

Sygn. akt: KIO 2340/22

WYROK

z dnia 22 września 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 września 2022 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 września 2022 r. przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Budowlano-Transportowe „ARBET” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Stargardzie**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Gminę Miasto Koszalin w Koszalinie**

przy udziale wykonawcy **MARBRO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Gdańsku**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Przedsiębiorstwo Budowlano-Transportowe „ARBET” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Stargardzie** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Budowlano-Transportowe „ARBET” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Stargardzie** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy **Przedsiębiorstwo Budowlano-Transportowe „ARBET” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Stargardzie** na rzecz zamawiającego – **Gminy Miasta Koszalin w Koszalinie** – kwotę **4 002 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące dwa złote zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu na posiedzenie Izby.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710), na niniejszy wyrok, w terminie 14 dnia od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w Warszawie.

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Miasto Koszalin w Koszalinie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest remont obiektu mostowego w ciągu ul. Władysława IV nad linią kolejową nr 202 w Koszalinie.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 7 września 2022 r. wykonawca Przedsiębiorstwo Budowlano-Transportowe „ARBET” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Stargardzie (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie polegającą na odrzuceniu złożonej przez odwołującego po przeprowadzeniu negocjacji oferty dodatkowej, jednocześnie wnosząc o:

I/ unieważnienie podjętej przez zamawiającego czynności polegającej na odrzuceniu złożonej przez Wykonawcę oferty dodatkowej i powtórzenie czynności związanych z oceną złożonych ofert dodatkowych,

II/ zasądzenie od zamawiającego na rzecz wykonawcy kosztów postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą według norm przepisanych

III/ przeprowadzenie dowodów z następujących dokumentów:

- a) ogłoszenia o zamiarze udzielenia zamówienia nr 2022/BZP/00236745/01 z dnia 4 lipca 2022r.,
- b) specyfikacji warunków zamówienia wraz z załącznikami (SWZ),
- c) projektu umowy,
- d) oferty odwołującego,
- e) protokołu otwarcia ofert,
- f) pisma zamawiającego z dnia 4 sierpnia 2022r – zaproszenie do negocjacji,
- g) pisma zamawiającego z dnia 11 sierpnia 2022r – zaproszenie do złożenia oferty dodatkowej,
- h) oferty dodatkowej odwołującego,
- i) protokołu otwarcia ofert dodatkowych,

j) pisma zamawiającego z dnia 23 sierpnia 2022 r. – wezwanie do złożenia wyjaśnień,

k) pisma odwołującego z dnia 26 sierpnia 2022r wraz z załącznikami,

l) pisma zamawiającego z dnia 2 września 2022 r.,

- na okoliczność podjęcia przez zamawiającego czynności sprzecznej z przepisami ustawy P.z.p. poprzez odrzucenie oferty dodatkowej odwołującego, pomimo tego, że pod względem kryterium cenowego jest ona najkorzystniejsza dla zamawiającego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

I/ art. 226 ust. 1 punkt 3 w zw. z art. 296 ust. 2 ustawy P.z.p. poprzez ich nieprawidłowe zastosowanie i przyjęcie, że pomimo tego, że kryterium podlegającym ocenie przez zamawiającego w toku prowadzenia negocjacji, a następnie jedynym kryterium, pod którym była oceniana oferta dodatkowa było kryterium ceny, to pomimo tego, że odwołujący złożył ofertę której cena była najniższa – korzystniejsza dla zamawiającego, to i tak została uznana za niekorzystną i została odrzucona z uwagi na fakt, że zmianie uległy wyceny niektórych pozycji jednostkowych w przedmiarach, co może mieć istotny wpływ na wynik postępowania,

II/ art. 226 ust. 1 punkt 5 w zw. art. 462 ust. 1 i 2 ustawy P.z.p. poprzez jego nieprawidłowe zastosowanie i przyjęcie, że z uwagi na fakt niewskazania podwykonawców na etapie składania oferty, następnie wskazanie dostawców materiałów i usług na etapie składania wyjaśnień do treści złożonej oferty dodatkowej, odwołujący złożył ofertę dodatkową sprzeczną z warunkami zamówienia pomimo tego, że odwołujący sam spełnia warunki udziału w postępowaniu i zgodnie z obowiązującymi przepisami ustawy P.z.p. nie może stanowić podstawy do odrzucenia ani oferty ani oferty dodatkowej, gdyż wskazania odnośnie podwykonawstwa w przedmiotowym postępowaniu mają jedynie charakter informacyjny, co może mieć istotny wpływ na wynik postępowania,

III/ art. 296 ust. 2 ustawy P.z.p. poprzez nieprawidłowe zastosowanie i odrzucenie oferty dodatkowej odwołującego na podstawie przesłanki niewymienionej w tym przepisie, poprzez wskazanie, że oferta dodatkowa powinna zostać odrzucona z uwagi na wskazanie ewentualnych podwykonawców, pomimo tego, że taka okoliczność nie może stanowić podstawy do odrzucenia oferty dodatkowej, z uwagi na fakt oceny jedynie kryterium cenowego.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 14 września 2022 roku wniósł o:

- oddalenie odwołania w całości,

- zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów postępowania, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika na podstawie przedłożonych na posiedzeniu rachunków.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca MARBRO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Gdańsku (dalej: przystępujący). Przystępujący poparł stanowisko zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z rozdziałem XIV specyfikacji warunków zamówienia, zamawiający przewidywał wynagrodzenie kosztorysowe. Wykonawca zobowiązany był do wyliczenia ceny w WPR oraz do wskazania cen jednostkowych i wartości dla wszystkich pozycji asortymentowych wymienionych w WPR.

Oferta złożona przez wykonawcę opiewała na kwotę 6.912.436,95 zł (po poprawieniu oczywistych omyłek rachunkowych przez zamawiającego 6.912.440,57 zł), natomiast oferta dodatkowa na kwotę 6.488.136,23 zł.

Odwołujący w złożonej ofercie dodatkowej i załączonym do niej Wycenionym Przedmiarem Robót (WPR) w 10 pozycjach tj.: 1, 3, 4, 6a, 7, 20, 24, 38, 40, 50 oraz 54 wskazał wyższe, aniżeli w ofercie podstawowej ceny, co zamawiający uznał za mniej korzystne i tym samym pogarszające warunki złożonej oferty.

Z kolei w postanowieniach umownych wskazano, iż wynagrodzenie Wykonawcy stanowić będzie wynik sumy iloczynu ilości jednostek obmiarowych robót odebranych i cen jednostkowych wskazanych w WPRI przy czym ilości określone w WPR są ilościami szacunkowymi, a podstawą zapłaty będzie rozliczenie robót w oparciu o potwierdzony przez Inspektora Nadzoru obmiar, ceny jednostkowe zawarte w WPR oraz protokół odbioru.

Zamawiający uznał, iż wymienione niżej pozycje WPR są mniej korzystne w stosunku do pozycji skalkulowanych w ofercie złożonej w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu:

1) Tymczasowa organizacja ruchu przygotowanie projektu wraz z jego zatwierdzeniem, montażem i demontażem oznakowania na czas robót (poz. 3): z kwoty 106 607, 78 zł wzrost do kwoty 126 896,25 zł

2) Koszty zajęcia terenu kolejowego (poz. 4),

Z kwoty 469 074,21 zł wzrost do kwoty 571 042, 11 zł

3) Usunięcie krzewów w obrębie prac na powierzchni 5m x 3m przy każdym skrzydle przyczółków (4 strony) (poz. 6a), z kwoty 184,79 zł wzrost do kwoty 422,99 zł

4) Roboty pomiarowe przy liniowych robotach ziemnych (obsługa geodezyjna), odtworzenie trasy i punktów wysokościowych, pomiary przed rozpoczęciem prac oraz sporządzenie inwentaryzacji powykonawczej (obmiary) i dokumentacji powykonawczej (poz. 7), z kwoty 113 714,96 zł wzrost do kwoty 255 596,88 zł

5) Podbudowa zasadnicza z mieszanki kruszywa niezwiązanego gr. 30cm (poz. 20), z kwoty 105,19 zł wzrost do kwoty 119, 85 zł

6) Nawierzchnia z kostki brukowej betonowej - chodniki na dojściach do obiektu z nowego materiału (poz. 24), z kwoty 220,32 zł wzrost do kwoty 246,75 zł

7) Beton C30/37 - oczepy podpór pośrednich (poz. 38), z kwoty 4 906,80 zł wzrost do kwoty 6 084107 zł

8) Beton C30/37 - filary podpór pośrednich (poz. 40), Z kwoty 4 906,80 zł wzrost do kwoty 6 084107 zł

9) Uciąglenie nawierzchni nad dylatacjami ustroju i na styku ustroju z odporami skrajnymi (poz. 50); z kwoty 71,07 zł wzrost do kwoty 77,55 zł

10) Osłony przeciwpożarowe (poz. 54), z kwoty 1137,15 zł wzrost do kwoty 1804,78 zł

Zamawiający wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny wskazanej w ofercie.

W odpowiedzi, stanowiącej wyjaśnienia, odwołujący wskazał, iż przygotowanie oferty dodatkowej – znacznie niższej wartości – wymagało od niego dokonania ponownego oszacowania wszelkich kosztów i ryzyk związanych z realizacją zadania, w szczególności uzyskania nowych ofert, konsultacji z usługodawcami i dostawcami materiałów. Wykonawca wskazał, że podjęte działania pozwoliły na obniżenie ogólnej wartości robót, jednak przy tym powstała konieczność dokonania korekty. Odwołujący podniósł, iż taka korekta wynika z czynników obiektywnych, w szczególności niestabilnej sytuacji na rynku materiałów budowlanych i usług, a także konieczności zniwelowania ryzyka niedoszacowania niektórych kosztów związanych z realizacją robót.

Zgodnie z treścią złożonego przez zamawiającego zaproszenia do negocjacji z dnia 4 sierpnia 2022r przedmiotem negocjacji w celu ulepszenia oferty będzie jedynie kryterium ceny.

Zgodnie z Rozdziałem XX ust. 1 SWZ, Zamawiający na podstawie z art. 462 ust. 2 ustawy P.z.p. żądał wskazania przez Wykonawcę w formularzu oferty części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom i podania nazw ewentualnych podwykonawców, jeżeli już są znani.

W załączonym do SWZ Formularzu Oferty (Załącznik Nr 1 do SWZ), zamawiający zgodnie z zapisami w zdaniu powyższym w pkt 11 formularza żądał wskazania przez wykonawcę, czy będzie korzystał z podwykonawców, wskazując ich nazwy i adresy (o ile jest znana na dzień składania ofert) oraz wskazania powierzonych czynności (należy wskazać/ określić powierzony zakres). Jednocześnie Zamawiający poinformował, że „w przypadku, gdy Wykonawca nie wypełni niniejszych danych lub zaznaczy „Nie zamierzam(-y) powierzyć podwykonawcom żadnych części zamówienia”, Zamawiający uzna, iż Wykonawca zamierza wykonać całość zamówienia bez udziału podwykonawców”.

W złożonej ofercie w Formularzu Ofertowym (Załącznik Nr 1 do SWZ) stanowiącym integralną część oferty, która jest zobowiązaniem wykonawcy do zgodnego z żądaniami zamawiającego wykonania przedmiotu zamówienia odwołujący nie zaznaczył pkt 11 dotyczącego podwykonawców.

Do wyjaśnień złożonych na wezwanie zamawiającego dotyczącego oferty dodatkowej, wykonawca przedłożył dokumenty w postaci ofert podwykonawców, którzy będą uczestniczyć w realizacji zamówienia. Oferty te posiadają daty przed złożeniem oferty w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu, a w szczególności dotyczy to:

- obsługi geodezyjnej (oferta z dnia 19.07.2022 r., 25.07.2022 r., zaktualizowana z dnia 12.08.2022 r.)
- wykonania osłon przeciwporażeńowych (oferta z dnia 27.07.2022 r., zaktualizowana z dnia 17.08.2022 r.)

W treści SWZ rozdział I punkt 26 zamawiający zaznaczył, że nie wymaga osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych zadań.

W dniu 2 września 2022 r. zamawiający odrzucił złożoną przez odwołującego ofertę dodatkową wskazując, co następuje:

Podstawa prawna:

Zgodnie z:

- *art. 226 ust. 1 pkt 3) w związku z art. 296 ust. 2 zdanie czwarte ustawy Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jest niezgodna z przepisami ustawy,*

- art. 226 ust. 1 pkt 5), Zamawiający odrzuca ofertę, której treść jest niezgodna w warunkami zamówienia.

Uzasadnienie faktyczne:

W dniu 11 sierpnia 2022 r. Zamawiający zaprosił Wykonawcę do złożenia oferty dodatkowej, która zawierać miała nowe propozycje w zakresie treści oferty podlegających ocenie w ramach kryteriów oceny ofert wskazanych przez Zamawiającego w zaproszeniu do negocjacji, tj. CENY.

Wykonawca w dniu 19.08.2022 r. złożył ofertę dodatkową. Po przeanalizowaniu jej treści,

Zamawiający doszedł do wniosku, iż części składowe, tj. ceny jednostkowe dziesięciu pozycji kosztorysowych, tj.:

1) Tymczasowa organizacja ruchu - przygotowanie projektu wraz z jego zatwierdzeniem, montażem i demontażem oznakowania na czas robót (poz. 3),

2) Koszty zajęcia terenu kolejowego (poz. 4),

3) Usunięcie krzewów w obrębie prac na powierzchni 5m x 3m przy każdym skrzydle przyczółków (4 strony)

(poz. 6a),

4) Roboty pomiarowe przy liniowych robotach ziemnych (obsługa geodezyjna), odtworzenie trasy i punktów wysokościowych, pomiary przed rozpoczęciem prac oraz sporządzenie inwentaryzacji powykonawczej (obmiary) i dokumentacji powykonawczej (poz. 7),

5) Podbudowa zasadnicza z mieszanki kruszywa niezwiązanego gr. 30cm (poz. 20),

6) Nawierzchnia z kostki brukowej betonowej - chodniki na dojściach do obiektu z nowego materiału (poz. 24),

7) Beton C30/37 - oczepy podpór pośrednich (poz. 38), 8) Beton C30/37 - filary podpór pośrednich (poz. 40).

9) Uciąglenie nawierzchni nad dylatacjami ustroju i na styku ustroju z odporami skrajnymi.

W cenie należy ująć wykonanie siatki wzmacniającej, nacięcie warstwy ścieralnej oraz wypełnienie masą dylatacyjną trwale plastyczną (poz. 50) 10) Oslony

przeciwporażeniowe (poz. 54) są mniej korzystne w stosunku do pozycji kosztorysowych skalkulowanych w ofercie w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu.

(Tu zamawiający wskazał, w których częściach oferty dodatkowej nastąpił wzrost cen)

Biorąc powyższe pod uwagę, Zamawiający wezwał Wykonawcę do udzielenia wyjaśnień dotyczących czynników kształtujących odmienne ceny jednostkowe tej samej pozycji w WPR złożonym w ofercie dodatkowej i ofercie w odpowiedzi na ogłoszenie wraz ze złożeniem dowodów w zakresie szczegółowo wskazanym w wezwaniu.

Wykonawca złożył wyjaśnienia oferty dodatkowej w dniu 26.08.2022 r. wraz z załącznikami.

W swoich wyjaśnieniach Wykonawca wskazał dlaczego we wskazanych pozycjach dokonał podwyższenia cen jednostkowych powołując się na czynniki obiektywne, a w szczególności obiektywnie niestabilną sytuację na rynku materiałów budowlanych i usług, a także konieczność zniwelowania ryzyka niedoszacowania niektórych kosztów związanych z realizacją robót.

W ocenie Zamawiającego przygotowane oferty dodatkowej nie polega na ponownym szacowaniu wszelkich kosztów i ryzyk związanych z realizacją zadania. Wszelkie ryzyka i koszty powinny być przewidziane przez Wykonawcę na etapie składania ofert w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu.

Równocześnie powoływanie się przez Wykonawcę na niestabilną sytuację na rynku, świadczy jedynie o tym, że składając ofertę w odpowiedzi na ogłoszenie nie dokonał on skrupulatnie i dogłębnie wyceny oferty. Sytuacja na rynku materiałów budowlanych i usług jest niestabilna i to Wykonawca zobowiązany jest tak wycenić przedmiot zamówienia, aby nie budził ona żadnych wątpliwości Zamawiającego. Możliwość złożenia oferty dodatkowej nie służy i nie może służyć do ponownych szacunków złożonej uprzednio oferty czy jej korekty, co jest o tyle istotne, że Wykonawca składa ofertę dodatkową już w momencie w którym posiada wiedzę o treści złożonych ofert przez pozostałych oferentów. Po otwarciu ofert Wykonawca zwrócił się bowiem o udostępnienie ofert pozostałych Wykonawców. Już zatem na tym etapie znany był Wykonawcy sposób, w jaki został wyceniony przedmiot zamówienia przez pozostałych Wykonawców i jak kształtują się ceny.

Zamawiający zaprosił wykonawców do złożenia oferty dodatkowej mając na względzie to, że zaoferowana nowa cena nie będzie wyższa, czyli będzie korzystniejsza od oferty złożonej w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu.

W świetle kosztorysowego charakteru wynagrodzenia obligatoryjnym elementem oferty jest Wyceniony Przedmiar Robót (WPR). Na jego podstawie Zamawiający będzie rozliczał Wykonawcę z wykonanych elementów kosztorysowych. Jednocześnie Zamawiający zobowiązany jest do badania składników ceny, a te w jego ocenie są mniej korzystne, niż oferta pierwotna. To w oparciu o WPR, Zamawiający dowiaduje się, jaka będzie cena za wykonanie poszczególnych czynności w ramach zamówienia, które będzie zlecał na podstawie zawartej umowy z Wykonawcą.

Jednocześnie w § 3 ust. 2 Projektu umowy stanowiącym Załącznik Nr 9 do SWZ, uzależniono ostateczną wartość od faktycznie wykonanych robót na podstawie obmiarów i cen jednostkowych wskazanych w WPR oraz kwoty podatku od towarów i usług VAT. Wykonawca za wykonanie zadania otrzymać ma wynagrodzenie kosztorysowe, a więc Zamawiający zobowiązany będzie do zapłaty kwoty, która ustalona będzie poprzez obmiar wykonanych robót, w wyniku pomnożenia cen ustalonych przez Wykonawcę w kosztorysie złożonym do oferty, poprzez ilość jednostek obmiarowych wykonanych robót. Ilości te są ilościami szacunkowymi, w związku z czym uznać należy że dla ustalenia wiążącej Wykonawcę ceny, kluczowe jest ustalenie każdej z cen jednostkowych. Dopiero ich ostateczne zsumowanie stanowi ostateczną cenę oferty.

Mając powyższe na uwadze trzeba uznać, iż złożona oferta dodatkowa, choć jest co do zasady korzystniejsza w ramach kryterium oceny ofert wskazanym w zaproszeniu do negocjacji, niż oferta złożona w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu, jeżeli chodzi o wskazanie ogólnej ceny, to jej części składowe (mające wpływ przy realizacji zamówienia z uwagi na szacunkowe ilości) wskazane w WPR w ocenie Zamawiającego są mniej korzystne niż w złożonej ofercie podstawowej, gdyż we wskazanych pozycjach Wykonawca dokonał podwyższenia cen jednostkowych, co czyni ofertę dodatkową mniej korzystną. Uznac bowiem należy, iż zakaz z art. 296 ustawy PZP dotyczy każdej ceny jednostkowej z osobna.

Zważyć bowiem należy, co podkreśla się w doktrynie, iż złożenie oferty dodatkowej, która ma poprawić oferowane pierwotnie warunki nie może prowadzić do pogorszenia tych warunków. Wydaje się, że już z istoty składania takiej oferty w celu „ulepszenia” (tak art. 275 pkt 2 ustawy Pzp) przesądza o braku możliwości jej pogorszenia.

W związku z powyższym, Zamawiający uznaje, iż złożony WPR do oferty dodatkowej uniemożliwia Zamawiającemu na etapie badania i oceny ofert dodatkowych na porównanie ofert z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania Wykonawców (art. 16 ustawy Pzp).

Mając powyższe na uwadze, Zamawiający odrzuca Państwa ofertę dodatkową na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3) w związku z art. 296 ust. 2 zdanie czwarte ustawy Pzp.

W takiej sytuacji Wykonawcę nadal wiąże oferta złożona w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu.

Nadto, Zamawiający zwraca uwagę, iż zgodnie z Rozdziałem XX ust. 1 SWZ. Zamawiający na podstawie z art. 462 ust. 2 ustawy PZP żąda wskazania przez Wykonawcę w formularzu oferty części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom i oddania nazw ewentualnych podwykonawców, jeżeli już są znani.

W załączonym do SWZ Formularzu Oferty (Załącznik Nr 1 do SWZ), Zamawiający zgodnie z zapisami w zdaniu powyższym w pkt 11 formularza żądał wskazania przez Wykonawcę, czy będzie korzystał z podwykonawców, wskazując ich nazwy i adresy (o ile jest znana na dzień składania ofert) oraz wskazania powierzonych czynności (należy wskazać/ określić powierzony zakres). Jednocześnie Zamawiający poinformował, że „w przypadku, gdy Wykonawca nie wypełni niniejszych danych lub zaznaczy „Nie zamierzam(-y) powierzyć podwykonawcom żadnych części zamówienia”, Zamawiający uzna, iż Wykonawca zamierza wykonać całość zamówienia bez udziału podwykonawców”.

W złożonej przez Państwa ofercie w Formularzu Ofertowym (Załącznik Nr 1 do SWZ) stanowiącym integralną część oferty, która jest zobowiązaniem Wykonawcy do zgodnego z żądaniami Zamawiającego wykonania przedmiotu zamówienia nie został zaznaczony pkt 11 dotyczący podwykonawców. W związku z powyższym Zamawiający uznał, iż Wykonawca zamierza wykonać całość zamówienia bez udziału podwykonawców.

Do wyjaśnień złożonych na wezwanie Zamawiającego dotyczącego oferty dodatkowej, Wykonawca przedłożył dokumenty w postaci ofert Podwykonawców, którzy będą uczestniczyć w realizacji zamówienia.

Oferty te posiadają daty przed złożeniem oferty w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu, a w szczególności dotyczy to:

- obsługi geodezyjnej (oferta z dnia 19.07.2022 r., 25.07.2022 r., zaktualizowana z dnia 12.08.2022 r.),*
- wykonania osłon przeciwporażeńowych (oferta z dnia 27.07.2022 r., zaktualizowana z dnia 17.08.2022 r.).*

Zamawiający w dniu 22.07.2022 r. w odpowiedziach na pytania oraz modyfikacji SWZ zmienił termin składania ofert na dzień 29.07.2022 r.

W związku z powyższym, Wykonawca na etapie składania ofert miał świadomość i wiedzę, że będzie polegał na podwykonawcach, znał ich nazwy oraz zakres czynności jakie zostaną im powierzone, a jednak nie złożył oświadczenia w tym przedmiocie w ofercie

podstawowej, a dokonał niedozwolonej modyfikacji oferty w tym zakresie, oświadczając w wyjaśnieniach do oferty dodatkowej, iż przedmiot umowy będzie realizował przy pomocy podwykonawców.

Złożone wyjaśnienia do oferty dodatkowej nie mogą powodować zmiany treści oferty podstawowej w zakresie, w którym nie podlegają one negocjacom w kryterium oceny ofert, stąd też powstała druga samodzielna przesłanka do odrzucenia oferty.

Mając powyższe na uwadze, Zamawiający odrzuca Państwa ofertę dodatkową na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp.

W takiej sytuacji Wykonawcę nadal wiąże oferta złożona w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu, mimo że część zarzutów okazała się być zasadna.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy P.z.p. Okoliczność ta nie była pomiędzy stronami sporna.

Izba uznała za nieuzasadniony zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 punkt 3 w zw. z art. 296 ust. 2 ustawy P.z.p. poprzez ich nieprawidłowe zastosowanie i przyjęcie, że pomimo tego, że kryterium podlegającym ocenie przez zamawiającego w toku prowadzenia negocjacji, a następnie jedynym kryterium, pod którym była oceniana oferta dodatkowa było kryterium ceny, to pomimo tego, że odwołujący złożył ofertę, której cena była najniższa – korzystniejsza dla zamawiającego, to i tak została uznana za niekorzystną i została odrzucona z uwagi na fakt, że zmianie uległy wyceny niektórych pozycji jednostkowych w przedmiarach, co może mieć istotny wpływ na wynik postępowania

Zgodnie z art. 275 ustawy P.z.p., zamawiający udziela zamówienia w trybie podstawowym, w którym w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu oferty mogą składać wszyscy zainteresowani wykonawcy, a następnie zamawiający:

1) wybiera najkorzystniejszą ofertę bez przeprowadzenia negocjacji albo

2) może prowadzić negocjacje w celu ulepszenia treści ofert, które podlegają ocenie w ramach kryteriów oceny ofert, o ile przewidział taką możliwość, a po zakończeniu negocjacji zamawiający zaprasza wykonawców do składania ofert dodatkowych, albo

3) prowadzi negocjacje w celu ulepszenia treści ofert, a po zakończeniu negocjacji zamawiający zaprasza wykonawców do składania ofert ostatecznych.

W myśl art. 296 ust. 1 ustawy P.z.p., w przypadku, o którym mowa w art. 275 pkt 2, zamawiający wyznacza termin na złożenie ofert dodatkowych z uwzględnieniem czasu potrzebnego na przygotowanie tych ofert, z tym, że termin ten nie może być krótszy niż 5 dni od dnia przekazania zaproszenia do składania ofert dodatkowych. Stosownie do ust. 2, wykonawca może złożyć ofertę dodatkową, która zawiera nowe propozycje w zakresie treści oferty podlegających ocenie w ramach kryteriów oceny ofert wskazanych przez zamawiającego w zaproszeniu do negocjacji. Oferta dodatkowa nie może być mniej korzystna w żadnym z kryteriów oceny ofert wskazanych w zaproszeniu do negocjacji niż oferta złożona w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu. Oferta przestaje wiązać wykonawcę w zakresie, w jakim złoży on ofertę dodatkową zawierającą korzystniejsze propozycje w ramach każdego z kryteriów oceny ofert wskazanych w zaproszeniu do negocjacji. Oferta dodatkowa, która jest mniej korzystna w którymkolwiek z kryteriów oceny ofert wskazanych w zaproszeniu do negocjacji niż oferta złożona w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu, podlega odrzuceniu.

Odwołujący swoją argumentację w zakresie rozpoznawanego zarzutu opiera na stanowisku, iż złożona przez niego oferta dodatkowa była korzystniejsza wobec oferty złożonej pierwotnie, ponieważ wartość wpisana jako cena w ofercie dodatkowej w przyjętym kryterium oceny ofert była niższa niż wartość wpisana w tym samym kryterium w ofercie złożonej uprzednio.

Stanowisko odwołującego nie zasługuje na uwzględnienie. Zgodnie z treścią art. 296 ust.2 ustawy P.z.p., oferta dodatkowa nie może być mniej korzystna w żadnym z kryteriów oceny ofert wskazanych w zaproszeniu do negocjacji niż oferta złożona w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu. Określenie „nie może być mniej korzystna” należy interpretować jako okoliczność, w której zamawiający, z uwagi na zaoferowanie nowych warunków, odniesie korzyść, a przynajmniej nie poniesie szkody, realizując zamówienie na tychże warunkach. Sytuacja zamawiającego nie może zatem ulec pogorszeniu w związku ze złożeniem i przyjęciem oferty dodatkowej.

Wskazanych wyżej założeń nie gwarantuje proste przełożenie: „niższa cena ofertowa = oferta korzystniejsza”. Tego rodzaju sytuacja wymaga przeanalizowania w zależności od warunków danego postępowania. W rozpoznawanym przypadku zamawiający przyjął wynagrodzenie kosztorysowe jako sposób dokonywania rozliczeń z wykonawcą. Wynagrodzenie kosztorysowe (art. 629 Kodeksu cywilnego) określa się na podstawie zestawienia planowanych prac i przewidywanych kosztów, ze wskazaniem określonych cen

jednostkowych, stawek i jednostek obmiarowych, natomiast cena ofertowa jest jedynie ceną szacunkową, niezbędną dla porównania złożonych ofert. Po wykonaniu prac sporządza się kosztorys powykonawczy, w którym uwzględnia się faktycznie wykonane prace. Zatem ostateczne wynagrodzenie kosztorysowe wylicza się według cen i stawek przyjętych w zestawieniu i faktycznie wykonanych prac. Zasadą wynikającą z art. 630 K.c. jest to, że wykonawca może żądać odpowiedniego podwyższenia umówionego wynagrodzenia, jeżeli w toku wykonywania robót zajdzie konieczność wykonania prac dodatkowych, nieprzewidzianych w pracach stanowiących podstawę wynagrodzenia kosztorysowego. Okolicznością notoryjną jest, że w przypadku przyjęcia wynagrodzenia kosztorysowego do niezwykle rzadkich należą przypadki, w których cena ofertowa odpowiada co do swej wysokości wynagrodzeniu ostatecznemu, wynikającemu z kosztorysu powykonawczego.

W związku z tym, że negocjacje i nowe propozycje zawarte w ofercie dodatkowej dotyczyły kryterium ceny, dla oceny zatem, czy oferta dodatkowa złożona przez odwołującego, jest ofertą korzystniejszą od oferty złożonej w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu, koniecznym jest rozstrzygnięcie, czy zamawiający zapłaci mniej czy więcej za wykonane roboty. Za takim stanowiskiem przemawia również definicja ceny, zawarta w art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 9 maja 2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług (Dz. U z. 2019 roku, poz. 178), do której odsyła art. 7 pkt 1 ustawy P.z.p. Zgodnie z tą definicją, określenie „cena” oznacza wartość wyrażoną w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę. Nie budzi zatem wątpliwości, że dla oceny, czy oferta dodatkowa w przyjętym kryterium ceny jest korzystniejsza od oferty pierwotnej, istotna jest okoliczność, ile zamawiający faktycznie zapłaci za wykonane roboty.

Zamawiający w informacji o odrzuceniu oferty odwołującego stwierdził, że *we wskazanych pozycjach Wykonawca dokonał podwyższenia cen jednostkowych, co czyni ofertę dodatkową mniej korzystną*. Jeżeli odwołujący stał na stanowisku, że na podstawie złożonej przez niego oferty dodatkowej wynagrodzenie, jakie zapłaci zamawiający, będzie z punktu widzenia zamawiającego korzystniejsze, winien był tę okoliczność podnieść i udowodnić przed Krajową Izbą Odwoławczą. Odwołujący tego rodzaju polemiki w ogóle nie podniósł, skupiając się jedynie na prezentacji przyjętej przez siebie wykładni art. 296 ust. 2 ustawy P.z.p., zgodnie z którą dla uznania, że oferta dodatkowa w negocjowanym kryterium ceny jest korzystniejsza od oferty złożonej w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu, wystarczy, by wartość tego kryterium w ofercie dodatkowej była niższa niż w ofercie pierwotnej. Taka interpretacja prowadziłaby w istocie do wypaczenia *ratio legis* art. 296 ust. 2 ustawy P.z.p., którego celem jest możliwość udzielenia przez zamawiającego zamówienia na korzystniejszych dla niego warunkach.

Izba uznała zarzuty dotyczące naruszenia:

- art. 226 ust. 1 punkt 5 w zw. art. 462 ust. 1 i 2 ustawy P.z.p. poprzez jego nieprawidłowe zastosowanie i przyjęcie, że z uwagi na fakt niewskazania podwykonawców na etapie składania oferty, następnie wskazanie dostawców materiałów i usług na etapie składania wyjaśnień do treści złożonej oferty dodatkowej, odwołujący złożył ofertę dodatkową sprzeczną z warunkami zamówienia pomimo tego, że odwołujący sam spełnia warunki udziału w postępowaniu i zgodnie z obowiązującymi przepisami ustawy P.z.p. nie może stanowić podstawy do odrzucenia ani oferty ani oferty dodatkowej, gdyż wskazania odnośnie podwykonawstwa w przedmiotowym postępowaniu mają jedynie charakter informacyjny, co może mieć istotny wpływ na wynik postępowania,

- art. 296 ust. 2 ustawy P.z.p. poprzez nieprawidłowe zastosowanie i odrzucenie oferty dodatkowej odwołującego na podstawie przesłanki niewymienionej w tym przepisie, poprzez wskazanie, że oferta dodatkowa powinna zostać odrzucona z uwagi na wskazanie ewentualnych podwykonawców, pomimo tego, że taka okoliczność nie może stanowić podstawy do odrzucenia oferty dodatkowej, z uwagi na fakt oceny jedynie kryterium cenowego,

za uzasadnione, niemniej jednak podlegające oddaleniu, a to z uwagi na treść art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy P.z.p., z którego wynika, że Izba uwzględni odwołanie w całości lub w części, jedynie wówczas, gdy stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Institucja podwykonawstwa regulowana jest w art. 462 i nast. ustawy P.z.p. I tak, zgodnie z art. 462 ust. 1 ustawy P.z.p., wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy. W myśl ust. 2, zamawiający może żądać wskazania przez wykonawcę, w ofercie, części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, oraz podania nazw ewentualnych podwykonawców, jeżeli są już znani. Ustępy 5, 6 i 7 regulują sytuację, w których wymagane jest wskazanie przez wykonawcę podwykonawcy – innym podwykonawcą.

Obowiązek osobistego wykonania zamówienia przez wykonawcę regulowany jest art. 60 i 121 ust. 1 ustawy P.z.p. i wymaga dokonania takiego zastrzeżenia przez zamawiającego. W rozpoznawanym przypadku zamawiający nie zastrzegł takiego obowiązku

Z powyższego wynika, że ustawodawca wyraźnie dopuszcza możliwość wykonania części zamówienia przez podwykonawcę, jak również dopuszcza możliwość dokonywania zmian w tym zakresie. W rozpoznawanym przypadku zamawiający – stosownie do art. 462

ust. 2 ustawy P.z.p. – żądał wskazania przez wykonawcę w ofercie części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, oraz podania nazw ewentualnych wykonawców, jeżeli są znani. Wskazywanie przez wykonawcę na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, oraz podania nazw ewentualnych podwykonawców, jeżeli są już znani, ma charakter informacyjny. Brzmienie art. 462 ust. 2 Pzp wprowadzające fakultatywne wymaganie żądania informacji o części zamówienia, których wykonanie wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom, faktycznie przesądza o jego informacyjnym charakterze. Tym samym, wprowadzanie przez wykonawcę zmian w zakresie podwykonawstwa po terminie składania ofert należy uznać za dopuszczalne, o ile tylko nie stoi w sprzeczności z wymaganiami zamawiającego w zakresie osobistego wykonania zamówienia.

Z powyższego wynika, że odwołujący był uprawniony do dokonywania zmian, zarówno jeśli chodzi o zakres robót, jakie zamierzał powierzyć podwykonawcom, jak i w zakresie samych podwykonawców. Należy przy tym zauważyć, że sam fakt zebrania przez odwołującego ofert od potencjalnych podwykonawców przed terminem składania ofert, nie przesądza jeszcze o tym, że składając ofertę, już wiedział o tym, że część zamówienia powierzy podwykonawcom. Zbieranie ofert mogło mieć na celu zapoznanie się z warunkami, na jakich ewentualni podwykonawcy mieliby wykonać powierzone im roboty. Nie ma nic zaskakującego w tym, że wykonawca, przed złożeniem oferty, dokonuje rozpoznania rynku i na podstawie dokonanych ustaleń podejmuje decyzje co do strategii wykonania zamówienia.

Izba stwierdziła zatem, że zamawiający bezzasadnie odrzucił ofertę odwołującego z uwagi na wskazanie podwykonawców dopiero przy składaniu oferty dodatkowej. Niemniej jednak odwołanie w tym zakresie nie mogło zostać uwzględnione, jako że stwierdzone przez Izbę naruszenia nie mogą mieć wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Oferta odwołującego została bowiem zasadnie odrzucona z powodu złożenia oferty dodatkowej sprzecznej z wymaganiami wskazanymi w art. 296 ust. 2 ustawy P.z.p., zatem uwzględnienie odwołania w zakresie zarzutów uznanych za zasadne nie zmieniłoby sytuacji odwołującego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Tym samym podlegało ono w tym zakresie oddaleniu na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1 (*a contrario*) ustawy P.z.p.

Z uwagi na powyższe orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania oraz na podstawie § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: