

Sygn. akt: KIO 1714/23

WYROK
z dnia 29 czerwca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Monika Szymanowska
Członkowie: Ryszard Tetzlaff
Justyna Tomkowska

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 czerwca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 czerwca 2023 r. przez odwołującego Balzola Polska Sp. z o. o. w Warszawie postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Miejski Zarząd Dróg w Toruniu przy udziale wykonawcy Transbruk Barczyński Sp. z o. o. w Pigży przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego
orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego Balzola Polska Sp. z o. o. w Warszawie i:

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania kwotę 10 000,00 zł (dziesięć tysięcy złotych) uiszczoną przez odwołującego Balzola Polska Sp. z o. o. w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od odwołującego Balzola Polska Sp. z o. o. w Warszawie na rzecz zamawiającego Miejskiego Zarząd Dróg w Toruniu kwotę 3 600,00 zł (trzy tysiące sześćset złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) 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:.....
Członkowie:
.....

Uzasadnienie

wyroku z dnia 29 czerwca 2023 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 1714/23

Zamawiający – Miejski Zarząd Dróg w Toruniu ul. Grudziądzka 159, 87-100 Toruń, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Rozbudowa ul. Łącznej w Toruniu na odcinku od ul. Stawki Południowe do ul. Kniaziewiczza”, o ogłoszeniu o zamówieniu publicznym opublikowanym w dniu 7 kwietnia 2023 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 2023/BZP 00168670/01, dalej zwane „postępowaniem”.

Postępowanie na roboty budowlane, o wartości poniżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019. Prawo zamówień publicznych ((Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) dalej zwanej „p.z.p.”), jest prowadzone przez zamawiającego w trybie podstawowym z możliwością przeprowadzenia negocjacji.

W dniu 14 czerwca 2023 r. odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego w postępowaniu wniósł wykonawca Balzola Polska Sp. z o.o. Aleja J.P. II 12, 00-124 Warszawa (dalej zwany „odwołującym”). We wniesionym środku zaskarżenia odwołujący postawił zamawiającemu następujące zarzuty naruszenia (pisownia oryginalna):

1.art. 275 pkt 2) PZP w zw. z art. 278 PZP w zw. z art. 17 PZP w zw. z art. 44 ust. 3 pkt 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych ((t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1634 z późn. zm.), dalej zwanej „u.f.p.”) oraz art. 17 ust. 1c ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych ((t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 289 z późn. zm.), dalej zwanej „u.o.n.d.f.p.”) poprzez zaniechanie przeprowadzenia negocjacji w trybie podstawowym po dokonanej ocenie i badaniu złożonych ofert, podczas gdy biorąc pod uwagę możliwości finansowe Zamawiającego, który zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia kwotę 11.000.000,00 zł brutto oraz wartość najtańszej oferty złożonej przez Wykonawcę w wysokości 16.470.001,97 zł brutto (w tym zakres TW sp. z o.o. 2.745.136,20), a także wyrażaną w trakcie Postępowania po stronie Odwołującego chęć uczestniczenia w negocjacjach i zaproponowania korzystniejszej cenie, Zamawiający powinien skorzystać z możliwości przeprowadzenia negocjacji, ponieważ dałoby mu szansę na zmniejszenie ceny złożonych w ramach Postępowania ofert, dostosowania tych wartości do jego możliwości finansowych,

a tym samym ulepszenia warunków udzielenia zamówienia, a także przestrzeganie zasad wydatkowania środków publicznych oraz uniknięcia zarzutów związanych z odpowiedzialnością za naruszenie dyscypliny finansów publicznych;

2.art. 16 pkt 1) PZP w zw. z art. 17 ust. 1 pkt 1) PZP w zw. z art. 18 ust. 1 i art. 67 ust. 2 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (dalej zwanej „Dyrektywą 2014/24/UE”) poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców na skutek rezygnacji z przeprowadzenia negocjacji w ramach prowadzonego Postępowania, co doprowadziło do odebrania Odwołującemu możliwość dalszego konkurowania z Wykonawcą w ramach ceny oferty, a tym samym do odebrania mu szansy na uzyskanie zamówienia, podczas gdy Zamawiający mając informacje od uczestnika Postępowania o chęci dalszego negocjowania zaproponowanej w ofercie ceny, powinien skorzystać z przewidzianej w dokumentacji możliwości i wszcząć na tej podstawie stosowne negocjacje, tak aby zapewnić każdemu wykonawcy pełną możliwość zaproponowania swoich warunków realizacji zamówienia.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności z dnia 12 czerwca 2023 r. dotyczącej wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Transbruk Barczyńscy Sp. z o.o. ul. Wojewódzka 3A, Pigża, 87-152 Łubianka (dalej także jako „Transbruk”) oraz przeprowadzenia ponownej oceny zasadności zorganizowania negocjacji przewidzianych w ramach przedmiotowego postępowania. Wniesiono także o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów doradztwa prawnego według norm przepisanych i zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

W uzasadnieniu środka zaskarżenia odwołujący wskazał co następuje. Zamawiający niezasadnie zrezygnował z przeprowadzenia negocjacji, odbierając odwołującemu szansę na zaproponowanie korzystniejszej cenowo oferty niż konkurencyjny wykonawca, co spowodowało, że w postępowaniu została wybrana oferta, która mogłaby w wyniku negocjacji nie zostać uznana za najkorzystniejszą. Oferta odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu w rankingu ofert. W wyniku czynności podjętych i zaniechanych przez zamawiającego, odwołujący utracił zatem możliwość uzyskania zamówienia objętego postępowaniem oraz uzyskania zakładanego zysku. W związku z powyższym odwołujący może ponieść szkodę, co oznacza, że posiada interes we wniesieniu odwołania.

Przedmiotem zamówienia jest rozbudowa ul. Łącznej w Toruniu na odcinku od ul. Stawki Południowe do ul. Kniaziewiczza, w tym część związana z budową kanalizacji deszczowej, dla której płatnikiem będą Toruńskie Wodociągi Sp. z o.o. Zgodnie z treścią pkt 2.16 ogłoszenia, zamówienie udzielane jest w trybie podstawowym na podstawie art. 275 pkt 2 p.z.p. Postanowienie to zostało potwierdzone w treści rozdziału II pkt 2 IDW, zgodnie z którym zamawiający przewidział wybór najkorzystniejszej oferty z możliwością prowadzenia negocjacji na podstawie art. 275 pkt 2 p.z.p., zgodnie z postanowieniami rozdziału XIX IDW. Negocjacje takie miały zostać przeprowadzone w ramach kryterium oceny oferty dotyczącego ceny (kosztu), który został opisany w rozdziale XVIII IDW. Szczegółowe zasady przeprowadzenia negocjacji zostały ustalone w rozdziale XIX IDW.

W ramach postępowania zostały złożone dwie oferty - wykonawcy Transbruk na kwotę 16.470.001,97 zł brutto (w tym zakres TW Sp. z o.o. 2.745.136,20 zł brutto) i odwołującego w wysokości 16.990.286,12 zł brutto (w tym zakres TW sp. z o.o. 3.323.585,76 zł brutto). Wraz z otwarciem ofert, zamawiający poinformował o kwocie, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, tj. 11.000.000,00 zł brutto. W dniu 12 czerwca 2023 r. zamawiający poinformował uczestników postępowania o wyborze najkorzystniejszej oferty należącej do wykonawcy Transbruk, której przyznano 100 pkt w kryterium cena (koszt). Ofercie odwołującego przyznano zaś 96,94 pkt, klasyfikując ją na drugim miejscu w rankingu ofert.

Odwołujący wskazał dalej, że pomimo przewidzenia w treści dokumentacji postępowania trybu podstawowego z możliwością przeprowadzenia negocjacji, zamawiający nie informował uczestników postępowania o skorzystaniu z tego rozwiązania. W związku z brakiem decyzji w sprawie przeprowadzenia stosowanych negocjacji ze strony zamawiającego, odwołujący postanowił skierować w dniu 31 maja 2023 r. pismo, w którym wyraził gotowość do wzięcia udziału w procedurze negocjacji oraz poinformował zamawiającego o chęci zaproponowania w ramach tej procedury korzystniejszej ceny. Informacje te zostały następnie powielone w piśmie odwołującego z dnia 1 czerwca 2023 r. dotyczącego wydłużenia terminu związania ofertą. Jednakże, pomimo zabiegania ze strony odwołującego, zamawiający zrezygnował z przeprowadzania negocjacji w ramach postępowania.

W przypadku zamówień o wartości poniżej progów unijnych możliwe jest udzielenie zamówienia w drodze m.in. trybu podstawowego w jednym z trzech dopuszczonych przez ustawodawcę wariantach (art. 275 p.z.p.). Wybór wariantu należy do zamawiającego, który powinien zamieścić stosowną informację w ogłoszeniu o zamówienie w Biuletynie Zamówień Publicznych oraz w dokumentacji danego postępowania (art. 276 ust. 1 p.z.p.). W przypadku wariantu polegającego na możliwości przeprowadzenia negocjacji (art. 275 pkt 2 p.z.p.), zamawiający może skorzystać z takiego rozwiązania, jeżeli umożliwiłoby mu to ulepszenie treści otrzymanych ofert.

Zdaniem odwołującego ustawodawca nie wskazał w treści przepisów ustawy p.z.p., na jakiej podstawie zamawiający powinni podejmować decyzję o skorzystaniu z procedury negocjacji. Zasady podejmowania takiej decyzji można jednak ustalić na podstawie wymogu z art. 275 p.z.p., to znaczy aby negocjacje przeprowadzane były w sytuacji, gdy możliwe jest ulepszenie treści oferty. Każdorazowa decyzja, co do skorzystania bądź nie z rozwiązania w postaci negocjacji, powinna być zatem poprzedzona szczegółową analizą zamawiającego, w ramach której powinien zweryfikować nie tylko własne możliwości finansowe, ale także możliwość zmniejszenia ceny przez poszczególnych wykonawców, tak by za określony w postępowaniu przedmiot zamówienia zapłacić jak najniższą kwotę wynagrodzenia.

W ocenie odwołującego podjęcie decyzji o skorzystaniu z procedury negocjacji w ramach trybu podstawowego jest silnie skorelowane z zasadą efektywności ekonomicznej, o której mowa w art. 17 ust. 1 p.z.p. Wymóg przestrzegania zasady efektywności ekonomicznej polega na obowiązku przestrzegania przez zamawiającego dwóch kluczowych w tym zakresie reguł działania, co wskazano w wyroku Izby z dnia 3 października 2022 r. sygn. akt: KIO 2430/22. Wymóg osiągania jak najlepszych efektów jakościowych, przy równoczesnej minimalizacji wydatków, stanowi także odzwierciedlenie zasad wynikających z prawodawstwa unijnego, w tym motywu 90 i art. 67 ust. 2 Dyrektywy 2014/24/UE, realizacją zasady efektywności ekonomicznej jest między innymi wybór właściwego trybu udzielenia zamówienia, a także wybór wariantów umożliwiających negocjacje.

W ocenie odwołującego, decydując o przeprowadzeniu negocjacji, zamawiający powinien zweryfikować czy rozwiązanie to pomogłoby otrzymać od wykonawców korzystniejsze cenowo oferty, tak aby za określony przedmiot zamówienia wydać jak najmniejsze środki finansowe. Weryfikacja ta powinna zostać oparta o porównanie dostępnych zamawiającemu środków finansowych z kwotami otrzymanych ofert. Zamawiający powinien też sprawdzić czy w branży obejmującej przedmiot zamówienia obowiązują ceny zbliżone do przedstawionych w ofertach, czy też wartości te są niższe - a zatem wykonawcy uczestniczący w postępowaniu mogą jeszcze rywalizować ze sobą i proponować niższe wartości. Analiza taka pozwoliłaby zamawiającemu na świadome podjęcie decyzji co do szans ulepszenia treści ofert w ramach ustalonych kryteriów cenowych. Niedopuszczalne jest zatem swobodne podejmowanie decyzji przez zamawiającego czy finalnie skorzysta z procedury negocjacji, czy też nie. Słusznie wskazuje się, że zamawiający nie może mieć dowolności co do skorzystania z negocjacji, jeżeli przewidział ją w treści dokumentacji, decyzja w tym zakresie powinna zostać gruntownie przeanalizowana, a finalny jej rezultat uzasadniony.

Odwołujący dodał, iż jeżeli zamawiający przewiduje możliwość skorzystania z procedury negocjacji, to powinien wziąć pod uwagę, że wykonawcy złożą swoje oferty o takich wartościach, które umożliwiłyby im dalsze negocjowanie wynagrodzenia. Jeżeli bowiem przyjęliby wartości najniższe już przy złożeniu pierwotnej oferty, to wówczas nie mieliby możliwości zaproponowania zamawiającemu korzystniejszej ceny. Nierozsądne i nieprzemysłane zrezygnowanie przez zamawiającego z negocjacji, finalnie doprowadzi zatem do sytuacji, w której wykonawca uzyska zamówienia na korzystniejszych warunkach niż te, na które był gotowy w przypadku decyzji o przeprowadzeniu negocjacji. Rezygnacja z negocjacji powoduje zatem po stronie zamawiającego szczególnie negatywne konsekwencje finansowe i stanowi zaprzeczenie realizacji zasady efektywności ekonomicznej.

Powyższe przesłanki w sposób dobitny uwydatniły się w przedmiotowym postępowaniu. Złożone oferty były o ponad 5 milionów zł droższe niż kwotą, jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia. Zamawiający już na tej podstawie powinien dojść do wniosku, że należy skorzystać z procedury negocjacji, którą przewidział w ramach postępowania, ponieważ jest to jedyny sposób, aby podjąć próbę zmniejszenia ceny w złożonych ofertach i zbliżyć je do założonych wartości.

Po drugie, odwołujący w sposób wyraźny dawał zamawiającemu do zrozumienia, że zaproponowana przez niego kwota w ofercie nie jest ostateczna, a on sam gotowy jest do dalszego negocjowania i zaferowania ceny, tak aby była korzystniejsza dla zamawiającego. Pomimo dwukrotnej próby ze strony odwołującego, zamawiający nie zdecydował jednak o przeprowadzeniu negocjacji. Fakt, że odwołujący informował zamawiającego o chęci negocjowania ceny świadczy o tym, że chciał zaproponować korzystniejsze warunki, aby realizacja zamówienia była finalnie tańsza niż wynikałoby to z pierwotnej treści oferty. Zamawiający, mając taką informację ze strony odwołującego, nie podjął jednak decyzji o przeprowadzeniu negocjacji, a zatem świadomie zgodził się ponieść wyższe koszty realizacji zamówienia, pomimo że przeprowadzenie negocjacji i złożenie ofert ostatecznych umożliwiłoby mu uzyskanie korzystniejszych cenowo ofert. Takie zachowanie dziwi tym bardziej, że kwota jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia (budżet zamawiającego) to 11.000.000,00 zł brutto, zaś najtańsza oferta opiewa na kwotę 16.470.001,97 zł brutto, czyli o 30% wyższą od budżetu.

Ponadto, w ocenie odwołującego negocjacje w przypadku kryterium oceny ofert o charakterze cenowym zawsze prowadzą do zmniejszenia wartości wynagrodzenia, a nie jego zwiększenia. Skoro zamawiający świadomie odmawiał zorganizowania negocjacji, to jego działanie jest całkowicie sprzeczne z zasadą efektywności ekonomicznej oraz zasadami prawidłowego wydatkowania środków publicznych. Negocjacje dotyczące ceny byłyby także stosunkowo proste i opierałyby się na ustaleniu, który z wykonawców zaproponuje tańszą ofertę. Dzięki negocjacjom zamawiający

uzyskałby korzystniejsze warunki finansowe, przy zachowaniu tego samego zakresu zamówienia, a także spełniłby wymóg racjonalnego wydatkowania środków publicznych, co pozwoliłoby na uniknięcie odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Jak również przeprowadzenie negocjacji pozwoliłoby na realizację zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, ponieważ nie odbierałoby odwołującemu szans na uzyskanie zamówienia, jeżeli jest w stanie zaproponować korzystniejsze warunki realizacji zamówienia niż te wynikające z oferty wykonawcy Transbruk.

Odwołujący zaznaczył również, że do takich wniosków można dojść na podstawie brzmienia art. 18 ust. 1 Dyrektywy 2014/24/UE. Konkurencja zostanie sztucznie zawężona, gdy zamówienie zostaje zorganizowane z zamiarem niezasadzonego działania na korzyść lub niekorzyść niektórych wykonawców. Jeżeli zatem zamawiający był świadomy chęci dalszego konkurowania o zamówienie ze strony odwołującego, a sam miał uzasadnione potrzeby zmniejszenia wartości uzyskanych ofert, powinien skorzystać z możliwości negocjacji. Zamawiający zaś dopuścił się niezasadnego zaniechania przeprowadzenia negocjacji, doprowadzając tym samym do wadliwego wyboru najkorzystniejszej oferty - w sposób naruszający przepisy ustawy p.z.p. oraz niezgodny z zasadami wydatkowania środków publicznych.

Działając w imieniu i na rzecz zamawiającego odpowiedź na odwołanie w formie pisemnej wniósł pełnomocnik strony wskazując, iż zamawiający wnosi o oddalenie odwołania w całości zgodnie z uzasadnieniem wskazanym w jego piśmie procesowym, dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji postępowania oraz o zasądzenie na rzecz zamawiającego kosztów wynagrodzenia i wydatków pełnomocnika zgodnie z rachunkiem, który zostanie przedłożony na rozprawie.

Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, stanowiskiem przystępującego, konfrontując je z zebraniem w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy – ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 513 p.z.p. i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 517 p.z.p., a odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z art. 505 ust. 1 p.z.p. Izba stwierdziła również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek określonych w art. 528 p.z.p., których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy.

Wobec spełnienia przesłanek art. 525 ust. 1 - 3 p.z.p. Izba dopuściła do udziału w postępowaniu wykonawcę Transbruk Barczyńscy Sp. z o. o. ul. Wojewódzka 3A, Pigża, 87-152 Łubianka (dalej zwanego „przystępującym”), który zgłosił przystąpienie po stronie zamawiającego. Izba nie podzieliła argumentacji odwołującego o braku wykazania przez przystępującego interesu i oddaliła zgłoszoną opozycję. Jak podniesiono w przystąpieniu, wybór najkorzystniejszej oferty, która została złożona przez przystępującego, został dokonany przez zamawiającego zgodnie z ustawą p.z.p. Oferta nie podlega odrzuceniu, jest najkorzystniejsza w ramach przyjętych kryteriów i mieści się w kwocie przeznaczony na sfinansowanie zamówienia, wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu i nie podlega wykluczeniu. Przystępujący wskazał również, że nie podziela stanowiska odwołującego zawartego w odwołaniu – zgodnie ze szczegółową argumentacją wskazaną w przystąpieniu.

Krótko zaznaczyć należy, że interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której wykonawca przystępuje powinien być rozumiany szeroko. Za wystarczający należy uznać interes faktyczny pozostający w adekwatnym związku z rozstrzygnięciem – tu na rzecz zamawiającego. Wykładnia norm dotyczących postępowania odwoławczego powinna zmierzać do rozszerzenia ochrony prawnej przedsiębiorców celem zapewnienia im skutecznej ochrony sądowej, także poprzez zapewnienie prawidłowego kręgu uczestników postępowania odwoławczego. Bez wątpliwości oddalenie odwołania, a tym samym utrzymanie wyboru oferty przystępującego, jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, jest w interesie przystępującego, co wprost wskazano w przystąpieniu. Natomiast wymaganie przez odwołującego wskazania wyrażenia „interes” jest dość osobliwe. Zdaniem składu orzekającego wystarczające, a zarazem pożądane, jest wskazanie okoliczności związanych z posiadaniem interesem, a nie skupianie się na użyciu konkretnych słów-kluczy.

Skład orzekający ustalił, że stan faktyczny nie był pomiędzy stronami sporny i został w sposób prawidłowy, mający odzwierciedlenie w materiale procesowym, przedstawiony przez odwołującego. Strony różniły się natomiast oceną prawną zaistniałych okoliczności faktycznych w zakresie konieczności przeprowadzenia przez zamawiającego negocjacji zaferowanych przez wykonawców cen w trybie art. 275 pkt 2 p.z.p. W ocenie odwołującego brak przeprowadzenia fakultatywnych negocjacji w postępowaniu prowadzi do naruszenia art. 275 pkt 2 w zw. z art. 278 w zw. z art. 17 p.z.p. w zw. z art. 44 ust. 3 pkt 1 u.f.p. oraz art. 17 ust. 1c u.o.n.d.f.p. (zarzut nr 1), a także do naruszenia art. 16 pkt 1 w zw. z art. 17 ust. 1 pkt 1 p.z.p. w zw. z art. 18 ust. 1 i art. 67 ust. 2 Dyrektywy 2014/24/UE (zarzut nr 2).

Skład rozpoznający spór dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1

pkt 1 p.z.p., który stanowi, że Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Uwzględniając zgromadzony materiał procesowy, po dokonaniu ustaleń na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności w oparciu o postanowienia ogłoszenia o zamówieniu, SWZ, złożone oferty, korespondencję prowadzoną w toku postępowania, mając na względzie zakres sprawy zakreślony przez okoliczności podniesione w odwołaniu, Izba stwierdziła, że sformułowane przez odwołującego zarzuty nie zasługują na uwzględnienie, więc rozpoznawane odwołanie zostało oddalone w całości.

Na wstępie rozważań warto przypomnieć, że postępowanie odwoławcze przed Krajową Izbą Odwoławczą jest postępowaniem kontradyktoryjnym. Skutkiem skargowego charakteru postępowania jest obowiązek przedstawiania przez strony dowodów na potwierdzenie faktów, z których wywodzą korzystne dla siebie skutki prawne (art. 534 ust. 1 p.z.p.). Zatem to na odwołującym spoczywał ciężar wykazania, że brak przeprowadzenia przez zamawiającego fakultatywnych negocjacji narusza normy p.z.p., w tym zasady naczelne ustawy, które wskazano w odwołaniu. W ocenie Izby odwołujący nie sprostął nałożonym na niego przez ustawodawcę obowiązkom, więc nie było podstaw do uwzględnienia rozpoznawanego środka ochrony prawnej.

Odnosząc się do oświadczeń odwołującego, które składano zamawiającemu w postępowaniu – oświadczenie z dnia 31.05.2023 r., zgodnie z którym „Wykonawca jest otwarty na wzięcie udziału w procedurze negocjacji, a co za tym idzie zaproponowanie korzystnej dla Zamawiającego ceny” i oświadczenie z dnia 01.06.2023 r. o przedłużeniu terminu związania z ofertą, gdzie wskazano, że „Jednocześnie pragniemy poinformować, że po ponownym przeanalizowaniu złożonej oferty jesteśmy otwarci na wzięcie udziału w procedurze negocjacji (zaproponowanie korzystnej dla Zamawiającego ceny)” – skład orzekający zauważa, że nie jest to materiał procesowy, który dawałby podstawę do stwierdzenia, że zaniechanie przeprowadzenia fakultatywnych negocjacji miałyby, czy chociażby mogłyby mieć, wpływ na wynik postępowania, co stanowi przesłankę niezbędną do uwzględnienia odwołania.

W oświadczeniach z postępowania, jak również w odwołaniu nie ma żadnych konkretów. O ile trudno wymagać od wykonawcy wskazania jednoznacznej kwoty, którą byłby zdolny zaproponować w negocjacjach, to skutecznie postawione zarzuty nie mogą sprowadzać się do tak ogólnych spekulacji. Odwołujący powinien chociaż podjąć próbę wykazania rzędu wielkości wartości, które zaoferowałby zamawiającemu w toku negocjacji, ponieważ oferta przystępującego (16.470.001,97 zł brutto) jest znaczenie niższa od ceny odwołującego (16.990.286,12 zł brutto). Odwołujący pozostawił swoje stanowisko jako ogólne wyrażenie gotowości do negocjacji, sprowadzające się do supozycji o korzystniejszych warunkach niż jego obecna oferta, pozostawiając odwołanie merytorycznie pustym. Odwołujący nie zdecydował się na wskazanie jakichkolwiek, nawet przybliżonych wartości, nie mówiąc już o ich udowodnieniu, więc Izba nie otrzymała materiału pozwalającego na przyjęcie, że w toku ewentualnych negocjacji odwołujący mógłby co najmniej zrównać swoją cenę do ceny przystępującego. Zaś mając na uwadze konieczność uwzględnienia elementu wpływu na wynik postępowania, brak było podstaw do uznania, że cena zaoferowana przez odwołującego mogłaby być niższa niż przystępującego.

W szczególności nie wykazano, aby kwota oferty odwołującego była zawyżona w stosunku do rynkowej wartości robót, co miałyby wynikać z praktyki zawyżania przez przedsiębiorców ceny w związku z wyborem przez zamawiającego trybu podstawowego z fakultatywnymi negocjacjami. Przystępujący podnosił, że na lokalnym rynku zamawiający rzadko korzystają z negocjacji. Sposób skalkulowania i zaoferowania ceny leży w gestii oceny ryzyk danego wykonawcy, a obie oferty różnią się około 520 000,00 zł brutto. Odwołujący nie wykazał, że ceny zostały przeszacowane. W ocenie składu orzekającego różnica cen złożonych ofert wynika raczej z indywidualnych warunków dostępnym danemu wykonawcy, a nie z zawyżenia pierwotnej ceny w związku z możliwością jej negocjacji. Odwołujący nie udowodnił podnoszonej praktyki rynkowej, ani nie wykazano, że wykonawcy mogą rywalizować zaoferowanymi cenami i proponować niższe wartości. Tym samym nie wykazano negatywnych skutków finansowych, jakie miałyby wiązać się z rezygnacją przez zamawiającego z procedury negocjacji. Stanowisko odwołującego ograniczono do podnoszenia luźnych hipotez, bez ich wykazania.

Odnosząc się do podkreślonej przez odwołującego wysokości kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia – oświadczeniem z dnia 15.05.2023 r. zamawiający wskazał, że na sfinansowanie umowy przeznaczono 11.000.000.00 zł brutto – Izba zauważa, że wartość ta nie jest spójna z kwotą kosztorysów inwestorskich będących podstawą do oszacowania wartości zamówienia. Skład orzekający ustalił, że zgodnie z wnioskiem o wszczęcie postępowania o zamówienie publiczne z dnia 04.04.2023 r. wartość zamówienia określono w dniu 13.03.2023 r. na podstawie załączonych do wniosku kosztorysów na kwotę 19.061.003,36 zł brutto. Zamawiający wyjaśnił na rozprawie, że kwota przeznaczona na sfinansowanie zamówienia to wartość, którą zabezpieczono w budżecie konstruowanym w zeszłym roku, a relewantną kwotę za roboty zawierają kosztorysy sporządzone w roku obecnym. Zatem zdaniem Izby nie ma podstaw do skupiania się na kwocie z zeszłorocznego budżetu, która także została zwiększona przez zamawiającego do ceny z oferty przystępującego (tak wyciąg z protokołu nr 73/2023 z dnia 31.05.2023 r. z decyzją Prezydenta Miasta

Torunia o zabezpieczeniu środków do wysokości ceny oferty przystępującego), skoro nie jest to aktualna, realna wartość przedmiotowych robót budowlanych. Odwołujący nie zaskarżył szacowania zamawiającego, skład orzekający także nie znalazł podstaw do uznania tej kwoty za wartość niereprezentatywną.

Izba wskazuje, że jedynie dodatkowo uwzględniono argumentację zamawiającego o braku prawdopodobieństwa wynegocjowania korzystniejszej ceny w zakresie budowy kanalizacji deszczowej, która jest elementem zamówienia wykonywanym na rzecz Toruńskich Wodociągów Sp. z o. o. w Toruniu (zabezpieczono środki w wysokości 2.745.136,20 zł brutto, tj. w wysokości ceny oferty przystępującego, tak uchwała nr 7/2023 z dnia 22.05.2023 r. Rady Nadzorczej Toruńskich Wodociągów Sp. z o. o.), ponieważ odwołujący, który zaoferował za ten zakres cenę około 18% wyższą od ceny przystępującego, nie zdecydował się na zajęcie stanowczego stanowiska w tym przedmiocie, ani na wykazanie możliwości zaoferowania niższej ceny niż przystępujący.

Należy także zwrócić uwagę na brak spójności zarzutów dotyczących zaniechania przeprowadzenia negocjacji z zawartym w odwołaniu żądaniem. Ustawodawca nie przewidział szczegółowego trybu dotyczącego przeprowadzenia przez zamawiającego analizy zasadności przeprowadzenia fakultatywnych negocjacji, zatem nie ma w ustawie p.z.p. uzasadnienia do wymagania konkretnych czynności o określonej treści. Zamawiający w sposób szczegółowy i adekwatny uzasadnił swoją decyzję o braku przeprowadzenia dobrowolnych negocjacji, więc nie było podstaw do uznania, że taka ocena nie została przeprowadzona.

Konkludując, odwołujący nie wykazał, żeby zamawiający, który nie przeprowadził fakultatywnych negocjacji w postępowaniu, naruszył zasady naczelną p.z.p., w tym uregulowaną w art. 17 ust. 1 p.z.p. zasadę efektywności, która w ocenie składu orzekającego nie może być zawężona do konieczności uzyskania najniższej ceny – a i tutaj także nie wykazano podnoszonych negatywnych konsekwencji finansowych, które pozostawiono jako gołosłowne, bardzo ogólne, stanowisko strony. Nie wykazano również naruszenia zasad określonych w art. 16 p.z.p., ani wskazanych w odwołaniu norm dyrektywy klasycznej, co spowodowało oddalenie odwołania. Ponadto, jak trafnie podkreślał zamawiający, zarzuty dotyczące naruszenia przepisów ustawy o finansach publicznych, skutkujących odpowiedzialnością w tym zakresie, znajdują się poza kognicją Krajowej Izby Odwoławczej, która nie jest właściwym organem w zakresie orzekania o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

Brak potwierdzenia zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p., więc odwołanie zostało przez skład orzekający oddalone w całości.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania wydano na podstawie art. 575 p.z.p. obciążając strony kosztami zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego z uwzględnieniem § 8 ust. 2 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b rozporządzenia 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). Izba obciążyła odwołującego, którego odwołanie zostało oddalone kosztami postępowania odwoławczego, na które złożył się uiszczony przez stronę wpis od odwołania oraz wynagrodzenie pełnomocnika zamawiającego, zasądzone zgodnie z rachunkiem przedłożonym na rozprawie.

Mając na uwadze powyższe o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:.....

Członkowie:

.....