za tzw. „inną omyłkę”, Zamawiający musiałby albo samodzielnie (nie mając do tego żadnych podstaw) ustalać limit procentowy stosunku cen z poz. 1.1. i z poz. 1.2. (mieszczący się w granicy 3%) albo wezwać Odwołującego do złożenia wyjaśnień w tym zakresie, co z kolei w tych okolicznościach sprawy prowadziłoby do niedozwolonych negocjacji i zmiany treści oferty (art. 223 ust. 1 ustawy Pzp).

Podsumowując, zaistniała w niniejszym postępowaniu sytuacja nie ma charakteru omyłki, a ponadto jej poprawienie spowodowałoby istotną zmianę treści oferty Odwołującego, co byłoby niezgodne zarówno z art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, jak i z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp.

Wobec powyższego Izba oddaliła odwołanie, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553 i art. 554 ust. 1 ustawy Pzp.

Orzeczenie Izby zostało wydane w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia oraz w oparciu o stanowiska Stron i Przystępującego przedstawione w pismach procesowych i na rozprawie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Pzp oraz w oparciu o § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodnicząca