Sygn. akt: KIO 4725/24

WYROK

Warszawa, dnia 31.12.2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca:Beata Pakulska-Banach

Protokolant:Adam Skowroński

po rozpoznaniu odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 grudnia 2024 r. przez wykonawcę STRABAG sp. z o.o. z siedzibą wPruszkowie w postępowaniu prowadzonym przez Zarząd Dróg Wojewódzkich w Lublinie

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy WOD-BUD sp. z o.o. z siedzibą w Kraśniku

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 20 000 zł (dwadzieścia tysięcy złotych), uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
2.2. zasądza od wykonawcy STRABAG sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie na rzeczzamawiającego Zarządu Dróg Wojewódzkich w Lublinie kwotę 3600 zł (trzy tysiące sześćset złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez zamawiającego w związku z wynagrodzeniem 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.

Przewodnicząca:……..

Sygn. akt: KIO 4725/24

UZASADNIENIE

Zamawiający - Zarząd Dróg Wojewódzkich w Lublinie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „ustawą Pzp", na realizację zadania pn.: „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 741 na odcinku od drogi wojewódzkiej nr 738 do rzeki Wisły", numer referencyjny: DZU.371.47.2024.dk.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 21.06.2024 r., numer ogłoszenia: 368872-2024, numer wydania Dz.U. S: 120/2024. Wartość zamówienia przekracza kwoty progów unijnych, określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ustawy Pzp.

W dniu 13 grudnia 2024 roku wykonawca STRABAG sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie (zwany dalej: „odwołującym") wniósł odwołanie wobec niezgodnych z ustawą Pzp czynności zamawiającego, tj.:

1)nieprawidłowego badania i oceny oferty WOD-BUD sp. z o.o.,
2)nieprawidłowego badania i oceny oferty Strabag sp. z o.o.,
3)wyboru w dniu 3.12.2024 r. oferty WOD-BUD sp. z o.o.,
4)zaniechania odrzucenia oferty WOD-BUD sp. z o.o.,
5)zaniechania wyboru oferty Strabag sp. z o.o.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:
1. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) oraz pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16.04.1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2022 r. poz. 1233; dalej: „znku"), a także art. 16 pkt 1 ustawy Pzp przez ich niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty WOD-BUD, która to oferta została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, polegających na podaniu w celu przysporzenia korzyści majątkowej (tj. uzyskania zamówienia)

wbrew prawu i dobrym obyczajom niezgodnych z prawdą informacji z których wynikało, że wskazany Kierownik Budowy legitymuje się doświadczeniem wymaganym przez zamawiającego ramach kryterium pozacenowego z pkt XIX pkt 3 SWZ w zw. z realizacją inwestycji „Rozbudowa publicznej drogi gminnej ul. K.W. w Rzeszowie na odcinku od wlotu skrzyżowania z drogą wojewódzką nr 878 (al. Sikorskiego w Rzeszowie) do mostu na rzece Strug realizowana w ramach zadania inwestycyjnego pn. „Rozbudowa ul. K.W." podczas gdy wartość robót ww. inwestycji wynosi jedynie 9 702 535,21 zł brutto (7 888 240,01 PLN netto), a tym samym jest niższa od wymagań zamawiającego;

2. art. 224 ust. 1, 2, 5, 6 oraz art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp przez dokonanie błędnej dowolnej i arbitralnej oceny wyjaśnień złożonych przez WOD-BUD Sp. z o.o., w ramach, której to:
a) zamawiający uznał za wystarczające wyjaśnienia WOD-BUD sp. z o.o., pomimo iż wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 224 ust. 2 ustawy Pzp nie dostosował się do wprost wyrażonego w wezwaniu żądania i nie przedstawił kalkulacji szczegółowej dla kluczowych pozycji TER;
b) zamawiający uznał za wystarczające wyjaśnienia WOD-BUD sp. z o.o., pomimo iż wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 224 ust. 2 i 1 ustawy Pzp nie dostosował się do wprost wyrażonego w wezwaniu żądania i nie przedstawił Kalkulacji kosztów pracy personelu.

Ewentualnie w razie nieuwzględnienia zarzutu nr 1 i 2:

3. art. 239 ust. 1 ustawy Pzp w zw. art. 16 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp przez dokonanie nieprawidłowej oceny oferty wykonawcy WOD-BUD sp. z o.o. i przyznanie jej w ramach ww. kryterium 10 punktów z tytułu kryterium „Doświadczenie zawodowe kierownika budowy" przewidzianego w pkt XIX pkt 3 SWZ w sytuacji, w której w ramach złożonej oferty celem spełnienia kryterium WOD-BUD sp. z o.o., powołał się na doświadczenie Kierownika Robót A.D. przy realizacji inwestycji „Rozbudowa publicznej drogi gminnej ul. K.W. w Rzeszowie na odcinku od wlotu skrzyżowania z drogą wojewódzką nr 878 (al. Sikorskiego w Rzeszowie) do mostu na rzece Strug realizowana w ramach zadania inwestycyjnego pn. „Rozbudowa ul. K.W." deklarując wartość netto robót 8 269 517,97 zł; podczas gdy wartość robót ww. inwestycji wynosi jedynie 9 702 535,21 zł brutto (7 888 240,01 PLN netto); wobec czego nie odpowiada kryterium zakreślonemu przez zamawiającego w pkt XIX pkt 3 SWZ.

Niezależnie również:

4. art. 239 ust. 1 w zw. z art. 16 ust. 1, 2, 3 ustawy Pzp przez zaniechanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej oraz wybranie oferty WOD-BUD sp. z o.o., której to w razie dokonania prawidłowego badania i oceny oferty nie sposób przypisać waloru oferty najkorzystniejszej.

W oparciu o powyższe odwołujący wnosił o:
1) uwzględnienie odwołania,
2) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty WOD-BUD sp. z o.o. jako najkorzystniejszej,
3) nakazanie zamawiającemu powtórzenia stosownych czynności badania i oceny ofert, w tym:
a) nakazanie zamawiającemu odrzucenie oferty WOD-BUD,
b) ewentualnie obniżenie punktacji WOD-BUD,
c) nakazanie zamawiającemu dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert ustalonych w SWZ przy uwzględnieniu konsekwencji wynikających z powtórnej oceny ofert,
4) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego,
5) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z:
a) dokumentów znajdujących się w kartach postępowania zamawiającego, a przywołanych w uzasadnieniu odwołania w celu wykazania faktów wskazanych w uzasadnieniu.
b) dokumentu protokołu odbioru końcowego i przekazania do eksploatacji obiektu z 12.12.2014 r. sporządzanego w ramach umowy z dnia „Rozbudowa publicznej drogi gminnej ul. K.W. w Rzeszowie na odcinku od wlotu skrzyżowania z drogą wojewódzką nr 878 (al. Sikorskiego w Rzeszowie) do mostu na rzece Strug realizowana w ramach zadania inwestycyjnego pn. „Rozbudowa ul. K.W." z dnia 10.04.2014 46.ZP.2312.24.2014 r.,
c) wyciągu ze strony internetowej SKANSKA S.A. – wykonawcy zadania Rozbudowy publicznej drogi gminnej ul. K.W. w Rzeszowie na odcinku od wlotu skrzyżowania z drogą wojewódzką nr 878 (al. Sikorskiego w Rzeszowie) do mostu na rzece Strug realizowana w ramach zadania inwestycyjnego pn. „Rozbudowa ul. K.W.".

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podnosił co następuje:

I. Zarzut dot. czynu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący w pierwszej kolejności podkreślił, że choć w warunkach zamówienia zamawiający nie przewidział przesłanek wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 8) lub 10) ustawy Pzp, nie oznacza to, iż wykonawcy biorący w udział postępowaniu zwolnieni są z obowiązku przedstawiania prawdziwych informacji oraz stosowania zasad współżycia

społecznego, w tym zasad uczciwości kupieckiej.

Według odwołującego, naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 znku wynika z tego, że oferta WOD-BUD została wybrana jako najkorzystniejsza w sytuacji, gdy WOD-BUD złożył nieprawdziwe oświadczenie co do spełniania kryterium w pkt XIX pkt 3 SWZ, tj. „Doświadczenie Kierownika Budowy" przez realizację przez osobę wskazaną w ofercie inwestycji „Rozbudowa publicznej drogi gminnej ul. K.W. w Rzeszowie na odcinku od wlotu skrzyżowania z drogą wojewódzką nr 878 (al. Sikorskiego w Rzeszowie) do mostu na rzece Strug realizowaną w ramach zadania inwestycyjnego pn. „Rozbudowa ul. K.W." o wartości netto 8 269 517,97 zł".

