

Sygn. akt KIO 204/23

WYROK

z dnia 6 lutego 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 lutego 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 stycznia 2023 r. przez wykonawcę Mamgusta Architekci Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Słowicza 45, 02-170 Warszawa

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Słupsk, ul. Sportowa 34, 76-200 Słupsk

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje: unieważnienie czynności unieważnienia postępowania i kontynuację postępowania w celu uzgodnienia warunków realizacji zamówienia zgodnie z regulaminem konkursu oraz ofertą wykonawcy Mamgusta Architekci Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego Gminę Słupsk, ul. Sportowa 34, 76-200 Słupsk i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Mamgusta Architekci Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Słowicza 45, 02-170 Warszawa tytułem wpisu od odwołania.
 - 2.2. zasądza od zamawiającego Gminy Słupsk, ul. Sportowa 34, 76-200 Słupsk na rzecz wykonawcy Mamgusta Architekci Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Słowicza 45, 02-170 Warszawa kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2022 r., poz. 1710) 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 204/23

Uzasadnienie

Gmina Słupsk, zwana dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2022 r., poz. 1710), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki na rozstrzygnięcie konkursu architektonicznego na wykonanie projektu dla inwestycji „Budowa Centrum Kultury oraz Centrum Usług Społecznych w Siemianicach”.

Przedmiotowe zamówienie przekracza progi unijne określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy Pzp. Postępowanie jest prowadzone w trybie udzielenia zamówienia, w którym Zamawiający udziela zamówienia po negocjacjach z jednym wykonawcą.

Zamawiający przeprowadził konkurs, w którym nagrodą było zaproszenie do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki autora wybranej pracy konkursowej.

W dniu 23 stycznia 2023 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca Mamgusta Architekci Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwany dalej „Odwołującym”, wniósł odwołanie od czynności podjętych przez Zamawiającego w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie projektu dla inwestycji „Budowa Centrum Kultury oraz Centrum Usług Społecznych w Siemianicach”, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 255 pkt 8) ustawy Pzp poprzez bezpodstawne unieważnienie postępowania.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania następujących czynności: 1. unieważnienia decyzji o unieważnieniu postępowania,

2. kontynuacji postępowania w celu uzgodnienia warunków realizacji zamówienia zgodnych z regulaminem konkursu oraz ofertą Odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podniósł m.in., że konkurs został ogłoszony jako realizacyjny, czyli taki, o którym mowa w art. 326 pkt 2 ustawy Pzp.

Regulamin przedmiotowego konkursu przewidywał wszczęcie postępowania z wolnej ręki. Zamawiający określił w regulaminie konkursu maksymalne wynagrodzenie projektanta za jego usługi.

W przypadku konkursu realizacyjnego poprzedzającego zamówienie z wolnej ręki Zamawiający przyrzeka zaprosić autora wybranej pracy konkursowej do negocjacji w celu wykonania usługi na podstawie wybranej pracy konkursowej.

W dniu 21 kwietnia 2022 r. zostały ogłoszone wyniki konkursu. Natomiast Zamawiający dopiero w dniu 16 września 2022 r. zaprosił Odwołującego do negocjacji w ramach postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki. W międzyczasie decydowały się

sprawy związane z nowymi granicami gminy Słupsk. Zgodnie decyzją Rady Ministrów przekazaniu na rzecz Miasta Słupsk uległy tereny niezurbanizowane, liczba mieszkańców i ich potrzeby nie zostały więc ograniczone. Zamawiający miał pełną świadomość tych okoliczności jeszcze przed wszczęciem postępowania.

Nie jest więc prawdziwe twierdzenie Zamawiającego podane w piśmie z dnia 15 grudnia 2022 r. uzasadniające obniżenie budżetu zamówienia zmianą granic gminy.

Również przywołany argument sytuacji geopolitycznej należy uznać za chybiony: między 16 września 2022 r. a 15 grudnia 2022 r. nie miały miejsca żadne szczególne zdarzenia.

Wojna na Ukrainie trwała już od wielu miesięcy, sytuacja epidemiczna się nie pogorszyła, również inflacja była od wielu miesięcy stałym zjawiskiem. Niemniej, okoliczności powyższe nie zostały wskazane jako przyczyny unieważnienia postępowania.

Odwołujący, rozumiejąc zmieniające się okoliczności, deklarował gotowość ograniczenia zakresu projektu oraz swojego wynagrodzenia. Przedmiot konkursu obejmował kilka obiektów budowlanych składających się na inwestycję „Budowa Centrum Kultury oraz Centrum Usług Społecznych w Siemianicach”. Inwestycja miała składać się z Centrum Kultury, Centrum Usług Społecznych a także Przychodni zdrowia wraz z zagospodarowaniem terenu o powierzchni blisko 57 500 m². Za taki zakres Zamawiający wskazał w warunkach konkursu maksymalne wynagrodzenie projektanta, które „nie może przekroczyć kwoty 1 500 000,00 zł netto”. Zarówno Odwołujący, jak i jego konkurenci wzięli udział w konkursie uznając powyższą kwotę za wystarczającą do wykonania wymaganych prac (choć istotnie odbiegającą od wynikającej ze środowiskowych zasad wyceny prac projektowych SARP i zaleceń Izby Architektów Rzeczypospolitej). W przypadku wskazania kwoty o połowę niższej ani Odwołujący, ani, prawdopodobnie, większość jego konkurentów w ogóle nie wzięłyby udziału w konkursie. Określona w regulaminie wysokość wynagrodzenia projektanta jest istotnym warunkiem konkursu, wiążącym Zamawiającego. Co do zasady, autor zwyczajnej pracy konkursowej ma prawo oczekiwać takiego właśnie wynagrodzenia. Wszak zostało ono wskazane przez samego Zamawiającego. Podanie kwoty wynagrodzenia projektanta należy rozpatrywać per analogiam do upublicznienia przez zamawiającego kwoty, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w trybie art. 222 ust. 4 ustawy Pzp. Ratio legis tego przepisu sprowadza się do uniemożliwienia zamawiającemu unieważnienia postępowania z uwagi na brak pieniędzy (art. 255 pkt 3) w sytuacji, gdy cena najkorzystniejszej oferty mieści się w przyjętym budżecie.

Analogicznie w przypadku konkursu: Zamawiający nie może odmówić zawarcia umowy z wynagrodzeniem wykonawcy określonym w warunkach konkursu twierdząc, że jest to zbyt wysoka kwota.

Na pierwszym spotkaniu negocjacyjnym strony zgodziły się, że szacowana wartość inwestycji podana w regulaminie konkursu (30 mln zł) jest istotnie zaniżona. Zamawiający zakładał w czasie negocjacji, że realizacja robót będzie kosztować 50-55 mln zł, natomiast Odwołujący oszacował ją na 55-60 mln zł. W następstwie tych rozmów Odwołujący przesłał Zamawiającemu wstępną ofertę wycenioną zgodnie ze środowiskowymi zasadami wyceny prac projektowych przy założeniu dwukrotnie wyższego (od przyjętego w konkursie) kosztu robót budowlanych. Kalkulacja ta wskazywała na kwotę ponad 4 mln zł i została przedstawiona Zamawiającemu dla zobrazowania rzeczywistej, obliczonej zgodnie z przepisami, wartości prac projektowych (oferta z 12 października 2022 r.). Zaniżanie kosztów realizacyjnych na etapie przygotowawczym inwestycji jest, niestety, często spotykane. Wartość prac projektowych jako udział procentowy od tej kwoty jest więc również znacząco pomniejszona.

W odpowiedzi Zamawiający podjął decyzję o unieważnieniu postępowania wskazując, że dysponuje kwotą 1 500 000 zł, którą wskazał w regulaminie konkursu (pismo z dnia 4 listopada 2022 r.). Po wyjaśnieniu charakteru tej oferty Zamawiający unieważnił swoją decyzję o unieważnieniu postępowania i kontynuował negocjacje.

W wyniku tych negocjacji Odwołujący potwierdził zobowiązanie do wykonania przedmiotowego zamówienia za kwotę określoną w regulaminie konkursu (oferta z 24 listopada 2022 r.), czyli za 1 500 000 zł. Zważywszy, że Zamawiający zgłaszał konieczność ograniczenia zakresu inwestycji, Odwołujący oferował proporcjonalne obniżenie wynagrodzenia, choć jest rzeczą oczywistą, że nakład pracy projektanta nie spada proporcjonalnie do spadku powierzchni obiektu. Wiele kosztów jest stałych, np. mapy, uzgodnienia, koszty zarządzania i koszty ogólne. Ograniczenie zakresu dotyczyło ponadto jedynie budynków. Zakres opracowania terenu nie uległ zmianie. Propozycja Odwołującego dotycząca proporcjonalnego obniżenia wynagrodzenia była propozycją uczciwą, korzystną dla Zamawiającego.

Dnia 15 grudnia 2022 r. Zamawiający przysłał pismo, w którym stwierdził, iż dysponuje kwotą 600 000 zł na usługę projektowania. Jako, że było to oświadczenia sprzeczne z warunkami konkursu oraz stanowiskiem Zamawiającego z dnia 4 listopada 2022, Odwołujący potraktował je jako kolejną propozycję negocjacyjną i potwierdził gotowość dalszego stosowania zasady proporcjonalności oraz otwartość na inne możliwości dostosowania zakresu inwestycji oraz usług projektowania do możliwości finansowych Zamawiającego, np. zawarcia umowy ramowej (pismo z 21 grudnia 2022 r.). Charakter tego pisma potwierdziły również kolejne negocjacje.

Na spotkaniu 4 stycznia 2023 r. strony potwierdziły chęć kontynuacji rozmów na temat przedmiotu i warunków ewentualnego zamówienia prac projektowych. Ustalono

również, że w odpowiedzi na oczekiwania Zamawiającego Odwołujący do dnia 11 stycznia 2022 r. przedstawi ofertę cenową wraz z harmonogramem rzeczowo-finansowym.

Zważywszy, że Zamawiający zgłaszał konieczność ograniczenia zakresu inwestycji w szczególności poprzez rezygnację z części funkcji (budynek Centrum Usług Społecznych) i zmniejszenie przychodni zdrowia, co stanowiło ograniczenie pierwotnego zakresu obiektów kubaturowych o ok. 1/3, Odwołujący proporcjonalnie obniżył oczekiwane wynagrodzenie. Dnia 10 stycznia 2023 r. Odwołujący złożył Zamawiającemu ofertę na realizację przedmiotu zamówienia w ograniczonym zakresie za kwotę 1 050 000 zł, czyli o 1/3 niższą od wartości zamówienia i możliwości finansowych Zamawiającego (1 500 000 zł).

