Sygn. akt: KIO 1734/25

WYROK

Warszawa, dnia 3 czerwca 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Anna Wojciechowska

Protokolant: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 30 maja 2025 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 maja 2025 r. przez **wykonawcę STRABAG sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Powiatowe Centrum Usług Wspólnych w Rawiczu, działającego w imieniu i na rzecz Powiatowego Zarządu Dróg w Rawiczu**

orzeka:

1.Oddala odwołanie.

2.Kosztami postępowania obciąża odwołującego wykonawcę STRABAG sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie i

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę STRABAG sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowietytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego,

2.2.zasądza od odwołującego wykonawcy STRABAG sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie na rzecz zamawiającego Powiatowego Centrum Usług Wspólnych w Rawiczu, działającego w imieniu i na rzecz Powiatowego Zarządu Dróg w Rawiczu kwotę 3600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący: ……..……..……..……..……...

Sygn. akt KIO 1734/25

Uzasadnienie

Zamawiający – Powiatowe Centrum Usług Wspólnych w Rawiczu, działające w imieniu i na rzecz Powiatowego Zarządu Dróg w Rawiczu - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym z możliwością negocjacji na podstawie art. 275 pkt 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. 2024 r., poz. 1320 z późn. zm. – dalej „ustawa pzp"), pn. *„Rozbudowa drogi powiatowej nr 5478P Golina Wielka - Miejska Górka, od skrzyżowania z drogą wojewódzką nr 434 w m. Annopol do skrzyżowania z drogą krajową nr 36 w m. Miejska Górka". Nr. sprawy: PCUW.261.2.6.2025.*Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 4 marca 2025 r., numer publikacji ogłoszenia: 2025/BZP 00129182.

W dniu 5 maja 2025 r. odwołanie wniósł wykonawca STRABAG sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie – dalej Odwołujący. Odwołujący wniósł odwołanie wobec zaniechania odrzucenia oferty dodatkowej SKM Dróg sp. z o.o. (dalej jako: SKM Dróg), czego konsekwencją był nieprawidłowy i bezpodstawny wybór oferty SKM Dróg jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 296 ust. 2 ustawy pzp przez ich nieprawidłowe zastosowanie, czego konsekwencją było sprzeczne z ustawą pzp, uznanie przez Zamawiającego, że oferta dodatkowa złożona przez SKM Dróg w postępowaniu była nie mniej korzystna niż oferta podstawowa, pomimo, że za taką nie powinna być uznana albowiem ceny jednostkowe za wykonanie niektórych pozycji kosztorysowych zaoferowane w ofercie dodatkowej były wyższe od cen zaoferowanych w ofercie podstawowej, tj. w ofercie złożonej w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu, co powinno prowadzić do odrzucenia oferty dodatkowej,

2. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty dodatkowej SKM Dróg, pomimo że oferta dodatkowa złożona przez tego wykonawcę była mniej korzystna niż oferta złożona w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu, co zgodnie z warunkami zamówienia przewidzianymi w SZW IDW powinno prowadzić do jej odrzucenia.

i w konsekwencji zarzutów z pkt 1 i 2:

3. art. 16 pkt 1 i 2 ustawy pzp oraz art. 17 ust. 2 ustawy pzp w zw. z art. 239 ust. 1 ustawy pzp przez wybór jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty SKM Dróg w sytuacji, gdy dokonany wybór stanowi konsekwencję nieuzasadnionego braku odrzucenia oferty dodatkowej tego wykonawcy; a przez to nierówne traktowanie wykonawców, brak zachowania zasady uczciwej konkurencji, przez co postępowanie straciło walor przejrzystości.

Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania, jak również nakazanie

Zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności wyboru oferty złożonej przez SKM Dróg jako oferty najkorzystniejszej,

2) odrzucenia oferty SKM Dróg z uwagi na fakt, że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia;

3) powtórzenia czynności badania i oceny ofert wykonawców biorących udział w postępowaniu z wyłączeniem oferty SKM Dróg

Odwołujący uzasadniając zarzuty odwołania wskazał, że SKM Dróg w kosztorysach załączonych do oferty dodatkowej, podwyższył ceny jednostkowe za wykonanie robót wyszczególnionych w niektórych z pozycji kosztorysowych, co w ocenie Odwołującego jest niedopuszczalne biorąc pod uwagę przepisy pzp oraz postanowienia SWZ IDW. SKM Dróg złożył ofertę dodatkową mniej korzystną niż oferta złożona w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu, co powinno prowadzić do jej odrzucenia na mocy przepisów ustawy pzp. Zamawiający przewidział w dokumentach zamówienia możliwość przeprowadzenia negocjacji, z której to możliwości Zamawiający skorzystał. Konsekwencją tego było zaproszenie Wykonawców do złożenia ofert dodatkowych wraz z kosztorysami. SKM Dróg, którego oferta dodatkowa została ostatecznie uznana za najkorzystniejszą, zawierała niższą cenę względem ceny z oferty złożonej przez tego Wykonawcę w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu, jak również niższą od ceny oferty dodatkowej złożonej przez Odwołującego. Mogło to prowadzić do wniosku (błędnego), że oferta dodatkowa SKM Dróg była ofertą korzystniejszą od oferty podstawowej. Analiza oferty dodatkowej prowadzi jednak do wniosku zgoła innego, albowiem ceny jednostkowe zaoferowane przez SKM Dróg w kosztorysach załączonych do oferty dodatkowej, były wyższe od cen jednostkowych z kosztorysów załączonych do oferty podstawowej, co oznacza, że oferta dodatkowa była w istocie mniej korzystna niż oferta podstawowa. Taka konstatacja prowadzi do stwierdzenia, że oferta dodatkowa SKM Dróg jest niezgodna z art. 296 ust. 2 ustawy pzp, który wyraźnie wskazuje, 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. Niemniej zgodnie z cytowanym przepisem oferta dodatkowa nie może być jednak 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 mniej korzystna wycena zawarta w ofercie dodatkowej SKM Dróg dotyczyła branż: PROJEKT KŁADKI PIESZO-ROWEROWEJ o PROJEKT REMONTU MOSTU NR JNI 01020450. Jednocześnie Odwołujący załączył do odwołania szczegółow porównanie kosztorysów ofertowych załączonych przez SKM Dróg do oferty złożonej w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu oraz oferty dodatkowej, z którego to porównania wynika w których pozycjach kosztorysowych SKM Dróg zaoferował wyższe ceny jednostkowe.

