

Sygn. akt: KIO 2551/23

## WYROK

z dnia 15 września 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Bienias

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 września 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 sierpnia 2023 r. przez wykonawcę **OXYGEN AUTOMATYKA sp. z o.o. z siedzibą w Bielsku Białej**, w postępowaniu prowadzonym przez **Wojewódzki Szpital Specjalistyczny nr 4 w Bytomiu**, przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **EURO-LIGHT Sp. z o.o. z siedzibą w Tarczynie**, **GR VISIO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Tarczynie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **OXYGEN AUTOMATYKA sp. z o.o. z siedzibą w Bielsku-Białej** i

2.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **OXYGEN AUTOMATYKA sp. z o.o. z siedzibą w Bielsku-Białej**, tytułem wpisu od odwołania.

2.2. Zasądza od Odwołującego na rzecz Przystępującego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019r. - Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt: KIO 2551/23

## Uzasadnienie

Zamawiający – Wojewódzki Szpital Specjalistyczny nr 4 w Bytomiu – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym na podstawie art. 275 pkt 1 ustawy PZP, pn. Modernizacja energetyczna budynków Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego nr 4 w Bytomiu w formule zaprojektuj i wybuduj – Montaż oświetlenia LED w budynku A2, A3, C2 i D2. Ogłoszenie zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych: 2023/BZP 00317596/01 z dnia 2023-07-20.

W dniu 29 sierpnia 2023 r. wykonawca OXYGEN AUTOMATYKA sp. z o.o. z siedzibą w Bielsku-Białej wniósł odwołanie na niezgodne z przepisami PZP czynności Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie Zamówienia polegających na:

1. zaniechaniu przez Zamawiającego wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, mimo spełnienia przez Odwołującego przesłanek uzasadniających wybór złożonej przez Odwołującego oferty jako najkorzystniejszej;
2. uznaniu, że oferta Odwołującego zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu, i w konsekwencji odrzuceniu oferty Odwołującego;
3. uznaniu, że oferta Odwołującego jest niezgodna z warunkami zamówienia, a to rozdz. XIV pkt 6 Specyfikacją Warunków Zamówienia, dalej „SWZ” (z uwagi na rzekome przekroczenie procentowego limitu wartości prac projektowych ustalonego na 5% wartości robót), i w konsekwencji odrzuceniu oferty Odwołującego;
4. wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez konsorcjum utworzone przez:

a) Euro – Light Sp. z o. o. - Lider Konsorcjum

b) GR VISIO Sp. z o. o. Sp. K. – Partner Konsorcjum;

Odwołujący zaskarżonym czynnościom Zamawiającego zarzucił naruszenie przepisów:

1. art. 226 ust. 1 pkt 10) p.z.p. poprzez jego nieuzasadnione zastosowanie polegające na uznaniu, że oferta Odwołującego zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu, i w konsekwencji odrzuceniu oferty Odwołującego - podczas gdy z okoliczności przedmiotowej sprawy jednoznacznie wynika, iż oferta nie zawiera błędów w obliczeniu ceny z uwagi na fakt, iż sposób obliczania ceny zaprezentowany w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego nie wynika z treści SWZ;

2. art. 226 ust. 1 pkt 5) p.z.p. poprzez jego nieuzasadnione zastosowanie polegające na uznaniu, że oferta Odwołującego jest niezgodna z warunkami zamówienia, a to rozdz. XIV pkt 6 Specyfikacją Warunków Zamówienia, dalej „SWZ” (z

uwagi na rzekome przekroczenie procentowego limitu wartości prac projektowych ustalonego na 5% wartości robót), i w konsekwencji odrzuceniu oferty Odwołującego – podczas gdy sposób obliczania tego limitu zaprezentowany w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego nie wynika z treści SWZ, a Odwołujący, zgodnie z treścią dokumentacji postępowania nie przekroczył w wycenie prac projektowych limitu 5% wartości robót, a więc oferta Odwołującego pozostawała zgodna z warunkami zamówienia;

3. art. 223 ust. 1 p.z.p. poprzez jego niezastosowanie, a to poprzez zaniechanie zażądania od Odwołującego wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń, podczas gdy okoliczności sprawy uzasadniały tego rodzaju wezwanie.

Opierając się na przedstawionych zarzutach wykonawca wnosił o:

1. uwzględnienie odwołania w całości;

2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;

3. nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności w postaci wyboru najkorzystniejszej oferty z uwzględnieniem oferty Odwołującego;

*ewentualnie (w przypadku nieuwzględnienia wniosków określonych w pkt. 1-3)*

4. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z:

1) wydruku odpowiadającego odpisowi pełnemu z KRS Odwołującego

- dla wykazania faktów: (i) umocowania do reprezentowania odwołującego;

2) uchwały z dnia 29 września 2022 r. o powołaniu Piotra Pękosza na prokurenta samoistnego Odwołującego

- dla wykazania faktów: (i) umocowania do reprezentowania odwołującego;

3) informacji z otwarcia ofert z dnia 9 sierpnia 2023 r.

- dla wykazania faktów: (i) cen zaoferowanych przez Wykonawców, (ii) zaoferowania przez Odwołującego najniższej ceny spośród wszystkich Wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu (iii) posiadania przez Odwołującego interesu prawnego w złożeniu niniejszego odwołania;

4) ogłoszenia o zamówieniu z dnia 20 lipca 2023 r.

- dla wykazania faktów: (i) przyjęcia kryterium wyboru ofert w postaci najniższej ceny, (ii) pojęcia „Robót” oraz zakresu znaczeniowego tego pojęcia, (iii) objęcia zakresem znaczeniowym pojęcia robót także sporządzenia dokumentacji projektowej;

5) Specyfikacji Warunków Zamówienia wraz z załącznikami:

- Wytyczne w zakresie realizacji

- PFU dla przedsięwzięcia: Poprawa efektywności energetycznej budynku A2 SP ZOZ Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego nr 4 w Bytomiu, poprzez częściową termomodernizację istniejących przegród, kompleksową wymianę zewnętrznej stolarki okiennej i drzwiowej, kompleksową wymianę instalacji centralnego ogrzewania, częściową wymianę instalacji c.w.u. i cyrkulacji, zastosowanie oświetlenia LED oraz odnawialnych źródeł energii;

- PFU dla przedsięwzięcia: Poprawa efektywności energetycznej budynku A3 SP ZOZ Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego nr 4 w Bytomiu, poprzez częściową termomodernizację istniejących przegród, kompleksową wymianę zewnętrznej stolarki okiennej i drzwiowej, kompleksową wymianę instalacji centralnego ogrzewania, częściową wymianę instalacji c.w.u. i cyrkulacji, zastosowanie oświetlenia LED oraz odnawialnych źródeł energii;

- PFU dla przedsięwzięcia: Poprawa efektywności energetycznej budynku C2 SP ZOZ Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego nr 4 w Bytomiu, poprzez częściową termomodernizację istniejących przegród, kompleksową wymianę zewnętrznej stolarki okiennej i drzwiowej, kompleksową wymianę instalacji centralnego ogrzewania, częściową wymianę instalacji c.w.u. i cyrkulacji, zastosowanie oświetlenia LED oraz odnawialnych źródeł energii;

- PFU dla przedsięwzięcia: Poprawa efektywności energetycznej budynku D2 SP ZOZ Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego nr 4 w Bytomiu, poprzez częściową termomodernizację istniejących przegród, kompleksową wymianę zewnętrznej stolarki okiennej i drzwiowej, kompleksową wymianę instalacji centralnego ogrzewania, częściową wymianę instalacji c.w.u. i cyrkulacji, zastosowanie oświetlenia LED oraz odnawialnych źródeł energii;

- dla wykazania faktów: (i) przyjęcia kryterium wyboru ofert w postaci najniższej ceny, (ii) pojęcia „Robót” oraz zakresu znaczeniowego tego pojęcia, (iii) objęcia zakresem znaczeniowym pojęcia robót także sporządzenia dokumentacji projektowej;

6) Informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 24 sierpnia 2023 r.

- dla wykazania faktów: (i) przyczyn odrzucenia przez Zamawiającego oferty Odwołującego, (ii) błędnej interpretacji przez Zamawiającego dokumentów Postępowania;

5. zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Odwołujący wskazał, że:

**Stan faktyczny:**

1. Odwołujący brał udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. Modernizacja energetyczna budynków Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego nr 4 w Bytomiu – Montaż oświetlenia Led (DZP - 29/2023) – dalej odpowiednio jako „Postępowanie” i „Zamówienie”;
2. Przedmiotem Postępowania jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych związanych z realizacją Projektu „Modernizacja energetyczna budynków Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego nr 4 w Bytomiu wraz z instalacją systemu ogniw fotowoltaicznych i instalacją pomp ciepła w celu poprawy efektywności energetycznej modernizowanych budynków”.
3. Zgodnie z dokumentami postępowania w tym w szczególności: Ogłoszeniem o Zamówieniu, Specyfikacją Warunków Zamówienia oraz dołączonych do niej załączników (dalej odpowiednio: „Ogłoszenie”, „SWZ”, oraz łącznie „Dokumenty”) - przedmiot Zamówienia obejmuje wykonanie w szczególności zakresu jn.: a) opracowanie dokumentacji projektowej wraz z uzyskaniem wszelkich niezbędnych uzgodnień, opinii, pozwoleń, b) montaż nowych opraw z źródłem światła LED w ilości zgodnej z opracowaną dokumentacją projektową, c) dokonanie odpowiednich przełączeń w zakresie istniejących opraw oświetleniowych, umożliwiających wprowadzenie nowych, projektowanych źródeł. Dopuszcza się ewentualną rozbudowę instalacji w formie natynkowej w korytkach instalacyjnych, d) w toaletach ogólnodostępnych należy zastosować sterowanie oświetleniem poprzez czujnik ruchu z wyłącznikiem czasowym, e) zastosować oprawy o skuteczności świetlnej minimum 140 lm/Wat za wyjątkiem pomieszczeń, w których jest wymagana oprawa IP65 lub wyżej oraz oprawa oświetlenia awaryjnego i ewakuacyjnego, f) demontaż i utylizacja wymienianych opraw i źródeł światła.
4. W ogłoszeniu o Zamówieniu wskazano, iż stosowanym kryterium oceny ofert jest wyłącznie kryterium ceny.

**Dowód:**

- ogłoszenie o Zamówieniu z dnia 20 lipca 2023 r.

5. Szczegółowe zasady prowadzenia postępowania zostały przedstawione w SWZ.

6. W Postępowaniu Zamawiający dokonał m.in. następujących czynności:

a. odrzucenia oferty **Odwołującego** jako niezgodnej z warunkami zamówienia;

b. wyboru jako najkorzystniejszej oferty **złożonej przez konsorcjum utworzone przez spółki:**

Euro – Light Sp. z o. o. - Lider Konsorcjum;

GR VISIO Sp. z o. o. Sp. K. – Partner Konsorcjum;

7. **Jako podstawę odrzucenia oferty Zamawiający wskazał art. 226 ust. 1 pkt 5) i pkt 10) p.z.p.**

8. Uzasadniając decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego Zamawiający wskazał, iż *odrzuca ofertę ponieważ jest niezgodna z warunkami zamówienia. Zamawiający w Rozdziale XIV. SPOSÓB OBLICZENIA CENY OFERTY pkt SWZ zastrzegł, iż cena dokumentacji projektowej nie może przekroczyć 5% wartości robót. Wykonawca w formularzu ofertowym dokonał błędnych obliczeń, z których wynika, że wartość dokumentacji projektowej przekracza 5% wartości robót. Dla Wykonawcy wiążący był zapis SWZ nakładający na Wykonawcę obowiązek wskazania w formularzu ofertowym (Załącznik Nr 1 do SWZ) obok podania ceny robót polegających na montażu oświetlenia Led w poszczególnych budynkach, podania wartości dokumentacji projektowej w poszczególnych budynkach (stanowiąca rodzajowo odrębny przedmiot zamówienia niż roboty budowlane), która zgodnie z zapisami SWZ oraz Załącznika nr 1 do SWZ stanowić miała nie więcej niż 5% wartości robót. Pomyłka Wykonawcy popełniona przy obliczeniu wartości wykonania dokumentacji projektowej dla poszczególnych budynków stanowi błąd w obliczeniu ceny. Zamawiający nie ma możliwości poprawy, gdyż element ceny mógł zostać wskazany jedynie przez Wykonawcę, a jego poprawa przez Zamawiającego stawiałaby daleko idącą ingerencję w treść oferty (KIO 839/23, KIO 864/23, KIO 687/18). Wykonawca mając wątpliwości w jaki sposób obliczyć cenę oferty za poszczególne elementy powinien zwrócić do Zamawiającego o wyjaśnienie zapisów SWZ, tak aby obliczona przez niego cena była prawidłowa i spełniała wymagania Zamawiającego.*

**Dowód:**

- informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 24 sierpnia 2023 r.

9. **Jednakże, z podjętymi przez Zamawiającego decyzjami nie sposób się zgodzić, z uwagi na liczne uchybienia przepisom p.z.p.**

**Argumentacja prawna**

**[odrzucenie oferty Odwołującego]**

1. W pierwszej kolejności należy podkreślić, iż Zamawiający bezzasadnie odrzucił ofertę Odwołującego.

2. Zgodnie z przywołanymi przez Zamawiającego przepisami

1. *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:*

5) *jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia;*

10) *zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu;*

3. Tymczasem, Odwołujący składając ofertę w postępowaniu nie dopuścił się wskazanych powyżej uchybień.

4. **Odwolujący podkreśla, że zaistniała sytuacja jest konsekwencją różnic (pomiędzy Zamawiającym a Odwołującym) w interpretacji SWZ, a ściślej rozumienia postanowienia Rozdziału XIV. SPOSÓB OBLICZENIA CENY OFERTY pkt 6) SWZ zgodnie z którym cena dokumentacji projektowej nie może przekroczyć 5% wartości robót.**

5. Dokonując oceny oferty Odwołującego Zamawiający przyjął, iż owe 5% wartości robót należy liczyć od wartości samych czynności technicznych takich jak Montaż oświetlenia Led w budynku A2, Montaż oświetlenia Led w budynku A3, Montaż oświetlenia Led w budynku C2, Montaż oświetlenia Led w budynku D2. Powyższe prowadzi do jednoznacznej konstatacji, iż zdaniem Zamawiającego, sporządzenie dokumentacji projektowej nie wchodzi w zakres pojęcia „Robót” w rozumieniu dokumentów postępowania – a cena sporządzenia dokumentacji projektowej nie podlega uwzględnieniu w cenie robót.

6. Jednakże w ocenie Odwołującego z dokumentów postępowania jednoznacznie wynika, iż pojęciem „Robót” objęte jest również sporządzenie dokumentacji projektowej – a tym samym cena robót musi obejmować również cenę sporządzenia dokumentacji projektowej. Z uwagi na ww. interpretację Odwołujący obliczył cenę dokumentacji projektowej z uwzględnieniem kwoty szacunkowej wykonania całości poszczególnych etapów Robót obejmującej również wykonanie dokumentacji projektowej.

7. Rozwijając powyższe należy wskazać, iż za interpretacją przyjętą przez Odwołującego przemawiają następujące postanowienia Dokumentów:

**a. pkt 4.2.2. Ogłoszenia o zamówieniu**

*Przedmiot zamówienia obejmuje wykonanie w szczególności zakresu jn.: a) opracowanie dokumentacji projektowej wraz z uzyskaniem wszelkich niezbędnych uzgodnień, opinii, pozwoleń, b) montaż nowych opraw z źródłem światła LED w ilości zgodnej z opracowaną dokumentacją projektową, c) dokonanie odpowiednich przełączeń w zakresie istniejących opraw oświetleniowych, umożliwiających wprowadzenie nowych, projektowanych źródeł. Dopuszcza się ewentualną rozbudowę instalacji w formie natynkowej w korytkach instalacyjnych, d) w toaletach ogólnodostępnych należy zastosować sterowanie oświetleniem poprzez czujnik ruchu z wyłącznikiem czasowym, e) zastosować oprawy o skuteczności świetlnej minimum 140 lm/Wat za wyjątkiem pomieszczeń, w których jest wymagana oprawa IP65 lub wyżej oraz oprawa oświetlenia awaryjnego i ewakuacyjnego, f) demontaż i utylizacja wymienianych opraw i źródeł światła. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia stanowi Załącznik nr 1A do SWZ, .*

**b. Rozdział 3 pkt 2 SWZ**

*Przedmiot zamówienia obejmuje wykonanie w szczególności zakresu jn.:*

**a) opracowanie dokumentacji projektowej wraz z uzyskaniem wszelkich niezbędnych uzgodnień, opinii, pozwoleń,**

*b) montaż nowych opraw z źródłem światła LED w ilości zgodnej z opracowaną dokumentacją projektową,*

*c) dokonanie odpowiednich przełączeń w zakresie istniejących opraw oświetleniowych, umożliwiających wprowadzenie nowych, projektowanych źródeł. Dopuszcza się ewentualną rozbudowę instalacji w formie natynkowej w korytkach instalacyjnych,*

*d) w toaletach ogólnodostępnych należy zastosować sterowanie oświetleniem poprzez czujnik ruchu z wyłącznikiem czasowym,*

*e) zastosować oprawy o skuteczności świetlnej minimum 140 lm/Wat za wyjątkiem pomieszczeń, w których jest wymagana oprawa IP65 lub wyżej oraz oprawa oświetlenia awaryjnego i ewakuacyjnego,*

*f) demontaż i utylizacja wymienianych opraw i źródeł światła. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia stanowi Załącznik nr 1A do SWZ*

**c. Załącznik Nr 1A do SWZ - Wytyczne w zakresie realizacji**

**Modernizacja istniejącego oświetlenia obejmuje swoim zakresem:**

**- Wykonanie dokumentacji projektowej dla w/w zakresu. Należy spełnić wymagania oświetlenia LED dotyczące instalacji w pomieszczeniach medycznych (gabinety zabiegowe, sale chorych w szpitalach itp.)**

**- dokumentacja ma obejmować wszystkie pomieszczenia na kondygnacjach nadziemnych w budynkach A2, A3, C2 oraz D2. Na kondygnacji piwnicznej dokumentacja ma obejmować wyłącznie ciągi komunikacyjne.**

**- Montaż nowych opraw z źródłem światła LED w ilości zgodnej z opracowaną dokumentacją projektową.**

**- Należy dokonać odpowiednich przełączeń w zakresie istniejących opraw oświetleniowych, umożliwiających wprowadzenie nowych, projektowanych źródeł. Dopuszcza się ewentualną rozbudowę instalacji w formie natynkowej w korytkach instalacyjnych.**

**- W toaletach ogólnodostępnych należy zastosować sterowanie oświetleniem poprzez czujnik ruchu z wyłącznikiem czasowym.**

**- Skuteczność świetlna opraw minimum 140 lm/Wat za wyjątkiem pomieszczeń w których jest wymagana oprawa IP65 lub wyżej.**

- Zakres zadania nie obejmuje wymiany instalacji oświetlenia awaryjnego i ewakuacyjnego oraz modernizacji rozdzielni elektrycznych i linii zasilających źródła światła.
- Zamawiający będzie oczekiwał przedstawienia przez Wykonawcę protokołów pomiaru natężenia oświetlenia oraz stanu izolacji nowych odcinków instalacji.
- Wykonawca zdemontuje i zutylizuje wymieniane oprawy i źródła światła

d. **W szczególności natomiast potwierdzającą interpretację wykonawcy definicję pojęcia robót obejmują dokumenty PFU dla przedsięwzięcia: Poprawa efektywności energetycznej budynków A2, A3, C2, D2 SP ZOZ Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego nr 4 w Bytomiu, poprzez częściową termomodernizację istniejących przegród, kompleksową wymianę zewnętrznej stolarki okiennej i drzwiowej, kompleksową wymianę instalacji centralnego ogrzewania, częściową wymianę instalacji c.w.u. I cyrkulacji, zastosowanie oświetlenia LED oraz odnawialnych źródeł energii: Zgodnie z pkt. 1.2.12) każdego z ww. dokumentów:**

12. „**Roboty**” - oznaczają roboty stałe związane z realizacją Obiektu, które Wykonawca ma wykonać na mocy Kontraktu oraz wszelkie roboty tymczasowe każdego rodzaju, poza sprzętem Wykonawcy, potrzebne na Placu Budowy dla wykonania i ukończenia Robot oraz usunięcia wad. **Równocześnie oznaczają one też projektowanie, budowę i roboty budowlane obiektu budowlanego, zgodnie z Art.3 ust.6 i 7 Prawa Budowlanego**”

**Zgodnie z pkt 8.5 części I - CZĘŚĆ OPISOWA każdego ww. dokumentów**

e. ponadto, zgodnie z rozdziałem pkt 1 części II - WYMAGANIA ZAMAWIAJĄCEGO W STOSUNKU DO PRZEDMI ZAMÓWIENIA każdego z ww. dokumentów - Szczegółowy zakres przedmiotu zamówienia

**Zakres robót objętych Zamówieniem obejmuje wykonanie dokumentacji projektowej, dostawę wyposażenia/urządzeń oraz wykonanie prac związanych z podniesieniem efektywności energetycznej budynku SPZOZ w Bytomiu. Pełna odpowiedzialność za osiągnięcie zakładanych celów Przedsięwzięcia i osiągnięcia parametrów gwarantowanych spoczywa na Wykonawcy.**

**Dowód:**

- SWZ z załącznikami

**[definicja robót budowlanych w ramach p.z.p.]**

8. W uzupełnieniu powyższych rozważań, należy wskazać, iż definicje Robót budowlanych na gruncie prawa zamówień publicznych obejmują także swoim zakresem roboty budowlane.

9. Roboty budowlane to jeden z trzech rodzajów zamówień (pozostałe to usługi i dostawy), które mogą być przedmiotem umowy w sprawie zamówienia publicznego. Przepisy p.z.p. definiują roboty budowlane jako:

a. wykonanie albo zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych określonych w załączniku II do dyrektywy 2014/24/UE, w załączniku I do dyrektywy 2014/25/UE oraz objętych działem 45 załącznika I do rozporządzenia (WE) nr 2195/2002 Parlamentu Europejskiego i Rady z 5 listopada 2002 r. w sprawie Wspólnego Słownika Zamówień (CPV), lub obiektu budowlanego, a także

b. realizację obiektu budowlanego za pomocą dowolnych środków, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego (art. 7 pkt 21 ustawy p.z.p.).

10. Upraszczając definicję do poszczególnych jej elementów, można zauważyć, że ustawa p.z.p. jako roboty budowlane traktuje następujące kategorie prac:

a) wykonanie albo zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych,

b) wykonanie albo zaprojektowanie i wykonanie obiektu budowlanego,

c) realizację obiektu budowlanego za pomocą dowolnych środków, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego

11. **W sposobie obliczeń zastosowanym przez Odwołującego, który to sposób obliczeń zdaniem Odwołującego jest jedynie możliwy, mając na uwadze treść Dokumentów – cena dokumentacji projektowej zaproponowana przez Odwołującego w złożonej ofercie nie przekracza 5% wartości Robót - rozumianych jako a) opracowanie dokumentacji projektowej wraz z uzyskaniem wszelkich niezbędnych uzgodnień, opinii, pozwoleń, b) montaż nowych opraw z źródłem światła LED w ilości zgodnej z opracowaną dokumentacją projektową, c) dokonanie odpowiednich przełączeń w zakresie istniejących opraw oświetleniowych, umożliwiających wprowadzenie nowych, projektowanych źródeł. Dopuszcza się ewentualną rozbudowę instalacji w formie natynkowej w korytkach instalacyjnych, d) w toaletach ogólnodostępnych należy zastosować sterowanie oświetleniem poprzez czujnik ruchu z wyłącznikiem czasowym, e) zastosować oprawy o skuteczności świetlnej minimum 140 lm/Wat za wyjątkiem pomieszczeń, w których jest wymagana oprawa IP65 lub wyżej oraz oprawa oświetlenia awaryjnego i ewakuacyjnego, f) demontaż i utylizacja wymienianych opraw i źródeł światła.**

12. Tym samym nie sposób stwierdzić, by Odwołujący popełnił błąd w obliczeniach – skoro postąpił zgodnie z literalnym brzmieniem Dokumentów, jak również nie sposób przyjąć, by treść oferty Odwołującego była niezgodna z warunkami zamówienia.

13. Mając na uwadze powyższe, należy wskazać, iż w stanie faktycznym sprawy, w odniesieniu do oferty złożonej przez Odwołującego w postępowaniu nie zaktualizowały się przesłanki określone przepisem art. 226 ust. 1 pkt 5) oraz 10) p.z.p., a tym samym brak było podstaw dla odrzucenia oferty Zamawiającego.

#### **[interpretacja niejasności na korzyść Wykonawcy]**

14. Należy podkreślić, iż nie sposób przyjąć, aby z powodu niejasności w treści Dokumentów zasadne było wyciąganie negatywnych konsekwencji względem Odwołującego. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, wszelkie niejasności w treści dokumentacji sporządzonej przez zamawiającego należy tłumaczyć na korzyść wykonawców. W tym kontekście można wskazać na następujące orzeczenia:

*Podkreślić należy, że zgodnie z ugruntowanym poglądem orzecznictwa wszelkie niejasności w treści dokumentacji sporządzonej przez zamawiającego należy tłumaczyć na korzyść wykonawców, zaś ewentualne błędy popełnione w toku postępowania przez zamawiającego nie mogą wpływać negatywnie na sytuację wykonawców, biorących udział w postępowaniu.*

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 października 2013 r. KIO 2260/13

*Wszelkie niejasności treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia należy rozpatrywać na korzyść wykonawców.*

*Zarówno treść oświadczeń składanych przez strony postępowania w trybie zamówień publicznych, takich jak: SWZ, czy oferta wykonawcy, podlegają regułom wykładni oświadczeń woli i wiedzy (art. 65 i 65 1 KC), przy czym z tym zastrzeżeniem, że wszelkie wątpliwości interpretacyjne dotyczące SIWZ należy tłumaczyć na korzyść wykonawców.*

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 września 2021 r. KIO 2070/21

*Stosownie do stanowiska wielokrotnie zajmowanego przez KIO, wykonawca ma natomiast prawo działać w zaufaniu do Zamawiającego, zaś wszelkie niejasności w treści dokumentacji sporządzonej przez Zamawiającego należy tłumaczyć na korzyść wykonawców, którzy nie mogą ponosić negatywnych konsekwencji ewentualnych błędów Zamawiającego popełnionych w toku postępowania*

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 grudnia 2019 r. KIO 2373/19

*W orzecznictwie i doktrynie wypracowany został pogląd, iż nieścisłości w treści SIWZ należy wyklądać na korzyść wykonawcy. W związku z tym wykonawca nie może ponosić negatywnych konsekwencji wynikających z braku szczegółowego opisanego przedmiotu zamówienia*

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 maja 2018 r. KIO 925/18

*Nie można odrzucić oferty powołując się na nieistniejącą niezgodność z treścią SIWZ, na wymogi, których zamawiający nie sformułował w treści SIWZ. Jeżeli wykonawca złożył ofertę, która wpisuje się w warunki określone w SIWZ, to zamawiający nie ma podstawy prawnej do jej odrzucenia czy wykluczenia wykonawcy. Nieścisłość zapisów SIWZ nie może obciążać wykonawców. Wszelkie wątpliwości interpretacyjne dotyczące SIWZ należy rozstrzygać na korzyść wykonawcy.*

*Takie stanowisko jest ukształtowane przez utrwaloną linię orzecniczą KIO oraz sądów powszechnych, zgodnie z którymi wszelkie niezgodności, niejasności SIWZ należy rozpatrywać na korzyść wykonawców*

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 grudnia 2017 r. KIO 2618/17

*Wszelkie ewentualne niejasności, niedokładności SIWZ, w tym w zakresie opisu kryteriów oceny ofert należy interpretować zgodnie z zasadą uczciwej konkurencji i interpretacji SIWZ na korzyść wykonawcy.*

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 lipca 2016 r. KIO 1053/16

*Należy wskazać, że obowiązuje swoista „święta” zasada, że wszelkie niejasności, dwuznaczności, niezgodności postanowień SIWZ należy rozpatrywać na korzyść Wykonawców, w tym wypadku Przystępującego.*

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 kwietnia 2015 r. KIO 660/15

*Wykonawcy nie mogą ponosić negatywnych konsekwencji w związku z niezastosowaniem się do niejasnych wymagań SIWZ, a wszelkie wątpliwości interpretacyjne w tym zakresie winny być rozstrzygane na korzyść wykonawców.*

Wyrok z 11 sierpnia 2014 r., sygn. KIO 1557/14

15. Także orzecznictwo sądów powszechnych wskazuje na analogiczne dyrektywy postępowania Zamawiającego

*Nie wolno odrzucić oferty wykonawcy z powodu nieprawidłowego wyliczenia ceny, jeżeli fakt ten był spowodowany wyłącznie winą zamawiającego, który tak przygotował SIWZ, że zawarty w nim sposób obliczenia ceny zawiera błędy.*

Wyrok Sąd Okręgowy w Gdańsku z 10.07.2015 r., I C 2/15,

*Zapisy w SIWZ (...) muszą mieć charakter precyzyjny i jednoznaczny, a wątpliwości powstałe na tym tle muszą być rozstrzygane na korzyść wykonawcy. Obowiązek takiego formułowania i tłumaczenia ma na celu realizację zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wszystkich wykonawców przystępujących do przetargu*

Wyrok Sądu Okręgowego w Nowym Sączu z 18.03.2015 r., III Ca 70/15

#### **[zaniechanie wezwania do złożenia wyjaśnień]**

16. Należy wskazać, iż nawet gdyby przyjąć interpretację odmienną, tj. przedstawioną przez Zamawiającego (którą Odwołujący jednak stanowczo neguje, z uwagi na literalne brzmienie Dokumentów), to należy wskazać, iż w opisanych

powyżej okolicznościach faktycznych Zamawiający dysponuje stosownymi instrumentami umożliwiającymi sanowanie tego rodzaju błędów ofertowych.

17. W szczególności należy wskazać na przepis art. 223 ust. 1 p.z.p., zgodnie z którym *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.* Z powyższego wynika, iż w przypadku w którym Zamawiający powziął wątpliwość odnośnie do przedstawionego przez Odwołującego sposobu wyliczenia oferty powinien zwrócić się do Odwołującego z żądaniem wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. Co więcej, jak podkreśla się w doktrynie **Przed odrzuceniem oferty zamawiający zobowiązany jest – w przypadku powzięcia wątpliwości – do wyjaśnienia treści oferty na podstawie art. 223 ust. 1 PZP.** Zgodnie z tym przepisem w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców **wyjaśnień** dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów czy oświadczeń. Niedopuszczalne jest jednak prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz – poza przypadkami określonymi w art. 223 ust. 2 PZP, wyznaczającymi granice możliwej poprawy treści oferty – dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Użycie w art. 223 ust. 1 PZP **sformułowania „zamawiający może” nie powinno być traktowane jako jedynie uprawnienie zamawiającego do wystąpienia z żądaniem wyjaśnienia treści oferty. W każdym przypadku powzięcia przez zamawiającego wątpliwości co do treści oferty lub w przypadku, gdy wątpliwości te obiektywnie występują, prawo żądania wyjaśnień staje się jego obowiązkiem.** Jednocześnie przepisy nie przewidują sankcji odrzucenia oferty z powodu niezłożenia wyjaśnień, o których mowa w art. 223 ust. 1 PZP. W takim przypadku zamawiający zobowiązany jest zbadać ofertę w oparciu o zawarte w niej informacje, co może, ale nie musi oznaczać negatywne konsekwencje dla wykonawcy (por. wyr. KIO z 15.7.20 21 r., KIO 1654/21, *Legalis, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, red. Marzena Jaworska, Dorota Grześkowiak-Stojek, Julia Jarnicka, Agnieszka Matusiak, 2022*).

18. **W przedmiotowej sprawie Zamawiający zaniechał dopełnienia obowiązku wynikającego z art. 223 ust. 1 p.z.p.** Nie sposób jednak przyjąć, by negatywne skutki tego zaniedbania miały obciążać Odwołującego.

19. W tym kontekście należy wskazać, iż w doktrynie przyjmuje się, że *o możliwości dokonania poprawy omyłek w ofercie nie decyduje ich liczba czy też wysokość kwoty, która została omyłkowo podana, ale ich oczywistość czy też istotność, rozpatrywana przez pryzmat i wpływ na treść całej oferty. Fakt, że omyłki mogą mieć wpływ na cenę danej oferty, nie stanowi automatycznie przeszkody w ich poprawieniu.* A. Gawrońska-Baran [w:] E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, A. Gawrońska-Baran, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany*, LEX/el. 2023, art. 223.

20. Jeśli zatem zdaniem Zamawiającego sposób interpretacji Dokumentów był oczywisty, w konsekwencji oczywista też musiała być kalkulacja ceny przez Odwołującego i rzekoma omyłka w jej dokonaniu. Tym samym Zamawiający dysponował możliwością poprawy oferty Odwołującego, która jednocześnie nie stanowiłaby istotnej ingerencji w jej treść.

21. Należy również podkreślić, iż chybione jest twierdzenie Zamawiającego podniesione w piśmie z dnia 24 sierpnia 2023 r. jakoby *Wykonawca mając wątpliwości w jaki sposób obliczyć cenę oferty za poszczególne elementy powinien zwrócić do Zamawiającego o wyjaśnienie zapisów SWZ, tak aby obliczona przez niego cena była prawidłowa i spełniała wymagania Zamawiającego.* Zatem zgodnie z Rozdziałem XII pkt 16 SWZ 16 *Wykonawca może zwrócić się do zamawiającego z wnioskiem o wyjaśnienie treści SWZ* – Z treści powyższego wynika, iż po pierwsze ww. postanowienie statuuje uprawnienie a nie obowiązek Wykonawcy, a po drugie Zamawiający wskazuje, iż Odwołujący powinien zwrócić się do Zamawiającego o wyjaśnienie **w sytuacji powzięcia wątpliwości – tymczasem Odwołujący tego rodzaju wątpliwości nie powziął, a przyjęty przez niego sposób wyliczenia ceny znajduje odzwierciedlenie w literalnym brzmieniu dokumentów Postępowania.**

#### **Podsumowanie**

**Całokształt przedstawionych powyżej rozważań prowadzi do następujących wniosków:**

- 1. Dokumentacja Zamówienia wprost wskazuje, iż zakresem robót objęte jest także wykonanie dokumentacji projektowej**
- 2. Odwołujący prawidłowo obliczył cenę dokumentacji projektowej przedstawioną w złożonej ofercie, jak również postąpił zgodnie z warunkami zamówienia.**
- 3. Zamawiający bezzasadnie odrzucił ofertę Odwołującego, wobec nienaruszenia przez Odwołującego odnośnych przepisów p.z.p.**

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie z dnia 6 września 2023 r. uwzględnił odwołanie w całości.

#### **Stan faktyczny ustalony przez Izbę:**

Ogłoszenie zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych: 2023/BZP 00317596/01 z dnia 2023-07-20.

W dniu 29 sierpnia 2023 r. wykonawca OXYGEN AUTOMATYKA sp. z o.o. z siedzibą w Bielsku-Białej wniósł odwołanie

na niezgodne z przepisami PZP czynności Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie Zamówienia polegających na:

1. zaniechaniu przez Zamawiającego wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, mimo spełnienia przez Odwołującego przesłanek uzasadniających wybór złożonej przez Odwołującego oferty jako najkorzystniejszej;
2. uznaniu, że oferta Odwołującego zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu, i w konsekwencji odrzuceniu oferty Odwołującego;
3. uznaniu, że oferta Odwołującego jest niezgodna z warunkami zamówienia, a to rozdz. XIV pkt 6 Specyfikacją Warunków Zamówienia, dalej „SWZ” (z uwagi na rzekome przekroczenie procentowego limitu wartości prac projektowych ustalonego na 5% wartości robót), i w konsekwencji odrzuceniu oferty Odwołującego;
4. wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez konsorcjum utworzone przez:
  - a) Euro – Light Sp. z o. o. - Lider Konsorcjum
  - b) GR VISIO Sp. z o. o. Sp. K. – Partner Konsorcjum;

Odwołujący zaskarżonym czynnościom Zamawiającego zarzucił naruszenie przepisów:

1. art. 226 ust. 1 pkt 10) p.z.p. poprzez jego nieuzasadnione zastosowanie polegające na uznaniu, że oferta Odwołującego zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu, i w konsekwencji odrzuceniu oferty Odwołującego - podczas gdy z okoliczności przedmiotowej sprawy jednoznacznie wynika, iż oferta nie zawiera błędów w obliczeniu ceny z uwagi na fakt, iż sposób obliczania ceny zaprezentowany w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego nie wynika z treści SWZ;
2. art. 226 ust. 1 pkt 5) p.z.p. poprzez jego nieuzasadnione zastosowanie polegające na uznaniu, że oferta Odwołującego jest niezgodna z warunkami zamówienia, a to rozdz. XIV pkt 6 Specyfikacją Warunków Zamówienia, dalej „SWZ” (z uwagi na rzekome przekroczenie procentowego limitu wartości prac projektowych ustalonego na 5% wartości robót), i w konsekwencji odrzuceniu oferty Odwołującego – podczas gdy sposób obliczania tego limitu zaprezentowany w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego nie wynika z treści SWZ, a Odwołujący, zgodnie z treścią dokumentacji postępowania nie przekroczył w wycenie prac projektowych limitu 5% wartości robót, a więc oferta Odwołującego pozostawała zgodna z warunkami zamówienia;
3. art. 223 ust. 1 p.z.p. poprzez jego niezastosowanie, a to poprzez zaniechanie zażądania od Odwołującego wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń, podczas gdy okoliczności sprawy uzasadniały tego rodzaju wezwanie.

W wyniku wniesionego odwołania przez wykonawcę OXYGEN AUTOMATYKA sp. z o.o. z siedzibą w Bielsku-Białej Zamawiający pismem z dnia 6 września 2023 r. uwzględnił odwołanie w całości.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego skutecznie przystąpili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: EURO-LIGHT Sp. z o.o. z siedzibą w Tarczynie, GR VISIO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Tarczynie.

Izba stwierdziła, że ww. wykonawcy zgłosili przystąpienie do postępowania w ustawowym terminie, wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść zamawiającego.

Przystępujący pismem wniesionym do Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 września 2023 r. (pismo z dnia 7 września 2023 r.) wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia odwołania w całości, jednocześnie wnosząc o oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego.

#### **Stan prawny ustalony przez Izbę:**

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

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu.

Zgodnie z art. 223 ust. 1 ustawy PZP, 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, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

**Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskiem przedstawionym w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, stanowiskiem przystępującego, konfrontując je z zebrany w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk stron, a także uczestnika postępowania odwoławczego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy – ustaliła i zważyła, co następuje:**

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 513 ustawy PZP i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 517 ustawy PZP. Izba stwierdziła również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek określonych w art. 528 ustawy PZP, których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy. Ponadto w ocenie składu orzekającego Odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia

środka zaskarżenia zgodnie z przesłankami art. 505 ust. 1 ustawy PZP, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy PZP może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Skład orzekający dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP, który stanowi, że Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba – uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy przedłożony przez strony i przystępującego, po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania, biorąc pod uwagę zakres sprawy określony przez okoliczności podniesione w odwołaniu oraz stanowiska złożone pisemnie i ustnie do protokołu – stwierdziła, że sformułowane przez Odwołującego zarzuty nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba zważa, że zarzuty Odwołującego w zakresie naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 10) p.z.p. poprzez jego nieuzasadnione zastosowanie polegające na uznaniu, że oferta Odwołującego zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu, i w konsekwencji odrzuceniu oferty Odwołującego - podczas gdy z okoliczności przedmiotowej sprawy jednoznacznie wynika, iż oferta nie zawiera błędów w obliczeniu ceny z uwagi na fakt, iż sposób obliczania ceny zaprezentowany w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego nie wynika z treści SWZ, jak również naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5) p.z.p. poprzez jego nieuzasadnione zastosowanie polegające na uznaniu, że oferta Odwołującego jest niezgodna z warunkami zamówienia, a to rozdz. XIV pkt 6 Specyfikacją Warunków Zamówienia, dalej „SWZ” (z uwagi na rzekome przekroczenie procentowego limitu wartości prac projektowych ustalonego na 5% wartości robót), i w konsekwencji odrzuceniu oferty Odwołującego – podczas gdy sposób obliczania tego limitu zaprezentowany w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego nie wynika z treści SWZ, a Odwołujący, zgodnie z treścią dokumentacji postępowania nie przekroczył w wycenie prac projektowych limitu 5% wartości robót, a więc oferta Odwołującego pozostawała zgodna z warunkami zamówienia, są zdaniem Izby niezasadne.

Izba w pierwszej kolejności wskazuje, iż zgodnie z rozdziałem XIV SWZ, Sposób obliczenia ceny oferty, w pkt 6 Zamawiający zastrzegł, iż: „cena dokumentacji projektowej nie może przekroczyć 5% wartości robót”, jednocześnie powtarzając powyższy wymóg w formularzu ofertowym, stanowiącym załącznik nr 1 do SWZ, wskazując w każdym z budynków A2, A3, C2, D2 wykonanie dokumentacji projektowej „nie więcej niż 5 % wartości robót”.

Izba zważa, iż zgodnie z § 3 ust. 1 Projektowanych postanowień Umowy, stanowiącym załącznik nr 4 do SWZ, wynika odrębny sposób rozliczenia zamówienia, tj. z tytułu wykonanych prac projektowych (wynagrodzenie „w zakresie wykonania Projektu”) oraz z tytułu zrealizowanych robót budowlanych (wynagrodzenie „za realizację przedmiotu umowy w zakresie robót budowlanych”).

Izba chciałaby podkreślić, iż zgodnie z rozporządzeniem 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, w § 10 ust. 2 wynika, iż podstawę obliczenia planowanych kosztów prac projektowych stanowią: 1) program funkcjonalno-użytkowy; 2) planowane koszty robót budowlanych; 3) wskaźniki procentowe.

Z kolei z załącznika do ww. rozporządzenia wynika jednoznacznie, że wskaźnik procentowy stosowany do obliczenia wartości prac projektowych odnosi się do kosztów robót budowlanych (tabela 1). Tym samym Izba zgadza się z Przystępującym, iż „w treści rozporządzenia dotyczącego sporządzenia kosztorysu inwestorskiego, wartości prac projektowych odnoszone są do wartości robót budowlanych.”

Biorąc pod uwagę ww. zapisy SWZ, jak również zapisy ww. rozporządzenia, Izba doszła do przekonania, iż limit wartości prac projektowych odnosił się do wartości robót objętych zamówieniem, a nie do wartości robót powiększonej o wartość prac projektowych, jak sugeruje Odwołujący. W ocenie Izby nie zmienia powyższego zapis pkt 1.2. 12) każdego z dokumentów PFU dla budynków A2, A3, C2, D2, zgodnie z którymi: „Roboty” - oznaczają roboty stałe związane z realizacją Obiektu, które Wykonawca ma wykonać na mocy Kontraktu oraz wszelkie roboty tymczasowe każdego rodzaju, poza sprzętem Wykonawcy, potrzebne na Placu Budowy dla wykonania i ukończenia Robot oraz usunięcia wad. Równocześnie oznaczają one też projektowanie, budowę i roboty budowlane obiektu budowlanego, zgodnie z Art.3 ust.6 i 7 Prawa Budowlanego”.

Izba zważa, że wycena wartości prac projektowych oraz robót (robót budowlanych) stanowi element wyceny ofertowej danego wykonawcy, tym samym w ocenie Izby, stanowi ona treść oferty.

Warte zauważenia jest również to, że spośród wszystkich pięciu złożonych ofert w przedmiotowym postępowaniu jedynie Odwołujący przekroczył ustalony przez Zamawiającego limit wartości prac projektowych (5,14%-5,25%) w stosunku do wartości robót budowlanych w treści oferty, co w konsekwencji obligowało Zamawiającego do odrzucenia oferty Odwołującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP, jak również jako zawierająca błąd w obliczeniu ceny na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP. Podkreślenia przy tym

wymaga, że SWZ nie narzucała ściśle i konkretnej wartości procentowej prac projektowych, a jedynie jej górny poziom („nie więcej niż 5% wartości robót”, „cena dokumentacji projektowej nie może przekroczyć 5% wartości robót”).

Izba odnie się jeszcze do robót budowlanych według definicji zawartej w art. 7 pkt 21 ustawy PZP, zgodnie z którym przez roboty budowlane - należy przez to rozumieć wykonanie albo zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych, określonych w załączniku II do dyrektywy, w załączniku I do dyrektywy oraz objętych działem 45 załącznika I do rozporządzenia (WE) nr Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 5 listopada 2002 r. w sprawie Wspólnego Słownika Zamówień (CPV) (Dz.Urz. WE L 340 z 16.12.2002, str. 1, z późn. zm), zwanego dalej „Wspólnym Słownikiem Zamówień”, lub obiektu budowlanego, a także realizację obiektu budowlanego za pomocą dowolnych środków, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego”. Izba zważa, że definicja ta ma związek wyłącznie z potrzebą ustalenia rodzaju przedmiotu zamówienia dla potrzeb wszczęcia postępowania (jak w niniejszej sprawie formuła projektowania z wykonaniem robót budowlanych została zakwalifikowana do kategorii robót budowlanych), jednakże nie można z powyższej definicji wywodzić, jak sugeruje Odwołujący, że usługi projektowe same w sobie są robotami budowlanymi.

Z kolei odnośnie argumentacji Odwołującego dotyczącej: „interpretacja niejasności na korzyść Wykonawcy” Izba chciałaby podkreślić, że w przypadku stwierdzenia wątpliwości interpretacyjnych przez Odwołującego, mógł on skorzystać z uprawnienia w postaci zwrócenia się do Zamawiającego z wnioskiem o wyjaśnienie treści SWZ na podstawie art. 284 ust.1 ustawy PZP, czyli na etapie poprzedzającym składanie ofert, a nie na etapie oceny ofert. Warte w tym miejscu zauważenia jest również to, iż w trakcie prowadzonego postępowania żaden z pozostałych wykonawców uczestniczących w przedmiotowym postępowaniu nie wnosił do Zamawiającego o udzielenie wyjaśnień treści SWZ, co w ocenie Izby, powoduje iż opis limitu wartości prac projektowych względem pozostałej części zamówienia (roboty budowlanych) był precyzyjny, jednoznaczny i tym samym niebudzący wątpliwości interpretacyjnych.

Odnośnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 223 ust. 1 p.z.p. poprzez jego niezastosowanie, a to poprzez zaniechanie zażądania od Odwołującego wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń, podczas gdy okoliczności sprawy uzasadniały tego rodzaju wezwanie, jest zdaniem Izby niezasadny.

Zgodnie z art. 223 ust. 1 ustawy PZP, 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 , dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Izba zważa, że przepis art. 223 ust. 1 ustawy PZP, jest przepisem, który jest uprawnieniem i jednocześnie obowiązkiem Zamawiającego, ale materializuje się wyłącznie w przypadku powstania wątpliwości, co do treści złożonej oferty, co do sposobu jej rozumienia. Zastosowanie art. 223 ust. 1 ustawy PZP materializuje się w wielu stanach faktycznych, szczególnie w postępowaniach, w których Zamawiający wymaga jednoznacznego wyspecyfikowania przez wykonawcę przedmiotu zamówienia w ofercie, chociażby poprzez podanie określonych parametrów, a Zamawiający w toku oceny ofert dostrzega wątpliwości co do zgodności wskazanych w ofercie parametrów z opisem przedmiotu zamówienia, które jednak udaje się wyeliminować poprzez uzyskanie od wykonawcy wyjaśnień.

W ocenie Izby przepis ten referuje w sposób oczywisty do sytuacji, kiedy treść oferty zawiera niejasności, których nie można wyeliminować w inny sposób, jak właśnie na skutek złożenia przez wykonawcę wyjaśnień. Inaczej mówiąc, przepis dotyczy stanów faktycznych, w których po stronie Zamawiającego powstają wątpliwości co do znaczenia treści wyrażonej w ofercie. W doktrynie i orzecznictwie akcentuje się, że zastosowanie powyższego przepisu będzie uzasadnione wyłącznie, gdy cel wyjaśnień nakierowany będzie na dokonanie wykładni treści oświadczenia woli wykonawcy niejasnego dla Zamawiającego. Zamawiający jest zatem uprawniony zwrócić się do wykonawcy o wyjaśnienie w trybie art. 223 ust. 1 ustawy PZP w sytuacji powzięcia uzasadnionych wątpliwości, przykładowo co do poprawności zaferowania przedmiotu zamówienia.

W przedmiotowej sprawie, powyższa sytuacja, zdaniem Izby nie zachodzi. Należy bowiem zwrócić uwagę, iż oferta Odwołującego jednoznacznie przekraczała ustalony przez Zamawiającego limit wartości prac projektowych względem robót co do każdego z budynków A2, A3, C2, D2, a tym samym nie może być mowy o jakichkolwiek wątpliwościach.

W konsekwencji, zdaniem Izby, Zamawiający nie miał obowiązku wezwania wykonawcy do wyjaśnień treści oferty na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy PZP.

Nadto, zdaniem Izby, warte podkreślenia jest to, iż w przedmiotowym postępowaniu takich wątpliwości nie mieli ani wykonawcy biorący udział w niniejszym postępowaniu (u Odwołującego taka wątpliwość zrodziła się dopiero na etapie oceny ofert), jak również sam Zamawiający, o czym świadczy decyzja Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego zgodnie z pismem z dnia 24 sierpnia 2023 r. – Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty.

Izba zważa, że możliwość skorygowania ww. limitu wiązałyby się z koniecznością zmiany treści oferty (zarówno w zakresie ceny odnośnie prac projektowych, jak również odnośnie robót), co w konsekwencji zdaniem Izby

doprowadziłoby do niedozwolonych negocjacji treści oferty.

Izba zwraca uwagę, że zgodnie z art. 555 ustawy PZP, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Tym samym twierdzenia Odwołującego: „Jeśli zatem zdaniem Zamawiającego sposób interpretacji Dokumentów był oczywisty, w konsekwencji oczywista też musiała być kalkulacja ceny przez Odwołującego i rzekoma omyłka w jej dokonaniu. Tym samym Zamawiający dysponował możliwością poprawy oferty Odwołującego, która jednocześnie nie stanowiłaby istotnej ingerencji w jej treść”, nie mogły być wzięte pod uwagę przez Izbę, ze względu na to, iż zarzut zaniechania przez Zamawiającego poprawienia omyłki w trybie art. 223 ust. 2 ustawy PZP nie był objęty zakresem zaskarżenia pierwotnie w treści odwołania.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 2 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 2 lit. b w zw. z § 8 ust. 2 pkt 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. 2020 r. poz. 2437), obciążając kosztami postępowania Odwołującego.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

**Przewodniczący:** .....