Sygn. akt: KIO 1683/24

WYROK

Warszawa, dnia 7 czerwca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Katarzyna Paprocka
Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 maja 2024 r. przez wykonawcę PHU M.S. w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Brusy

orzeka:

1. odrzuca odwołanie w zakresie zarzutów naruszenia art. 275 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, art. 289 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 16 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych,
2. w pozostałym zakresie oddala odwołanie,
3. kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:
   3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 496 zł 20 gr (słownie: czterysta dziewięćdziesiąt sześć złotych dwadzieścia groszy) tytułem dojazdu Zamawiającego na rozprawę;
   3.2. zasądza od Odwołującego, M.S. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą PHU M.S. na rzecz Zamawiającego, Gminy Brusy, kwotę 4 093 zł 20 gr (słownie: cztery tysiące dziewięćdziesiąt trzy złote dwadzieścia groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na rozprawę.

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.

Przewodnicząca:……..

Sygn. akt: KIO 1683/24

Uzasadnienie

Zamawiający, Gmina Brusy prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na realizację zadania pn.: „Przebudowa wraz z modernizacją zaplecza kuchenno-magazynowego Szkoły Podstawowej nr 1 im. Jana Pawła II w Brusach", nr ZP.271.8.2024. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 28 marca 2024 r., pod nr: 2024/BZP 00264414/01. Wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza progów unijnych.

W dniu 13 maja 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy M.S. PHU M.S. w Chojnicach od czynności Zamawiającego polegających na:

1. przeprowadzeniu negocjacji w trybie art. 275 pkt 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz.U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm., dalej jako „PZP"), w przedmiocie ceny w sytuacji, w której najniższa oferta była niższa od kosztorysu inwestorskiego o 15%,
2. nieprawidłowym wygenerowaniu zaproszenia na negocjacje, polegającym na nie wskazaniu, w jakiej formie będą przeprowadzone negocjacje,
3. braku protokołowania negocjacji,
4. ogłoszeniu o wynikach przetargu poprzez wskazanie, jako wygrywającego, wykonawcy który złożył najkorzystniejszą ofertę cenową, jako ofertę dodatkową po przeprowadzeniu negocjacji,
5. zaniechaniu wezwania wykonawcy, który w ofercie dodatkowej złożył najniższą ofertę cenową, o udzielenie wyjaśnień w przedmiocie sposobu obliczenia ceny niższej o 8 % od oferty pierwotnej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 275 pkt 2 PZP, poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i przeprowadzenie negocjacji, w sytuacji gdy nie było realnej konieczności zastosowania tego wariantu trybu podstawowego, ponieważ:

a. oferty złożone przez dwóch wykonawców mieściły się w kosztorysie inwestorskim Zamawiającego;
b. Zamawiający nie wskazał żadnych kryteriów podjęcia decyzji o negocjacjach, co prowadzi do całkowitej dowolności i uznaniowości po stronie Zamawiającego, naruszając zasadę równości stron postępowania;
c. Zamawiający w istocie nie dążył do ulepszenia oferty wykonawcy, tylko do umożliwienia wygrania przetargu przez określonego wykonawcę, który znając już ceny oferowane przez konkurencję i stanowisko Odwołującego wyrażone w negocjacjach mógł sporządzić ofertę nieznacznie niższą cenowo od oferty Odwołującego;
d. negocjacje można przeprowadzić celem ulepszenia oferty, natomiast nie można postawić znaku równości pomiędzy obniżeniem ceny a ulepszeniem oferty, w sytuacji gdy najniższa oferta jest o 15 % niższa od kosztorysu inwestorskiego;

2) art. 289 ust. 5 PZP poprzez brak wskazania w zaproszeniu, w jaki sposób prowadzone będą negocjacje;
3) art. 61 ust. 2 PZP poprzez brak udokumentowania w formie pisemnej prowadzonych negocjacji z Odwołującą;
4) art. 16 pkt 1 PZP, tj. zasady konkurencyjności, poprzez przeprowadzenie fakultatywnych negocjacji, w sytuacji gdy dwie oferty mieściły się w kosztorysie przewidzianym przez Inwestora, a oferta najniższa była o 15% niższa od kosztorysu inwestorskiego;
5) art. 224 ust. 1 PZP, poprzez zaniechanie wezwania do wyjaśnień wykonawcy w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu lub ich istotnych części składowych.

Podnosząc wskazane zarzuty, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej;
2) unieważnienia zaproszenia do negocjacji z dnia 23 kwietnia 2024 r.;
3) wezwania wykonawcy A.B. do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, w szczególności do przedłożenia kosztorysu będącego podstawą złożenia oferty pierwotnej oraz kosztorysu będącego podstawą złożenia oferty dodatkowej, względnie wskazania, co było czynnikiem obniżającym cenę pierwotną o ponad 8%;
4) dokonania ponownego badania i oceny ofert podstawowych i wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert podstawowych.

Jak uzasadnił w odwołaniu, przeprowadzenie negocjacji wydaje się być zasadne tylko wówczas, gdy żadna z ofert nie jest na tyle dobra, aby nie istniało pole do jej polepszenia. Oceny zasadności dokonuje Zamawiający, niezobligowany jakimś katalogiem okoliczności, bez oparcia w określonych kryteriach, i to może – zdaniem Odwołującego – budzić obawy o naruszenie zasad równego traktowania wykonawców. Jak wskazał Odwołujący – w niniejszej sprawie wykonawca preferowany przez Zamawiającego (co wg Odwołującego zostało nieoficjalnie wskazane w czasie negocjacji) znalazł się na dalszej pozycji w wyniku oceny ofert, a negocjacje dały mu szanse na złożenie oferty dodatkowej, w sytuacji gdy znał już ofertę konkurencji. W ocenie Odwołującego, negocjacje były bezzasadne a ich jedynym celem było umożliwienie wykonywania robót przez A.B., podmiot który już prowadził prace na zlecenie Urzędu Miasta i Gminy w Brusach. Jak wskazano w odwołaniu, Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia kwotę 3.864.282,00 zł, która to kwota została określona w kosztorysie inwestorskim, a więc wyliczona przez Zamawiającego na podstawie określonych wskaźników, toteż w ocenie Odwołującego można założyć że jest to kwota odpowiadająca rynkowej wartości robót. Jak podkreślił Odwołujący, oferta A.B. była niższa od kosztorysu inwestorskiego o 9 %, zaś oferta M.S. o blisko 15 %. Jedynym elementem podlegającym negocjacjom była cena, w przedmiocie drugiego kryterium wszyscy oferenci uzyskali maksymalną liczbę punktów. Zdaniem Odwołującego, „Obniżenie ceny może stanowić ulepszenie oferty, gdy oferta przewyższa cenę wynikająca z kosztorysu inwestorskiego. Obniżenie ceny niższej o 15 proc. od ceny wynikającej z kosztorysu inwestorskiego nie jest już ulepszeniem oferty, z prostej przyczyny – zbyt niska cena będzie niekorzystnie wpływać na jakość wykonanych robót, a w skrajnych przypadkach doprowadzi do ich niedokończenia. (…) Tymczasem w niniejszej sprawie Zamawiający poddał negocjacjom w zakresie ceny ofertę niższą o 15 proc. od kosztorysu inwestorskiego, uzyskując ostatecznie cenę niższą o 17 proc. od kosztorysu inwestorskiego (…).” Odwołujący podkreślił również, iż stawił się na spotkanie z Zamawiającym w wyznaczonym miejscu i czasie, gdzie przeprowadzono negocjacje, w wyniku których nie doszło do zmiany zaoferowanej ceny lub innego rodzaju ulepszenia oferty – przy czym Odwołujący zarzuca, że nie sporządzono żadnego protokołu, podpisał jedynie listę obecności.

Na rozprawie w dniu 4 czerwca 2024 r. Odwołujący nie stawił się. W złożonym tego dnia piśmie procesowym, wyjaśnił dodatkowo, iż wbrew twierdzeniom Zamawiającego, pomimo iż ustawodawca nie ustalił w PZP reguł dokumentowania czynności organów, ergo sporządzania protokołów z określonych czynności, nie oznacza to, że takich reguł nie ma. Ustawodawca odesłał w tym zakresie do przepisów Kodeksu cywilnego. Odwołujący uznał protokół z negocjacji za dokument „o charakterze prywatnym, w którym dwoje uczestników negocjacji, ze strony Zamawiającego, złożyło podpisy pod określoną treścią.” Jak podkreślił, „z niczego nie wynika, jaką funkcję w całym procesie negocjacji pełniły owe osoby, dodatkowo same protokoły mają niezwykle lakoniczną treść, w zasadzie ograniczając się do jednozdaniowych odpowiedzi na trzy lub cztery pytania. Z niczego nie wynika, kiedy ten dokument był tworzony. Istotą protokołu jest to, aby

oddawał on przebieg protokołowanej czynności." Powołał się w tym zakresie na przepis art. 68 Kodeksu administracyjnego, który wskazuje na sposób protokołowania, z którego zdaniem Odwołującego powinien wynikać opis funkcji danych osób oraz podpisy uczestników czynności. Analogiczne rozwiązanie, wg Odwołującego, znajduje się w Kodeksie postępowania cywilnego. Odwołujący poddał w wątpliwość zasadność przeprowadzenia negocjacji, w sytuacji uzyskania dwóch ofert znacznie niższych kosztowo od zaplanowanych przez Zamawiającego kosztów realizacji zadania. Jego zdaniem, Gmina miała wątpliwości, czy wobec złożenia ofert niższych od kosztorysu inwestorskiego, jest w ogóle możliwe wykonanie zadania – co miałoby wynikać z pytań o możliwość wykonania zadania za zaoferowane ceny, zadanych dwóm wykonawcą, których oferty przedstawiały najniższe ceny. Odwołujący podkreślił, iż Zamawiający błędnie utożsamił ulepszenie oferty z obniżeniem ceny. „Racjonalne gospodarzenie publicznymi środkami nie polega na sztucznym obniżaniu ceny usługi, co musi odbić się na jej jakości, a na znalezieniu takiego rozwiązania, które będzie najbardziej korzystne w relacji ceny do jakości." (str. 3 pisma procesowego). Zdaniem Odwołującego, istotne jest że Zamawiający nie uzyskał od ww. wykonawców w toku negocjacji odpowiedzi na pytanie „jakie czynniki miały wpływ na wysokość oferty", co mogło mieć istotne znaczenie dla oceny zasadności prowadzenia negocjacji w kwestii obniżenia ceny. Wskazał, że jego zdaniem, tak istotne obniżenie ceny przez wykonawcę A.B. – o 8% - rodzi obawę o jakość wykonania, tym bardziej, że Odwołujący nie był w stanie obniżyć ceny przy niezmienionych parametrach zamówienia, zaś wykonawca oferujący cenę najwyższą obniżył ją nieznacznie. W ocenie Odwołującego, skoro Zamawiający uzyskał dwie oferty o cenie niższej niż wynikająca z kosztorysu inwestorskiego, to mając na uwadze interpretację systemową art. 275 pkt 2 PZP, powinien odstąpić od fakultatywnej możliwości negocjacji, ponieważ i tak już w pierwszej ofercie uzyskał satysfakcjonujące go oferty.

W odpowiedzi z dnia 4 czerwca 2024 r. na odwołanie, Zamawiający Gmina Brusy wniosła o oddalenie odwołania w całości oraz o zasądzenie na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego. Podniósł, iż ustawa nie zawiera kryteriów ani nie nakazuje Zamawiającemu ustanowienia kryteriów, którymi ma się kierować w zakresie podjęcia decyzji o przeprowadzeniu negocjacji. Wyjaśnił, iż podczas negocjacji wykonawcy nie podają Zamawiającemu, czy i o ile obniżą cenę w swojej ofercie dodatkowej. Zaznaczył, że Odwołujący został zaproszony na negocjacje jako trzeci, ostatni uczestnik negocjacji i „nie ma możliwości by pozostali Wykonawcy znali jego „stanowisko wyrażone w negocjacjach"." (str. 3 odpowiedzi na odwołanie). Nadto, wg Zamawiającego, skoro wykonawcy zostali zaproszeni do osobistego spotkania w siedzibie Zamawiającego, to było to jednoznaczne ze stacjonarną formą prowadzenia negocjacji. „Pozostałymi formami negocjacji mogą być np.: forma online (przy użyciu dostępnych urządzeń i oprogramowania do komunikacji na odległość) forma telefoniczna lub e-mailowa, których to nie stosuje się podczas osobistego spotkania i te nie zostały wskazane w zaproszeniu." (str. 3 odpowiedzi na odwołanie). Podniósł również – w odniesieniu do zarzutu 3 odwołania – że przeprowadzone negocjacje zostały udokumentowane poprzez sporządzenie Protokołu z negocjacji oraz Listy obecności, żaden przepis PZP nie określa zaś szczegółowości dokumentacji z negocjacji, jej formy, zakresu ani terminu sporządzenia. W opinii Zamawiającego, nie został naruszony art. 16 pkt 1 PZP, gdyż wszyscy wykonawcy zostali zaproszeni do negocjacji, wszyscy zostali zaproszeni do składania ofert dodatkowych i wszyscy złożyli oferty dodatkowe co zdaniem Zamawiającego oznacza, że zostały zachowane zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Wskazał na brak dowodów na naruszenie ww. zasad przez Zamawiającego. W ocenie Gminy Brusy, w odpowiedzi na zarzut 5, Zamawiający nie miał podstaw prawnych do „żądania od wykonawcy wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu lub ich istotnych części składowych", bowiem stosunek cen ofert zarówno do wartości szacunkowej powiększonej o należy podatek od towarów i usług, jak również do średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert nie przekracza 30%. Na rozprawie w dniu 5 czerwca 2024 r., Zamawiający podniósł dodatkowo, iż żaden z wykonawców nie skorzystał z możliwości przejrzenia akt postępowania, w tym zapoznania się z protokołem negocjacji.

Do postępowania nie wpłynęło zgłoszenie przystąpienia przez jakiegokolwiek wykonawcę.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że odwołanie – w wyniku skutecznego uzupełnienia braków formalnych – nie podlega zwrotowi i terminowo został uiszczony wpis od odwołania w wymaganej wysokości.

Zamawiający na posiedzeniu nie złożył wniosku o odrzucenie odwołania. Izba mając na uwadze treść pkt 3 PZP z urzędu stwierdziła, że odwołanie w części, tj. w zakresie dotyczącym zarzutów naruszenia art. 275 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez przeprowadzenie negocjacji i związanego z tym zarzutem naruszenia art. 16 pkt 1 PZP oraz art. 289 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez nieprawidłowe sformułowanie treści zaproszenia do negocjacji – podlegało odrzuceniu, jako wniesione po upływie terminu określonego w ustawie. Zgodnie z art. 515 ust. 1 pkt 2 lit. a) PZP, odwołanie wnosi się w przypadku zamówień, których wartość jest mniejsza niż progi unijne, w terminie 5 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Dnia 23 kwietnia 2024 r. Odwołujący – drogą elektroniczną – otrzymał pismo Zamawiającego obejmujące informacje o punktacji przyznanej ofertom, w treści którego

wskazano, że wszyscy wykonawcy zostali zakwalifikowani do negocjacji. W tym samym dniu, Odwołujący otrzymał tą samą drogą zaproszenie do negocjacji. Z tym dniem dowiedział się zatem zarówno o decyzji Zamawiającego co do przeprowadzenia negocjacji, jak też o treści zaproszenia do negocjacji, stanowiących podstawę wniesienia części odwołania. Wobec powyższego, terminem dla zakwestionowania czynności Zamawiającego w postaci przeprowadzenia negocjacji oraz treści zaproszenia do negocjacji był termin 5 dni od ww. dnia 23 kwietnia. Termin ten upłynął zatem 29 kwietnia 2024 r.

W pozostałym zakresie, odwołanie podlegało merytorycznemu rozpoznaniu. Izba uznała, że Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, bowiem posiada interes w uzyskaniu zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów PZP. Odwołujący, w niniejszym postępowaniu złożył ofertę. W postępowaniu wpłynęły 3 oferty, tj.: oferta PBHU Obiekt Sp. z o.o. w Kiełpinie z ceną brutto 4.883.100,00 zł, oferta Zakładu Ogólnobudowlanego A.B. z ceną brutto 3.506.806,21 zł oraz oferta PHU M.S. z ceną brutto 3.297.662,35 zł. Wg informacji z dnia 6 maja 2024 r., wpłynęły 3 oferty dodatkowe, tj.: oferta PBHU Obiekt Sp. z o.o. w Kiełpinie z ceną brutto 4.492.009,20 zł, oferta Zakładu Ogólnobudowlanego A.B. z ceną brutto 3.218.911,43 zł oraz oferta PHU M.S. z ceną brutto 3.301.112,35 zł. Kryterium oceny ofert, zgodnie z Rozdziałem XX Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ") stanowiła cena (60 %) oraz doświadczenie Kierownika budowy branży konstrukcyjno-budowlanej (40%). Zgodnie z zawiadomieniem o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 8 maja 2024 r., oferta złożona przez Odwołującego znajduje się na drugim miejscu rankingu ofert pod kątem kryteriów oceny ofert – z punktacją 98,51 zł, za najkorzystniejszą została zaś uznana oferta Zakładu Ogólnobudowlanego A.B. – z punktacją 100 pkt. Oferta PBHU Obiekt Sp. z o.o. uzyskała 83 pkt. Żadna oferta nie została odrzucona. Odwołujący, wobec uznania, że czynności i zaniechania Zamawiającego naruszały przepisy PZP może ponieść szkodę wynikającą z nieudzielenia mu zamówienia. Tym samym, spełnione są przesłanki materialnoprawne skorzystania ze środka ochrony prawnej, jakim jest odwołanie, wynikające z art. 505 PZP.

Przedmiotem zamówienia jest realizacja zadania pn.: „Przebudowa wraz z modernizacją zaplecza kuchenno-magazynowego Szkoły Podstawowej nr 1 im. Jana Pawła II w Brusach"dofinansowanego w ramach Rządowego Funduszu Polski Ład: Program Inwestycji Strategicznych. Wg opisu przedmiotu zamówienia (Rozdział V SWZ), zakres zamówienia obejmuje: roboty budowlane, dostawę i montaż wyposażenia, instalacje sanitarne, instalacje elektryczne, wykonanie tablicy informacyjnej o wym. 90x60 cm na dibondzie. Szczegółowy opis, wielkość i zakres przedmiotu zamówienia zawarty jest w Specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych – Załącznik Nr 6 do SWZ, w Projektach budowlano-wykonawczych – Załącznik Nr 5 do SWZ oraz w Przedmiarach robót (stanowiących materiał pomocniczy przy przygotowywaniu oferty) – Załącznik Nr 7 do SWZ. Przy czym, Zamawiający zastrzegł, że ww. roboty budowlane należy wykonać z zachowaniem szczególnej staranności, zgodnie ze sztuką budowlaną, technologią systemową oraz zgodnie z: umową, pozwoleniem na budowę, projektami budowlano - wykonawczymi, specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót, Polskimi Normami Budowlanymi. Wykonawca udzieli Zamawiającemu gwarancji jakości na wykonany przedmiot zamówienia w wymiarze min. 5 lat, licząc od dnia ich odbioru.

W SWZ wskazano, że postępowanie prowadzone jest w trybie podstawowym, na podstawie art. 275 pkt 2 PZP oraz aktów wykonawczych do ustawy, zaś negocjacje treści ofert będą dotyczyć wyłącznie tych elementów treści ofert, które podlegają ocenie w ramach kryterium oceny ofert (Rozdział III pkt 1 i 7 SWZ). W rozdziale IV SWZ wyraźnie wskazano że Zamawiający przewiduje wybór najkorzystniejszej oferty z możliwością prowadzenia negocjacji. Zastrzeżono również, że do wykonania zamówienia Wykonawcy zobowiązani są użyć materiałów i urządzeń nowych, w gatunku I, zakupionych u renomowanych producentów, gwarantujących najwyższą jakość, o parametrach technicznych i jakościowych nie gorszych niż określone w specyfikacji technicznej i dokumentacji projektowej.

Zamawiający ustalił w Rozdziale XIX SWZ, że obowiązującym rodzajem wynagrodzenia jest wynagrodzenie ryczałtowe, zaś cena musi zawierać wszystkie koszty związane z prawidłową i terminową realizacją zadania objętego przedłożoną ofertą. Wykonawca musi przewidzieć wszystkie okoliczności, które mogą wpłynąć na cenę zamówienia i nie może podać ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia, pod rygorem odrzucenia oferty.

Wg kosztorysów inwestorskich, opracowanych przez Zamawiającego, ogólna wartość kosztorysowa robót budowlanych to 1.139.279,89 zł; ogólna wartość kosztorysowa robót instalacyjnych elektrycznych to 559.280,66 zł; ogólna wartość kosztorysowa remontu instalacyjnych wewnętrznych (wodociągowa, kanalizacja, c.o., wentylacja) to 1.687.927,31 zł; ogólna wartość kosztorysowa wyposażenia to 462.139,28 zł.

Wg protokołu postępowania, wartość zamówienia została określona na kwotę 3.128.965,15 zł.

Dnia 16 kwietnia 2024 r. Zamawiający podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, tj. kwotę brutto 3.864.282,00 zł.

Wg przekazanego dnia 23 kwietnia 2024 r. pisma Zamawiającego informującego o punktacji przyznanej ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łącznej punktacji, z postępowania nie odrzucono oferty żadnego Wykonawcy oraz wszyscy Wykonawcy, którzy złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu, zostali zakwalifikowani do negocjacji.

Tego samego dnia, Zamawiający przekazał wykonawcom zaproszenie do negocjacji, zapraszając jednocześnie wszystkich wykonawców do negocjacji złożonych ofert dnia 25 kwietnia 2024 r. o godz. 10.00 w siedzibie Zamawiającego, ze wskazaniem, że negocjacjom będzie poddana cena.
Wg treści protokołu, dnia 25 kwietnia 2024 r., o godz. 9.30 w pok. 35 Urzędu Miejskiego w Brusach odbyły się negocjacje w niniejszym postępowaniu przeprowadzone z wykonawcą Zakład Ogólnobudowlany A.B.. „Forma negocjacji: ustne. Przedmiot negocjacji: Zamawiający zamierza poddać negocjacjom następujące elementy treści ofert podlegające kryteriom oceny ofert: cena. Przebieg negocjacji: (…) W odniesieniu do ceny zaoferowanej przez Wykonawcę Wykonawca udzielił odpowiedzi na poniższe pytania: 1. Czy Wykonawca jest w stanie wykonać przedmiotowe zamówienie za zaoferowaną cenę? Wykonawca wyjaśnił, że jest w stanie wykonać to zadanie za zaoferowaną cenę. 2. Jakie czynniki miały wpływ na jej wysokość? Wykonawca poinformował, że wycenił wszystko, zgodnie z projektem budowlanym. 3. Czy Wykonawca jest w stanie złożyć ofertę dodatkową z ceną jeszcze niższą niż dotychczasowa? Wykonawca odpowiedział, że jeszcze nie wie, przeanalizuje to.” Z kolei, wg protokołu – negocjacje z Odwołującym odbyły się tego samego dnia, w tym samym miejscu, o godz. 10.00.
W ramach złożenia ofert dodatkowych, PBHU OBIEKT Sp. z o.o. zaoferował cenę brutto 4.492.009,10 zł; Zakład Ogólnobudowlany A.B. zaoferował cenę brutto 3.218.911,43 zł, zaś Odwołujący cenę brutto 3.301.112,35 zł, przy czym cena ofertowa Odwołującego została skorygowana przez Zamawiającego, w trybie art. 223 ust. 2 pkt 2 PZP poprzez poprawienie kwoty VAT i w efekcie ceny brutto z kwoty 3.297.662,35 zł na kwotę 3.301.112,35 zł.
Pismem z dnia 8 maja 2024 r. Zamawiający poinformował, że w postępowaniu, jako najkorzystniejszą wybrano ofertę Wykonawcy: Zakład Ogólnobudowlany A.B..
Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego, na fakty tam powołane:
1)dokumentację przekazaną przez Zamawiającego w postaci elektronicznej, zapisaną na płycie CD, w szczególności:
- –Ogłoszenie o zamówieniu,
- –SWZ wraz z załącznikami oraz wyjaśnieniami,
- –Kosztorysy inwestorskie,
- –Oferty wykonawców, w tym oferty dodatkowe,
- –Zaproszenia do negocjacji,
- –Protokoły z negocjacji,
- –Informacja z otwarcia ofert i informacja z otwarcia ofert dodatkowych,
- –Informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej,
- –Protokół postępowania.

2)dowody załączone do odpowiedzi na odwołanie (stanowiące jednocześnie ww. dokumentację zamówienia):
- –Protokoły z negocjacji,
- –Zaproszenia do negocjacji.

Izba odmówiła przeprowadzenia zawnioskowanego przez Odwołującego dowodu z zeznań świadka Daniela Szynwelskiego na okoliczność ustalenia przebiegu negocjacji oraz rzeczywistych przyczyn przeprowadzenia negocjacji, stwierdzając, że fakty będące jego przedmiotem zostały już stwierdzone innymi dowodami, tj. o przebiegu negocjacji świadczą protokoły z negocjacji stanowiące dokumentację zamówienia, zaś o przyczynach negocjacji świadczy treść zaproszeń do negocjacji oraz treść Specyfikacji Warunków Zamówienia, w świetle których negocjacje zostały przeprowadzone w związku z zastrzeżeniem takiej możliwości w Rozdziale IV SWZ celem porozumienia w zakresie ceny oferty. Nadto, zdaniem Izby zostały dowód ten został powołany jedynie dla zwłoki – nic nie stało na przeszkodzie, aby powołać ten dowód w odwołaniu.
Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba zważyła, co następuje.
Izba stwierdziła, że odwołanie w zakresie podlegającym rozpoznaniu, tj. co do zarzutów naruszenia art. 61 ust. 2 PZP oraz art. 224 ust. 1 PZP, nie zasługuje na uwzględnienie.
Wbrew stanowisku Odwołującego, negocjacje zostały udokumentowane w formie pisemnej, a zatem nie doszło do naruszenia art. 61 ust. 1 PZP. Przepis ten nie określa formy udokumentowania przebiegu negocjacji. Zastrzec należy, iż nie wymaga się sporządzenia stricte protokołu – lecz wystarczająca jest każda forma udokumentowania treści komunikacji ustnej zamawiającego z wykonawcami w ramach negocjacji. Skoro, jak przyznał sam Odwołujący, również protokół w formie sporządzonej przez Zamawiającego jest dokumentem (jak to wskazał Odwołujący – prywatnym), to tym samym spełniony został wymóg udokumentowania negocjacji. Fakt udziału w negocjacjach przez Odwołującą nie jest kwestionowany, potwierdza to również podpisana lista obecności. Wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie ma również wymogu określenia funkcji pracowników Zamawiającego w procesie negocjacji, a przynajmniej brak określenia tych funkcji w protokole z negocjacji nie może mieć żadnego wpływu na ich wynik. Niemniej, funkcje te zostały określone poprzez wskazanie: protokolanta E.S., Specjalistę ds. zamówień publicznych Urzędu Miejskiego w Brusach oraz

Zastępcy Burmistrza K.G., który zgodnie z logicznym wnioskiem – pełnił w tym wypadku funkcję prowadzącego negocjacje ze strony Zamawiającego. Odwołujący wskazał, iż istotą protokołu jest to by oddawał on przebieg protokołowanej czynności, lecz jednocześnie nie zakwestionował, by przebieg ten był udokumentowany w sposób niezgodny z rzeczywistością. Odwołujący nie ma racji również kwestionując fakt, że na protokole powinny znaleźć się podpisy wszystkich uczestników czynności, skoro co do zasady – protokołów nie podpisują wszyscy uczestnicy czynności, lecz protokolant i prowadzący czynność (zob. art. 158 § 3 Kodeksu postępowania cywilnego, art. 208^1 Kodeksu spółek handlowych). Przy czym, nawet jeśli niektóre regulacje wymagają podpisów wszystkich uczestników – tak jak to art. 68 Kodeksu postępowania administracyjnego, na który powołał się Odwołujący – to regulacje te stanowią o tym wprost, zaś jak już wskazano w przepisach PZP brak takiego wymogu. Izba, co do zasady, zgadza się iż udokumentowanie treści komunikacji stron w toku negocjacji wyłącznie przez jedną ze stron, w tym wypadku Zamawiającego, może rodzić wątpliwości, to jednak Odwołujący nie wskazał na żadne argumenty, które świadczyłyby o błędnym ujęciu przebiegu negocjacji w protokole. Nie zakwestionował opisu przebiegu negocjacji – a zatem nawet błędy formalne w tym zakresie nie mogły mieć wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a bynajmniej Odwołujący tego nie udowodnił. Już choćby z tych względów zarzut ten podlegał oddaleniu, skoro w świetle art. 554 ust. 1 pkt 1 PZP, Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Odwołujący nie uzasadnił również przekonująco zarzutu dotyczącego naruszenia art. 224 ust. 1 PZP poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy A.B. do wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Odwołanie zawiera w tym względzie jedynie ogólne wywody, jakkolwiek słuszne co do zasady, to nie mające potwierdzenia w materiale dowodowym, w oparciu o który orzeka Izba, a zatem bezzasadne na gruncie przedmiotowego stanu faktycznego. Jedynym argumentem Odwołującego w tym zakresie było wskazanie na obniżenie ceny ofertowej wykonawcy A.B. w ramach złożenia oferty dodatkowej – o 8% i o 15% w stosunku do kosztorysu inwestorskiego, co zdaniem Odwołującego jest tak istotnym obniżeniem ceny, że rodzi obawę o jakość wykonania zamówienia. Zgodnie zaś z przywołanym art. 224 ust. 1 PZP, zamawiający żąda od wykonawcy takich wyjaśnień, w tym dowodów – jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Odwołujący nie uzasadnił w żaden sposób – oprócz wskazania na procentowe różnice – dlaczego jego zdaniem cena ofertowa wykonawcy A.B. wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzi wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów. W tym kontekście nie ma znaczenia, że Zamawiający nie uzyskał od wykonawców w toku negocjacji odpowiedzi na pytanie „jakie czynniki miały wpływ na wysokość oferty", skoro nie był do tego zobowiązany. Kwestia wyjaśnień ceny jest kwestią odrębną od procesu negocjacji prowadzonych w celu ulepszenia ofert. Jako absurdalny można uznać argument, iż odpowiedź na to pytanie mogła mieć istotne znaczenie dla oceny zasadności prowadzenia negocjacji w kwestii obniżenia ceny – skoro pytanie zostało zadane już w trakcie negocjacji.

Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553 i art. 554 ust. 1 pkt 1 PZP, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie 557 PZP oraz w oparciu o przepisy 1 i pkt 2 w zw. z 8 ust. 1 i 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 pobieraniu wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437 ze zm.).

Przewodnicząca: ……..