

WYROK

Warszawa, dnia 3 marca 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Małgorzata Matecka

Protokolant: Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 lutego 2025 r. przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Handlowo – Usługowe PROPECTUS Sp. z o.o. z siedzibą w Niezdrowicach w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Kędzierzyn - Koźle

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego i:

2.1. zalicza do kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

2.2. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego.

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 523/25

Uzasadnienie

Zamawiający Gminę Kędzierzyn - Koźle (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie podstawowym z możliwością negocjacji postępowanie o udzielenie zamówienia pn. „Przebudowa ul. Tadeusza Kościuszki w Kędzierzynie-Koźlu” (dalej: „Postępowanie”). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 29 maja 2024 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 2024/BZP 00343795/01.

I. W dniu 12 lutego 2025 r. wykonawca Przedsiębiorstwo Handlowo – Usługowe PROPECTUS Sp. z o.o. z siedzibą w Niezdrowicach (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec:

- czynności Zamawiającego polegającej na zaproszeniu wykonawców do negocjacji, mimo że Zamawiający nie był uprawniony do dokonania tej czynności na obecnym etapie postępowania i stoi to w sprzeczności z trybem postępowania opisanym ustawą, obowiązkiem Zamawiającego prowadzenia postępowania zgodnie z zasadą przejrzystości i zachowania uczciwej konkurencji, jak również wyrokiem KIO 2336/24 zapadłym w postępowaniu,
- zaniechania Zamawiającego polegającego na niewykonaniu czynności, do których zgodnie z ustawą jest zobowiązany tj. zaniechania wyboru oferty najkorzystniejszej tj. oferty Odwołującego, która otrzymała najwyższą ilość punktów w wyniku oceny ofert.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (dalej: „ustawa Pzp”):

- art. 275 pkt 2 w związku z art. 287 ust 1 ustawy Pzp poprzez błędne uznanie, że decyzja dotycząca negocjacji treści ofert w celu ich ulepszenia może zostać podjęta na dowolnym etapie postępowania, również przed ponownym wyborem oferty najkorzystniejszej, w sytuacji gdy przed pierwotnym wyborem oferty spośród ofert złożonych w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu Zamawiający nie zdecydował o prowadzeniu takich negocjacji,
- art. 252 ust. 2 ustawy Pzp poprzez podjęcie negocjacji złożonych ofert w celu ich ulepszenia w sytuacji upływu

terminu związania ofertą tj. czynności, do których brak umocowania we wskazanym przepisie;

- art. 17 ust 2 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób prowadzący do udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu niegodnie z przepisami ustawy;
- art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz naruszający zasadę przejrzystości.

Odwolujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności zaproszenia do negocjacji oraz uznania wszelkich czynności będących ich konsekwencją za niewywołujące skutków prawnych, w szczególności dotyczy to czynności złożenia ofert dodatkowych i wyboru oferty najkorzystniejszej dokonanej na ich podstawie,
- wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Uzasadniając podniesione zarzuty Odwołujący przedstawił następujące stanowisko:

W pkt 24 SWZ Zamawiający opisał zasady obowiązujące w przyjętym trybie postępowania, wskazując m.in. w pkt 24.2: „Zamawiający może, ale nie musi, przeprowadzić negocjacji w ulepszenia treści ofert, które podlegają ocenie w ramach kryteriów oceny ofert. W przypadku, gdy Zamawiający nie będzie prowadził negocjacji, dokonuje wyboru najkorzystniejszej oferty spośród niepodlegających odrzuceniu ofert złożonych w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu. Zamawiający oszacował wartość zamówienia na kwotę 3.986.035,07 zł netto tj. 4.902.823,14 zł z uwzględnieniem podatku od towarów i usług. Kwota, jaką Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia zamieszczona na stronie internetowej prowadzonego postępowania przed otwarciem ofert wynosi 3.000.000,00 zł brutto. Zgodnie z pkt. 18.1 SWZ Wykonawcy byli związani złożonymi ofertami do dnia 12 lipca 2024 r. (termin ten nie został przedłużony).

W dniu 14 czerwca 2024 r. Zamawiający wystosował do wszystkich wykonawców wezwania do wyjaśnień ceny rażąco niskiej. W wyznaczonym terminie wykonawcy złożyli wyjaśnienia i dniu 28 czerwca 2024 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, nie korzystając uprzednio z możliwości przeprowadzenia negocjacji. Żadna z ofert nie została odrzucona, a jako najkorzystniejsza została wybrana oferta wykonawcy K+D Budownictwo Sp. z o.o. Oferta Odwołującego uplasowała się na drugim miejscu. W dniu 3 lipca 2024 r. Odwołujący wniósł odwołanie na czynność wyboru oferty wykonawcy K+D Budownictwo Sp. z o.o. W dniu 24 lipca 2024 r. Izba wydała wyrok (KIO 2336/24), w którym uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenie oferty wykonawcy K+D Budownictwo Sp. z o.o. i powtórzenie czynności badania o oceny ofert. Od wskazanego wyroku Izby Zamawiający oraz K+D Budownictwo Sp. z o.o. wywiedli skargi do Sądu Zamówień Publicznych.

Mimo że ustawa nie przewiduje zakazu zawarcia umowy o zamówienie publiczne w czasie trwania postępowania skargowego (w przeciwieństwie do postępowania odwoławczego), oraz mimo pism Odwołującego kierowanych do Zamawiającego wzywających do wykonania orzeczenia Izby i zawarcia umowy o zamówienie publiczne, Zamawiający uchylił się od dokonania wyboru oferty Odwołującego i zawarcia z nim umowy, powołując się na zawisłość sprawy przed sądem oraz zasadę równego traktowania wykonawców, co w ocenie Odwołującego było bezpodstawne, skutkuje przewlekłością postępowania oraz pozostawia wykonawców w stanie niepewności. Dowody: pismo Odwołującego z dnia 11 października 2024 r., odpowiedź Zamawiającego z dnia 18 października 2024 r., pismo Odwołującego z dnia 4 listopada 2024 r. W dniu 10 grudnia 2024 r. Zamawiający skierował do Odwołującego pytanie dot. podtrzymania warunków złożonej oferty i gotowości do wykonania zamówienia na warunkach w niej wskazanych. Na to pytanie Odwołujący odpowiedział twierdząco. Dowody: pismo Zamawiającego z dnia 10 grudnia 2024 r., odpowiedź Odwołującego z dnia 17.02.2025 r. Postanowieniem z dnia 22 stycznia 2025 r. Sąd odrzucił skargę K+D Budownictwo Sp. z o.o. (sygn. akt XXIII Zs 126/24), natomiast wyrokiem z dnia 31 stycznia 2025 r. (sygn. akt XXIII Zs 127/24) Sąd oddalił skargę wniesioną przez Zamawiającego. Dowody: postanowienie Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 22 stycznia 2025 r., sygn. akt XXIII Zs 126/24, wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 31 stycznia 2025 r., sygn. akt XXIII Zs 127/24.

Po wydaniu w/w rozstrzygnięć, Odwołujący w dniu 5 lutego 2025 r. ponownie zwrócił się do Zamawiającego o niezwłoczne wykonanie orzeczenia Izby i zawarcie z nim umowy. W dniu 7 lutego 2025r. otrzymał pismo Zamawiającego:

- informujące o unieważnieniu czynność wyboru oferty wykonawcy K+D Budownictwo Sp. z o.o. z siedzibą w Kędzierzynie-Koźlu, odrzuceniu oferty Wykonawcy K+D Budownictwo Sp. z o.o. na podstawie art. 226 ust.1 pkt

8,

- zawierające informację o ofertach które nie zostały odrzucone oraz punktacji przyznanej ofertom w kryterium oceny ofert (gdzie oferta Odwołującego została sklasyfikowana na pierwszej pozycji z maksymalną ilością punktów),
- zawierające informację o ofertach odrzuconych,
- zapraszające do negocjacji na podstawie art. 289 ust 1 ustawy Pzp.

Dowody: pismo Odwołującego z dnia 5 lutego 2025 r., pismo Zamawiającego z dnia 7 lutego 2025 r.

W ocenie Odwołującego zaniechanie dokonania wyboru oferty Odwołującego i zawarcia umowy o udzielenie zamówienia publicznego jest pozbawione podstaw, podobnie jak decyzja Zamawiającego o podjęciu negocjacji w celu ulepszenia treści złożonych ofert na etapie ponownej oceny ofert w Postępowaniu. Zdaniem Odwołującego decyzja Zamawiającego dotycząca przeprowadzenia negocjacji treści ofert w celu ich ulepszenia powinna zostać podjęta najpóźniej po ocenie ofert i przed wyborem oferty K+D Budownictwo Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej dokonany w dniu 28 czerwca 2024 r. Przed dokonaniem wyboru Zamawiający nie podjął takiej decyzji. Mimo że posiadał taką możliwość nie zdecydował się na prowadzenie negocjacji, w wyniku których mógł uzyskać korzystniejsze oferty dodatkowe, czego potwierdzeniem jest treść protokołu z postępowania, gdzie w poz. 16, 18-20 dał wyraz decyzji o rezygnacji z prowadzenia negocjacji i rezygnacji ze zobowiązania uczestników postępowania do składania ofert dodatkowych. Dowód: protokół postępowania. Skoro Zamawiający w tym czasie nie skorzystał z posiadanej możliwości, należy uznać że z niej zrezygnował i zdecydował o dalszym prowadzeniu postępowania na zasadach trybu podstawowego w wariantcie I. Brak podstaw prawnych, które wskazywałyby, że konieczność ponowienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, na skutek błędnej pierwotnej czynności, pociąga za sobą odnowienie prawa Zamawiającego do podjęcia negocjacji ofert. Potwierdzenie przez Izbę, że pierwotna decyzja Zamawiającego dotycząca wyboru oferty była wadliwa, niezgodna z przepisami ustawy, nie powoduje, że Zamawiający prowadzi postępowanie od nowa. Unieważniony został wyłącznie wybór oferty, a Izba w wyroku nakazała Zamawiającemu ponowne badanie i ocenę ofert w celu ponowienia czynności i prawidłowego, zgodnego z ustawą, wyboru oferty najkorzystniejszej. Powyższe należy odnosić wyłącznie do ofert istniejących w chwili orzekania, złożonych w postępowaniu w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu. Nie ma podstaw do twierdzenia, że wyboru takiego można dokonać na podstawie ofert dodatkowych, które w momencie orzekania nie istniały. Zgodnie z pkt 12 SWZ wykonawcy byli zobowiązani do złożenia formularza ofertowego, i wskazanych tam dokumentów, w szczególności oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu oraz spełnieniu warunków udziału w postępowaniu. Natomiast w pkt 13 SWZ, zgodnie z art. 274 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający wskazał, że przed wyborem najkorzystniejszej oferty wezwie wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia podmiotowych środków dowodowych – wykazu osób i wykazu robót budowlanych wraz z dowodami ich należytego wykonania. Wobec tego, zgodnie z wyrokiem Izby, ponowne badanie ofert dokonywane po unieważnieniu pierwotnego wyboru oferty, mogłoby obejmować również podmiotowe środki dowodowe, złożone na wezwanie Zamawiającego. Badanie takie powinno dotyczyć wyłącznie wykonawcy którego oferta uzyskała najwyższą ocenę. W takim rozumieniu nie można objąć badaniem i oceną ofert podejmowania nowych czynności w postępowaniu, w szczególności podejmowania negocjacji ofert z wszystkimi pozostałymi wykonawcami, w celu uzyskania ofert dodatkowych, a tak właśnie zadziałał Zamawiający, co czyni postępowanie o udzielenie zamówienia nieprzejrzystym, niezrozumiałym dla wykonawców oraz sprzecznym z procedurami opisanymi ustawą.

Art. 252 ust. 2 ustawy stanowi, że jeżeli termin związania ofertą upłynął przed wyborem najkorzystniejszej oferty, zamawiający wzywa wykonawcę, którego oferta otrzymała najwyższą ocenę, do wyrażenia, w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie, pisemnej zgody na wybór jego oferty. Przepis ten ustanawia zasadę wyboru oferty najkorzystniejszej w terminie związania ofertą określonym w dokumentach zamówienia. Jest to wyraz przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ale również dążenia do zmniejszenia obciążeń wykonawców wynikających z udziału w tym postępowaniu, zwłaszcza w przypadku przedłużania się postępowania. Należy podkreślić, że w Postępowaniu minął termin związania ofertą. Przepis wskazuje, że w takim przypadku zamawiający w celu dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty wzywa wykonawcę, którego oferta otrzymała najwyższą ocenę do wyrażenia zgody na wybór jego oferty. Nie ma zatem jakichkolwiek możliwości negocjacji czy ulepszania ofert złożonych w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu. Przepis ten wyklucza możliwość składania i oceny ofert dodatkowych, gdyż wykonawca może wyrazić zgodę na wybór wyłącznie w odniesieniu do złożonej oferty. Z powyższego wynika, że zaproszenie do negocjacji ofert w celu ich ulepszenia po upływie terminu związania ofertą nie znajduje podstaw i jest niezgodne z ustawą. W ocenie Odwołującego Zamawiający powinien postąpić w sposób analogiczny do sytuacji, w której z przyczyn leżących po stronie wykonawcy zawarcie umowy stało się niemożliwe, tj. analogicznie do art. 263 ustawy Pzp poprzez ograniczenie się do wyboru najkorzystniejszej oferty spośród ofert niepodlegających odrzuceniu. Jedynie na

