Sygn. akt: KIO 1833/23

WYROK
z dnia 11 lipca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Przemysław Dzierzędzki
Protokolant:Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 lipca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 czerwca 2023 r. przez wykonawcę **SOLKAN sp. z o.o. w Rzeszowie**
w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Miasta Sanoka z siedzibą w Sanoku**
przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwo Budowlano – Usługowe „KROSPOL" STACHURA spółka jawna z siedzibą w Krośnie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1.**oddala odwołanie,**

2.kosztami postępowania obciąża wykonawcę **SOLKAN sp. z o.o. w Rzeszowie** i:

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10.000 zł 00** gr (słownie: dziesięciu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **SOLKAN sp. z o.o. w Rzeszowie**tytułem wpisu od odwołania,

2.2.zasądza od wykonawcy **SOLKAN sp. z o.o. w Rzeszowie**na rzecz **Gminy Miasta Sanoka z siedzibą w Sanoku** kwotę **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. 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:……..

Sygn. akt: KIO 1833/23

U z a s a d n i e n i e

Gmina Miasta Sanoka z siedzibą w Sanoku, zwana dalej „zamawiającym", prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp" lub „Pzp", którego przedmiotem jest „budowa i modernizacja infrastruktury edukacyjnej w budynkach Szkoły Podstawowej nr 2 i Szkoły Podstawowej nr 8 w Sanoku".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 10 marca 2023 r., nr 2023/BZP 00130833.

Wobec czynności i zaniechań zamawiającego w ww. postępowaniu w dniu 26 czerwca 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniósł odwołanie wykonawca SOLKAN sp. z o.o. w Rzeszowie, zwany dalej „odwołującym".
Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:
1) art. 226 ust. 1 pkt 3 w związku z art. 296 ust. 2 zdanie czwarte ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przedsiębiorstwo Budowlano – Usługowe „Krospol" Stachura Sp. J. (zwanego dalej „Krospol" lub „przystępującym"), która jest mniej korzysta, a więc jest nie zgodna z ustawą Pzp (zarzut z pkt 1a odwołania)

ewentualnie naruszenie

2) art. 224 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania do wyjaśnień ceny oferty ww. wykonawcy w zakresie pozycji kosztorysu dotyczącej windy, której cena jest nierynkowo niska, co powinno skłonić Zamawiającego do powzięcia wątpliwości w tym zakresie (zarzut z pkt 1b odwołania).

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:
1) unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Krospol;
2) unieważnienia czynności oceny ofert,
3) odrzucenia oferty Krospol,
4) dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej,
5) w przypadku nie uwzględnienia zarzutu w punkcie 1 a) odwołania - nakazania wezwania wykonawcy Krospol do złożenia wyjaśnień co do części składowej oferty w zakresie wyceny windy.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał, że zamawiający prowadzi postępowanie w trybie podstawowym w podziale na części. W części 1, do upływu terminu składania ofert oferty złożyło kilku wykonawców, w tym on oraz wykonawca Krospol. Zamawiający zdecydował o zastosowaniu negocjacji ofert. Odwołujący wskazał także, że jak

wynika z informacji z otwarcia ofert z dnia 12.05.2023 r. wykonawca Krospol zaoferował cenę 15 342 127,86 zł brutto. W dniu 25.05.2023 r. Zamawiający zaprosił do negocjacji wykonawców, w szczególności Krospol. Odwołujący wskazał także, że po przeprowadzonych negocjacjach, Zamawiający zaprosił Krospol do złożenia oferty dodatkowej – pismo z dnia 2.06.2023 r., w którym wskazał wytyczne dotyczące oferty dodatkowej, które wynikały również z SWZ. W dniu 7.06.2023 r. Zamawiający opublikował informację z otwarcia ofert dodatkowych, z której wynikało, że Krospol zaoferował cenę 13 586 897,93 zł brutto.

Odwołujący wskazał ponadto, że stosownie do pkt 16.9.2 SWZ oferta musiała zawierać Kosztorysy ofertowe - złożone formie elektronicznej tj. przekazane w postaci elektronicznej i opatrzony kwalifikowanym podpisem elektronicznym lub w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym lub podpisem osobistym – pliki w formacie excel zamieszczone przez Zamawiającego (Załączniki nr 1a 1b do SWZ).

Odwołujący zwracał także uwagę, że jak wynikało z pkt 5 pisma z dnia 2.06.2023 r. stanowiącego zaproszenie do złożenia ofert dodatkowych wykonawca był zobowiązany dołączyć kosztorysy również do oferty dodatkowej. Zdaniem odwołującego, powyższa konstrukcja SWZ wynikała zapewne z faktu, że w postępowaniu Zamawiający przewidział rozliczenie kosztorysowe. Wg odwołującego powyższe wynikało z załącznika nr 4a do SWZ stanowiącego wzór umowy. Odwołujący wskazał bowiem, że zgodnie z §9 ust. 1 Umowy, *Strony ustalają, że obowiązującą ich formą wynagrodzenia zgodnie ze Specyfikacją Warunków Zamówienia oraz wybraną ofertą Wykonawcy, będzie wynagrodzenie w formie kosztorysowej.*

Odwołujący podniósł, że wykonawca Krospol złożył w toku postępowania dwa kosztorysy ofertowe – jeden wraz z ofertą wstępną i drugi wraz z ofertą dodatkową. W złożonym przez przystępującego wraz z ofertą dodatkową kosztorysie ceny jednostkowe niektórych pozycji są jednak wyższe niż ceny oferowane w pierwotnych kosztorysach załączonych przez tego Wykonawcę do oferty wstępnej. Odwołujący wskazał, że różnice in plus dotyczą:
Kosztorys roboty budowlane SP2 – sala gimnastyczna:
Poz. 31, 33, 39, 42, 44, 53, 56, 58, 78, 80, 82, 90, 97, 114, 116, 118, 123, 129, 146, 148, 150, 155, 169, 180, 183, 377
oraz
Kosztorys roboty budowlane SP2 – dostosowanie budynku:
Poz. 9, 28,.
Kolejno odwołujący podniósł, że w skierowanym przez Zamawiającego zaproszeniu do składania ofert dodatkowych z dnia 2.06.2023 r. Zamawiający zamieścił instrukcję, z której wynika, że oferta dodatkowa może zawierać nową propozycję w zakresie ceny, z tym, że pod rygorem jej odrzucenia, oferta dodatkowa nie może być mniej korzystna niż oferta złożona w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu (pkt 1 zaproszenia).

Odwołujący wskazał także, że stosownie do art. 296 ust. 2 zd. 4 ustawy Pzp, 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.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z § 9 ust. 1 Wzoru Umowy Strony ustalają, że obowiązującą ich formą wynagrodzenia zgodnie ze Specyfikacją Warunków Zamówienia oraz wybraną ofertą Wykonawcy, będzie wynagrodzenie w formie kosztorysowej.

Zdaniem odwołującego z powyższego wynika, że poszczególne ceny jednostkowe stanowią podstawę faktycznie wypłacanego wynagrodzenia należnego wykonawcy – ma ono bowiem charakter obmiarowy. Gdyby więc konieczne było na etapie realizacji rozliczenie wskazanych wyżej pozycji to Zamawiający, dokonując wyboru Wykonawcy Krospol będzie zmuszony zapłacić wynagrodzenie wynikające z oferty dodatkowej złożonej przez tego Wykonawcę.

Odwołujący wskazał, że suma cen wskazanych wyżej pozycji w ofercie pierwotnej wynosiła 357.974,03 zł, zaś cena za te same pozycje w ofercie dodatkowej wynosi 395.047,87 zł. Zdaniem odwołującego, zamawiający wskutek złożenia oferty dodatkowej poniesie więc realną szkodę majątkową w wysokości kwoty 37.073,84 zł netto w stosunku do pierwotnie złożonej oferty.

Zdaniem odwołującego, bez znaczenia pozostaje przy tym fakt, że całkowite wynagrodzenie Wykonawcy jest na niższym poziomie. Odwołujący wskazywał, że Zamawiający będzie wypłacał wynagrodzenie wedle faktycznie wykonanych czynności, po cenach jednostkowych, które stanowią podstawę rozliczenia. Być może, przy modelu ryczałtowym poziom cen jednostkowych traciłby na znaczeniu, jednak zdaniem odwołującego w tej sytuacji mają one zasadniczą wagę, a ich wzrost powoduje, że oferta dodatkowa jest mniej korzystna, a więc niezgodna z ustawą. Zdaniem odwołującego sytuacja powyższa wskazuje, iż spełnione zostały przesłanki, o których mowa w art. 296 ust. 2 zd. 4 ustawy Pzp - oferta dodatkowa jest mniej korzystna w kryterium ceny, wskazanym w zaproszeniu do negocjacji niż oferta złożona w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu. Odwołujący powołał się na wyrok Izby z dnia 22.09.2022 r., wydany w sprawie o sygn. akt KIO 2340/22. Zdaniem odwołującego, w wyniku przyjęcia i uznania za wiążącą oferty dodatkowej Wykonawcy KROSPOL Zamawiający poniesie stratę w stosunku do oferty pierwotnej, a co za tym idzie należy zakwalifikować tą ofertę jako mniej korzystną pod względem propozycji cen jednostkowych wskazanych wyżej.

W uzasadnieniu zarzutu z pkt 1b odwołania odwołujący wskazał, że w złożonym przez Wykonawcę KROSPOL kosztorysie pn: Kosztorys roboty budowlane SP2 – sala gimnastyczna w poz. 350 Wykonawca zaoferował dostawę i montaż z uruchomieniem windy osobowej wewnętrznej – pierwotnie za cenę 8.305,76 zł, zaś w ofercie dodatkowej za cenę 6.635,07 zł.

Zdaniem odwołującego powyższa wycena części składowej powinna wzbudzić uzasadnione wątpliwości Zamawiającego co do możliwości realizacji zamówienia w tym zakresie. Odwołujący wskazał, że z informacji powziętych przez niego wynika, że koszt zakupu urządzenia windy z dostawą i montażem wynosi ponad 120.000 zł. Cena zaoferowana przez Wykonawcę jest więc ponad 20 krotnie niższa niż ceny rynkowe. Kwota 6000 zł może nie wystarczyć na pokrycie kosztów montażu urządzenia nie mówiąc już o jego zakupie. Odwołujący powołał się na przykładowe oferty na podobne urządzenia.

Zdaniem odwołującego, wobec tak rażącej dysproporcji ceny w zakresie dostawy i montażu windy Zamawiający powinien wezwać wykonawcę KROSPOL do złożenia wyjaśnień ceny tej części składowej i złożenia dowodów na potwierdzenie, jakie faktycznie koszty zakupu windy ponosi Wykonawca i jakie są koszty jej montażu. Odwołujący zwracał uwagę, że to na wykonawcy spoczywa obowiązek wykazania, że cena oferty nie jest rażąco niska, a jeśli obowiązkowi temu nie sprosta wówczas należy ofertę odrzucić, gdyż wykonawca nie daje rękojmi należytego wykonania zamówienia.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. W trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Przedsiębiorstwo Budowlano – Usługowe „KROSPOL" STACHURA spółka jawna z siedzibą w Krośnie. Złożył pismo procesowe, w któryr wniósł o oddalenie odwołania.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji warunków zamówienia (SWZ), informację z otwarcia ofert, ofertę przystępującego, zaproszenie do złożenia ofert dodatkowych, ofertę dodatkową przystępującego, zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej, załączniki do pism procesowych stron i uczestnika postępowania, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dokumenty złożone przez strony i uczestnika postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Art. 16 ustawy Pzp stanowi, że *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:*

1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;

2) przejrzysty;

3) proporcjonalny.

Stosownie do art. 224 ustawy Pzp:

1. 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, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

2. W przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od:

1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;

2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

3. Wyjaśnienia, o których mowa w ust. 1, mogą dotyczyć w szczególności:

1) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy;

2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych;

3) oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę;

4) zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2020 r. poz. 2207)

lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;

5) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;

6) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;

7) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska;

8) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

4. W przypadku zamówień na roboty budowlane lub usługi, zamawiający jest obowiązany żądać wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, co najmniej w zakresie określonym w ust. 3 pkt 4 i 6.

5. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

6. Odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Art. 226 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę jeżeli:

3) jest niezgodna z przepisami ustawy;

8) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Art. 239 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że *zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.*

Art. 296 ust. 2 ustawy Pzp stanowi, że *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. 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. 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.*

Ustalono, że przedmiotem zamówienia jest „budowa i modernizacja infrastruktury edukacyjnej w budynkach Szkoły Podstawowej nr 2 i Szkoły Podstawowej nr 8 w Sanoku".

W pkt 3 specyfikacji warunków zamówienia (SWZ) zamawiający wskazał:

3.Opis przedmiotu zamówienia

3.1Przedmiotem zamówienia jest Budowa i modernizacja infrastruktury edukacyjnej w budynkach Szkoły Podstawowej nr 2 i Szkoły Podstawowej nr 8 w Sa-noku, obejmująca swym zakresem dwa zadania:

3.1.1Zadanie nr 1: Przebudowa Szkoły Podstawowej nr 2 wraz z dostosowaniem budynku do potrzeb osób ze szczególnymi potrzebami oraz budowa sali gimnastycznej w ramach zadania pn. „Budowa i modernizacja infrastruktury edukacyjnej w budynkach Szkoły Podstawowej nr 2 i Szkoły Podstawowej nr 8 w Sanoku".

Zadanie będzie polegało na:

•budowie windy,

•dostosowaniu elementów komunikacji i wyposażenia, przebudowę ciągów komunikacyjnych, sanitariatów, likwidację barier w dostępności dla po-trzeb osób niepełnosprawnych,

•budowie sali gimnastycznej wraz z pomieszczeniami towarzyszącymi nie-zbędnymi do funkcjonowania obiektu,

•doposażeniu istniejącej kuchni wraz z montażem klimatyzacji i wymianie windy towarowej.

W pkt 2 specyfikacji warunków zamówienia (SWZ) (Tryb udzielenia zamówienia) zamawiający przewidział:

2.1Niniejsze postępowanie prowadzone jest w trybie podstawowym o jakim stanowi art. 275 pkt 2 p.z.p. oraz niniejszej Specyfikacji Warunków Zamówienia, zwaną dalej „SWZ".

2.2Zamawiający udzieli niniejszego zamówienia w trybie podstawowym, w którym w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu oferty mogą składać wszyscy zainteresowani Wykonawcy, a następnie zamawiający przed wyborem najkorzystniejszej oferty zastrzega sobie prawo do prowadzenia negocjacji (przewiduje możliwość prowadzenia negocjacji) w celu ulepszenia treści ofert, które podlegają ocenie w ramach kryteriów oceny ofert.

2.4Zamawiający DOPUSZCZA składanie ofert częściowych. Część 1= Zadanie 1, Część 2 = Zadanie 2.

Ustalono także, że w pkt 16.9 specyfikacji warunków zamówienia zamawiający wskazał:

16.9 Oferta musi zawierać:

16.9.1wypełniony formularz OFERTOWY

16.9.2Kosztorysy ofertowe - złożone formie elektronicznej tj. przekazane w postaci elektronicznej i opatrzony kwalifikowanym podpisem elektronicznym lub w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym lub podpisem osobistym – pliki w formacie excel zamieszczone przez Zamawiającego (Załączniki nr 1a 1b do SWZ).

Ustalono ponadto, że w specyfikacji warunków zamówienia zamawiający zawarł m.in. następujące postanowienia:

16.5. Ofertę stanowi wypełniony Formularz „Oferta" oraz niżej wymienione wypełnione dokumenty:
1) Formularz Cenowy (Tom IV SWZ) (odpowiednio dla danej części);
2) Formularz „Kryteria pozacenowe" (odpowiednio dla danej części)
Niezłożenie Formularza „Kryteria pozacenowe" nie będzie skutkować odrzuceniem oferty.

Ustalono ponadto, że w specyfikacji warunków zamówienia zamawiający zawarł m.in. następujące postanowienia:

20Opis sposobu obliczania ceny
20.1Cena oferty winna obejmować całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia.
20.2Kalkulacje ceny oferty, należy sporządzić w oparciu o szczegółowy opis przedmiotu zamówienia – określony w SWZ.
20.3W cenie oferty musi być uwzględniony podatek VAT, zgodnie z obowiązującymi przepisami.
20.4Cena oferty winna być wyrażona w złotych polskich (PLN), nie dopuszcza się walut obcych .
20.5Cenę oferty należy określić na podstawie kosztorysów ofertowych:
- *jednostki przedmiaru robót i elementów dla kosztorysu przyjmowane w wyliczeniach ilości robót muszą dokładnie odpowiadać jednostkom w nakładach rzeczowych,*
- *cenę jednostkową oraz wartość pozycji jednostkowej należy określić z dokładnością do 0,01 zł.*
- *wartość pozycji jednostkowej musi być iloczynem: ilości pozycji jednostkowej, krotności i ceny jednostkowej,*
- *zakres robót w kosztorysie ofertowym musi być zgodny z zakresami robót określonymi we wzorze kosztorysu przygotowanym przez Zamawiającego,*
- *w cenach jednostkowych należy uwzględnić wszelkie koszty niezbędne do zrealizowania zamówienia.*

Ustalono ponadto, że w specyfikacji warunków zamówienia zamawiający zawarł m.in. następujące postanowienia:

21Opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów oraz sposobu oceny ofert – dotyczy wszystkich części zamówienia.
21.1Kryteriami oceny ofert jest:
1.Oferowana cena – 60%
W powyższym kryterium oceniana będzie cena brutto oferty. Maksymalną ilość punktów otrzyma wykonawca, który zaproponuje najniższą cenę, pozostali będą oceniani według następującego wzoru:
2. Gwarancja – 40%

Ustalono ponadto, że w specyfikacji warunków zamówienia zamawiający zawarł m.in. następujące postanowienia:

22.12Wykonawca może [nie jest zobowiązany] 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. Jeżeli jednak, Wykonawca składa ofertę dodatkową, to zawiera w niej nowe propozycje dotyczące treści oferty podlegających ocenie w ramach kryteriów oceny ofert wskazanych przez zamawiającego w zaproszeniu do negocjacji. Jednocześnie oferta dodatkowa nie może być mniej korzystna w żadnym z kryteriów oceny ofert wskazanych w zaproszeniu do negocjacji niż pierwotnie złożona oferta (w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu).
22.13Oferta przestaje wiązać Wykonawcę w takim zakresie, w jakim złoży on ofertę dodatkową zawierającą korzystniejsze propozycje w ramach każdego z kryteriów oceny ofert wskazanych w zaproszeniu do negocjacji. W pozostałym zakresie wykonawca pozostaje związany złożoną ofertą.
22.14Oferta 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. Jednak, w przypadku odrzucenia oferty dodatkowej Wykonawca pozostaje związany ofertą złożoną w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu. Zatem odrzucenie oferty dodatkowej z ww. powodu nie prowadzi do eliminacji wykonawcy z postępowania. Tryb złożenia oferty dodatkowej opisuje pkt 16 SWZ Opis sposobu przygotowania ofert oraz wymagania formalne dotyczące składanych oświadczeń i dokumentów.

Zgodnie z §9 ust. 1 Umowy

Strony ustalają, że obowiązującą ich formą wynagrodzenia zgodnie ze Specyfikacją Warunków Zamówienia oraz wybraną ofertą Wykonawcy, będzie wynagrodzenie w formie kosztorysowej.

Ustalono także, że do upływu terminu składania ofert do zamawiającego wpłynęły następujące oferty:

1)Część 1:
a)oferta odwołującego z ceną brutto 14.054.559,60 zł,
b)oferta przystępującego z ceną brutto 15.342.127,86 zł.

(por. informacja z otwarcia ofert, w dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego na nośniku

elektronicznym).

Ustalono także, że w dniu 25.05.2023 r. Zamawiający zaprosił do negocjacji wykonawców, w szczególności przystępującego.

Ustalono także, że pismem z dnia 2 czerwca 2023 r. po przeprowadzonych negocjacjach, Zamawiający zaprosił wykonawców, w tym przystępującego do złożenia oferty dodatkowej. Jak wynikało z pkt 5 pisma z dnia 2.06.2023 r. stanowiącego zaproszenie do złożenia ofert dodatkowych wykonawca był zobowiązany dołączyć kosztorysy również do oferty dodatkowej.

Ustalono także, że do upływu terminu składania ofert dodatkowych do zamawiającego wpłynęły następujące oferty dodatkowe:

Część 1:

a)oferta odwołującego z ceną brutto 14.170.195,26 zł,

b)oferta przystępującego z ceną brutto 13.586.897,93 zł.

(por. informacja z otwarcia ofert dodatkowych, w dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego na nośniku elektronicznym).

Ustalono także, że w złożonych przez przystępującego wraz z ofertą dodatkową kosztorysach ceny jednostkowe niektórych pozycji są wyższe niż ceny oferowane w pierwotnych kosztorysach załączonych przez tego wykonawcę do oferty wstępnej. Różnice in plus dotyczyły:

Kosztorys roboty budowlane SP2 – sala gimnastyczna:

Poz. 31, 33, 39, 42, 44, 53, 56, 58, 78, 80, 82, 90, 97, 114, 116, 118, 123, 129, 146, 148, 150, 155, 169, 180, 183, 377

oraz

Kosztorys roboty budowlane SP2 – dostosowanie budynku:

Poz. 9, 28.

Następnie ustalono, że pismem z 21 czerwca 2023 r., zamawiający zawiadomił odwołującego o wyborze oferty przystępującego jako najkorzystniejszej w zakresie części 1 zamówienia.

(por. ww. zawiadomienie, w aktach sprawy, na nośniku elektronicznym).

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Chybiony okazał się zarzut nr 1a odwołania.

Odwołujący domagał się nakazania zamawiającemu odrzucenia oferty dodatkowej złożonej przez przystępującego. Odwołujący podniósł, że oferta dodatkowa przystępującego jest mniej korzystna dla zamawiającego niż oferta złożona przez przystępującego w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu.

Art. 296 ust. 2 zd. 4 wskazuje, że *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*. Jak wynika wprost z ww. przepisu zakaz złożenia oferty dodatkowej mniej korzystnej dla zamawiającego ustawodawca odniósł do każdego z kryteriów oceny ofert wskazanych w zaproszeniu do negocjacji. Nie ulegało wątpliwości, że w zaproszeniu do negocjacji jako kryterium oceny ofert podlegające negocjacji zamawiający wskazał kryterium oceny ofert „cena". Zgodnie natomiast z opisem tego kryterium zawartym w pkt 21.1 SWZ, przedmiotem oceny ofert w tym kryterium była całkowita cena ofertowa brutto ustalona przez wykonawcę. Biorąc pod uwagę to kryterium oceny ofert określone w SWZ nie ulegało wątpliwości, że oferta dodatkowa przystępującego okazała się pod tym względem korzystniejsza od oferty tego wykonawcy złożonej w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu. Cena brutto pierwotnej oferty przystępującego wyniosła 15.342.127,86 zł, zaś cena ofertowa brutto oferty dodatkowej przystępującego została ustalona na poziomie 13.586.897,93 zł.

Przy wyrokowaniu Izba wzięła pod uwagę, że przepis art. 296 ust. 2 zd. 4 ustawy Pzpma charakter sankcyjny i nie może podlegać rozszerzającej wykładni. Zasada ta dotyczy także sytuacji, gdy przewidziane w SWZ wynagrodzenie wykonawcy za wykonanie przedmiotu zamówienia posiada charakter kosztorysowy. Nie ulegało wątpliwości, że zamawiający w postępowaniu przewidział wynagrodzenie kosztorysowe, co wynikało wprost z postanowienia § 9 ust. 1 wzoru umowy. Faktycznie jednak, co słusznie dostrzegł odwołujący, przy takim sposobie kształtowania wynagrodzenia, ostateczna jego wysokość zależy od rzeczywiście wykonanych robót. W tej sytuacji, biorąc pod uwagę naczelne zasady postępowania, w tym zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, nawet pomimo faktu, iż to cena globalna stanowiła kryterium oceny ofert, zamawiający powinien także przeanalizować ceny jednostkowe zawarte w ofercie dodatkowej pod kątem tego, czy te nowo ukształtowane ceny jednostkowe nie prowadzą de facto do obejścia zakazu wynikającego z art. 296 ust. 2 zd. 4 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła, że w analizowanej sprawie odwołujący nie zdołał wykazać, aby ceny jednostkowe zawarte w ofercie dodatkowej przystępującego prowadziły do obejścia zakazu wynikającego z art. 296 ust. 2 zd. 4 ustawy Pzp. W treści odwołania odwołujący podniósł, że przystępujący w kosztorysach ofertowych załączonych do oferty dodatkowej

podwyższył niektóre ceny jednostkowe względem oferty złożonej w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu. Nie było sporne między stronami, że różnice in plus dotyczyły następujących pozycji:

Kosztorys roboty budowlane SP2 – sala gimnastyczna:
Poz. 31, 33, 39, 42, 44, 53, 56, 58, 78, 80, 82, 90, 97, 114, 116, 118, 123, 129, 146, 148, 150, 155, 169, 180, 183, 377
oraz
Kosztorys roboty budowlane SP2 – dostosowanie budynku:
Poz. 9, 28.

Jak wynikało z powyższego zestawienia różnice in plus dotknęły 29 pozycji kosztorysowych, a sumaryczny wzrost wartości tych pozycji wyniósł zaledwie 37.073,84 zł. Jednakże jednocześnie dostrzeżenia wymagało, że przystępujący w kosztorysach załączonych do oferty dodatkowej obniżył lub pozostawił niezmienione ceny jednostkowe w aż 682 pozycjach, co pozwoliło na obniżenie ceny o łączną wartość 1.464.090,04 zł. (por. zestawienie cen stanowiące załącznik nr 3 do pisma procesowego przystępującego z 10 lipca 2023 r.). Jak wynikało z powyższego porównania wystąpiła rażąca dysproporcja pozycji kosztorysowych zwiększonych w stosunku do pozycji, których wartość została obniżona lub pozostała bez zmian. Dysproporcja ta wystąpiła zarówno w aspekcie kwotowym, jaki w aspekcie liczby pozycji. Co istotne, wartość zwiększenia okazała się także znikoma w świetle całej ceny ofertowej oferty przystępującego.

Zdaniem Izby odwołujący nie wykazał także ani nawet nie twierdził, aby pozycje kosztorysowe, w których przystępujący podniósł ceny jednostkowe, dotyczyły takiego elementu robót, który w świetle sztuki budowlanej czy zasad doświadczenia życiowego został przez zamawiającego w przedmiarach w taki sposób niedoszacowany, że finalnie prowadziłoby do rezultatu, że zamawiający przyjmując ofertę dodatkową znalazłby się w sytuacji gorszej, niż gdyby przyjął pierwotną ofertę przystępującego.

W tej sytuacji Izba stwierdziła, że nie zostało wykazane ani nawet uprawdopodobnione przez odwołującego, aby zamawiający wskutek przyjęcia oferty dodatkowej przystępującego mógł ponieść jakąkolwiek stratę. W konsekwencji, w okolicznościach danej sprawy, nie zostało udowodnione, aby wskutek zwiększenia wartości w nielicznych pozycjach kosztorysu wykonawca, przy przyjętym kosztorysowym sposobie wynagrodzenia, zamierzał obejść zakaz z art. 296 ust. 2 zd. 4 ustawy Pzp. Wobec powyższego zarzut naruszenia art. 296 ust. 2 zd. 4 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp należało uznać za chybiony.

Chybiony okazał się także zarzut nr 1b odwołania, to jest naruszenia art. 224 ust. 1 ustawy Pzp.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że całkowita cena ofertowa przystępującego nie odbiegała o ponad 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert ani od wartości szacunkowej zamówienia. Nie zostały zatem spełnione przesłanki obligatoryjnego wszczęcia przez zamawiającego procedury wyjaśniającej wynikające z art. 224 ust. 2 ustawy Pzp.

Zdaniem Izby odwołujący nie wykazał także, aby zostały spełnione przesłanki obligujące zamawiającego do wezwania z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp. Jak wynika z ww. przepisu, *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, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.*

Analiza treści ww. przepisu prowadzi do wniosku, że aby wystosować wezwanie, wątpliwości zamawiającego muszą dotyczyć całej ceny ofertowej lub istotnej części składowej ceny. Odwołujący w treści odwołania wskazał, że wątpliwości zamawiającego powinna wzbudzić wycena oferty przystępującego w pozycji 350 kosztorysu - roboty budowlane SP2 – sala gimnastyczna, w której wykonawca zaoferował dostawę i montaż z uruchomieniem windy osobowej wewnętrznej – pierwotnie za cenę 8 305,76 zł, zaś w ofercie dodatkowej za cenę 6 635,07 zł. Odwołujący podniósł, powołując się także na dowody załączone przez siebie do odwołania, że cena rynkowa dostawy windy z montażem wynosi ponad 120.000 zł.

Izba stwierdziła, że wątpliwości odwołującego wzbudziła wycena zaledwie jednej z 711 pozycji kosztorysów przystępującego. Odwołujący nie kwestionował bowiem realności wyceny przez przystępującego żadnej z pozostałych robót. Ponadto, nawet przy uwzględnieniu ceny rynkowej windy podawanej przez odwołującego, jej wartość wynosiła mniej niż 1% ceny ofertowej brutto przystępującego (0,88%).

Również różnica między całkowitymi cenami ofertowymi odwołującego i przystępującego okazała się znacząco wyższa niż rynkowa wartość spornej pozycji wg oświadczeń odwołującego.

Wobec powyższego Izba stwierdziła, że nie zostało wykazane przez odwołującego, aby omawiany element cenotwórczy stanowił istotny element składowy ceny ofertowej w rozumieniu art. 224 ust. 1 ustawy Pzp. W konsekwencji Izba stwierdziła, że zamawiający nie miał obowiązku wzywania przystępującego do składania wyjaśnień w trybie tego przepisu. Zarzut okazał się zatem chybiony.

Stosownie do art. 553 ustawy Pzp *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie*. Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do oddalenia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 2 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 553 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (pkt 1 sentencji) i formalnym (pkt 2 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza *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, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.* W analizowanej sprawie nie stwierdzono żadnych naruszeń ustawy Pzp, co musiało skutkować oddaleniem odwołania.

Wobec powyższego, na podstawie art. 553 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.* Z kolei w świetle art. 575 ustawy Pzp, *strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.*

Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „*obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą" sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)" Jarosław Jerzykowski, Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI.*

W analizowanej sprawie Izba oddaliła odwołanie w całości. Odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił zatem odwołujący. Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego w kwocie 10.000 zł oraz wynagrodzenie pełnomocnika zamawiającego w kwocie 3.600 zł, ustalone na podstawie spisu kosztów, złożonego do akt sprawy.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 2 pkt b 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).

Przewodniczący:……