W odpowiedzi na tę ofertę, dnia 13 stycznia 2023 r. Zamawiający przystał informację o unieważnieniu postępowania. Jako podstawę unieważnienia wskazano art. 255 pkt 8) ustawy Pzp, czyli: 8) w trybie zamówienia z wolnej ręki negocjacje nie doprowadziły do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. W uzasadnieniu faktycznym Zamawiający stwierdził, że „strony nie doszły do porozumienia co do kosztów opracowania dokumentacji projektowej”. Powyższe oznacza, że Zamawiający nie czuje się związany ani kwotą ujawnioną w regulaminie konkursu, ani deklaracją, że dysponuje kwotą 1 500 000 zł na usługi projektowania, ani przyjętą zasadą proporcjonalnego dostosowania wysokości wynagrodzenia do zakresu prac projektowych. Choć Zamawiający nie wyraził tego jednoznacznie, wydaje się, że oczekiwał wykonania 2/3 zakresu prac projektowych za 1/3 wynagrodzenia. Oznacza to, że Zamawiający chciałby obniżenia wynagrodzenia wykonawcy o 50% w stosunku do określonego w regulaminie konkursu. Kwota 1 500 000 zł była minimalnym akceptowalnym wynagrodzeniem za wykonanie przedmiotu zamówienia. W przypadku, gdyby Zamawiający wskazał kwotę o połowę niższą, ani Odwołujący, ani inny projektanci nie wzięliby udziału w konkursie. Zamawiający nie może uzasadniać unieważnienia postępowania brakiem pieniędzy, o ile wykonawca zgodził się na wykonanie zamówienia za wynagrodzeniem określonym przez Zamawiającego w regulaminie konkursu. Dodatkowo, już po rozpoczęciu negocjacji Zamawiający ponownie potwierdził w piśmie z 4 listopada 2022 r., że dysponuje kwotą 1 500 000 zł. Nawet, jeśli przyjąć, że w trakcie negocjacji wystąpiły szczególne okoliczności uzasadniające zmniejszenie zakresu inwestycji – co pozostaje wątpliwe wobec utraty przez Gminę jedynie terenów niezurbanizowanych - Zamawiający zobowiązany jest zaakceptować proporcjonalne zmniejszenie wynagrodzenia w stosunku do zmniejszenia zakresu prac. Ponieważ potrzeba realizacji inwestycji w okrojonym zakresie nie ustała – Zamawiający zobowiązany jest zawrzeć umowę na zakres prac odpowiadający jego potrzebom i możliwościom finansowym. Nie może bezpodstawnie uchylać się od zawarcia umowy, gdyż narusza podstawowe prawo wykonawcy – prawo do uzyskania zamówienia.

Takie działania należałoby uznać za wprowadzanie w błąd projektantów, wyłudzenie prac konkursowych, szantażowanie autora zwycięskiej pracy oraz prowadzenie negocjacji w złej wierze. Zamawiający naruszył nie tylko przepisy ustawy Pzp, ale przede wszystkim dobre obyczaje. Podważa zaufanie zarówno do siebie, jako inwestora, jak i SARP jako organizatora konkursu. Postępowanie Zamawiającego podczas prowadzonych negocjacji stanowiło próbę wymuszenia zmniejszenia wynagrodzenia Odwołującego o połowę co pozostaje w całkowitej sprzeczności z istotą konkursu architektonicznego, którego celem jest uzyskanie najlepszych efektów z danych nakładów (zgodnie z art. 44 ust. 3 ustawy o finansach publicznych).

Zamawiający w dniu 24 stycznia 2023 r. przekazał wykonawcom biorącym udział w procedurze konkursowej kopię odwołania za pomocą poczty elektronicznej. Do postępowania nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

W dniu 30 stycznia 2023 r. (pismem z tej samej daty) Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść zaproszenia do negocjacji, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Odwołującego złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Izba również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła także stanowisko oraz oświadczenie Odwołującego złożone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy.

Izba dopuściła zawnioskowany przez Odwołującego i złożone w trakcie rozprawy dowody, tj.: notatkę ze spotkania negocjacyjnego on-line z dnia 4 stycznia 2023 r. oraz korespondencję e-mailową dotyczącą przesłania notatki z tego spotkania.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając że odwołanie

zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 11 stycznia 2022 r. opublikował ogłoszenie o konkursie. Zgodnie z punktem IV.3.1) podpunkt 101. ogłoszenia w konkursie przyznane miały być nagrody, w tym „1) I nagroda pieniężna w wysokości 25.000,00 zł oraz zaproszenie do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki przedmiotu zamówienia na wykonanie na podstawie Pracy Konkursowej kompleksowej dokumentacji projektowej dla zadania pod nazwą budowa Centrum Kultury oraz Centrum Usług Społecznych w Siemianicach gmina Słupsk”.

W treści Regulaminu Konkursu (Konkurs SARP numer 1020), tj. KONKURS-u jednoetapowego, realizacyjnego, na opracowanie koncepcji architektoniczno-urbanistycznej „Centrum Kultury oraz Centrum Usług Społecznych” w Siemianicach gmina Słupsk w punkcie 39 podano „Wysokość wynagrodzenia Projektanta, za wykonanie zamówienia publicznego polegającego na szczegółowym opracowaniu wybranej do realizacji Pracy Konkursowej będzie ustalona w drodze negocjacji i nie może przekroczyć kwoty 1 500

000,00 zł netto”.

W dniu 14 kwietnia 2022 r. odbyło się posiedzenie Sądu Konkursowego, który dokonał oceny Konkursu SARP nr 1020 jednoetapowego, realizacyjnego, na opracowanie koncepcji architektoniczno-urbanistycznej „Centrum Kultury oraz Centrum Usług Społecznych” w Siemianicach gmina Słupsk i przyznał I nagrodę w wysokości 25.000,00zł brutto – pracy nr 026 MAMGUSTA Architekci Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

W dniu 21 kwietnia 2022 r. ogłoszono wyniki konkursu. Pierwsze miejsce przyznano wykonawcy MAMGUSTA.

Zamawiający, pismem z dnia 16 września 2022 r., skierował do wykonawcy MAMGUSTA „Zaproszenie do negocjacji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie zamówienia z wolnej ręki o wartości równej lub przekraczającej progi unijne określone na podstawie art. 3 ustawy z 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2021 r. poz. 1129)”, wskazując m.in., że „negocjacje z Wykonawcą odbędą się w siedzibie Zamawiającego w dniu 29.09.2022r., godz. 11:00” i będą dotyczyły:

„a) ceny za realizację zamówienia,

b) postanowień umowy, które zostaną w niej zawarte po przeprowadzeniu niniejszego postępowania, w tym w szczególności: zakresu umowy i terminu wykonania”. Załącznikiem do zaproszenia były „Projektowane postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego”.

Pismem z dnia 12 października 2022 r. wykonawca MAMGUSTA złożył ofertę na „NA WYKONANIE KOMPLETNEJ DOKUMENTACJI PROJEKTOWEJ DLA INWESTYCJI „BUDOWA CENTRUM KULTURY ORAZ CENTRUM USŁUG SPOŁECZNYCH W SIEMIANICACH” i podał proponowane wynagrodzenie za usługę w wysokości „4 161 375zł + VAT23%”.

Zamawiający, pismem z dnia 4 listopada 2023 r., unieważnił postępowanie na podstawie art. 255 pkt 8 ustawy Pzp, tj. z uwagi na to, że w trybie zamówienia z wolnej ręki negocjacje nie doprowadziły do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. W uzasadnieniu swojej decyzji Zamawiający podał, że „kwota, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia: 1 500 000,00 zł netto określił w regulaminie konkursu na opracowanie koncepcji architektoniczno – urbanistycznej „Centrum Kultury oraz centrum Usług Społecznych w Siemianicach gmina Słupsk”. W drodze negocjacji Wykonawca MAMGUSTA zaoferował wykonanie projektu w cenie: 5 403 851,25 zł brutto. Zaoferowana kwota przekracza znacznie kwotę jaką Zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie niniejszego zamówienia. Jednocześnie należy wskazać, iż Zamawiający nie może zwiększyć przeznaczonej kwoty do ceny oferowanej przez wykonawcę.”.

Pismem z dnia 24 listopada 2022 r. wykonawca MAMGUSTA skierował do Zamawiającego „Aktualizację oferty z dnia 12 października 2022 r.”, wskazując że „na podstawie dwóch tur negocjacji przeprowadzonych w dniach 15.11.2022 i 22.11.2022 w trybie zamówienia z wolnej ręki dla ww. zamówienia niniejszym przedstawiam aktualizację oferty z dnia 12.10.2022. Za wykonanie zamówienia publicznego polegającego na szczegółowym opracowaniu wybranej do realizacji Pracy Konkursowej proponujemy kwotę 1 500 000 netto (zgodnie z pkt 39 Regulaminu Konkursu)”.

Zamawiający, pismem z dnia 15 grudnia 2022 r., poinformował wykonawcę MAMGUSTA „w odpowiedzi na aktualizację oferty przesłanej w dniu 24 listopada 2022 r. na wykonanie projektu (...) opiewającą na kwotę 1 500 000,00 zł netto”, że „nie jest w stanie przyjąć powyższej propozycji na wykonanie projektu. Z uwagi na wydarzenia mające miejsce na przestrzeni ostatniego roku (sytuacja geopolityczna, gospodarcza oraz uszczuplenie granic Gminy Słupsk kosztem Miasta Słupsk co doprowadziło do zmniejszenia budżetu Gminy), Zamawiający dysponuje na wykonanie powyższego zadania kwotą 600 000 zł brutto”. Jednocześnie Zamawiający poprosił wykonawcę o ustosunkowanie się do propozycji do dnia 21 grudnia 2022 r., dodając że w przypadku braku informacji uzna negocjacje za

zakończone oraz unieważni postępowanie w trybie zamówienia z wolnej ręki, tj. negocjacje nie doprowadziły do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W dniu 21 grudnia 2022 r. wykonawca skierował do Zamawiającego pismo, w którym odniósł się do pisma Zamawiającego z dnia 15 grudnia 2022 r. pt. „Informacja dotycząca aktualizacji oferty Wykonawcy” i przekazanej przez Zamawiającego informacji o kwocie jaką dysponuje na wykonanie powyższego zadania projektowego (600 000, 00

brutto). Wykonawca wskazał „pozostajemy otwarci na dalsze rozmowy w kwestii ewentualnej umowy na prace projektowe, zakładając proporcjonalne ograniczenie zakresu prac. Rozumiejąc problemy i potrzeby Gminy deklarujemy chęć kontynuowania rozmów, które pozwolą wspólnymi siłami zrealizować projekt zgodnie z nagrodzoną pracą konkursową. Deklarujemy współpracę w określeniu podziału inwestycji na etapy proporcjonalne do posiadanych przez Zamawiającego środków. Pozostajemy otwarci na ewentualne zapisy umowy ramowej, zakładającej realizację projektu w dłuższym przedziale czasowym. Jestem przekonany, że kierując się wzajemną współpracą i zrozumieniem uda się wypracować odpowiednie zapisy umowy”.

Na spotkaniu w dniu 4 stycznia 2023 r. (notatka ze spotkania „online”) Zamawiający poinformował Projektanta (MAMGUSTA Architekci Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie) o zmianie planów inwestycyjnych Gminy i potrzebie rezygnacji z części funkcji (budynek Centrum Usług Społecznych) oraz konieczności zmniejszenia przychodni zdrowia, która była objęta zakresem projektu konkursowego. W trakcie spotkania Projektant wskazał, że „możliwe jest dostosowanie projektu konkursowego z uwzględnieniem ww. planów Zamawiającego” i „Strony, zadeklarowały chęć kontynuacji rozmów na temat przedmiotu i warunków ewentualnego zamówienia prac projektowych. (...) w odpowiedzi na oczekiwania Zamawiającego Projektant do dnia 11.01.2022 przedstawi ofertę cenową wraz z harmonogramem rzeczowo-finansowym. Zamawiający poinformował, że jego intencją jest podjęcie decyzji w sprawie prowadzonego postępowania do dnia 13.01.2022 po omówieniu oferty Projektanta z Radą Gminy”.

W dniu 10 stycznia 2023 r. wykonawca MAMGUSTA, w trakcie prowadzonych negocjacji złożył ofertę, wskazując że „oferta stanowi aktualizację w związku z ustaleniami spotkania z dnia 4 stycznia 2023, na którym Zamawiający poinformował Projektanta na temat zmiany planów inwestycyjnych Gminy i potrzeby korekty zakresu zaproponowanego w projekcie konkursowym polegającego na: rezygnacji z części funkcji (budynek Centrum Usług Społecznych) i zmniejszeniu przychodni zdrowia.