marginiesie należy wskazać, że wraz z upływem terminu związania ofertą wniesione wadlia wygasły lub powinny były zostać zwrócone wykonawcom. Zamawiający nie posiada żadnych narzędzi chroniących go na wypadek uchylenia się wykonawcy od zawarcia umowy. W takiej sytuacji istnieje realne ryzyko, że złożenie ofert dodatkowych wykonawcy potraktują jako strategię i mimo złożenia ofert dodatkowych, wybrany wykonawca uchyli się od zawarcia umowy, gdyż nie poniesie z tego tytułu żadnych konsekwencji. Takie zaś postępowanie, nie tylko jawi się jako sprzeczne z zasadami wynikającymi z ustawy, ale również może prowadzić do niecelowości całej procedury, skoro wykonawca, w ramach prowadzonych negocjacji, może złożyć bardzo niską ofertę dodatkową, dalece wykraczającą poza ramy opłacalności rynkowej, na podstawie której nie zawrze następnie umowy.

Ulepszenie ofert w Postępowaniu może polegać wyłącznie na obniżeniu ceny. W wariancie II trybu podstawowego oferty dodatkowe mogą być badane pod kątem zaistnienia rażąco niskiej ceny, niezależnie od przeprowadzenia takiego badania w odniesieniu do ofert pierwotnych. Mając na uwadze szacunkową wartość zamówienia (4.900.000,00 zł) oraz fakt, że w stosunku do wszystkich ofert Zamawiający zażądał wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny oraz kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia (3.000.000 zł), trudno doszukać się racjonalności działania Zamawiającego. Zaproszenie do negocjacji w takich warunkach stanowi w ocenie Odwołującego dowód, że celem Zamawiającego jest wyłącznie uzyskanie oferty najtańszej, co nie jest równoznaczne z ofertą najkorzystniejszą w rozumieniu ustawy. Zaproszenie do negocjacji wystosowanie do wykonawców wywiera swoistą presję do obniżenia cen do granic opłacalności lub nawet poniżej tej granicy. Takim działaniem Zamawiający zaburza uczciwą konkurencję pomiędzy wykonawcami, a ponadto drastycznie zwiększa ryzyko niepowodzenia realizacji zamówienia. Może się bowiem okazać, że wykonawca w rzeczywistości nie udźwignie ciężaru wykonania umowy. Wszystkie pierwotne oferty podlegały obowiązkowemu wyjaśnieniu w zakresie ceny rażąco niskiej. Ewentualne złożenie ofert dodatkowych z jeszcze niższymi cenami będzie skutkowało obowiązkiem kolejnych wyjaśnień w tym zakresie.

W ocenie Odwołującego działania podjęte przez Zamawiającego zakłócają przejrzystość prowadzonego postępowania. Zamawiający w sposób oczywisty powinien zawsze kierować się, podczas procesu badania i oceny ofert, nie tylko przepisami Prawa zamówień publicznych, lecz również zasadami wynikającymi ze sporządzonych dokumentów zamówienia, do których przestrzegania jest tak samo zobowiązany, jak wykonawcy biorący udział w postępowaniu. W związku z tym wybór wykonawcy z w sposób odmienny od opisanego w SWZ lub przepisach ustawy, stanowić będzie naruszenie zasady wynikającej z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp. Działania Zamawiającego zaskarżone niniejszym odwołaniem naruszają te zasady. W doktrynie zwraca się uwagę, że decyzja Zamawiającego co do przeprowadzenia negocjacji w wariancie II trybu podstawowego nie może być decyzją dowolną, a powinna znajdować swoje uzasadnienie. Uzasadnieniem takim może być w szczególności niewystarczający budżet Zamawiającego. W Postępowaniu trudno dopatrzeć się podstaw decyzji Zamawiającego również z perspektywy finansowej.

II. Pismem z dnia 28 lutego 2025 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie. Zamawiający uznał zarzuty odwołania za niezasadne i wniósł o jego oddalenie.

III. Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Robót Drogowych i Mostowych Sp. z o.o. z siedzibą w Kędzierzynie – Koźlu oraz A.B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych A.B. z siedzibą w Głubczycach.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgłoszenie przystąpienia do postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Robót Drogowych i Mostowych Sp. z o.o. z siedzibą w Kędzierzynie – Koźlu oraz A.B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych A.B. z siedzibą w Głubczycach – Izba uznała za nieskuteczne. Zgodnie z przepisem art. 525 ust. 1 ustawy Pzp wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Odwołanie zostało przekazane ww. wykonawcom w dniu 14 lutego 2025 r. Termin na zgłoszenie przystąpienia upłynął 17 lutego 2025 r. Zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego zostało wniesione w dniu 18 lutego 2025 r., tj. po upływie ustawowego terminu na dokonanie tej czynności.

W odniesieniu do zarzutów odwołania:

Okoliczności faktyczne dotyczące przebiegu Postępowania nie były pomiędzy stronami sporne. Spór miał charakter prawny.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

–art. 275 pkt 2 w związku z art. 287 ust. 1 ustawy Pzp

Zgodnie z przepisem art. 275 pkt 2 ustawy 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 przepisem art. 287 ust. 1 ustawy Pzp w przypadku, o którym mowa w art. 275 pkt 2, gdy zamawiający nie prowadzi negocjacji, dokonuje wyboru najkorzystniejszej oferty spośród niepodlegających odrzuceniu ofert złożonych w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu.

–art. 252 ust. 2 ustawy Pzp

Zgodnie z przepisem art. 252 ust. 2 ustawy Pzp jeżeli termin związania ofertą upłynął przed wyborem najkorzystniejszej oferty, zamawiający wzywa wykonawcę, którego oferta otrzymała najwyższą ocenę, do wyrażenia, w wyznaczonym przez zamawiającego terminie, pisemnej zgody na wybór jego oferty.

–art. 17 ust. 2 ustawy Pzp

Zgodnie z przepisem art. 17 ust. 2 ustawy Pzp zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

–art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp

Zgodnie z przepisem art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty.

Z pewnością nie można podzielić stanowiska Odwołującego, że Zamawiający nie wykonał wcześniejszego wyroku Izby. Wyrokiem z dnia 24 lipca 2024 r. (KIO 2336/24) Izba nakazała Zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenie oferty wykonawcy K+D Budownictwo Sp. z o.o. z siedzibą w Kędzierzynie-Koźlu, powtórzenie czynności badania i oceny ofert. Wszystkie ww. czynności zostały przez Zamawiającego wykonane, co potwierdza przebieg Postępowania opisany w odwołaniu. Należy podkreślić, że Izba nie nakazała Zamawiającemu dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w Postępowaniu.

Izba nakazała Zamawiającemu m.in. powtórzenie czynności badania i oceny ofert, co oznacza powrót do etapu badania i oceny ofert, a zatem etapu, na który składa się wiele różnorodnych czynności – w zależności od konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia. Jest to etap postępowania rozpoczynający się w tym trybie po dokonaniu przez zamawiającego czynności otwarcia ofert i kończący się przed dokonaniem czynności wyboru oferty najkorzystniejszej (ewentualnie unieważnieniem postępowania). Taka jest utrwalona nazwa tego etapu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i w związku z posłużeniem się tym sformułowaniem przez Izbę w wyroku wydanym w sprawie KIO 2336/24 nie można wyciągać wniosków, że zamawiający nie mógł skorzystać z instytucji negocjacji i ofert dodatkowych.

Mając to na uwadze, wobec nakazanego przez Izbę unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenia tej oferty i powrotu do etapu badania i oceny ofert, zdaniem składu orzekającego Izby, zamawiający by uprawniony do podjęcia decyzji o przeprowadzeniu negocjacji, pomimo tego, że w Postępowaniu dokonano już pierwszej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej bez przeprowadzania negocjacji. Jednakże czynność ta wyrokiem Izby została unieważniona, a Postępowanie powtórnie znalazło się na etapie badania i oceny ofert. Z powołanych przez Odwołującego przepisów nie wynika, że w takiej sytuacji, tj. po unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzuceniu oferty pierwotnie wybranej za najkorzystniejszą i powrocie do etapu badania i oceny ofert zamawiający nie może zdecydować się na przeprowadzenie negocjacji. Przepisy ustawy Pzp nie regulują szczegółowo tego zagadnienia. W związku z tym należy stosować przepisy ogólne. Skoro zamawiający może podjąć decyzję odnośnie zastosowania negocjacji na etapie badania i oceny ofert, to może podjąć taką decyzję także w trakcie powtórnego badania i oceny ofert po unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej nakazanej wyrokiem Izby albo Sądu, w sytuacji, w której krąg ofert niepodlegających odrzuceniu uległ zmianie. Taka modyfikacja stanu faktycznego może spowodować zmianę decyzji zamawiającego o celowości przeprowadzenia negocjacji.

Należy podkreślić, że Izba dokonuje oceny czynności i zaniechań zamawiającego wyłącznie w odniesieniu do kryterium

legalności (art. 513, art. 554 ust. 1 ustawy Pzp). W szczególności Izba nie ocenia czynności zamawiającego pod kątem ich racjonalności.

Mając na uwadze powyższe, Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 275 pkt 2 w zw. z art. 287 ust. 1 ustawy Pzp.

Kierując się powyższą zasadą (oceny czynności i zaniechań zamawiającego pod kątem ich zgodności z przepisami ustawy) Izba nie stwierdziła również naruszenia przepisu art. 252 ust. 2 ustawy Pzp. Przepis ten wyraźnie dopuszcza sytuację, w której nastąpi wybór oferty najkorzystniejszej, pomimo tego że przed dokonaniem tej czynności doszło do upływu terminu związania ofertą. W treści tego przepisu ustawodawca nie odesłał do żadnego konkretnego momentu, kiedy upływ terminu związania ofertą miałby nastąpić. Chodzi o sytuację, kiedy termin upłynął przed wyborem oferty najkorzystniejszej, a zatem na etapie badania i oceny ofert. Taka sytuacja miała miejsce w Postępowaniu. Jednocześnie, brak jest przepisu ustawy Pzp, który wyłączałby taką możliwość w odniesieniu do prowadzenia negocjacji czy składania ofert dodatkowych.

Zgodnie ze stanowiskiem wyrażonym w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 20 lipca 2022 r. (sygn. akt XXIII Zs 16/22): „należy zwrócić uwagę na ugruntowane już stanowisko zarówno Krajowej Izby Odwoławczej, jak i tut. Sądu, zgodnie z którym „upływ terminu związania ofertą nie przesądza o nieskuteczności oferty i nie stoi na przeszkodzie zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego” (por. sprawy o sygn. KIO/KD 43/15, sygn. XXIII Ga 924/14 i sygn. XXIII Ga 1629/19, sygn. XXIII zs 72/21). W uchwale z dnia 11 sierpnia 2015 r. (KIO/KD 43/15) stwierdzono zaś między innymi, że: „przepisy ustawy nie włączają możliwości badania i wyboru oferty, której termin związania upłynął. Pomimo upływu terminu związania ofertą można zawrzeć umowę w sprawie zamówienia publicznego. Upływ terminu związania ofertą powoduje jedynie, że wykonawca nie ma obowiązku zawarcia umowy, a co za tym idzie — nie ponosi negatywnych konsekwencji niezawarcia umowy”.

W konsekwencji, Izba nie stwierdziła również naruszenia przepisów art. 17 ust. 2 oraz art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp. W art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp zostały wskazane zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co do których przyjmuje się, że co do zasady nie mogą stanowić samodzielnej podstawy prawnej zarzutu.

Podsumowując, dokonując oceny przedstawionego przez strony stanu faktycznego sprawy Izba nie dopatrzyła się naruszenia przez Zamawiającego wskazanych przez Odwołującego przepisów prawa.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 553 oraz art. 554 ust. 1 pkt 1 *a contrario* ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz § 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).

Przewodnicząca: