

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Jolanta Markowska**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 sierpnia 2024 r. przez wykonawcę: **INVEST HOUSE PLUS sp. z o.o. Sp.k., ul. Gdyńska 74, 62-028 Koziegłowy** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Wojskowy Zarząd Infrastruktury, ul. Tadeusza Kościuszko 92/96, 61 – 716 Poznań**, przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy: **Przedsiębiorstwo EL-IN Spółka z o.o., ul. Kościuszki 8, 96-100 Skierniewice**,

**orzeka:**

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności zaproszenia wykonawców do negocjacji i zaproszenia do składania ofert dodatkowych oraz powtórzenie czynności oceny ofert i czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;**
- 2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego: Wojskowy Zarząd Infrastruktury, ul. Tadeusza Kościuszko 92/96, 61 – 716 Poznań, i:**
  - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: INVEST HOUSE PLUS sp. z o.o. Sp.k., ul. Gdyńska 74, 62-02 Koziegłowy tytułem wpisu od odwołania,**
  - 2.2 zasądza kwotę 14 334 zł 60 gr (słownie: czternaście tysięcy trzysta trzydzieści cztery złote sześćdziesiąt groszy) od zamawiającego: Wojskowy Zarząd Infrastruktury, ul. Tadeusza Kościuszko 92/96, 61 – 716 Poznań na rzecz wykonawcy: INVEST HOUSE PLUS sp. z o.o. Sp.k., ul. Gdyńska 74, 62-02 Koziegłowy, stanowiącą koszty poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika, dojazdu na posiedzenie i opłaty skarbowej.**

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

**Przewodniczący: .....**

Sygn. akt: KIO 2779/24

### **Uzasadnienie**

Zamawiający, Wojskowy Zarząd Infrastruktury z siedzibą w Poznaniu, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie w trybie podstawowym z możliwością prowadzenia negocjacji na podstawie art. 275 pkt 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) zwanej dalej „Pzp” w przedmiocie: „Zadanie 55058 „Budowa budynków zaplecza administracyjno – technicznego Składu Porażyn wraz z zagospodarowaniem terenu”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych: 2024/BZP 00367340/01 w dniu 27 maja 2024 r.

Pismem z dnia 30 lipca 2024 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty. Zamawiający dokonał wyboru oferty złożonej przez wykonawcę Przedsiębiorstwo EL-IN Spółka z o.o. z siedzibą w Skierniewicach.

Wykonawca, INVEST HOUSE PLUS sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Koziegłowach wniósł odwołanie, zarzucając naruszenie przez Zamawiającego przepisów:

- 1) art. 289 ust. 5 Pzp w zw. z art. 296 ust. 2 Pzp, przez niewłaściwe zastosowanie i niewskazanie w zaproszeniu do negocjacji skierowanym do Odwołującego oraz w zaproszeniu do złożenia oferty dodatkowej wszystkich kryteriów oceny ofert w ramach których były prowadzone negocjacje w celu ulepszenia treści ofert;
- 2) art. 290 ust. 1 i ust. 2 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 Pzp, przez nierówne traktowanie Odwołującego, który nie mając wiedzy, że Zamawiający negocjuje również inne kryteria oceny ofert z innym wykonawcą nie miał możliwości zaoferowania konkurencyjnej oferty dodatkowej, przez co sposób prowadzenia negocjacji zaburzył konkurencyjność w postępowaniu oraz przeczył zasadzie przejrzystości, a w konsekwencji naruszenie:

3) art. 239 ust. 1 Pzp, przez wybór oferty najkorzystniejszej z naruszeniem przepisów ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. unieważnienia czynności przeprowadzonych w postępowaniu poczynawszy od skierowania zaproszenia do negocjacji;
3. ponownego skierowania zaproszenia do negocjacji i w konsekwencji zaproszenia do składania ofert dodatkowych lub zaniechania negocjacji i wyboru oferty na podstawie ofert złożonych w odpowiedzi na ogłoszenie.

Odwołujący wyjaśnił, że złożył ofertę w postępowaniu, która jest zgodna z warunkami zamówienia i została najwyższej oceniona. Odwołujący został zaproszony do negocjacji, a następnie do złożenia ofert dodatkowych, jednakże wobec niewiedzy, że Zamawiający negocjuje również inne kryterium oceny ofert z konkurencyjnym wykonawcą, nie miał de facto możliwości złożenia konkurencyjnej oferty dodatkowej. Odwołujący swój interes upatruje w tym, że gdyby wiedział o wszystkich negocjowanych kryteriach mógłby tak skalkulować ofertę, że byłaby ona najkorzystniejsza. Szkoda, jaką może ponieść Odwołujący w wyniku zaskarżonych czynności Zamawiającego, odpowiada co najmniej zyskowi, jaki uzyskałby realizując zamówienie.

Odwołujący wyjaśnił, że w prowadzonym postępowaniu Zamawiający przyjął następujące kryteria oceny ofert (Rozdział XVIII SWZ): Cena: 60 pkt, Gwarancja: 20 pkt, Termin wykonania: 20 pkt.

W odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu złożono dwie oferty:

W dniu 04.07.2024 r. Zamawiający skierował do Odwołującego zaproszenie do negocjacji i złożenia oferty dodatkowej, w którym wskazał, że Zamawiający będzie negocjował cenę. Zaproszenie skierowane do wykonawcy EL – IN Sp. z o.o., oprócz ceny zawierało również kryterium termin wykonania (o czym Odwołujący nie został poinformowany).

Zamawiający wyznaczył termin składania oferty dodatkowej na 10.07.2024 r. Odwołujący złożył ofertę dodatkową w zakresie ceny, zaś EL – IN Sp. z o.o. złożył ofertę w zakresie ceny i terminu realizacji. W konsekwencji, po przeliczeniu punktacji wykonawcy EL – IN Sp. z o.o. uzyskał więcej punktów i jego oferta została uznana za najkorzystniejszą.

[Zarzut naruszenia art. 289 ust. 5 Pzp w zw. z art. 296 ust. 2 Pzp]

Odwołujący wskazał, że w trybie podstawowym z możliwymi negocjacjami Zamawiający może zdecydować o przeprowadzeniu negocjacji. Podejmując taką decyzję zobowiązany jest postępować w określony ustawą sposób. Po pierwsze, zgodnie z art. 289 ust. 5 Pzp, może zaprosić wykonawców do negocjacji, wskazując w zaproszeniu kryteria oceny ofert, w ramach których będą prowadzone negocjacje w celu ulepszenia treści ofert. Następnie, zamawiający prowadzi negocjacje z każdym z wykonawców oddzielnie, zapewniając zgodnie z art. 290 ust. 1 Pzp równe traktowanie wykonawców. Kolejno, Zamawiający informuje o zakończeniu negocjacji i zaprasza do składania ofert dodatkowych (art. 293 ust. 2 Pzp). Wreszcie, zgodnie z dyspozycją art. 296 ust. 2 Pzp, wykonawcy składają oferty dodatkowe, które zawierają nowe propozycje w zakresie treści oferty, podlegające ocenie w ramach kryteriów oceny ofert wskazanych przez Zamawiającego w zaproszeniu do negocjacji.

Z konstrukcji wariantu 2 trybu podstawowego wynika, że kryteria wskazane w zaproszeniu do negocjacji są następnie kryteriami podlegającymi ocenie w ramach ofert dodatkowych, mającymi na celu ulepszenie ofert.

Dla oceny prawidłowości czynności Zamawiającego istotne jest posłużenie się przez ustawodawcę zwrotem kryteria oceny ofert (liczba mnoga odnosząca się do wszystkich ofert) nie zaś kryteria oceny oferty – co by mogło wskazywać na możliwość przyjęcia odmiennych kryteriów odnośnie ofert poszczególnych wykonawców.

Jeżeli więc Zamawiający postanowił objąć negocjacjami i ofertą dodatkową dwa kryteria: kryterium ceny i kryterium termin wykonania, to powinien wskazać oba kryteria w zaproszeniu do negocjacji i złożenia oferty dodatkowej, skierowanym do wszystkich wykonawców.

Zamawiający może argumentować, że nie zapraszał Odwołującego do ulepszenia terminu z uwagi na zaoferowanie najkrótszego możliwego i w zw. z tym uzyskanie maksymalnej punktacji w tym kryterium, a tym samym braku możliwości jakiegokolwiek ulepszenia. Powyższe nie uzasadnia jednak niepoinformowania Odwołującego o podjęciu negocjacji w tym kryterium z drugim wykonawcą, który zaoferował termin dłuższy i mógł w tym kryterium ofertę ulepszyć. Oczywistym jest, że wykonawcy przyjmują strategię ofertowe celem uzyskania zamówienia. Gdyby Odwołujący wiedział o tym, że konkurent może zmienić ofertę również w zakresie oferowanego terminu, to mógłby obniżyć zaoferowaną pierwotnie cenę o taką kwotę, żeby zrekompensować „nadrobienie” konkurenta punktów w kryterium terminu. Tymczasem, Odwołujący był przekonany, że jedynym negocjowanym kryterium jest cena i nadal zyskuje przewagę w kryterium termin realizacji.

[Zarzut naruszenia art. 290 ust. 1 i ust. 2 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 Pzp]

Przepis art. 290 ust. 1 i 2 Pzp jest jednoznaczny. Zamawiający zobowiązany jest do zapewnienia równego traktowania wszystkich wykonawców podczas negocjacji i nie może udzielać informacji w sposób, który mógłby zapewnić niektórym wykonawcom przewagę nad innymi. Co prawda, przepis odnosi się do negocjacji, jednakże należy je

traktować szeroko i mieć na uwadze, że dyspozycją art. 290 ust. 2 Pzp, etapem negocjacji objęte są wszystkie czynności Zamawiającego: od skierowania zaproszenia do negocjacji przez przeprowadzenie negocjacji aż do zaproszenia do składania ofert dodatkowych.

W prowadzonym postępowaniu Zamawiający wprost naruszył zakaz z art. 290 ust. 2 Pzp i udzielił informacji w sposób, który dał przewagę wykonawcy EL – IN Sp. z o.o. nad Odwołującym. Bądź też odwrotnie – brak informacji o negocjacji kryterium termin wykonania spowodował, że Odwołujący był na gorszej pozycji, nie mógł bowiem zakładać, że konkurent może zyskać punkty w tym kryterium.

Naruszenie art. 290 Pzp koresponduje również z naruszeniem art. 16 pkt 1 i 2 Pzp, z którego wywodzi się podstawowe zasady prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasadę przejrzystości.

Zasada przejrzystości w praktyce oznacza, że reguły postępowania są jednakowe dla wszystkich ubiegających się wykonawców, a czynności Zamawiającego są transparentne.

Jak wskazuje się w Komentarzu pod red. W. Dzierżanowskiego, zasada wyrażona w art. 290 ust. 2 Pzp oznacza, że zamawiający ma przekazać wszystkim wykonawcom ten sam zakres informacji i przeprowadzić negocjacje w tych samych aspektach. Jeżeli więc jedna z ofert będzie wymagała negocjacji w jakimś zakresie, to także wykonawcom, którzy złożyli pozostałe oferty, muszą być zaproponowane negocjacje tego aspektu.

W Komentarzu pod red. A. Gawrońskiej Baran wskazano zaś, że udzielanie informacji w sposób, który mógłby zapewnić niektórym wykonawcom przewagę nad innymi wykonawcami, to w szczególności wybiórcze dystrybuowanie informacji związanych z realizacją przedmiotu zamówienia, preferencjami zamawiającego w tym zakresie czy oczekiwaniami związanymi z oceną ofert.

Odwołujący zwrócił także uwagę, że pomimo ogólnych zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania i przejrzystości wyrażonych w art. 16 Pzp, ustawodawca zdecydował na wprowadzenie dodatkowych reguł w art. 290 Pzp, co wskazuje na istotność powołanych regulacji w kontekście prowadzenia negocjacji w wariantach 2 trybu podstawowego.

Wykonawca Przedsiębiorstwo EL-IN Spółka z o.o. z siedzibą w Skierniewicach, zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Przystępujący przedstawił swoje stanowisko w piśmie procesowym z dnia 16 sierpnia 2024 r. złożonym w dniu 19 sierpnia 2024 r. Przystępujący wskazał, że Zamawiający w punkcie II SWZ określił tryb udzielenia zamówienia, które zostało przeprowadzone w trybie podstawowym z możliwością negocjacji treści ofert w celu ich ulepszenia, na podstawie art. 275 pkt. 2 Pzp. Zgodnie z powyższą podstawą prawną, Zamawiający 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. Zamawiający określił kryteria oceny ofert w punkcie XVIII SWZ i wszystkie te kryteria mogły być negocjowane, z zastrzeżeniem, że kryteria:

- a) Termin wykonania całości zamówienia;
- b) Gwarancja

mogły być negocjowane tylko i wyłącznie poprzez wybór 1 z 3 Wariantów wskazanych przez Zamawiającego w SWZ.

W dniu 04.07.2024 r. Zamawiający zaprosił Przystępującego do negocjacji na podstawie art. 289 ust. 1 Pzp oraz do złożenia oferty dodatkowej. Jako kryteria, które mają być poddane negocjacji wskazał: cenę oraz termin wykonania, zatem te kryteria, które Przystępujący mógł zmienić, aby uzyskać największą liczbę punktów. Z tego samego powodu Zamawiający nie negocjował z Przystępującym kryterium „gwarancja” bowiem Przystępujący w swojej ofercie wybrał Wariant III, za który można było uzyskać maksymalnie 20 punktów. Analogiczne zaproszenie Zamawiający wystosował do Odwołującego, gdzie jako kryterium podlegające negocjacji wskazał: cenę, wyłączając kryterium „termin wykonania” i „gwarancja”, bowiem Odwołujący w swojej ofercie w ww. kryteriach wybrał Wariant III, za który uzyskał maksymalną możliwą ilość punktów. Zamawiający zatem równo potraktował wykonawców, umożliwiając im uzyskanie w drodze negocjacji maksymalnej dopuszczalnej ilości punktów w ramach opisanych wariantów.

Zdaniem Przystępującego, Odwołujący miał identyczne szanse na uzyskanie zamówienia, bowiem został zaproszony do negocjacji ceny, która stanowi w tym postępowaniu 60% ważności kryterium oceny ofert. Gdyby Odwołujący, składając ofertę dodatkową, obniżył cenę na taką, która byłaby niższa od Przystępującego, do wyboru Wariantu III dla kryterium „termin wykonania” i „gwarancja” nie miałby żadnego znaczenia.

W opinii Przystępującego, odwołanie należy oddalić w całości, bowiem przytoczona przez Odwołującego argumentacja jest chybiona i pomija zapisy SWZ, które umożliwiały Zamawiającemu negocjowanie kryteriów oceny ofert, które pozwalałyby wykonawcom uzyskanie maksymalnej ilości punktów.

Pismem z dnia 14 sierpnia 2024 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie. Wniósł o oddalenie odwołania w całości.

W ocenie Zamawiającego, argumentacja Odwołującego sprowadzająca się do skrajnie formalistycznego żądania, aby pisma kierowane do uczestników postępowania zawierały identyczną treść pomimo różnicowania stanu faktycznego, w którym uczestnicy się znajdują, nie ma oparcia w przepisach prawa, w szczególności w przywołanych w odwołaniu przepisach art.289 ust.5 Pzp w zw. z art. 297 ust. 2 Pzp oraz art.290 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 16 pkt. 1 i 2 Pzp oraz art. 239 ust. 1 Pzp. Wykładnia przepisów prawa winna zawierać się w interpretacji celowościowej z jednoczesnym założeniem racjonalnego działania stron. Kierując się powyższymi zasadami nie sposób uznać za celowe wnioskowanie o zmianę oferty w zakresie dotyczącym kryterium, w którym wykonawca uzyskał maksymalną ilość punktów. Dodatkowe uzasadnienie swojego stanowiska Zamawiający przedstawił w piśmie z dnia 19 sierpnia 2024 r. złożonym na rozprawie.

**Krajowa Izba Odwoławcza** uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone przez strony postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje:  
Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał posiadanie legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania, stosownie do dyspozycji art. 505 ust. 1 Pzp.

Wykonawca Przedsiębiorstwo EL-IN Spółka z o.o., z siedzibą w Skierniewicach skutecznie zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, zgodnie z wymogami art. 525 ust. 1-3 Pzp, stając się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Stan faktyczny w niniejszej sprawie nie budził sporu. Strony zgodnie opisały i potwierdziły okoliczności faktyczne zaistniałe w niniejszej sprawie, wobec czego Izba odstąpiła od dodatkowego opisywania stanu faktycznego.

W danym stanie faktycznym Izba zważyła, co następuje:

Zasadny jest zarzut naruszenia w postępowaniu przepisów art. 289 ust. 5 Pzp w zw. z art. 296 ust. 2 Pzp, przez niewłaściwe zastosowanie i niewskazanie w zaproszeniu do negocjacji skierowanym do Odwołującego oraz w zaproszeniu do złożenia oferty dodatkowej wszystkich kryteriów oceny ofert, w ramach których były prowadzone negocjacje w celu ulepszenia treści ofert.

Zasadny jest także zarzut naruszenia w postępowaniu przepisów art. 290 ust. 1 i ust. 2 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 Pzp przez nierówne traktowanie wykonawców, gdyż Odwołujący, nie mając wiedzy, że Zamawiający negocjuje również inne kryteria oceny ofert z innym wykonawcą, nie miał możliwości zaoferowania konkurencyjnej oferty dodatkowej, przez co sposób prowadzenia negocjacji zaburzył konkurencyjność w postępowaniu oraz przeczył zasadzie przejrzystości, a w konsekwencji - naruszenia art. 239 ust. 1 Pzp przez wybór oferty najkorzystniejszej z naruszeniem przepisów ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 275 ust. 2 Pzp, zamawiający udziela zamówienia w trybie podstawowym, w którym, w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu, oferty mogą składać wszyscy zainteresowani wykonawcy, a następnie zamawiający 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.

Zgodnie z art. 289 ust. 1 Pzp, w przypadku, o którym mowa w art. 275 pkt 2, zamawiający może zaprosić jednocześnie wykonawców do negocjacji ofert złożonych w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu, jeżeli nie podlegały one odrzuceniu, a jeżeli zamawiający ustalił kryteria, o których mowa w art. 288 ust. 2, zaproszenie kieruje do tych wykonawców, których oferty spełniają w najwyższym stopniu te kryteria, w liczbie ustalonej przez zamawiającego. Stosownie do brzmienia ust. 5, zamawiający w zaproszeniu do negocjacji wskazuje miejsce, termin i sposób prowadzenia negocjacji, a w przypadku, o którym mowa w art. 275 pkt 2, również kryteria oceny ofert, w ramach których będą prowadzone negocjacje w celu ulepszenia treści ofert.

W wariantie drugim trybu podstawowego zamawiający może zaprosić do negocjacji tych wykonawców, których oferty złożone w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu, nie podlegały odrzuceniu. Przepis art. 289 ust. 5 Pzp wskazuje na obligatoryjne elementy zaproszenia do negocjacji. Zgodnie z brzmieniem tego przepisu, w zaproszeniu do negocjacji zamawiający obowiązkowo wskazuje: miejsce, termin i sposób prowadzenia negocjacji, a w przypadku trybu podstawowego w wariantie drugim (art. 275 pkt 2 Pzp) – również kryteria oceny ofert, w ramach których będą prowadzone negocjacje w celu ulepszenia treści ofert. W przypadku bowiem trybu podstawowego w wariantie drugim (art. 275 pkt 2 Pzp), obowiązkowym elementem zaproszenia do negocjacji są kryteria oceny ofert, w ramach których będą prowadzone negocjacje w celu ulepszenia treści ofert. W wariantie drugim negocjacjom podlega ta treść oferty, która jest oceniana w ramach kryteriów oceny ofert. Tym samym, wskazane w zaproszeniu kryteria oceny ofert wyznaczają zakres możliwych negocjacji w prowadzonym postępowaniu. W świetle omawianych przepisów nie jest konieczne negocjowanie treści ofert w ramach wszystkich kryteriów oceny ofert wskazanych przez zamawiającego w SWZ. W zaproszeniu do negocjacji zamawiający wskazuje te kryteria oceny ofert, w ramach których będą prowadzone

negocjacje z wykonawcami. Wbrew twierdzeniom Zamawiającego w przedmiotowej sprawie, mogą to być wszystkie albo tylko niektóre kryteria wskazane w SWZ. Decyzję w tym zakresie podejmuje Zamawiający, uwzględniając własne potrzeby odnoszące się do przedmiotu zamówienia i celu postępowania.

Zgodnie z art. 296 ust. 2 Pzp, 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. Wykonawca może złożyć nową propozycję dotyczącą wybranych lub wszystkich wskazanych w zaproszeniu do negocjacji kryteriów oceny ofert. 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. Złożona przez wykonawcę 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, natomiast nadal wiąże tego wykonawcę oferta złożona w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu.

Jak wynika z brzmienia art. 296 ust. 2 zd. pierwsze Pzp, w którym użyto sformułowania „może złożyć”, złożenie oferty dodatkowej jest uprawnieniem wykonawcy, podobnie jak udział wykonawcy w negocjacjach. Należy zatem przyjąć, że w przypadku, gdy wykonawca nie przystąpi do negocjacji i nie złoży oferty dodatkowej, jest związany ofertą złożoną w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu (o ile termin związania ofertą nie upłynął). Jeśli wykonawca zdecyduje się na złożenie oferty dodatkowej, oferta ta powinna zawierać nowe propozycje w zakresie treści oferty, które podlegają ocenie w ramach kryteriów oceny ofert wskazanych przez zamawiającego w zaproszeniu do negocjacji.

Wybór najkorzystniejszej oferty poprzedza ocena ofert w ramach kryteriów wskazanych przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w SWZ. Jeśli zostały złożone oferty dodatkowe niepodlegające odrzuceniu, zamawiający ocenia oferty złożone w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu, uwzględniając nowe propozycje wykonawców w zakresie treści oferty podlegające ocenie w ramach kryteriów oceny ofert, wskazanej w ofercie dodatkowej. Ustalenie, która ze złożonych w postępowaniu ofert jest ofertą najkorzystniejszą, może wymagać ponownego przeliczenia punktacji w zakresie złożonych w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu ofert wykonawców, którzy nie złożyli ofert dodatkowych. Będzie to miało miejsce w sytuacji, w której ocena w zakresie konkretnego kryterium będzie uzależniona od paramentów wskazanych w innych ofertach.

W przedmiotowym postępowaniu w dniu 4 lipca 2024 r. Zamawiający przekazał Odwołującemu zaproszenie do negocjacji i złożenia oferty dodatkowej, w którym wskazał kryterium - cena, w którym będzie negocjował ofertę Odwołującego. Zaproszenie skierowane do wykonawcy Przedsiębiorstwo EL – IN Sp. z o.o., oprócz kryterium - cena zawierało również kryterium - termin wykonania. Zamawiający zatem zróżnicował treść zaproszeń skierowanych do wykonawców, przyjmując, że skoro Odwołujący zaoferował najkrótszy termin realizacji i uzyskał maksymalną liczbę punktów w tym kryterium, to powinien być poinformowany w zaproszeniu tylko o negocjacjach w kryterium, w którym jest pole do ulepszenia oferty Odwołującego.

Przepis ustawy wskazuje, że zamawiający informuje wykonawców w zaproszeniu do negocjacji o kryteriach oceny ofert, w ramach których będą prowadzone negocjacje w celu ulepszenia treści ofert. W tym zakresie informacja skierowana przez Zamawiającego do wszystkich wykonawców w zaproszeniu do negocjacji powinna być jednakowa - Zamawiający ma obowiązek poinformować wykonawców o tym, czy będzie negocjował w postępowaniu wszystkie kryteria określone w SWZ, czy tylko niektóre. W świetle zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasady przejrzystości postępowania nie można przyjąć, że Zamawiający może do poszczególnych wykonawców indywidualizować treść zaproszenia, w szczególności w zakresie informacji o kryteriach, które będą podlegały negocjacjom. Powyższa informacja musi dotyczyć wszystkich kryteriów, które będą podlegały negocjacjom, musi być jasna i czytelna dla wszystkich wykonawców, biorąc pod uwagę, że informacja ta ma istotne przełożenie na strategię negocjacji w kryteriach, w których dany wykonawca może ulepszyć swoją ofertę, uwzględniając punktację uzyskaną przez pozostałych wykonawców w ramach danych kryteriów oraz możliwości poprawy uzyskanej punktacji w ramach negocjacji. Podkreślić należy, że ocena ofert stanowi sumę uzyskanej punktacji w ramach wszystkich kryteriów, które są powiązane ze sobą, poprzez nadaną im wagę w ramach oceny ofert, np. uzyskanie mniejszej liczby punktów w ramach jednego kryterium można zrekompensować uzyskaniem większej liczby punktów w ramach innego kryterium.

Oczywistym jest, że w zakresie kryteriów, w których dany wykonawca uzyskał maksymalną liczbę punktów negocjacje ograniczą się tylko do kryteriów, w których jego oferta może być ulepszona, co nie zmienia jednak faktu, że Zamawiający w zaproszeniu do negocjacji do wszystkich wykonawców powinien zawrzeć taką samą informację odnośnie kryteriów, które będą podlegały negocjacjom. Niewątpliwie, uwzględniając racjonalność ustawodawcy, gdyby ustawodawca zamierzał zróżnicować informację o kryteriach, które będą podlegały negocjacjom z poszczególnymi wykonawcami, to z pewnością wskazałby to jednoznacznie w treści przepisu. Treść przepisu art. 289 ust. 5 Pzp nie pozwala na taką zawężającą interpretację zatem należy przyjąć, że chodzi tu o informację generalną o kryteriach oceny

ofert, które Zamawiający zdecydował poddać negocjacom w danym postępowaniu.

Skoro zatem Zamawiający w tej sprawie postanowił objąć negocjacjami i ofertą dodatkową dwa kryteria: kryterium ceny i kryterium termin wykonania, to powinien wskazać oba te kryteria w zaproszeniu do negocjacji skierowanym do obu (wszystkich) wykonawców, pomimo, że jeden z nich, tj. Odwołujący w kryterium – termin realizacji zaoferował najwyższej oceniony wariant. Wykonawca ten powinien uzyskać od Zamawiającego jasną informację, jakie kryteria będą negocjowane z wykonawcami, i mając taką wiedzę, mógłby złożyć ofertę dodatkową w zakresie ceny, tak aby uzyskać najwyższą możliwą łączną ocenę w ramach wszystkich kryteriów.

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający zobowiązany jest do zapewnienia równego traktowania wszystkich wykonawców podczas negocjacji i nie może udzielać informacji w sposób, który mógłby zapewnić niektórym wykonawcom przewagę nad innymi. Zgodnie z art. 290 ust. 1 Pzp, podczas negocjacji ofert zamawiający zapewnia równe traktowanie wszystkich wykonawców. Zgodnie z ust. 2, zamawiający nie udziela informacji w sposób, który mógłby zapewnić niektórym wykonawcom przewagę nad innymi wykonawcami.

Słusznie zauważył Odwołujący, że przepis ten odnosi się do negocjacji, a zatem do etapu postępowania, na który składają się czynności zamawiającego w postaci zaproszenia do negocjacji, przeprowadzenie negocjacji oraz zaproszenie do składania ofert dodatkowych. Nie ulega też wątpliwości, że na równi z udzieleniem informacji należy traktować brak udzielenia informacji.

W ocenie Izby, w prowadzonym postępowaniu Zamawiający naruszył także wymóg art. 290 ust. 2 Pzp i w zaproszeniu do negocjacji oraz do składania ofert dodatkowych udzielił informacji o kryteriach podlegających negocjacjom w sposób nietransparentny, który ostatecznie spowodował, że Odwołujący znalazł się na gorszej pozycji niż Przystępujący. Odwołujący został zaproszony do negocjacji i następnie do złożenia oferty dodatkowej, jednakże wobec niewiedzy, że Zamawiający negocjuje z konkurencyjnym wykonawcą także inne kryterium oceny ofert, oprócz ceny, nie miał możliwości złożenia konkurencyjnej oferty dodatkowej.

Naruszenie art. 290 Pzp ściśle koresponduje z naruszeniem art. 16 pkt 1 i 2 Pzp, tj. z naruszeniem zasady prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasady przejrzystości postępowania, zgodnie z którymi to zasadami, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego reguły prowadzonego przez Zamawiającego postępowania muszą być transparentne i jednakowe dla wszystkich wykonawców, tak aby nie uprzywilejowywały i nie dyskryminowały poszczególnych wykonawców.

Wobec powyższego Izba uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności zaproszenia wykonawców do negocjacji i zaproszenia do składania ofert dodatkowych oraz powtórzenie czynności oceny ofert i czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, pozostawiając do decyzji Zamawiającego, czy przeprowadzi tę ocenę na podstawie ofert złożonych w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówienie czy też zdecyduje o ponowieniu negocjacji.

Uwzględniając powyższy stan rzeczy, ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) oraz § 5 pkt 1 i 2 oraz § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. z 2020 r. 2437).

**Przewodniczący: .....**