Odwołujący podkreślił, że wskazanego powyżej wniosku dotyczącego złożenia przez SKM Dróg oferty dodatkowej mniej korzystnej od oferty złożonej w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu, nie zmienia okoliczność, że globalnie cena z oferty dodatkowej była niższa od tej wskazanej w ofercie złożonej w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu. Pojęcia „korzystności" nie można bowiem sprowadzać wyłącznie do analizy globalnej ceny ofertowej. Na wskazaną okoliczność zwróciła uwagę Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 22 września 2022 r., sygn. akt: KIO 2340/22. Błędnym byłoby zdaniem Odwołującego przyjęcie, iż niższa cena ofertowa zawsze będzie stanowiła ofertę korzystniejszą. Niewątpliwie podwyższenie cen jednostkowych uznać należy za ofertę mniej korzystną, a w związku z tym podlegającą odrzuceniu. W złożonej ofercie dodatkowej można jedynie zaoferować ceny jednostkowe takie same albo niższe. W ocenie Odwołującego nie jest dopuszczalne zaoferowanie cen, w tym cen jednostkowych, wyższych w ofercie dodatkowej niż w ofercie podstawowej. Obligatoryjnym elementem oferty zarówno podstawowej jak też oferty dodatkowej były kosztorysy ofertowe, opracowane według wzoru stanowiącego załącznik do SWZ. Tym samym sam Zamawiający uznał, że poszczególne ceny jednostkowe są istotne i zamierzał te ceny badać w ramach oceny ofert. W ocenie Odwołującego, nie bez znaczenia w niniejszej sprawie ma również okoliczność określenia przez Zamawiającego we Wzorze Umowy wynagrodzenia Wykonawcy jako kosztorysowego. Tym samym rozliczenie wykonanych robót nastąpi na podstawie cen jednostkowych zaoferowanych w kosztorysie ofertowym, co wprost wynika z par. 12 ust. 4 Wzoru Umowy. Ilości robót wskazane w kosztorysie ofertowym, są elementem zmiennym, stąd ostateczna wartość wynagrodzenia najpewniej różnić się będzie od wartości wynagrodzenia wskazanego w Ofercie Wykonawcy. Wobec podwyższenia niektórych cen jednostkowych w ofercie dodatkowej przez SKM Dróg i zmiennej ilości robót (z czym zawsze mamy do czynienia w przypadku wykonywania inwestycji budowlanych) nie jest wykluczone, że w przypadku znacznego niedoszacowania ilości robót z pozycji co do których SKM Dróg zaoferował wyższe ceny jednostkowe, ostatecznie wartość wynagrodzenia należnego temu Wykonawcy będzie wyższa od ceny całkowitej z oferty podstawowej. Sytuacja ta nie jest wykluczona, skoro niektóre ceny jednostkowe zaoferowane w ofercie dodatkowej są dwukrotnie wyższe od cen zaoferowanych w ofercie złożonej w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu. Wobec powyższego, w ocenie Odwołującego, Zamawiający w sposób sprzeczny z ustawą pzp nie dokonał odrzucenia oferty

dodatkowej złożonej przez SKM Dróg, czego konsekwencją było nieuprawnione stwierdzenie, że SKM Dróg złożył ofertę najkorzystniejszą w postępowaniu, podczas gdy w sytuacji odrzucenia tej oferty, to oferta Odwołującego powinna zostać uznana za najkorzystniejszą.

Odwołujący wskazał dalej, że oferta dodatkowa złożona przez SKM Dróg powinna zostać odrzucona również z uwagi na fakt, że jest niezgodna z warunkami zamówienia określonymi w SWZ IDW. Zamawiający wyraźnie przewidział w SWZ IDW, że 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 (pkt. 3.8 SWZ IDW). Zgodnie zaś z pkt 3.11 SWZ IDW, Oferta dodatkowa, mniej korzystna w którymkolwiek z kryteriów oceny ofert wskazanych w zaproszeniu do negocjacji niż oferta złożona w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu, podlegała odrzuceniu. Zamawiający wyraźnie przewidział w warunkach zamówienia, w jaki sposób powinna zostać złożona oferta dodatkowa oraz jakie konsekwencje nastąpią dla danego Wykonawcy, w sytuacji, w której oferta dodatkowa będzie mnie korzystna od oferty złożonej w odpowiedzi na zamówienie. Z niezrozumiałych względów Zamawiający nie dokonał odrzucenia oferty dodatkowej SKM Dróg, pomimo że ta była oczywiście mniej korzystna niż oferta złożona w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu. Powołał się na wyrok o sygn. akt KIO 987/19 z 13 czerwca 2019 r. Oferta dodatkowa SKM Dróg powinna zostać odrzucona również z uwagi na jej niezgodność warunkami zamówienia, odnoszącymi się do zasad składania tego rodzaju ofert.

Odwołujący podniósł, że zarzut nr 3 ma charakter wynikowy i stanowi następstwo uprzednio omówionych uchybień. Wobec naruszeń wyartykułowanych przy omówieniu zarzutów nr 1 i 2 w ocenie STRABAG Zamawiający nie miał podstaw, aby uznać ofertę SKM Dróg za najkorzystniejszą.

W dniu 23 maja 2025 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie wniesionego odwołania w całości. W złożonej odpowiedzi oraz na rozprawie przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swojego stanowiska.

Izba ustaliła, co następuje:

Izba ustaliła, że odwołanie czyni zadość wymogom proceduralnym zdefiniowanym w Dziale IX ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, tj. odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 528 ustawy pzp, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 505 ust. 1 i 2 ustawy pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp.

Izba postanowiła uwzględnić wniosek Odwołującego zgłoszony na posiedzeniu i nie dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego wykonawcy SKM DRÓG sp. z o.o. z siedzibą w Rawiczu z uwagi na nieprzekazanie przystąpienia Odwołującemu w terminie wynikającym z art. 525 ust. 1 ustawy pzp.

Zgodnie z art. 525 ust. 1 i 2 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. 2. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie. Do zgłoszenia przystąpienia dołącza się dowód przesłania kopii zgłoszenia przystąpienia zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie."* Jak Izba ustaliła, Zamawiający w dniu 6 maja 2025 r. przekazał kopię odwołania wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu. Jak wynika z dowodu nadania załączonego do zgłoszonego przystąpienia wykonawca SKM DRÓG sp. z o.o. nadał kopię zgłoszenia przystąpienia Odwołującemu w dniu 8 maja 2025 r. w placówce Poczty Polskiej. Odwołujący otrzymał kopię przystąpienia w dniu 12 maja 2025 r. (dowód doręczenia przesyłki złożony przez Odwołującego na posiedzeniu). Z powyższego wynika, że wykonawca SKM DRÓG sp. z o.o. przekazał Odwołującemu kopię przystąpienia po terminie wynikającym z art. 525 ust. 1 ustawy pzp, który upływał w dniu 9 maja 2025 r. W ocenie Izby, skoro zgłoszenie przystąpienia musi nastąpić w terminie 3 dni od dnia otrzymania przez wykonawcę kopii odwołania, a wykonawca zobowiązany jest załączyć do zgłoszenia dowód przesłania kopii zgłoszenia przystąpienia zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie to oczywistym jest, że to przekazanie musi nastąpić przed upływem terminu na zgłoszenie przystąpienia do Prezesa Izby. Przepis zobowiązujący do załączenia dowodów przesłania kopii zgłoszenia przystąpienia zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie ma na celu umożliwienie zapoznania się z kręgiem uczestników postępowania przez strony w tym samym terminie. Jakkolwiek przepis stanowi o *„przesłaniu"* dopuszczając różne formy przekazania kopii przystąpienia to niewątpliwie musi to być przesłanie skuteczne umożliwiające stronom zapoznanie się ze zgłoszeniem przystąpienia w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania

przez wykonawcę zgłaszającego przystąpienie. Wykonawca SKM DRÓG sp. z o.o. nie dokonał przesłania skutecznego w odpowiednim terminie, gdyż Odwołujący uzyskał informację o zgłoszeniu przystąpienia dopiero w dniu 12 maja 2025 r., a więc 3 dni po terminie wynikającym z art. 525 ust. 1 ustawy pzp. Z tych powodów Izba stwierdziła, że zgłoszenie przystąpienia jest nieskuteczne i nie dopuściła wykonawcy SKM DRÓG sp. z o.o. do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, odwołanie wraz z załącznikami, odpowiedź na odwołanie wraz z załącznikami, zgłoszenie przystąpienia wraz z załącznikami oraz dowody złożone przez Odwołującego na rozprawie.

Na podstawie tych dokumentów, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody złożone przez strony w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła:

Odwołanie podlegało oddaleniu.

Izba ustaliła w sprawie następujący stan faktyczny:

Zgodnie z SWZ:

- Zamawiający przewidział w SWZ tryb podstawowy z możliwością negocjacji na podstawie art. 275 pkt 2 ustawy pzp,

- *„3. ZASADY OBOWIĄZUJĄCE PRZY ZASTOSOWANIU PROCEDURY NEGOCJACJI TREŚCI ZŁOŻO OFERT (…) 3.7. Wykonawca może złożyć ofertę dodatkową, która zawiera nowe propozycje w zakresie treści oferty podlegających ocenie w ramach kryteriów oceny ofert opisanych w Specyfikacji Warunków Zamówienia. W przypadku, gdy Wykonawca nie złoży oferty dodatkowej, wówczas wiążąca będzie oferta złożona w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu. 3.8. 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. 3.9. Oferta dodatkowa winna być złożona wg Załącznika Nr 1 do SWZ. 3.10. Oferta 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. 3.11. 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.”*

- *„5. OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA 5.1. Przedmiotem zamówienia jest rozbudowa drogi powiatowej nr 547 Golina Wielka - Miejska Górka, od skrzyżowania z drogą wojewódzką nr 434 w m. Annopol do skrzyżowania z drogą krajową nr 36 w m. Miejska Górka.”*

- *„10. INFORMACJA O PODMIOTOWYCH I PRZEDMIOTOWYCH ŚRODKACH DOWODOWYCH 10.1. Wyko wraz z ofertą zobowiązany jest złożyć: (…) Wypełniony kosztorys ofertowy wg Załącznika Nr 8 do SWZ Kosztorys ofertowy z cenami jednostkowymi na poszczególne elementy zamówienia, w oparciu o wzór dokumentu zamieszczonego w Załączniku Nr 8 do SWZ - rozumiane jako przedmiotowy środek dowodowy określony w art. 7 pkt 20 ustawy Pzp. Zamawiający działając w myśl art. 106 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, żąda innych niż wskazane w art. 104 i art. 105 przedmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie, że oferowane roboty budowlane spełniają określone przez Zamawiającego wymagania, cechy lub kryteria, jeżeli są one niezbędne do przeprowadzenia postępowania. Wskazany w niniejszym punkcie kosztorys ofertowy stanowi podstawę prawidłowego rozliczania rzeczowo – finansowego pomiędzy Zamawiającym, Wykonawcą jak również gwarantuje zapewnienie terminowego zakończenia przedmiotowej inwestycji. Zgodnie z art. 106 ust. 3 ustawy Pzp wymagane przez Zamawiającego kosztorys ofertowy, w żadnym stopniu nie ograniczaj uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców. Zamawiający akceptuje równoważne przedmiotowe środki dowodowe, jeżeli potwierdzają, że ofertowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają określone przez Zamawiającego wymagania, cechy lub kryteria. W przypadku niezłożenia przez Wykonawcę wskazanych w dokumentach zamówienia przedmiotowych środków dowodowych lub jeśli złożone przedmiotowe środki dowodowe są niekompletne, Zamawiający wzywa do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, zgodnie z art. 107 ust. 2 ustawy Pzp.”*

- *„18. OPIS SPOSOBU PRZYGOTOWYWANIA OFERT (…) 7) wypełniony Kosztorys ofertowy - wg Załącznika Nr 8 SWZ.”*

- *„21. OPIS SPOSOBU OBLICZENIA CENY 21.1. W ofercie Wykonawca zobowiązany jest podać cenę za wykonan całego przedmiotu zamówienia w złotych polskich (PLN), z dokładnością do 1 grosza, tj. do dwóch miejsc po przecinku. 21.2. W cenie należy uwzględnić wszystkie wymagania określone w niniejszej SWZ oraz wszelkie koszty, jakie poniesie Wykonawca z tytułu należytej oraz zgodnej z obowiązującymi przepisami realizacji przedmiotu zamówienia, a także wszystkie potencjalne ryzyka ekonomiczne, jakie mogą wystąpić przy realizacji przedmiotu zamówienia.”*

- *„22. OPIS KRYTERIÓW OCENY OFERT, WRAZ Z PODANIEM WAG TYCH KRYTERIÓW I SPOSOBU C OFERT 22.1. Przy dokonywaniu wyboru najkorzystniejszej oferty Zamawiający stosować będzie niżej podane kryteria: Cena 40 %, Okres gwarancji 60%. (…).”*

Zgodnie z projektem umowy: *„§ 12 1. Wynagrodzenie za cały przedmiot zamówienia określa oferta Wykonawcy wraz z kosztorysem ofertowym. 2. Podstawą do rozliczenia za cały przedmiot umowy stanowić będzie protokół końcowy odbioru robót podpisany przez inspektora nadzoru, kierownika budowy, przedstawiciela Jednostki realizującej i Wykonawcy. 3. Inspektor nadzoru ma obowiązek sprawdzenia robót objętych protokołem odbioru w terminie 7 dni od daty doręczenia inspektorowi dokumentów rozliczeniowych. 4. Za wykonanie przedmiotu umowy Jednostka realizująca zapłaci Wykonawcy wynagrodzenie ustalone w oparciu o ceny i narzuty podane przez Wykonawcę w kosztorysie ofertowym oraz ilości rzeczywiście wykonanych robót stwierdzonych na podstawie powykonawczego obmiaru robót.”*

Zgodnie z informacją z otwarcia ofert z dnia 28 marca 2025 r. w postępowaniu zostało złożonych 7 ofert, w tym oferta Odwołującego z ceną: 8 965 147,78 zł oraz SKM DRÓG z ceną: 8 424 280,44 zł.

Zgodnie z kosztorysem ofertowym złożonym przez SKM DRÓG: PROJEKT DROGOWY: 5 411 314,35 zł, PROJEł KANALIZACJI DESZCZOWEJ: 415 250,00 zł, PROJEKT KŁADKI PIESZO-ROWEROWEJ: 608 645,77 zł, PRC PRZEBUDOWY LINII ELEKTROENERGETYCZNEJ nn 0,4kV: 28 519,76 zł, PROJEKT PRZEBUDOWY TELEKOMUNIKACYJNEJ: 227 775,75 zł, PROJEKT REMONTU MOSTU NR JNI 01020450: 157 502,86 zł, OGÓ NETTO: 6 849 008,49 zł, VAT: 1 575 271,95 zł, OGÓŁEM BRUTTO: 8 424 280,44 zł.

Pismem z dnia 4 kwietnia 2025 r. Zamawiający zaprosił wykonawców do negocjacji wskazując, że: *„4) Kryteria oceny ofert, w ramach których będą prowadzone negocjacje w celu ulepszenia treści ofert: kryterium oceny ofert podlegającym negocjacjom będzie cena złożonej przez Wykonawcę oferty.”* Zamawiający poinformował również o: *„1) Wykonawcach, których oferty nie zostały odrzucone oraz punktacji przyznanej ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łącznej punktacji; 2) których oferty zostały odrzucone:”* Odwołujący: 1 Cena: 53,73% 2 Okres gwarancji: 40%: 93,73%, SKM DRÓG: 1 Cena: 57,31% 2 Okres gwarancji: 40%: 97,31%.

Zamawiający przeprowadził negocjacje i w dniu 7 kwietnia 2025 r. zaprosił Wykonawców do składania ofert dodatkowych.

Zgodnie z informacją z otwarcia ofert dodatkowych oferty dodatkowe złożyło 5 wykonawców, w tym Odwołujący: 7 789 092,24 zł i SKM DRÓG: 7 749 492,24 zł.

Zgodnie z kosztorysem ofertowym oferty dodatkowej SKM DRÓG: „PROJEKT DROGOWY: 4 949 756,20 zł, PROJEł KANALIZACJI DESZCZOWEJ: 325 202,00 zł, PROJEKT KŁADKI PIESZO-ROWEROWEJ: 648 740,52 zł, PRC PRZEBUDOWY LINII ELEKTROENERGETYCZNEJ nn 0,4kV: 19 628,20 zł, PROJEKT PRZEBUDOWY TELEKOMUNIKACYJNEJ: 160 729,25 zł, PROJEKT REMONTU MOSTU NR JNI 01020450: 196 344,03 zł, OGÓ NETTO: 6 300 400,20 zł, VAT: 1 449 092,05 zł, OGÓŁEM BRUTTO: 7 749 492,24 zł.

Pismem dnia 18 kwietnia 2025 r. Zamawiający wezwał SKM DRÓG do wyjaśnienia treści złożonej oferty dodatkowej, przez: *„wyjaśnienie, dlaczego w pozycjach:*

- *1, 3, 12, 14, 15, - kosztorys KŁADKA PIESZO-ROWEROWA,*
- *1.6, 1.7, 1.8, 1.9, 1.11, 1.13 – kosztorys przebudowy sieci telekomunikacyjnej,*
- *3, 4, 5, 6, 7, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 20, 21 – kosztorys REMONT MOSTU,*
- *33 – kosztorys DROGI*

ceny jednostkowe w ofercie dodatkowej uległy zwiększeniu w porównaniu do treści oferty pierwotnej.”

Pismem z dnia 24 kwietnia 2025 r. wykonawca SKM DRÓG złożył wyjaśnienia;*„Wykonawca, SKM DRÓG Sp. z o.o. (dalej Wykonawca) w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, Powiatowego Centrum Usług Wspólnych w Rawiczu, do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty dodatkowej potwierdza, iż nastąpił w kosztorysie ofertowym wzrost wartości cen jednostkowych:*

- *1, 3, 12, 14, 15, - kosztorys KŁADKA PIESZO-ROWEROWA,*
- *1.6, 1.7, 1.8, 1.9, 1.11, 1.13 – kosztorys przebudowy sieci telekomunikacyjnej,*
- *3, 4, 5, 6, 7, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 20, 21 – kosztorys REMONT MOSTU,*
- *33 – kosztorys DROGI.*

Wykonawca zwraca jednak uwagę, iż pkt 22.2 SWZ w zakresie kryteriów ocen oferty wskazywał na „cena” (w liczbie pojedynczej) w odniesieniu do ceny z formularza ofertowego. W zakresie kryteriów ocen nie wskazano cen jednostkowych

przyjętych w kosztorysie ofertowym. Tak więc Zamawiający nie oparł kryterium oceny ofert o ceny jednostkowe co oznacza, że Zamawiający nie powinien porównywać cen poszczególnych elementów, które są składnikami całościowego zamówienia. Zamawiający jako podstawę kryterium przedstawił cenę z formularza ofertowego (a nie kosztorysu, który zgodnie z pkt 10.1 SWZ określono wyłącznie jako środek dowodowy, a nie kryterium oceny oferty), co oznacza, że zamiast oceny każdego elementu indywidualnie przyjął jako kryterium cenę całościową. Równocześnie właśnie o kryterium ofertowym mowa w art. 296 ust. 2 ustawy P.z.p. i kryterium te niewątpliwie było korzystniejsze w ofercie dodatkowej względem oferty pierwotnej. Biorąc pod uwagę, iż za kryterium oceny ofert przyjęto cenę z formularza ofertowego, a nie ceny jednostkowe ich ewentualny wzrost przy korzystniejszym ogólnym kryterium ceny ma jednoznacznie przełożenie na spełnienie przez Wykonawcę normy art. 296 ust. 2 P.z.p. Kryterium oceny oferty dodatkowej nie jest bowiem w tym zakresie mniej korzystne dla Zamawiającego. W przypadku określonym w SWZ cena jednostkowa z kosztorysu ofertowego może być rozpatrywana wyłącznie pod kontem oceny rażąco niskiej ceny. Dodatkowo przy tak skonstruowanych kryteriach SWZ przystępujący do przetargu Wykonawca, przygotowując ofertę miał prawo oczekiwać, zgodnie z zasadą wyrażoną w art. 7 ust. 1 i 3, że to właśnie zaproponowana przez niego cena z formularza ofertowego będzie decydowała o wyniku postępowania.

Wykonawca dodatkowo oświadcza, iż pomimo zaoferowanie wzrostu w/w cen jednostkowych Zamawiający w żadnym razie nie poniesie szkody, a zapłacone wynagrodzenie z uwagi na uwarunkowania projektowe i kosztorysowe będzie zawsze bardziej korzystne niż oferta pierwotna oraz oferty dodatkowe innych Wykonawców. (…) zwiększenie niektórych cen jednostkowych, przy jednoczesnym zmniejszeniu innych cen jednostkowych w ofercie dodatkowej nie musi spowodować, że oferta taka będzie mniej korzystna dla zamawiającego. W celu jednoznacznego stwierdzenia, że oferta taka będzie dla zamawiającego korzystniejsza niż oferta pierwotna należy wziąć pod uwagę wszystkie okoliczności występujące w konkretnym stanie faktycznym. Tak więc dążąc do wyjaśnienia kompleksowego Wykonawca przedstawia oświadczenie posiadającego uprawnienia do projektowania i kierowania robotami w specjalności inżynieryjnej mostowej bez ograniczeń Pana R.Z. (Absolwenta Politechniki Wrocławskiej na Wydziale Budownictwa Lądowego i Wodnego o specjalizacji Inżynieria Mostowa. (…) W kolejnym kroku swojej kariery zdecydował się na współprowadzenie biura projektowego Rafins Mosty) potwierdzającymi brak możliwości (z uwagi na kwestie projektowe) pogorszenia sytuacji Zamawiającego przez wzrost podniesionych pozycji kosztorysowych. Dalej Wykonawca podkreśla, iż jego pierwotna oferta opiewała na kwotę 8.424.280,44 zł, a oferta dodatkowa na kwotę 7.749.492,24 zł. Oferta dodatkowa byłaby wiec korzystniejsza w kryterium oceny ofert wskazanych w zaproszeniu do negocjacji. Równocześnie maksymalna różnica w cenach jednostkowych, w których nastąpił wzrost (w ofercie dodatkowej) wyniósł kwotę 81.562,42 zł. Analiza wzrostu cen niektórych pozycji kosztorysowych, choć zauważalny stanowi niewielki procent całkowitej wartości oferty. W efekcie wpływ tych cen jednostkowych jest marginalny i w żaden sposób nie niweluję znacząco korzystniejszej oferty dodatkowej Wykonawcy względem oferty pierwotnej. Szczegółowo analizę można przedstawić w poniższy sposób: Kosztorys Kładka pieszo-rowerowa (…) Kosztorys Przebudowa sieci telekomunikacyjnych (…) Kosztorys Remont mostu (…) Kosztorys Drogi (…) Łączna różnica wartości ofert 81 562,42 zł. Uwzględniając założenia projektowe nie istnieje racjonalny argument jakoby w/w ilości z zakwestionowanych pozycji kosztorysowych mogły wzrosnąć kilkukrotnie doprowadzając ofertę dodatkową wykonawcy do wartości mniej korzystnych niż oferta pierwotna. Zarówno doświadczenie życiowa, jak i branżowe w całości powyższemu przeczy.

Wykonawca zaznacza, iż uwzględniając przyjęte kryterium oceny ofert to cena ofertowy dodatkowej Wykonawcy gwarantuję najniższy całkowity koszt realizacji zamówienia. Niższa ogólna cena ofertowa Wykonawcy gwarantuję realne oszczędności budżetu Powiatu Rawickiego. Powyższe jest jasne w świetle faktu, iż dla oceny czy oferta dodatkowa w przyjętym kryterium ceny jest korzystniejsza od oferty pierwotnej, istotna jest okoliczność, ile zamawiający faktycznie zapłaci za wykonane roboty, usługi lub dostawy. W takim zakresie nie jest zaś możliwy i racjonalny wzrost wynagrodzenia na kilku wyżej wskazanych pozycjach kosztorysowych o kwotę 674.788,20 zł brutto (różnice ofert pierwotnej i dodatkowej). Przy czym wartości wzrostu cen jednostkowych dotyczą głównie kładki pieszo rowerowej oraz robót mostowych. Założenia projektowe dla tego typu obiektów są zaś w szczególności wyznaczone właściwymi normami i w tym zakresie istotne zmiany nie są możliwe.

Wykonawca w zakresie kosztorysu remontu mostu wyjaśnia, iż żadne zmiany ilościowe w obrębie tego obiektu nie są racjonalnie możliwe. Most ten jest objęty dokumentacją obiektu mostowego prowadzoną przez Powiatowy Zarząd Dróg w Rawiczu, która zawiera informacje o konstrukcji, budowie, eksploatacji i konserwacji mostu. Projekt oparty i zgodny z w/w dokumentacją nie uległ zmianą i potwierdził wartości ilościowe. W konsekwencji na tak zinwentaryzowanym obiekcie nie może dojść do wzrostu poz.10-15 odnoszących się do metrów sześciennych obiektu. Dodatkowo ceny jednostkowe, które uległy wzrostowi dotyczą w dużej części prac rozbiórkowych i demontażowych, które z uwagi na swój charakter, rodzaj i inwentaryzację nie rodzą ryzyka wzrostu zakresu pracy. Wykonawca przeprowadzi wizję lokalną, która potwierdza prawdziwość inwentaryzacji projektowej remontowanego mostu. W konsekwencji nie jest fizycznie możliwy na remoncie

mostu m.in. wzrost ilości demontażu i rozbiórek (poz. 3-7), długości renowacji balustrad (poz. 21) oraz krawężnika mostowego (poz. 21 – zgodna ilościowo z poz. 3 dotyczącą demontowanego krawężnika zastępowanego w proporcji 1:1).

W przedmiocie kosztorysu na przebudowę sieci komunikacyjnej Wykonawca zwraca uwagę, iż oferta pierwotna opiewała na kwotę 280.164,17 zł brutto i w wyniku negocjacji została obniżona do kwoty 197.696,98 zł brutto tj. o 29,44%. W takich okolicznościach wzrost cen jednostkowych w niektórych pozycjach oferty dodatkowej o łączną wartość 551,50 zł jest zupełnie nieistotny i nie rodzi żadnego ryzyka poniesienia szkody tj. większej ceny w odniesieniu do oferty pierwotnej. Wartość pozycji, na której nastąpił wzrost w stosunku do oferty dodatkowej na całą przebudowę sieci komunikacyjnej wynosi zaledwie 0,28%. Nie sposób przy takiej różnicy racjonalnie argumentować o mniej korzystnej ofercie. Nie istnieje ryzyko po stronie Zamawiającego, iż finalnie nawet w zakresie tych prac zapłaci wyższą kwotę niż wynikała z oferty pierwotnej.

W zakresie kosztorysu drogowego Wykonawca wyjaśnia, iż poz. 33 obejmowała wykonanie warstwy ścieralnej z mieszanki SMA 11, grubości 4 cm i wzrosła o 1 zł ma metrze kwadratowym w ofercie dodatkowej. Jednakże wykonanie w/w prac nie będzie możliwe bez wykonania Mechanicznego profilowania i zagęszczenia (poz. 29), Podbudowy (poz. 30 i 31) i Warstwy wiążącej (poz. 32). Pracę te są wzajemnie powiązane. Wykonawca tymczasem na pozycjach 29-32 w ofercie dodatkowej obniżył ceny jednostkowe w istotny sposób. W konsekwencji cały dział Konstrukcja nawierzchni jezdni KR2 zawiera korzystniejszą ofertę, a wykonanie warstwy ścieralnej bez wcześniejszych i korzystniejszej cenowo prac z poz.29-32 jest nie możliwe technicznie. Tak więc nie istnieje ryzyko poniesienia na tych pracach szkody przez Zamawiającego.

W przedmiocie kosztorysu kładki pieszo-rowerowej również nie można racjonalnie zakładać wzrostu wartości ilościowych opartych o sporządzony i zatwierdzony projekt budowy. Projekt taki oparty o Specyfikację Techniczną, projekt budowlany i stosowne wytyczne (zob. Biliszczuk J., Projektowanie stalowych kładek dla pieszych, Dolnośląskie Wydawnictwo Edukacyjne, Wrocław, 2004, Buchner A., Trasy mostowe w krajobrazie miasta, PWN, Warszawa-Łódź, 1982, Kowalski D., Korozja i zniszczenia kształtowników stalowych o przekrojach zamkniętych, Przegląd Budowlany, 5/2016. Dz.U. nr 43 poz. 430, 1999.Dz.U. nr 63 poz. 735, 1999, Kowalski K., Projektowanie bez barier, Stowarzyszenie Przyjaciół Integracji, Warszawa, 2010., PN-85/S-10030 Obiekty mostowe. Obciążenia, PKN, Warszawa, 1985, PN-EN 1991-2:2007 Eurokod 1: Oddziaływania na konstrukcje – Część 2: Obciążenia ruchome mostów, PKN, Warszawa, 2007, PN-EN 1991-1-7:2008 Eurokod 1: Oddziaływania na konstrukcje – Część 1-7: Oddziaływania ogólne – Oddziaływania wyjątkowe, PKN, Warszawa, 2008, PN-EN 1990:2004/A1:2008 Eurokod: Podstawy projektowania konstrukcji, PKN, Warszawa, 2008. PN-EN 1991-1-4:2008 Eurokod 1: Oddziaływania na konstrukcje – Część 1-4: Oddziaływania ogólne – Oddziaływania wiatru, PKN, Warszawa, 2008, A., Mosty dla pieszych, WKŁ, Warszawa, 2011. PN-EN 1991-1-5:2010 Eurokod 1: Oddziaływania na konstrukcje – Część 1-5: Oddziaływania ogólne – Oddziaływania termiczne, PKN, Warszawa, 2010.) jako obiekt szczególnego znaczenia i projektowania w zakresach ilościowych (metrów sześciennych i bieżących) nie może ulec zwiększeniu. W konsekwencji nie ma ryzyka, iż na takim obiekcie wzrośnie wartość wynagrodzenia kosztorysowego i przewyższy dla Zamawiającego korzyści ze znacznego obniżenia ceny na innych częściach kosztorysu ofertowego. Konstrukcja kosztorysu ofertowego mającego postać uproszczonego sprawia, iż żadne zmiany w zakresie pozycji kosztorysowe w obrębie ilościowym nie mogłyby być uznane za zmiany nieistotne i są skrajnie nieprawdopodobne. Możliwość zmiany mogłyby (z przyczyn opisu Specyfikacji Technicznej i kosztorysu) objąć nie zmiany ilościowe, a co najwyżej pracę nie objęte pozycjami kosztorysowymi. Takie zaś pracę definiowane są zaś w projekcie umowy (stanowiącej cześć SWZ) jako roboty dodatkowe z §14 ust. 1 pkt c wyceniane nie na podstawie oferty, a KNSR oraz KNR i średnich cen wg wydawnictwa SEKOCENBUD obowiązującego w danym okresie rozliczeniowym.

Wykonawca oświadcza także, iż nie będzie uznawał za roboty dodatkowe, czy też podlegające wynagrodzeniu kosztorysowemu pracę przewyższające zakresem przyjęte założenia dla pozycji kosztorysowych, w których ceny jednostkowe uległy wzrostowi. Już z powyższego faktu Zamawiający może być pewny braku ewentualnej szkody."

Pismem z dnia 30 kwietnia 2025 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty SKM DRÓG jako najkorzystniejszej.

Dowody Odwołującego załączone do odwołania i złożone na rozprawie:

1. porównanie kosztorysów załączonych przez SKM Dróg do oferty złożonej w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu oraz do oferty dodatkowej.

2. wycinek z projektu dot. obiektu mostowego.

3. porównanie ilości przedmiarowych z ilościami rozliczonymi na inwestycji bardzo podobnej do będącego przedmiotem postępowania obiektu mostowego wchodzącego w skład inwestycji, która była realizowana przez Odwołującego.

Przedmiot sporu w niniejszej sprawie sprowadzał się do odpowiedzi na pytanie czy Zamawiający powinien był odrzucić

ofertę SKM DRÓG z uwagi na zaoferowanie w ofercie dodatkowej kilku cen jednostkowych wyższych niż w ofercie pierwotnej. Odwołujący podnosił, że w świetle art. 296 ust. 2 i postanowień dokumentów zamówienia, tak złożona oferta dodatkowa, pomimo że o niższej cenie ofertowej od oferty pierwotnej powinna zostać uznana za mniej korzystną, a w konsekwencji jako podlegającą odrzuceniu w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy pzp względnie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp. Analiza dokumentacji postępowania oraz stanowisk Stron doprowadziła Izbę do przekonania o niezasadności podnoszonych w odwołaniu zarzutów.

Na wstępie wskazania wymaga, że zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 3 i 5 ustawy pzp: *„Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (…) 3) jest niezgodna z przepisami ustawy; (…) 5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia;"* Natomiast art. 296 ust. 2 ustawy pzp stanowi: *„2. 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."*

Przenosząc powyższe na kanwę niniejszej sprawy podkreślenia wymaga, że nie było sporne w sprawie, iż wykonawca SKM DRÓG zaoferował w ofercie dodatkowej wykonanie kilku pozycji kosztorysu po cenach jednostkowych wyższych niż w ofercie pierwotnie złożonej. Nie było również sporne, że cena globalna oferty dodatkowej SKM DRÓG była niższa od ceny całkowitej z podstawowej oferty. Mając więc na względzie, że Zamawiający ustanowił w postępowaniu dwa kryteria oceny ofert: cenę oraz okres gwarancji, oraz okoliczność, że przedmiot negocjacji i ewentualne zmiany w ofertach miałby dotyczyć wyłącznie kryterium „ceny" to zdaniem Izby w świetle art. 296 ust. 2 ustawy pzp Wykonawca SKM DRÓG złożył ofertę dodatkową nie mniej korzystną od oferty wcześniej złożonej. Izba nie zgadza się z interpretacją ww. przepisu zaprezentowaną przez Odwołującego i argumentacją, że nie tylko cena całkowita oferty powinna być nie mniej korzystna w ofercie dodatkowej, ale również poszczególne składowe tej ceny, w tym przypadku ceny jednostkowe z kosztorysu ofertowego. Izba zauważa, że art. 296 ust. 2 ustawy pzp wprost wskazuje, że oferta dodatkowa zawiera nowe propozycje w zakresie treści oferty podlegających ocenie w ramach kryteriów oceny ofert wskazanych przez zamawiającego w zaproszeniu do negocjacji. Nie ulega wątpliwości, że Zamawiający ustalił w postępowaniu, że negocjacje będą dotyczyły kryterium całkowitej ceny ofertowej a nie cen jednostkowych. Wykonawca był więc uprawniony w ramach ukształtowania nowych propozycji dokonać weryfikacji wyceny zamówienia za poszczególne prace z uwzględnieniem, że globalna cena oferty nie mogła być mniej korzysta od zaoferowanej poprzednio. Izba w całości podziela stanowisko wyrażone w wyroku KIO z dnia 18 kwietnia 2025 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 1155/25, w którym Izba wskazała: *„Izba miała jednak na uwadze, że w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego kryterium oceny ofert stanowiła cena łączna całej oferty. Wskazać należy, że Zamawiający miał możliwość ustanowienia kryteriów w postaci cen za poszczególne pozycje, jednak z tej możliwości nie skorzystał. Wolą Zamawiającego była ocena ofert na podstawie jednej ceny, tj. ceny łącznej danej oferty. W tych okolicznościach, literalne brzmienie art. 296 ust. 2 ustawy Pzp nie pozwala na badanie ofert pod względem każdej z cen jednostkowych zaoferowanych w kosztorysie, bowiem nie stanowią one kryterium oceny ofert. Badaniu podlega cena łączna, a ta w przypadku Konsorcjum jest korzystniejsza od ceny zaoferowanej w ofercie złożonej w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu."* Nadto, jak wskazano w Komentarzu Prawo Zamówień Publicznych pod. red. Huberta Nowaka i Mateusza Winiarza: *„Nowe propozycje w zakresie treści oferty. Jeśli wykonawca zdecyduje się na złożenie oferty dodatkowej, oferta ta powinna zawierać nowe propozycje w zakresie treści oferty, które podlegają ocenie w ramach kryteriów oceny ofert wskazanych przez zamawiającego w zaproszeniu do negocjacji. Przypomnieć należy, że wskazanie kryteriów oceny ofert, w ramach których będą prowadzone negocjacje, stanowi obowiązkową treść zaproszenia do negocjacji (zob. art. 289 ust. 5 Pzp). W zaproszeniu do negocjacji zamawiający może wskazać wszystkie lub niektóre kryteria oceny ofert określone w SWZ. Przykładowo, jeżeli w zaproszeniu do negocjacji zamawiający wskaże kryterium: cena oraz warunki gwarancji, to wykonawca w ofercie dodatkowej może zaoferować nową cenę i nowe warunki gwarancji, przy czym 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. Wykonawca może złożyć nową propozycję dotyczącą wybranych lub wszystkich wskazanych w zaproszeniu do negocjacji kryteriów oceny ofert. A zatem, odnosząc się do wskazanego wyżej przykładu, jeśli w zaproszeniu do negocjacji wskazane zostały kryterium ceny i kryterium warunków gwarancji, to nowe propozycje mogą dotyczyć niższej ceny i korzystniejszych warunków gwarancji albo wyłącznie niższej ceny, albo wyłącznie nowych, korzystniejszych warunków gwarancji. Nie jest zatem możliwe zaoferowanie niższej ceny i mniej korzystnych warunków gwarancji niż te wskazane w ofercie złożonej w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu, nawet*

jeżeli bilans tych kryteriów byłby korzystniejszy niż w ofercie złożonej w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu. Stosownie bowiem do treści art. 296 ust. 2 zd. drugie Pzp oferta dodatkowa nie może być mniej korzystna w żadnym z kryteriów oceny ofert wskazanych w zaproszeniu do negocjacji." Analiza powyższego stanowiska prowadzi do oczywistej konstatacji, że „korzystność", o której mowa w art. 296 ust. 2 ustawy pzp może być rozpatrywana wyłącznie w kontekście kryteriów oceny ofert wskazanych w zaproszeniu do negocjacji. Jeśli Zamawiający zdecydowałby, że negocjacjom podlegać będzie i cena, i okres gwarancji, to mniej korzysta oferta dodatkowa byłaby wtedy, gdyby wykonawca zaoferował gorsze warunki cenowe bądź gorsze warunki gwarancyjne. Taka sytuacja nie miała jednak miejsca w odniesieniu do oferty złożonej przez SKM DRÓG. Zamawiający dążył do uzyskania w wyniku składanych ofert dodatkowych korzystniejszej oferty cenowej rozumianej jako łączna cena ofertowa stanowiąca kryterium oceny ofert. Okoliczność, że Zamawiający żądał złożenia wraz z ofertą kosztorysów ofertowych wbrew twierdzeniom Odwołującego nie oznacza, że zamierzał dokonywać wyboru oferty najkorzystniejszej w oparciu o porównanie cen jednostkowych. Zamawiający mógł badać te ceny pod względem rażąco niskiej ceny, ale poszczególne ceny jednostkowe kosztorysów nie stanowiły kryterium oceny ofert, podobnie jak ceny za wykonanie określonych branż. Nie było sporne, że SKM DRÓG złożył ofertę dodatkową o niższej cenie całkowitej niż w pierwotnej ofercie. Skoro więc oferta dodatkowa ww. Wykonawcy nie była mniej korzysta w kryterium oceny ofert: *„cena"* niż oferta złożona w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu to uznać należało, że zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty SKM DRÓG nie potwierdził się.

Izba dodatkowo zauważa, że argumentacja Odwołującego, że zaoferowane w kilku pozycjach wyższe ceny jednostkowe w kosztorysie SKM DRÓG mogą przy zmiennej ilości robót na etapie realizacji zamówienia spowodować, że wynagrodzenie ww. Wykonawcy będzie dużo wyższe od zaoferowanej ceny w ofercie podstawowej stanowi wyłącznie spekulacje Odwołującego. Odnosząc się przy tym do twierdzenia Odwołującego, że: *„Ilości robót wskazane w kosztorysie ofertowym, są elementem zmiennym, stąd ostateczna wartość wynagrodzenia najpewniej różnić się będzie od wartości wynagrodzenia wskazanego w Ofercie Wykonawcy."* Izba zwraca uwagę, że taka sytuacja może zaistnieć w każdym postępowaniu, w którym zamawiający przewidział kosztorysowe wynagrodzenie niezależnie od wysokości cen jednostkowych. Wykonawca SKM DRÓG złożył przy tym w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego wyjaśnienia w zakresie analizy poszczególnych cen jednostkowych, które uległy wzrostowi w kontekście wykazania braku wpływu wzrostu tych cen na korzystność oferty dodatkowej. Odwołujący w żaden sposób nie odniósł się do tych wyjaśnień, a złożone przez Odwołującego dowody nie potwierdzają stawianej przez Odwołującego tezy, że oferta dodatkowa SKM DRÓG jest mniej korzysta od oferty pierwotnej. Odwołujący przedstawił wyłącznie własne zapatrywania i przypuszczenia, że w zakresie prac dotyczących obiektu mostowego dopiero w wyniku rozbiórki wykonawcy poznają rzeczywisty stan i zakres prac co może spowodować wpływ wyższych cen jednostkowych za ten zakres prac oferty dodatkowej SKM DRÓG na cenę całkowitą oferty. Izba uznała złożone dowody, w tym dotyczące inwestycji realizowanej przez Odwołującego, za nieprzydatne dla rozstrzygnięcia. Nie ma bowiem znaczenia dla oceny oferty SKM DRÓG jak zmieniła się ilość prac do wykonania względem zakładanych na inwestycji realizowanej kiedyś przez Odwołującego. Odwołujący nie ma obecnie wiedzy czy faktyczny zakres prac będzie się różnił i czy będą to różnice znaczące. Podkreślić należy, że odrzucenie oferty może nastąpić wyłącznie w sytuacji, gdy niezgodność z ustawą czy warunkami zamówienia zostanie stwierdzona w sposób pewny. Jeśli Odwołujący uważał podążając za wykładnią art. 296 ust. 2 ustawy pzp, (z którą Izba się nie zgadza), że niektóre wyższe ceny jednostkowe w ofercie SKM DRÓG powodują, że oferta dodatkowa jest ofertą mniej korzystną od oferty złożonej w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu to powinien był to wykazać w sposób niewątpliwy, czego nie uczynił. Kluczowym jest jednak, że przepis art. 296 ust. 2 ustawy pzp nie stanowi o sankcji odrzucenia oferty mniej korzystnej w świetle przewidywanych na etapie realizacji inwestycji zmian i ich ewentualnego wpływu na cenę całkowitą oferty, a wyłącznie w sytuacji złożenia oferty dodatkowej mniej korzystnej względem pierwotnej w którymś z kryteriów oceny ofert wskazanych w zaproszeniu do negocjacji, a takiej oferty SKM DRÓG nie złożył. Zamawiający nie ustanowił bowiem kryterium oceny ofert cen jednostkowych a wyłącznie cenę łączną oferty. Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy pzp w zw. z art. 296 ust. 2 ustawy pzp nie zasługiwał więc na uwzględnienie.

W konsekwencji nie potwierdził się również zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp, który Odwołujący opierał na postanowieniach dokumentów zamówienia analogicznych jak treść art. 296 ust. 2 ustawy pzp.

Zamawiający nie naruszył także zasad postępowania i zasadnie nie odrzucił oferty SKM DRÓG na podstawach powoływanych przez Odwołującego, dlatego odwołanie należało oddalić.

Mając na względzie powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 575 oraz art. 574 ustawy pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b 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 ze zm.) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez Odwołującego i koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego oraz zasądzając od Odwołującego na rzecz Zamawiającego koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3600,00 zł na podstawie faktury Vat złożonej przez Zamawiającego na rozprawie.

Przewodniczący: ……