Koszt opracowania dokumentacji projektowej zgodnie z zakresem określonym w pkt 1 oferty. Kwota netto - 1 050 000 PLN (słownie: jeden milion pięćdziesiąt tysięcy)

Kwota VAT 23% - 241 500 PLN (słownie: dwieście czterdzieści jeden tysięcy pięćset)

Kwota brutto - 1 291 500 PLN (słownie: jeden milion dwieście dziewięćdziesiąt jeden tysięcy pięćset)”.

Zamawiający, pismem z dnia 13 stycznia 2023 r., unieważnił postępowanie na podstawie art. 255 pkt 8 ustawy Pzp, tj. z uwagi na to, że w trybie zamówienia z wolnej ręki negocjacje nie doprowadziły do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. W uzasadnieniu decyzji Zamawiający podał, że „w toku prowadzonych negocjacji Zamawiający i Wykonawca nie doszli do porozumienia co do kosztów opracowania dokumentacji projektowej”.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zawarcie umowy. Źródłem obowiązku jej zawarcia są natomiast czynności prawne uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zobowiązanie do zawarcia umowy po stronie Zamawiającego kształtuje się, co do zasady, już na etapie ogłoszenia o zamówieniu oraz opublikowania warunków zamówienia. Wszczęcie postępowania jest wiążące dla Zamawiającego, a jego zakończenie w inny sposób niż przez zawarcie umowy należy uznać jako wyjątkowe i dopuszczalne jedynie na skutek ziszczenia się przesłanek unieważnienia postępowania, ujętych w ustawie w sposób enumeratywny.

Przedmiotem tego postępowania są negocjacje w trybie z wolnej ręki z autorem wybranej pracy. Nagrodą w ogłoszonym konkursie było bowiem zaproszenie do negocjacji w trybie z wolnej ręki. Nagroda w konkursie – jak słusznie wskazywał Odwołujący - jest zachętą dla wykonawców do wzięcia udziału w konkursie, w tym postępowaniu – konkursie udział wzięło udział 19 wykonawców, i nagroda stanowi wynagrodzenie za wykonanie pracy konkursowej.

Obligatoryjnym elementem regulaminu konkursu jest wskazanie maksymalnego planowanego łącznego kosztu wykonania prac realizowanych na podstawie pracy konkursowej, co pozwala potencjalnym uczestnikom postępowania konkursowego (konkursu) na ocenę realnego rozmiaru planowanego przedsięwzięcia. Kwota ta determinuje także budżet projektu. Zgodnie z Regulaminem konkursu (rozdział III Szczegółowe Warunki Konkursu, pkt 39 „Przedmiot konkursu” w tym postępowaniu podano, że „wysokość wynagrodzenia Projektanta, za wykonanie zamówienia publicznego polegającego na szczegółowym opracowaniu wybranej do realizacji Pracy Konkursowej będzie ustalona w drodze negocjacji i nie może przekroczyć kwoty 1 500 000,00 zł netto”.

Przedmiotem negocjacji jest więc doprecyzowanie i uszczegółowienie wybranej pracy konkursowej. W tym przypadku negocjacje miały dotyczyć ceny za realizację umowy oraz postanowień umowy, które zostaną w niej zawarte po przeprowadzeniu postępowania negocjacyjnego, w tym w szczególności: zakresu umowy i terminu jej wykonania.

Zamawiający w dniu 16 września 2022 r., skierował bowiem do wykonawcy MAMGUSTA „Zaproszenie do negocjacji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie zamówienia z wolnej ręki”. Od tej daty toczyły się rozmowy pomiędzy Zamawiającym a wybranym w konkursie wykonawcą (wykonawcą MAMGUSTA). W ich toku Zamawiający wskazał najpierw, że na sfinansowanie realizacji zamówienia będącego przedmiotem konkursu „zamierza przeznaczyć 1 500 000,00 zł netto” (pismo z dnia 4 listopada 2022 r.), a następnie że dysponuje jedynie kwotą 600 000,00 zł brutto (pismo z dnia 15 grudnia 2022 r.). Z kolei wykonawca MAMGUSTA zaoferował wykonanie projektu za kwotę 5 403 851,25 zł brutto (pismo z dnia 4 listopada 2022 r.), następnie kwotę 1 500 000,00 zł netto (pismo z dnia 24 listopada 2022 r.) oraz kwotę 1 291 500,00 zł brutto (pismo z dnia 10 stycznia 2023 r.). Negocjacje były więc w toku. Wykonawca MAMGUSTA nie uchylał się od współdziałania z Zamawiającym i dążeniu do osiągnięcia porozumienia w zakresie wskazanym w zaproszeniu do negocjacji. Wychodził naprzeciw oczekiwaniom Zamawiającego, konsekwentnie

deklarując przez cały czas negocjacji wolę współpracy, w tym także współpracę w określeniu podziału inwestycji na etapy proporcjonalnie do posiadanych przez Zamawiającego środków finansowych. Brak było więc podstaw do uznania, że negocjacje nie doprowadzą do zawarcia umowy. Zasada dobrej wiary negocjacji - jak słusznie podniósł Odwołujący - nakazuje bowiem, aby dążyć do zawarcia umowy. Pamiętać przy tym bowiem należy, że art. 72 § 2 k.c. stanowi, że strona która rozpoczęła lub prowadziła negocjacje z naruszeniem dobrych obyczajów, w szczególności bez zamiaru zawarcia umowy, jest obowiązana do naprawienia szkody, jaką druga strona poniosła przez to, że liczyła na zawarcie umowy. Odpowiedzialność na podstawie tego przepisu zachodzić będzie w szczególności w przypadku wysłania zaproszenia do negocjacji bez intencji zawarcia umowy. Jest to o tyle istotne, iż w tym stanie faktycznym zaproszenie do negocjacji zostało skierowane, zresztą zgodnie z warunkami konkursu, do jego zwycięzcy.

Cóż takiego się stało, że jeszcze w listopadzie 2022 r. Zamawiający zapewniał, że na realizację projektu zamierza przeznaczyć 1 500 000,00 zł netto, a już w grudniu 2022 r. wskazywał na kwotę 600 000,00 zł brutto? Okoliczności do jakich odwołał się w odniesieniu do drugiej z kwot, a mianowicie sytuacja geopolityczna, gospodarcza oraz zmiana granic Gminy Słupsk nie pojawiły się w tym okresie (listopad – grudzień 2022 r.). Okoliczności te istniały wcześniej. Zamawiający miał więc pełną świadomość tych okoliczności jeszcze przed wszczęciem postępowania. W toku negocjacji zapewniał nawet, że na realizację projektu zamierza przeznaczyć kwotę 1 500 000,00 zł. Dlatego też autor wybranej pracy konkursowej, tj. wykonawca MAMGUSTA miał prawo oczekiwać takiego właśnie wynagrodzenia (wynikającego z warunków konkursu i deklarowanego w złożonym wykonawcy oświadczeniu). Podkreślić przy tym należy, że wykonawca, uwzględniając wnioski zgłaszane

przez Zamawiającego ograniczył pierwotny zakres prac o 1/3 proporcjonalnie obniżając także oczekiwane wynagrodzenie.

W kontekście powyższego trudno dopatrzeć się „niepowodzenia w negocjacjach” i na tej podstawie unieważnić negocjacje w trybie z wolnej ręki. Podstawą unieważnienia postępowania była bowiem wyłącznie ta przesłanka a wykonawca nadal deklarował wolę współpracy. Powody unieważnienia, na które wskazał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie pojawiły się dopiero w skierowanym do Izby stanowisku. Dlatego też Izba uznała, że zarzut ten potwierdził się.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 2) lit. b) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r., poz. 2437).

Przewodniczący: