

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 WPR1 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 dojeźdżach 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 6 084 107 zł
- 8) Beton C30/37 - filary podpór pośrednich (poz. 40), Z kwoty 4 906,80 zł wzrost do kwoty 6 084 107 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 przeciwporażeniowych (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 dościach 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. Uznać 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 żadaniami 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 przeciwporażeniowych (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 negocjacjom 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 notoryczną 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.

Instytucja 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 podwykonawców, 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: