

**WYROK**

Warszawa, dnia 16 stycznia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Anna Wojciechowska**

**Protokolant: Piotr Cegłowski**

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 12 stycznia 2024 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 grudnia 2023 r. przez **wykonawcę CZEŚTOBUD sp. z o.o. z siedzibą w Częstochowie** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Centrum Leczenia Oparzeń im. dr. S.S. w Siemianowicach Śląskich**

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego - **wykonawcy JM Kontrakt sp. z o.o. z siedzibą w Łące**

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – **wykonawcy Meritum Grupa Budowlana sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Krakowie**

**orzeka:**

**1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy CZEŚTOBUD sp. z o.o. z siedzibą w Częstochowie oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego.**

**2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Centrum Leczenia Oparzeń im. dr. S.S. w Siemianowicach Śląskich i**

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

2.2. zasądza od zamawiającego Centrum Leczenia Oparzeń im. dr. S.S. w Siemianowicach Śląskich na rzecz wykonawcy CZEŚTOBUD sp. z o.o. z siedzibą w Częstochowie kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione tytułem wpisu od odwołania oraz 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.

**Przewodniczący: .....**

Sygn. akt KIO 3890/23

**Uzasadnienie**

Zamawiający – Centrum Leczenia Oparzeń im. dr. S.S. w Siemianowicach Śląskich - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez negocjacji na podstawie art. 275 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. 2023 r., poz. 1605 z późn. zm. – dalej „ustawa pzp”), pn. „Wykonanie w formule „zaprojektuj i wybuduj” dokumentacji projektowej oraz robót budowlanych dla zadania dot. przebudowy na potrzeby relokacji Oddziału Rehabilitacji w CLO”, nr postępowania: CLO/ZP/22/2023. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 1 września 2023 r., za numerem 2023/BZP 00378801/01.

W dniu 27 grudnia 2023 r. odwołanie wniósł wykonawca CZEŚTOBUD sp. z o.o. z siedzibą w Częstochowie – dalej Odwołujący. Odwołujący wniósł odwołanie wobec wyboru jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy JM Kontrakt sp. z o.o. z siedzibą w Łące – dalej Przystępujący JM Kontrakt oraz wobec odrzucenia oferty Odwołującego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 16 pkt 1 i art. 17 ust. 2 ustawy pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców w związku z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt. 5 w zw. z art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp - poprzez bezzasadne odrzucenie oferty Odwołującego (i w konsekwencji nieprawidłowy wybór oferty najkorzystniejszej z pominięciem oferty Odwołującego) z powołaniem na niezgodność oferty Odwołującego z warunkami zamówienia, mimo że takie niezgodności nie występują oraz w uzasadnieniu odrzucenia Zamawiający nie wykazał, że zaistniały okoliczności uzasadniające odrzucenie oferty Odwołującego ani w kontekście okoliczności faktycznych, ani prawnych ani merytorycznych – treści oferty.

Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania, jak również nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty Przystępującego JM Kontrakt jako najkorzystniejszej w postępowaniu,

- 2) unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego z postępowania,
- 3) powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Odwołujący uzasadniając zarzuty odwołania wskazał, że do wyznaczonego terminu oferty złożyło 6 Wykonawców – spośród których to oferta Odwołującego zawiera najkorzystniejszą cenę. W dniu 22 grudnia 2023 roku Zamawiający dokonał rozstrzygnięcia postępowania w ten sposób, że odrzucił oferty 5 z 6 Wykonawców (w tym Odwołującego) oraz wybrał jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez Wykonawcę JM Kontrakt sp. z o.o. Z powyższym nie zgadza się Odwołujący – kwestionując odrzucenie swojej oferty, a w konsekwencji również wybór najkorzystniejszej oferty. Podkreślił, że po pierwsze – Zamawiający ma obowiązek wykazania, że zaistniały okoliczności uzasadniające odrzucenie oferty, po drugie – wykazanie to musi nastąpić w przekazanej wykonawcom informacji o odrzuceniu oferty. Zasadność czynności odrzucenia oferty podlega ocenie Izby w kontekście okoliczności faktycznych i prawnych przedstawionych przez Zamawiającego w uzasadnieniu tej czynności. Uzasadnienie to powinno wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji Zamawiającego, tak aby Wykonawca, gdy oceny Zamawiającego nie podziela, mógł się do wskazanych przez Zamawiającego uchybień ustosunkować. Zamawiający jest więc obciążony obowiązkiem wykazania wszystkich okoliczności faktycznych i prawnych potwierdzających konieczność odrzucenia oferty, a wykazanie to powinno nastąpić już w przedstawionym wykonawcom wraz z informacją o wyborze oferty najkorzystniejszej uzasadnieniu. W związku z powyższym zasadność zarzutów odwołania kwestionujących czynność odrzucenia oferty może być oceniana wyłącznie w zakresie tych okoliczności, które zostały przez Zamawiającego przedstawione jako uzasadniające odrzucenie oferty. W konsekwencji Odwołujący stwierdził, że Zamawiający nie wykazał, że oferta Odwołującego jest niezgodna z warunkami zamówienia. W uzasadnieniu odrzucenia Zamawiający oparł się na tezie, że w treści formularza ofertowego postawił limit ceny ofertowej za wykonanie dokumentacji projektowej, który to limit rozumiał w ten sposób, że niemożliwe jest zaoferowanie cen na poziomie niższym niż określony limit. Teza ta nie została jednak przez Zamawiającego wykazana i nie znajduje odzwierciedlenia ani w treści dokumentów zamówienia, ani w wykładni językowej oraz definicjach słownikowych użytych podjęć.

W pierwszej kolejności wskazał, że w SWZ - w rozdziale 24 - Zamawiający podał sposób obliczenia ceny ofertowej. Z postanowień tego Rozdziału wynika, że cena oferty jest ceną za wykonanie zakresu zamówienia określonego w PFU, a nie za jakiegokolwiek limity określone przez Zamawiającego. Zgodnie z powyższymi zapisami Wykonawca miał obliczyć cenę za wykonanie dokumentacji projektowej (w rozbiciu na 3 zakresy, tj. lit. a, b, c) oraz za roboty budowlane – a następnie Wykonawca miał przenieść te ceny do tabelki i wyliczyć proporcję tego wynagrodzenia w %, zgodnie z ukształtowanym przez Zamawiającego formularzem ofertowym. Zamawiający określił „limit” w odniesieniu do dokumentacji projektowej jako kolejno 1,5%, 3% oraz 0,5%. Zamawiający nigdzie - w żadnym miejscu dokumentacji zamówienia - nie wskazał, że poprzez użycie słowa „limit” rozumie minimalną wartość, jaką może zaoferować Wykonawca. Nie określił też żadnej innej definicji. Zamawiający określił, że limit –dla pkt. 1 lit. a to 1,5% to Wykonawca zaoferował wartość nieprzekraczającą tego limitu, tj. 0,96%. Analogicznie w kolejnych punktach w poz. 1. Wykonawca zastosował się zatem do „limitu” określonego przez Zamawiającego, tj. zaoferował wartości poniżej limitu określonego przez Zamawiającego. Następnie, jako że cena za dokumentację projektową była wyceniana jako pierwsza i Wykonawca podał ją jako łącznie (za lit. a-c) na poziomie 3,56%, to za roboty budowlane Wykonawca musiał podać wartość wynoszącą:  $100\% - 3,56\% = 96,44\%$  - bowiem sam Zamawiający w formularzu ofertowym wskazał, że razem cena oferty ma wynosić 100%. Odwołujący podkreślił, że nigdzie w SWZ Zamawiający nie wskazał, że zaoferowane przez Wykonawców zakresy nie mogą być niższe, tylko równe bądź wyższe od tzw. „limitu”. Takie rozumienie pojawia się dopiero w uzasadnieniu odrzucenia oferty, a jest zupełnie sprzeczne z językowym, słownikowym rozumieniem pojęcia „limit”, które również Zamawiający przytacza, co w konsekwencji prowadzi do wniosku, że Zamawiający sam nie wie, jak była ukształtowana treść SWZ, w szczególności w zakresie rozumienia pojęcia „LIMIT”. Raz bowiem Zamawiający powołując się na definicję SJP wskazuje, że limit to wartość maksymalna „najwyższe dopuszczalna ilość czegoś”, a raz (4 linijki wyżej) wskazuje, że limit dla poz. 1 należało rozumieć, tak, że Zamawiający „nie dopuszczał jego obniżenia”. Ponadto jako uzasadnienie dla określonego przez siebie „limitu” 5% Zamawiający w treści odrzucenia powołuje się na rozporządzenie Ministra Rozwoju i Technologii z dnia 20 grudnia 2021 roku w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym. Odwołujący wskazał, że rozporządzenie to nie jest dokumentem wiążącym Wykonawcę, a Zamawiającego, który ustalając szacunkową wartość zamówienia ma stosować wytyczne wynikające z tego aktu prawnego. Celem tej regulacji prawnej jest wskazanie Zamawiającemu w jaki sposób powinien dokonać oszacowania wartości zamówienia. W przypadku gdy zamówienie obejmuje swoim zakresem wykonanie lub zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych niewystarczające będzie zastosowanie jedynie ogólnych zasad związanych z ustalaniem wartości zamówienia, bowiem na Zamawiających został nałożony dodatkowy obowiązek opracowania w powyższym celu szczególnych, właściwych jedynie dla robót budowlanych dokumentów, tj. – zależnie od

formuły realizacji zamówienia – kosztorysu inwestorskiego zawierającego obliczenie planowanych kosztów. Z uwagi na fakt, iż w polskim porządku prawnym nie obowiązują żadne inne przepisy dotyczące zasad kosztorysowania robót budowlanych, komentowane rozporządzenie ma za zadanie z jednej strony ułatwić Zamawiającym przygotowanie wymaganej dokumentacji kosztowej, wskazując konkretne metody i zakres informacji niezbędnych do ustalenia wartości robót budowlanych, ale także ujednoczyć praktykę m.in. w celu minimalizacji ryzyk pominięcia istotnych elementów wyceny lub – odwrotnie – ujęcia nadmiernie elementów, które nie stanowią wartości robót budowlanych. Takie błędy w oszacowaniu wartości robót budowlanych mogłyby prowadzić do braku porównywalności ofert, a także do braku adekwatności budżetu Zamawiającego do cen oferowanych przez wykonawców poprzez zbytnie zaniżenie lub zawyżenie szacowanej wartości zamówienia bądź nawet do sporów z wykonawcą przy rozliczaniu wykonanego zamówienia. Tym samym rozporządzenie, na które powołuje się Zamawiający jednoznacznie dotyczy etapu szacowania wartości zamówienia a nie sposobu kalkulacji ceny ofertowej przez Wykonawcę. Cena oferty w tym postępowaniu miała zostać ustalona zgodnie z postanowieniami SWZ oraz PFU - należało obliczyć cenę oferty biorąc pod uwagę, że mamy do czynienia z wynagrodzeniem ryczałtowym. Z tego względu Wykonawca podał cenę za wykonanie dokumentacji projektowej w zakresie wskazanym w SWZ i według wymagań Zamawiającego, a także określił cenę za roboty budowlane. Żaden przepis prawa nie wymaga od Wykonawcy, aby oszacował wartość robót i następnie od tej wartości policzył określony procent (podany w tej sprawie przez Zamawiającego jako 5%) i właśnie taką wartość przyjął za wykonanie dokumentacji, jeśli z jego kalkulacji wynika, że jest w stanie wykonać te dokumentację za cenę niższą. Opisane w rozporządzeniu procenty mają służyć temu, aby to Zamawiający w prawidłowy sposób oszacował wartość zamówienia, ale nie obowiązują one Wykonawców, którzy swoje ceny kalkulują na podstawie dokumentacji zamówienia – tak aby ponieść niezbędne koszty oraz wygenerować zysk. Wynagrodzenie ma odzwierciedlać rzeczywiste koszty ponoszone w związku z realizacją przedmiotu zamówienia. Nie kształtuje się wynagrodzenia poprzez przesuwanie rzeczywistych wartości robót do prac projektowych czy zawyżania cen za świadczenie usług (czy to wykonania projektów czy nadzorów autorskich) - a z taką sytuacją mielibyśmy do czynienia w tym postępowaniu, gdyby uznać, że określone przez Zamawiającego „limity” to tak naprawdę wartości minimalne. Wartość prac projektowych wynika z rzeczywistych kosztów wykonania projektów i świadczonego nadzoru autorskiego, nie ma możliwości, aby celem „zadowolenia” Zamawiającego część robót budowlanych przenieść do części wynagrodzenia za wykonanie dokumentacji projektowej. Wskazał, że jeśli Zamawiający miał jakiegokolwiek wątpliwości co do podanej przez Wykonawcę ceny za wykonanie dokumentacji projektowej to miał możliwość wezwania go do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, czego w niniejszej sprawie nie zrobił. Co więcej, Zamawiający ujawniając wartość jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia nie ujawnił jaka jest wartość robót budowlanych, a jaka wartość projektu i czy kosztorys inwestorski został sporządzony prawidłowo, w tym w szczególności zgodnie z przywoływanym rozporządzeniem i metodą wskaźnikową. W konsekwencji powyższego Odwołujący stwierdził, że argumentacja prawna przedstawiona w treści uzasadnienia jest fragmentaryczna i nieznajdująca poparcia w treści przepisów, na które Zamawiający się powołał. Odwołujący ma również wątpliwości czy Zamawiający w ogóle ustalił próg 5% za wykonanie dokumentacji projektowej na prawidłowym poziomie, tj. zgodnie z rozporządzeniem Ministra Rozwoju i Technologii z dnia 20 grudnia 2021 roku w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym. Okoliczność ta jest jednak poboczna biorąc pod uwagę, że Zamawiający powołał się na rozporządzenie, które dotyczy czynności planowania kosztów przez Zamawiającego, ale nie zawiera żadnych dyrektyw czy obowiązków w kontekście tego jaką cenę powinien zaoferować sam Wykonawca. Zamawiający nie powołał żadnej podstawy prawnej, która zawierałaby zakaz oferowania przez Wykonawcę wykonania dokumentacji budowlanej poniżej limitu wskazanego przez Zamawiającego. Ponadto wskazał, że argumentacja Zamawiającego przedstawiona w informacji o odrzuceniu oferty jest wewnętrznie sprzeczna. Zamawiający z jednej strony wskazał, że używając pojęcia limit oczekiwał zaoferowania cen na poziomie „nie niższym” niż określony limit, dając wykonawcom możliwość podniesienia tej wartości „ponad wskazany przez Zamawiającego limit”:

Z drugiej strony, Zamawiający powołał się na definicję słownikową pojęcia „limit”, gdzie wprost wskazano, że limit to nie najniższa dopuszczalna ilość (jak stara się to obecnie wykonywać Zamawiający), a najwyższa dopuszczalna ilość czegoś, co przemawia za stanowiskiem Odwołującego, nie zaś za uznaniem jego oferty za sprzeczną z warunkami zamówienia:

Zamawiający użył w dokumentacji zamówienia pojęcia limit, które na potrzeby odrzucenia stosuje odmiennie w zależności od potrzeb przedstawienia swojej argumentacji. Jeśli bowiem uznać „limit” za wartość maksymalną to dla czego definicja ta nie dotyczy zakresu wskazanego w poz. 1. Jeśli zaś pojęcie „limit” należy rozumieć tak jak przedstawia to Zamawiający w informacji o odrzuceniu, czyli wskazując, że ma to być wartość minimalna to z jakich powodów Zamawiający wskazuje, że wykonawca przekroczył limit w poz. 2 formularza. Widzimy zatem, że słowo „limit”

różnie się stosuje – inaczej do poz. 1, inaczej do poz. 2. Skoro zdaniem Zamawiającego w poz. 1 limit to coś minimalnego, czego nie można obniżyć, ale można zaoferować wartość ponad ten limit to, jeśli pójdziemy tym rozumowaniem i zaoferujemy wartość wyższą niż limit 5%, np. 7% to automatycznie musimy obniżyć wartość w poz. 2 oferując tam 93%, podczas gdy w tej pozycji limit określono jako 95% - łącznie musi nam bowiem wyjść 100%. W konsekwencji mamy sytuację, w której dla poz. 1 limit to zdaniem Zamawiającego coś co stanowiło wartość minimalną, a dla wynagrodzenia w poz. 2 wartość maksymalną – jednak takie rozumienie wynika dopiero z treści uzasadnienia odrzucenia, a nie z dokumentacji zamówienia. W tej specyfikacji nie ma żadnej definicji słowa limit, która uzasadniałaby aktualne twierdzenia Zamawiającego, a bezsprzecznie nie można tego słowa rozumieć w tym samym postępowaniu na dwa różne sposoby. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający próbuje dopasować argumentację wskazaną w uzasadnieniu odrzucenia tak, aby interpretować zapisy dokumentów zamówienia w sposób przeciwny do tego co zrobił Odwołujący – tak aby jego ofertę odrzucić. Interpretacje te jednak nie mają żadnego oparcia w dokumentach zamówienia i są wręcz wewnątrznie sprzeczne. Odwołujący podniósł przy tym, że Zamawiający pod tabelką w formularzu ofertowym wskazał, że:

Słowo limit odnosi się zatem do par. 8 ust. 2 projektu umowy, który mówi o sposobie płatności wynagrodzenia, a nie do tego na jakim poziomie to wynagrodzenie ma być ustalone przez Wykonawcę. Ten fragment świadczy o tym, że określone przez Zamawiającego limity miały na celu wyłącznie określenie sposobu płatności wynagrodzenia, a nie określenia jakiegokolwiek limitu co do ceny ofertowej. Zamawiający wskazał bowiem, że w przypadku, gdy wynagrodzenie przekroczy określony limit to zapłaci w ramach wynagrodzenia częściowego kwotę do wysokości limitu, a pozostałą dopiero w rozliczeniu końcowym. Limit nie oznaczał więc jakichkolwiek ograniczeń co do zaoferowanej ceny, a wyłącznie co do sposobu płatności w ramach rozliczeń częściowych. W bardzo podobnym stanie faktycznym Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku KIO 1652/19 wskazała, że skoro Zamawiający narzucił jedynie ograniczenia do 2% wynagrodzenia umownego w zakresie płatności, a nie wysokości wynagrodzenia umownego to nie mógł odrzucić ofert wykonawców, na podstawie wymogu, którego nie było wprost w postanowieniach SWZ. Zamawiający w tym postępowaniu nie wskazał w rozdziale SWZ dotyczącym opisu sposobu obliczenia ceny, że kwotę za wykonanie dokumentacji projektowej należało obliczyć jako określony sztywno procent od wartości wynagrodzenia umownego. Wręcz przeciwnie, na wykonawców został nałożony obowiązek obliczenia tych kosztów według własnej kalkulacji jako rzeczywistych kosztów, które zostaną poniesione przez wykonawcę przy realizacji zamówienia dla każdej pozycji zryczałtowanej zawartej w formularzu ofertowym.

Podsumowując Odwołujący wskazał, że realnie z uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego można wyczytać tylko tyle, że Zamawiający odrzuca ofertę na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 5 ustawy pzp, ale nie potrafi zdefiniować jakie tak naprawdę niezgodności i błędy posiada oferta. Faktem jest, że Odwołujący nie popełnił żadnych błędów, bowiem wynagrodzenie zostało sporządzone zgodnie z zasadami wyceny ofert w oparciu o PFU - czyli zgodnie z prawem, a nie poprzez sztuczne dopasowanie wartości do limitów, które po pierwsze są inaczej interpretowane w zależności od stanowiska Zamawiającego, co jest sprzeczne z zasadą równego traktowania wykonawców, a ponadto tak naprawdę odnoszą się do sposobu płatności, a nie do wysokości wynagrodzenia. Zamawiający w niniejszym postępowaniu stara się narzucić interpretację SWZ, która jest niekorzystna dla wykonawców, ale przede wszystkim nie znajduje odzwierciedlenia w samych zapisach SWZ. Jest to działanie spóźnione i nie może zostać zaaprobowane na tym etapie postępowania. Podkreślił, że Specyfikacja Warunków Zamówienia jest podstawowym dokumentem kształtującym reguły obowiązujące w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Jej postanowienia są wiążące w równym stopniu, zarówno dla wykonawców biorących udział w postępowaniu, jak i dla Zamawiającego, zarówno na etapie składania ofert, jak i na etapie ich oceny. Odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp może mieć miejsce tylko i wyłącznie w sytuacji, gdy Zamawiający ma pewność, że oferta danego wykonawcy jest niezgodna z SWZ, przy czym postanowienia SWZ powinny być klarowne - w tym co do sposobu ukształtowania wynagrodzenia oraz sposobu realizacji płatności - a jakiegokolwiek wątpliwości w interpretacji postawień zawartych w SWZ w tym zakresie nie mogą być odczytywane na niekorzyść Wykonawcy. Jeżeli wymóg został sformułowany w sposób niejasny, nie może być interpretowany zawężająco na etapie oceny ofert, na niekorzyść Wykonawcy. Tym samym, Wykonawca nie może ponosić negatywnych konsekwencji wynikających z braku precyzyjnego opisu wymaganego sposobu kalkulacji ceny.

Tym samym Odwołujący podniósł, że oferta Odwołującego bezsprzecznie nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp, bowiem w myśl art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp odrzuceniu podlega oferta, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Natomiast przez warunki zamówienia należy rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego (KIO 1204/23). Odrzucenie oferty może zatem mieć miejsce wyłącznie w przypadku, kiedy treść oferty, rozumianej jako oświadczenie woli wykonawcy (zawartość merytoryczna

oferty), nie odpowiada warunkom zamówienia opisanym lub określonym w dokumentach zamówienia w odniesieniu do przedmiotu zamówienia lub sposobu jego realizacji. Zastosowanie wobec oferty art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp wymaga więc wskazania przez zamawiającego, z jakimi ustalonymi elementami dokumentacji postępowania oferta jest niezgodna (KIO 891/23). W niniejszej sprawie Zamawiający okoliczności takich nie wykazał.

Na koniec Odwołujący podkreślił, że Zamawiający rozstrzygnął niniejsze postępowanie dopiero po 3 miesiącach od dnia otwarcia ofert, wysyłając informację o rozstrzygnięciu postępowania w piątek, 22 grudnia 2023 roku, o godz. 15:30 (tj. po upływie godzin pracy Odwołującego) - wiedząc, że kolejne dni stanowiące termin na sporządzenie odwołania są dniami świątecznymi. W związku z tym, a także z faktem, że do momentu wniesienia niniejszego odwołania Zamawiający nie udostępnił Odwołującemu dokumentacji postępowania (protokołu postępowania, ofert konkurencyjnych wykonawców oraz wszelkiej dalszej korespondencji prowadzonej z wykonawcami), mimo złożenia wniosku w dniu dzisiejszym w godzinach porannych (a zatem niezwłocznie po powrocie do pracy i otrzymaniu informacji o rozstrzygnięciu postępowania), Odwołujący zastrzega sobie prawo uzupełnienia argumentacji przedstawionej w niniejszym odwołaniu.

W dniu 11 stycznia 2024 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie wniesionego odwołania w całości. W złożonej odpowiedzi oraz na rozprawie przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swojego stanowiska. Ponadto, w dniu 11 stycznia 2024 r. Przystępujący złożyli pisma procesowe wnosząc o oddalenie odwołania.

#### **Izba ustaliła, co następuje:**

Izba ustaliła, że odwołanie czyni zadość wymogom proceduralnym zdefiniowanym w Dziale IX ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, tj. odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 528 ustawy pzp, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba ustaliła, że w zgłoszonym przystąpieniu Przystępujący JM Kontrakt wniósł o zwrot odwołania w sytuacji, gdy Odwołujący nie uzupełnił braków formalnych. Na posiedzeniu Przystępujący JM Kontrakt sprecyzował, że wniosek o zwrot odwołania dotyczy braku wskazania w odwołaniu numeru kontaktowego oraz osoby do reprezentacji.

Odnosząc się do powyższego wniosku wskazania wymaga, że zgodnie z art. 516 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp: „1. *Odwołanie zawiera: 1) imię i nazwisko albo nazwę, miejsce zamieszkania albo siedzibę, numer telefonu oraz adres poczty elektronicznej odwołującego oraz imię i nazwisko przedstawiciela (przedstawicieli).*” Izba ustaliła, że Odwołujący nie wskazał w odwołaniu numeru kontaktowego, niemniej jednak podany został adres siedziby Spółki oraz adres poczty elektronicznej. Ponadto, odwołanie zostało podpisane przez osobę uprawnioną do reprezentacji: Prezesa Zarządu, zgodnie z zasadami reprezentacji ujawnionymi w załączonym do odwołania odpisem KRS. W ocenie Izby, powyższe dane były wystarczające dla nadania biegu i rozpoznania odwołania. Izba zauważa, że zgodnie z art. 518 ust. 2 ustawy pzp: „*Nieprawidłowe oznaczenie odwołania lub inne oczywiste niedokładności nie stanowią przeszkody do nadania mu biegu i rozpoznania przez Izbę.*” Dlatego też Izba uznała wniosek o zwrot odwołania złożony przez Przystępującego JM Kontrakt za nieuzasadniony, co skutkowało jego oddaleniem.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 505 ust. 1 i 2 ustawy pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego zgłosili skuteczne przystąpienie wykonawcy:

- JM Kontrakt sp. z o.o. z siedzibą w Łące

- Meritum Grupa Budowlana sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Krakowie.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, odwołanie wraz z załącznikami, odpowiedź na odwołanie wraz z załącznikami, zgłoszenia przystąpienia wraz z załącznikami, pisma procesowe Przystępujących oraz dowody złożone przez Odwołującego na rozprawie: 1. wyciąg z rozporządzenia; 2. wyciąg z dokumentacji Zamawiającego dotyczącej wniosku o dofinansowanie; 3. oferta Częstobud dotycząca szacowania prac projektowych; 4. oferta potwierdzająca prawidłowość wycień; 5. zestawienia z różnych postępowań, w których ofertę złożył Częstobud w zakresie wskaźników procentowych; 6. zestawienie z różnych postępowań w zakresie wskaźników procentowych na okoliczność stanowiska zawartego w treści odwołania.

**Na podstawie tych dokumentów, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody złożone**

przez strony i uczestników postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła:

Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

W zakresie podniesionych zarzutów Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z Rozdziałem 24 SWZ: „Sposób obliczenia ceny: 1. Cena oferty jest ceną ryczałtową, ma uwzględniać zakres określony w PFU, SWZ oraz ewentualnych wyjaśnieniach i zmianach SWZ, w szczególności w Programie Funkcjonalno – Użytkowym, jak również wszystkie zobowiązania wynikające z załączonych projektowanych postanowień umowy (Załącznik nr 6 do SWZ). 2. Cena oferty zawiera również koszty usług i robót, których realizacja jest niezbędna dla prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia jak np. wszelkie koszty wykonania dokumentacji pomocniczej oraz robót: przygotowawczych, pomocniczych, tymczasowych, porządkowych i zabezpieczających, organizacji i utrzymania terenu budowy, utrudnień z tytułu robót na obiekcie czynnym itp.; koszty wykonania niezbędnych: prób, badań, uzgodnień, zajęć terenu dla potrzeb realizacji przedmiotu umowy, nadzorów, wpięć, sprawdzeń, opinii, itp.; wszelkie: opłaty, narzuty, podatki, cła, itp.; koszty dostaw, montażu i rozruchu urządzeń; a także koszty i opłaty związane z odbiorami wykonanych robót i urządzeń, wykonaniem dokumentacji powykonawczej, ubezpieczeniem budowy, nadzoru autorskiego itp. 3. Sposób obliczenia ceny: Cenę brutto określoną w pkt Ad. 1 Formularza ofertowego, tj. za wykonanie dokumentacji projektowej wraz z uzyskaniem koniecznych i niezbędnych do wykonania przedmiotu umowy pozwoleń, uzgodnień i opinii w celu uzyskania pozwolenia na budowę wraz z nadzorem autorskim, stanowi suma cen brutto określonych pod lit. a, b i c. Cena brutto za wykonanie całego zakresu objętego zamówieniem stanowi sumę cen brutto określonych w pkt Ad. 1 i Ad. 2 Formularza ofertowego. Tak określone wartości należy przenieść do tabeli określającej limity wynagrodzenia znajdującej się w Formularzu ofertowym do kolumny Cena łącznie z podatkiem VAT [PLN]. W oparciu o wpisane do tabeli ceny należy obliczyć wartość w kolumnie Wynagrodzenie [%]. 4. Ocenie podlega CENA BRUTTO ZA WYKONANI CAŁEGO ZAKRESU OBJĘTEGO ZAMÓWIENIEM, podana w Formularzu ofertowym. Cena musi uwzględniać wszelkie koszty niezbędne dla prawidłowego i pełnego wykonania zamówienia oraz wszelkie opłaty i podatki, do których jest zobowiązany Wykonawca, wynikające z obowiązujących przepisów. 5. Cenę należy podać w złotych polskich (PLN) cyfrowo i słownie. 6. Podana w ofercie CENA BRUTTO jest niezależna od rozmiaru robót budowlanych i innych świadczeń, oraz poniesionych przez Wykonawcę kosztów ich realizacji. Za ustalenie ilości robót oraz za sposób przeprowadzenia na tej podstawie kalkulacji wynagrodzenia ryczałtowego odpowiada wyłącznie Wykonawca. Wykonawcy nie przysługuje względem Zamawiającego żadne roszczenie z powyższego tytułu, a w szczególności roszczenie o dodatkowe wynagrodzenie za wyjątkiem sytuacji przewidzianych w projektowanych postanowieniach umowy. 7. W cenie oferty Wykonawca winien skalkulować wszystkie koszty i składniki związane z realizacją zamówienia w tym również wszystkie opłaty, wszystkie podatki, itp. wraz z podatkiem od towarów i usług (VAT).”

Zgodnie z załącznikiem nr 1 do SWZ:

Lp.	Elementy zestawienia	Limit	Wynagrodzenie [%]	Cena łącznie z podatkiem VAT [PLN]
1.	Wykonanie dokumentacji projektowej wraz z uzyskaniem koniecznych i niezbędnych do wykonania przedmiotu umowy pozwoleń, uzgodnień i opinii w celu uzyskania pozwolenia na budowę wraz z nadzorem autorskim w tym:			
	a) wykonanie projektu budowlanego (wszystkie branże);	1,5%		
	b) uzyskanie koniecznych i niezbędnych do wykonania przedmiotu umowy pozwoleń, uzgodnień i opinii w celu uzyskania pozwolenia na budowę, wykonanie projektów wykonawczych (wszystkie branże), kosztorysów inwestorskich, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych, informacji dotyczącej bezpieczeństwa i ochrony zdrowia;	3%		
	c) nadzór autorski;	0,5%		
2.	Wykonanie robót budowlano - instalacyjnych z gwarancją i rękojmią.	95%		
Razem cena oferty:			100%	

„Zgodnie z § 8 ust. 2 projektu umowy, jeżeli wynagrodzenie Wykonawcy określone w powyższej tabeli w pkt 1 lit. a - c przekracza limity określone w tabeli w kolumnie Limit, Zamawiający zapłaci fakturę wystawioną przez Wykonawcę za wykonanie odpowiednich zakresów robót częściowych przedmiotu zamówienia do wysokości limitów wskazanych przez Zamawiającego w tabeli. Pozostałą część wynagrodzenia Zamawiający zapłaci wraz z rozliczeniem wynagrodzenia na podstawie faktury końcowej, z zastrzeżeniem, iż wartość ta będzie stanowiła wyjątek od zapisu § 8 ust. 12 pkt 1 zdanie

trzecie projektu umowy.

A = Oferujemy wykonanie całego zakresu przedmiotu zamówienia na następujących zasadach:

Ad. 1

Wykonanie następującego zakresu objętego zamówieniem: Wykonanie dokumentacji projektowej wraz z uzyskaniem koniecznych i niezbędnych do wykonania przedmiotu umowy pozwoleń, uzgodnień i opinii w celu uzyskania pozwolenia na budowę wraz z nadzorem autorskim

ryczałtowa cena netto:.....zł

stawka podatku VAT: .....%

łączy podatek VAT w wysokości: .....zł

cena brutto: .....zł

słownie:.....

w tym:

**a) wykonanie projektu budowlanego (wszystkie branże):**

ryczałtowa cena netto:.....zł

\*stawka podatku VAT: .....%

\*łączy podatek VAT w wysokości: .....zł

cena brutto: ..... zł

słownie:.....

\*W przypadku zaoferowania powyższego zakresu przedmiotu zamówienia z więcej niż jedną stawką podatku VAT, Wykonawca dołącza do oferty wykaz wskazujący zakres przedmiotu zamówienia wraz z określeniem kwoty netto dla danej stawki podatku VAT.

**b) uzyskanie koniecznych i niezbędnych do wykonania przedmiotu umowy pozwoleń, uzgodnień i opinii w celu uzyskania pozwolenia na budowę, wykonanie projektów wykonawczych (wszystkie branże), kosztorysów inwestorskich, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych, informacji dotyczącej bezpieczeństwa i ochrony zdrowia:**

ryczałtowa cena netto:.....zł

\*stawka podatku VAT: .....%

\*łączy podatek VAT w wysokości: .....zł

cena brutto: ..... zł

słownie:.....

\*W przypadku zaoferowania powyższego zakresu przedmiotu zamówienia z więcej niż jedną stawką podatku VAT, Wykonawca dołącza do oferty wykaz wskazujący zakres przedmiotu zamówienia wraz z określeniem kwoty netto dla danej stawki podatku VAT.

**c) nadzór autorski:**

ryczałtowa cena netto:.....zł

\*stawka podatku VAT: .....%

\*łączy podatek VAT w wysokości: .....zł

cena brutto: ..... zł

słownie:.....

\*W przypadku zaoferowania powyższego zakresu przedmiotu zamówienia z więcej niż jedną stawką podatku VAT, Wykonawca dołącza do oferty wykaz wskazujący zakres przedmiotu zamówienia wraz z określeniem kwoty netto dla danej stawki podatku VAT.

Ad. 2

Wykonanie następującego zakresu objętego zamówieniem: Wykonanie robót budowlano - instalacyjnych z gwarancją i rękojmią

ryczałtowa cena netto:.....zł

\*stawka podatku VAT:.....%

\*łączny podatek VAT w wysokości: .....zł

cena brutto: .....zł

słownie:.....

*\*W przypadku zaoferowania powyższego zakresu przedmiotu zamówienia z więcej niż jedną stawką podatku VAT, Wykonawca dołącza do oferty wykaz wskazujący zakres przedmiotu zamówienia wraz z określeniem kwoty netto dla danej stawki podatku VAT.*

Wykonanie całego zakresu objętego zamówieniem (Ad. 1 + Ad. 2):

ryczałtowa cena netto:.....zł

stawka podatku VAT: .....%

łączny podatek VAT w wysokości: .....zł

cena brutto: .....zł

słownie:.....”

Odwolujący wypełnił Tabelę w formularzu ofertowym następująco:

W dniu 22 grudnia 2023 r. Zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego wskazując:

Przedmiot sporu w niniejszej sprawie sprowadzał się do odpowiedzi na pytanie czy treść oferty Odwołującego w zakresie obliczenia ceny w formularzu ofertowym pozostaje w niezgodności z warunkami zamówienia i tym samym czy Zamawiający zasadnie odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp. Analiza dokumentacji postępowania oraz zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego doprowadziła Izbę do przekonania, że zarzuty odwołania potwierdziły się. Wykonawca zastosował się do sposobu obliczenia ceny opisanego w Rozdziale 24 SWZ, a podstawy faktyczne odrzucenia oferty nie znajdują uzasadnienia w świetle treści oferty Odwołującego i dokumentów zamówienia.

Na wstępie należy podnieść należy, że zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp: „1. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) 5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.” Natomiast w myśl art. 7 pkt 29 ustawy pzp: „Ilekroć w niniejszej ustawie jest mowa o: 29) warunkach zamówienia – należy przez to rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego.”

Podkreślić należy, że zamawiający aby odrzucić ofertę na podstawie przywołanego przepisu jest zobowiązany przeprowadzić analizę porównawczą treści oferty oraz warunków zamówienia (w szczególności, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia), które stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio: zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia precyzuje i uszczegóławia, jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez niego oferty (zdefiniowanej w art. 66 kodeksu cywilnego) jako najkorzystniejszej. Dokonanie takiego porównania przesądza o tym, czy treść złożonej w postępowaniu oferty odpowiada warunkom zamówienia. Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia zachodzi więc, gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty nie odpowiada ukształtowanym przez zamawiającego i zawartym w SWZ wymaganiom. Istotnym jest, że niezgodność oferty z warunkami zamówienia musi po pierwsze być oczywista i niewątpliwa, czyli zamawiający musi mieć pewność co do niezgodności oferty z jego oczekiwaniami, przy czym postanowienia SWZ powinny być jasne i klarowne (tak też: wyrok z dnia 22 września 2020 roku, sygn. akt: KIO 1864/20; wyrok z dnia 20 stycznia 2020 roku, sygn. akt: KIO 69/20). Po drugie, odrzucenie oferty nie może nastąpić z błahych, czysto formalnych powodów nie wpływających na treść złożonej oferty, jak również, gdy zamawiający ma możliwość poprawienia błędów jakie zawiera oferta.

Przenosząc powyższe na kanwę niniejszej sprawy należy w pierwszej kolejności dokonać analizy wymagań SWZ w kontekście obliczenia ceny ofertowej, gdyż to w niezastosowaniu się do limitów wynagrodzenia określonych w formularzu ofertowym Zamawiający upatrywał niezgodności z SWZ oferty Odwołującego.

Zgodnie z postanowieniami Rozdziału 24 Zamawiający wymagał wskazania ceny, która będzie uwzględniała: „zakres określony w PFU, SWZ oraz ewentualnych wyjaśnieniach i zmianach SWZ, w szczególności w Programie Funkcjonalno – Użytkowym, jak również wszystkie zobowiązania wynikające z załączonych projektowanych postanowień umowy (Załącznik nr 6 do SWZ).”Cena oferty miała zawierać również koszty usług i robót, których realizacja jest niezbędna dla prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia. Dalej w Rozdziale 24 Zamawiający opisał sposób obliczenia wskazując, że w pierwszej kolejności wykonawcy określają cenę za dokumentację projektową, którą wpisują w Ad. 1, i która stanowi sumę cen określonych w lit. a, b i c formularza ofertowego. Cenę całkowitą oferty stanowiła suma cen z pkt Ad. 1 i Ad. 2. Jak dalej wskazał Zamawiający tak ustalone ceny należało przenieść do Tabeli „określającej limity wynagrodzenia znajdującej się w Formularzu ofertowym do kolumny”. Zamawiający wymagał także, aby „W oparciu o wpisane do tabeli ceny należy obliczyć wartość w kolumnie Wynagrodzenie [%].”Nie ulega więc wątpliwości, że wykonawcy, jak słusznie podnosił Odwołujący, byli zobowiązani wycenić realizację zamówienia i poszczególne składniki ceny na podstawie wymagań PFU i SWZ, przenieść tak określone wartości do Tabeli w formularzu ofertowym i wyliczyć procenty wynagrodzenia za wykonanie poszczególnych etapów. Zdaniem Izby, z treści SWZ nie wynika, aby wykonawcy ustalając cenę oferty mieli mieć na uwadze limity podane przez Zamawiającego w Tabeli, w tym zastosować się do bliżej nieokreślonych możliwości obniżenia czy podwyższenia tych limitów. Zamawiający nie wyjaśnił również w treści SWZ co rozumie pod pojęciem „limit”. Postanowienia dokumentów zamówienia prowadzą do wniosku, że limity wskazane przez Zamawiającego miały znaczenie dla etapu rozliczenia wynagrodzenia a nie ustalania przez wykonawców ceny ofertowej. Zdaniem Izby, taka wykładnia postanowień dotyczących sposobu obliczenia ceny znajduje uzasadnienie w przywołanym pod Tabelą w formularzu ofertowym par. 8 ust. 2 projektu umowy, który stanowi informację o fakturowaniu etapu dotyczącego projektowania. Zgodnie z tym postanowieniem: „jeżeli wynagrodzenie Wykonawcy określone w powyższej tabeli w pkt 1 lit. a - c przekracza limity określone w tabeli w kolumnie Limit, Zamawiający zapłaci fakturę wystawioną przez Wykonawcę za wykonanie odpowiednich zakresów robót częściowych przedmiotu zamówienia do wysokości limitów wskazanych przez Zamawiającego w tabeli. Pozostałą część wynagrodzenia Zamawiający zapłaci wraz z rozliczeniem wynagrodzenia na podstawie faktury końcowej, z zastrzeżeniem, iż wartość ta będzie stanowiła wyjątek od zapisu § 8 ust. 12 pkt 1 zdanie trzecie projektu umowy.” Wbrew twierdzeniom Zamawiającego par. 8 ust. 2 projektu umowy nie dotyczy sposobu obliczenia ceny ofertowej, a to wyżej wymienione postanowienie stanowiło właściwie jedyną podstawę do odrzucenia oferty Odwołującego. Zdaniem Izby również fakt przywołania postanowienia par. 8 ust. 2 projektu umowy pod Tabelą w formularzu ofertowym nie ma znaczenia dla sposobu ustalenia ceny. Rację należy przyznać Zamawiającemu, że treść postanowienia par. 8 ust. 2 projektu umowy prowadzi do wniosku, że Zamawiający przewidywał możliwość przekroczenia limitu z pkt 1 lit. a – c i szczególnie sposób fakturowania w takim przypadku. Nie można jednak zgodzić się z Zamawiającym w twierdzeniu, że jednocześnie par. 8 ust. 2 projektu umowy stanowi o niedopuszczeniu przekroczenia limitu z pkt 2 Tabeli przy ustalaniu przez wykonawcę ceny ofertowej. Postanowienie to nie reguluje szczególnego sposobu rozliczenia wynagrodzenia dla pkt 2 Tabeli i nie określa, że wykonawca kalkulując cenę oferty w pkt 2 musiał zastosować się do limitu 95%, a więc nie mógł tego limitu przekroczyć. Takie twierdzenia Zamawiający podnosi dopiero w decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego. Izba zauważa, że uzasadnienie odrzucenia oferty jest wewnętrznie sprzeczne i przedstawia sposób obliczenia ceny jakiego być może oczekiwał Zamawiający, ale który nie znajduje odzwierciedlenia w dokumentach zamówienia. Z pisma o odrzuceniu oferty wynika bowiem, że Zamawiający określił limit dla etapów realizacji zamówienia z pkt 1 lit. a-c Tabeli, niemniej jednak jego intencją było, aby wykonawcy zaoferowali ceny odpowiadające wartości procentowej tego limitu, ewentualnie przekraczające ten limit, chociaż „limit” (zgodnie z przywołaną przez Zamawiającego definicją słownika języka polskiego PWN) oznacza *nieprzekraczalną granicę czegoś, najwyższą dopuszczalną ilość czegoś*, a więc stosując się do tej definicji należało raczej wyprowadzić wniosek, że wykonawcy mogą tą wartość określić na niższym poziomie niż ustalony przez Zamawiającego limit (ewentualnie zgodnie z par. 8 ust. 2 projektu umowy Zamawiający dopuszczał jego przekroczenie wskazując na szczególny sposób rozliczenia w tej sytuacji). Jednocześnie Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty podnosi, że niedopuszczalne było określenie ceny za roboty budowlane z pkt 2 Tabeli powyżej limitu 95%, pomimo braku takiego zastrzeżenia w SWZ. Skoro limit należało rozumieć tak jak podał Zamawiający w decyzji o odrzuceniu oferty to logicznym jest, że określenie wartości dla pkt 1 lit. a – c Tabeli na niższym poziomie procentowym musiało skutkować podwyższeniem wartości procentowej z pkt 2 Tabeli bowiem całość miała wynosić 100 %. Twierdzenia Zamawiającego są zatem wewnętrznie sprzeczne, nielogiczne i nie znajdują uzasadnienia w treści SWZ. Zamawiający nie wskazał bowiem, że nie dopuszcza określenia ceny powyżej wartości 95% w pkt 2 Tabeli, a poniżej wartości z pkt 1 lit. a – c Tabeli. Nie zastrzegł, że niezastosowanie się do takich zasad spowoduje odrzucenie oferty. Jeśli takie były oczekiwania Zamawiającego to

powinny one znaleźć odzwierciedlenie w postanowieniach SWZ dotyczących sposobu obliczenia ceny i zostać określone w sposób jednoznaczny i precyzyjny. Wbrew twierdzeniom Przystępujących, że Odwołujący, jeśli miał wątpliwości to był uprawniony zadać pytanie na etapie ogłoszonego postępowania, to Zamawiający jest gospodarzem postępowania i odpowiada za ostateczny kształt postanowień dokumentów zamówienia. Jak słusznie wskazano w orzeczeniu KIO 2956/23: „(...) SWZ jest podstawowym dokumentem kształtującym reguły obowiązujące w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Równocześnie stanowi dokument, którego postanowienia są wiążące w równym stopniu zarówno dla wykonawców biorących udział w postępowaniu, jak i dla zamawiającego. Wskazana zasada z jednej strony gwarantuje, że w przypadku prawidłowej realizacji obowiązków z niej wynikających, zamawiający uzyska przedmiot zamówienia spełniający jego uzasadnione potrzeby, wykonawca zaś na jej podstawie uzyskuje widzę jakie warunki musi spełnić, jakie dokumenty przedstawić, w końcu też w jaki sposób zamawiający dokona oceny złożonych w postępowaniu ofert. (...) Jeśli, jak to ma miejsce w niniejszym postępowaniu, zamawiający już po otwarciu ofert, dokona oceny ofert w sposób odbiegający od jasno i precyzyjnie wyartykułowanych wymagań SWZ - to takie postępowanie godzi w naczelne zasady udzielania zamówień publicznych tj. równego traktowania, jawności i przejrzystości.”

Zamawiający wskazał jedynie, że wyliczone ceny za poszczególne zakresy mają zostać przeniesione do Tabeli w formularzu ofertowym i wykonawca ma wyliczyć procent wynagrodzenia, natomiast par. 8 ust. 2 projektu umowy dotyczył sposobu rozliczenia wynagrodzenia. Trudno zatem, aby wykonawca miał wątpliwości do tak określonego sposobu obliczenia ceny, który jak wskazano w Rozdziale 24 SWZ miał polegać na wyliczeniu faktycznych kosztów realizacji zamówienia, przeniesienia cen do Tabeli i wyliczenia procentów. Nawet jeśli by uznać postanowienia SWZ za nieprecyzyjne i niejednoznaczne to zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Izby, nie mogą one skutkować negatywnymi konsekwencjami dla Wykonawcy. Izba zauważa również, że to, iż pozostali wykonawcy określili ceny za poszczególne zakresy na poziomie procentowym wskazanym przez Zamawiającego nie oznacza, że Odwołujący poprzez ustalenie ceny z pkt 1 lit. a – c na niższym poziomie procentowym i w konsekwencji w pkt 2 na wyższym poziomie procentowym, zrobił to w sposób nieprawidłowy, niezgodny z wymaganiami SWZ. Jak wynika z dowodu nr 3 i 4 Odwołujący kalkulował ceny w oparciu o uzyskane oferty i rzeczywiste koszty realizacji zamówienia, tak jak wymagał Zamawiający w Rozdziale 24 SWZ.

Izba zwraca uwagę, że irrelevantne dla oceny zgodności oferty Odwołującego z warunkami zamówienia są dodatkowe okoliczności podnoszone przez Zamawiającego w decyzji o odrzuceniu oferty, dotyczące przyczyn ustalenia przez Zamawiającego limitów na określonych poziomach, a nie wyrażone w treści SWZ, a więc okoliczność uzyskiwania zewnętrznego dofinansowania oraz zastosowanie zasad wynikających z Rozporządzenia Ministra Rozwoju i 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 r., poz. 2458), które dotyczy szacowania wartości zamówienia (art. 34 ustawy pzp), i co przyznał Przystępujący Meritum, nie określa zasad ustalenia ceny przez wykonawców w postępowaniu. Kwestie przyczyn, wysokości limitów, ich zasadności, mogłyby być przedmiotem oceny na etapie ogłoszonego postępowania. Natomiast w niniejszej sprawie istotne było jaki sposób obliczenia ceny określił Zamawiający w SWZ i ocena czy Odwołujący się do tych zasad zastosował. Izba uznała więc dowody złożone przez Odwołującego na te okoliczności za nieprzydatne dla rozstrzygnięcia. Analiza postanowień SWZ nie pozostawia wątpliwości, że oferta Odwołującego nie wykazuje niezgodności, gdyż dokumentacja postępowania nie zawiera postanowień jakie przytacza Zamawiający uzasadniając odrzucenie oferty.

Konkludując, zdaniem Izby Zamawiający niezasadnie odrzucił ofertę Odwołującego, której treść odpowiada warunkom zamówienia określonym przez Zamawiającego w SWZ, dlatego też Izba uwzględniając zarzuty odwołania nakazała unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego.

Mając na względzie powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 575 oraz art. 574 ustawy pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczenia oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437 ze zm.) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez Odwołującego oraz zasądzając od Zamawiającego na rzecz Odwołującego koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania w wysokości 10 000,00 zł i wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600,00 zł na podstawie faktury Vat złożonej przez Odwołującego na rozprawie.

**Przewodniczący:** .....