Odwołujący wyjaśnił przy tym, że pozyskał protokół odbioru ww. inwestycji z którego to pkt 6 wynika, iż „*Wartość robót wykonanych (brutto) wynosi 9 702 523,21 zł*", a co więcej, wykonawca ww. inwestycji na swojej stronie internetowej wprost wskazuje, iż *„Koszt inwestycji to 9,6 mln zł brutto (7,8 mln zł netto)".*

Odwołujący zauważył, że roboty budowlane dotyczące dróg publicznych objęte są stawką 23% VAT (analogicznie jak w czasie odbioru ww. inwestycji), w konsekwencji czego:
− Kwota VAT dla kwoty brutto 8 269 517,97 zł wynosi 1 814 295,20 zł,
− Kwota netto przy kwocie brutto 8 269 517,97 zł wynosi 7 888 240,01 zł.

Zdaniem odwołującego, powyższe oznacza, iż WOD-BUD oświadczył nieprawdę w zakresie kryterium w pkt XIX pkt 3 SWZ. W jego ocenie działanie WOD-BUD w tym postępowaniu, a w szczególności złożenie oferty i powiązanych z nią dokumentów, w tym podmiotowych środków dowodowych mających wykazać spełnienie warunków udziału w postępowaniu, odbyły się w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów znku, co powinno skutkować odrzuceniem oferty ww. podmiotu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że WOD-BUD swym działaniem dotyczącym prezentowania niezgodnych z rzeczywistością informacji dotyczących doświadczenia wymaganego dla kierownika budowy wypełnił wszystkie przesłanki czynu z art. 3 ust. 1 znku, tj.:
- działanie zostało podjęte w związku z działalnością gospodarczą;
- czyn był sprzeczny z prawem lub dobrymi obyczajami;
- działanie zagrażało lub naruszało interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Według odwołującego, złożenie przez WOD-BUD oświadczenia zawierającego nieprawdziwe informacje co do posiadania przez Pana A.D. doświadczenia odpowiadającego wymogom stawianym przez zamawiającego w ww. kryterium, należy traktować jako sprzeczne z prawem i dobrymi obyczajami, gdyż z protokołu odbioru końcowego inwestycji: „Rozbudowa publicznej drogi gminnej ul. K.W." wprost wynika, iż ww. inwestycja nie spełnia wymagań stawianych w niniejszym postępowaniu.

Odwołujący podnosił, że sposób, w jaki WOD-BUD rywalizował o udzielenie zamówienia w niniejszym postępowaniu (tj. przedstawiając nieprawdziwe oświadczenie, które formalnie wykazywało spełnienie wymagań kryterium oceny ofert) jest nie do pogodzenia z wzorcem postępowania dotyczącym przedstawiania w składanych przez wykonawcę oświadczeniach informacji rzetelnych, wyczerpujących i zgodnych z rzeczywistym stanem rzeczy, czyli takich na których zamawiający mogą polegać. Złożenie przez WOD-BUD nieprawdziwego oświadczenia co do spełnienia warunku udziału w postępowaniu naruszyło interes zamawiającego, odwołującego i pozostałych oferentów.

Z uwagi na powyższe odwołujący wnosił o odrzucenie oferty WOD-BUD.

II. Zarzut dot. oceny ofert.

W ocenie odwołującego zamawiający dokonał oceny ofert w sposób nieprawidłowy, naruszający zasady określone w SWZ, w szczególności niezgodnie z pkt XIX pkt 3 SWZ, tj. „Doświadczenie Kierownika Budowy". W ramach dokonanej przez siebie czynności badania i oceny ofert zamawiający przyznał punkty WOD-BUD 10 punktów w ramach przedmiotowego kryterium w pkt XIX pkt 3 SWZ, tj. „Doświadczenie Kierownika Budowy".

Zdaniem odwołującego brak jest podstaw do przyznania WOD-BUD punktów za inwestycję: „Rozbudowa publicznej drogi gminnej ul. K.W. w Rzeszowie na odcinku od wlotu skrzyżowania z drogą wojewódzką nr 878 (al. Sikorskiego w Rzeszowie) do mostu na rzece Strug realizowaną w ramach zadania inwestycyjnego pn. „Rozbudowa ul. K.W." w ramach kryterium: „doświadczenie Kierownika Budowy", gdyż jak wynika z pkt XIX pkt 3 SWZ*;„Punktowane będzie doświadczenie zawodowe w pełnieniu funkcji kierownika budowy lub kierownika robót branży drogowej przy robocie polegającej na budowie lub rozbudowie (w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. "Prawo budowlane" Dz.U. z 2024 r. poz. 725 z późn. zm.) drogi publicznej i wartości robót co najmniej 8 000 000,00 zł (netto), przy czym robota winna być odebrana ostatecznie przez jej Inwestora/Zamawiającego.".* Tymczasem wartość netto ww. inwestycji to 7 888 240,01 zł.

Wobec powyższego – w opinii odwołującego - zamawiający dokonał błędnej – powierzchownej oceny ofert i nieprawidłowo przyznał WOD-BUD 10 punktów w ramach kryterium doświadczenia kierownika budowy.

III. Zarzut dot. oceny wyjaśnień ceny rażąco niskiej.

Odwołujący podał, że pismem z 24.10.2024 r. zamawiający wezwał WOD-BUD do:*„udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny":*

− W szczególności udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dot.:

- *„zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę* (…)"
- *„zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie:*

- W szczególności przedstawienia wyliczeń wraz z czynnikami dotyczącymi tych wyliczeń oraz dowodami dot.:

- *Przedstawienia kalkulacji szczegółowej dla kluczowych pozycji TER z uwzględnieniem - ofert dostawców na materiały z uwzględnieniem wymagań dokumentacji projektowej i STWiORB,*
- *Przedstawienia kalkulacji szczegółowej dla kluczowych pozycji TER z uwzględnieniem – Kalkulacji kosztów pracy personelu Wykonawcy,*
- *Przedstawienia kalkulacji szczegółowej dla kluczowych pozycji TER z uwzględnieniem - Kalkulacji kosztów ogólnych obejmujących np. place składowe, zaplecze organizacyjne budowy, spełnienie wymogów Decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach itp.*

31.10.2024 r. WOD-BUD przedłożył zamawiającemu wyjaśnienia.

W ocenie odwołującego analiza złożonych wyjaśnień oraz przedłożonych do nich dokumentów jednoznacznie wskazuje, iż WOD-BUD nie przedstawił w ogóle „kalkulacji szczegółowej dla kluczowych pozycji TER" doprzedłożenia której zobowiązany był wezwaniem zamawiającego. Kluczowe pozycje TER sprecyzowane zostały w rozdz. IV pkt 2 SWZ.

Odwołujący powołał się na § 4 ust. 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju i Technologii z dnia 20 grudnia 2021 r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym, zgodnie z którym: Kalkulacja szczegółowa ceny jednostkowej polega na określeniu wartości poszczególnych jednostkowych nakładów rzeczowych (kosztów bezpośrednich) oraz doliczeniu narzutów kosztów pośrednich i zysku, według wzoru:

$$Cj = \Sigma (n \times c) + Kpj + Zj.$$

Odwołujący podkreślił, że WOD-BUD wbrew treści wezwania nie przedstawił dla kluczowych pozycji TER kalkulacji zawierającej ceny robocizny, ceny materiałów, ceny prac, ceny sprzętu, koszty pośrednie, zysku. Wykonawca ten ograniczył się ww. zakresie do:

- przedstawienia kosztorysu rozbijającego cenę ofertową na ceny jednostkowe wskazujący jedynie wartość łączną, cenę jednostkową oraz ilość,
- ogólnego wskazania zysku dla całej oferty,
- ogólnego wskazania kosztów pośrednich dla całej oferty.

Niezależnie od powyższego, odwołujący podnosił, że - o ile WOD-BUD wskazał przyjętą w ramach realizacji inwestycji roboczogodzinę oraz przedstawił jej rozbicie, to nigdzie w ramach złożonych wyjaśnień WOD-BUD nie omówił ani nie wykazał, uwzględnienia przyjętej przez siebie roboczogodziny w przygotowanym przez siebie kosztorysie oraz przełożenie ww. roboczogodziny na realne koszty robocizny zakładane.

Odwołujący podkreślił przy tym, że w oparciu jedynie o wskazanie pojedynczej roboczogodziny nie ma możliwości ustalenia zakładanego przez wykonawcę zaangażowania pracowników, liczby założonych roboczogodzin, rozbicia roboczogodzin na poszczególne pozycje TER.

Odwołujący stwierdził, że ma to kluczowe znaczenie, w sytuacji, w której WOD-BUD został wezwany do:

- przedłożenia *kalkulacji kosztów pracy personelu wykonawcy*;
- przedłożenia *kalkulacji szczegółowej dla kluczowych pozycji TER z uwzględnieniem*

- *wykazania „zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę (…)",*
- *wykazania „zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę (…)".*

Reasumując odwołujący stwierdził, że WOD-BUD nie przedłożył wyjaśnień odpowiadających jednoznacznej treści wezwania zamawiającego, zaś zamawiający błędnie uznał ww. wyjaśnienia i dokonał wyboru oferty WOD-BUD, podczas gdy powinien on odrzucić ofertę WOD-BUD wobec nie wykazania, iż złożona oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej.

Wobec powyższego odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania.

Zamawiający złożył – do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej - odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie odwołania.

Uczestnik postępowania odwoławczego złożył stanowisko pisemne w sprawie, wnosząc o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła co następuje.

Przedmiotem zamówienia są roboty budowlane polegające na wykonaniu zamówienia pn.: „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 741 na odcinku od drogi wojewódzkiej nr 738 do rzeki Wisły".

W pkt XIX SWZ *Opis kryteriów oceny ofert, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert"* w ppkt 3, zamawiający wskazał:

„Doświadczenie kierownika budowy - znaczenie kryterium 10 %

Punktowane będzie doświadczenie zawodowe w pełnieniu funkcji kierownika budowy lub kierownika robót branży drogowej przy robocie polegającej na budowie lub rozbudowie (w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. "Prawo budowlane" Dz.U. z 2024 r. poz. 725 z późn. zm.) drogi publicznej i wartości robót co najmniej 8 000 000,00 zł (netto), przy czym robota winna być odebrana ostatecznie przez jej Inwestora/Zamawiającego.

Przez inwestycję odebraną ostatecznie przez Inwestora/Zamawiającego należy rozumieć wystawienie co najmniej Świadectwa Przejęcia (dla robót realizowanych zgodnie z warunkami FIDIC) lub podpisanie protokołu odbioru ostatecznego (w przypadku robót budowlanych, na których nie wystawia się Świadectwa Przejęcia).

Oferty z doświadczeniem kierownika budowy:
− podczas realizacji jednej roboty budowlanej lub bez wskazania doświadczenia określonego powyżej otrzymają liczbę punktów PD= 0
− podczas realizacji 2 budów lub rozbudów otrzymają punktów PD= 4
− podczas realizacji 3 budów lub rozbudów otrzymają punktów PD=6
− podczas realizacji 4 lub więcej budów lub rozbudów otrzymają punktów PD=10

W przypadku nie wskazania doświadczenia kierownika budowy Wykonawca otrzyma 0 pkt.".

Pismem z dnia 24.10.2024 r. zamawiający wezwał wykonawcę WOD-BUD sp. z o.o. z siedzibą w Kraśniku - zgodnie z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp – do: *„udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny, w szczególności w zakresie:*
1) 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. oraz z 2023 r.) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;
2) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie

oraz w pozostałych przypadkach wskazanych w art. 224 ust. 3 ustawy Pzp jeśli okoliczności tam podane zachodzą w przypadku Wykonawcy.

Wykonawca winien również przedstawić wyliczenia wraz z czynnikami dotyczącymi tych wyliczeń oraz dowodami a w szczególności:

Przedstawienie kalkulacji szczegółowej dla kluczowych pozycji TER z uwzględnieniem:

a) Ofert dostawców na materiały z uwzględnieniem wymagań dokumentacji projektowej i STWiORB.
b) Kalkulacji kosztów pracy personelu Wykonawcy.
c) Kalkulacji kosztów ogólnych obejmujących np. place składowe, zaplecze organizacyjne budowy, spełnienie wymogów Decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach itp.

Wyjaśnienia powinny być jak najbardziej szczegółowe, zawierać wszystkie aspekty mające wpływ na cenę, tak aby nie pozostawiały wątpliwości co do prawidłowego jej wyliczenia.".

Jednocześnie zamawiający poinformował wykonawcę o treści art. 224 ust. 5 i 6 oraz art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy

Pzp.

Pismem z dnia 31.10.2024 r. wykonawca WOD-BUD sp. z o.o. złożył stosowne wyjaśnienia, częściowo zastrzegając ich treść jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

3.12.2024 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty, tj. oferty złożonej przez WOD-BUD sp. z o.o. z siedzibą w Kraśniku.

Powyższą czynność zamawiającego, zakwestionował odwołujący wnosząc odwołanie w dniu 13.12.2024 r., będące przedmiotem niniejszego rozstrzygnięcia.

W dniu18 grudnia 2024 roku wykonawca WOD-BUD sp. z o.o. z siedzibą w Kraśniku (dalej jako: „WOD-BUD" lul „uczestnik postępowania") zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Izba ustaliła, że zgłoszenie przystąpienia ww. wykonawcy spełnia wymagania określone w art. 525 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołaniei uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz dowody i stanowiska Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego złożone na pismach i podane do protokołu rozprawy zważyła, co następuje.

Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane czynności zamawiającego.

Ponadto Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

W ocenie Izby odwołanie należało oddalić.

Po pierwsze, bezzasadny okazał się zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) oraz pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a także art. 16 pkt 1 ustawy Pzp przez ich niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy WOD-BUD, która to oferta została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.

Zgodnie zaś z art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Stosownie do art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2022 r. poz. 1233), dalej jako: „ZNKU": czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Z kolei przepis art. 16 pkt 1 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Zdaniem Izby, odwołujący nie wykazał, że w tej sprawie ziściły się znamiona czynu nieuczciwej konkurencji.

Warto w tym miejscu przytoczyć fragment wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie - XXII Wydział Własności Intelektualnej z dnia 17 czerwca 2024 r., sygn. akt: XXII GW 870/23, w którym wskazano, że:*„Stosownie do art. 3 ust. 1 ZNKU, uznanie działania za czyn nieuczciwej konkurencji warunkowane jest kumulatywnym spełnieniem następujących przesłanek:*
1) czyn ma charakter konkurencyjny,
2) czyn narusza lub zagraża interesowi innego przedsiębiorcy lub klienta,
3) czyn jest bezprawny, tj. sprzeczny z prawem lub dobrymi obyczajami.

Sąd podziela stanowisko Sądu Okręgowego w Warszawie wyrażone w postanowieniu z dnia 28 stycznia 2016 r. (sygn. akt GWo 13/16), iż działanie konkurencyjne ma charakter celowy, ukierunkowane jest na wzmocnienie bądź utrzymanie pozycji rynkowej przedsiębiorcy, który jednak niekoniecznie musi mieć świadomość skutków jakie rzeczywiście może wywrzeć, bez znaczenia jest przewidywanie przezeń możliwości naruszenia interesów innych przedsiębiorców. Konkurencyjne są wyłącznie działania zewnętrzne, adresowane do innych uczestników wymiany rynkowej, mające na celu zdobycie klientów dla oferowanych przez nich towarów przez zwiększenie własnej efektywności gospodarczej bądź osłabienie cudzej. Zagrożenie interesów musi mieć charakter bezpośredni i realny. Muszą one być

zdolne wywierać wpływ na innych przedsiębiorców-konkurentów (albo na konsumentów), niekorzystnie oddziaływać na ich sytuację, naruszając ich interesy gospodarcze. Decyduje o tym sposób, w jaki działanie konkurenta jest odbierane przez potencjalnych adresatów. Obowiązek wskazania i udowodnienia naruszenia lub zagrożenia jego interesów gospodarczych, a także winy naruszyciela obciąża występującego z zarzutem nieuczciwej konkurencji.

Naruszenie prawa odnosi się do bezwzględnie obowiązujących przepisów, o tym, zaś czy dane działanie jest sprzeczne z dobrymi obyczajami, decyduje całokształt okoliczności, a zwłaszcza cel, użyte środki i konsekwencje przedsiębranych działań. Dobre obyczaje postrzegane są jako normy moralne i zwyczajowe stosowane w działalności gospodarczej (wyrok Sądu Najwyższego z 26.09.2002 r., III CKN 213/01, OSNC rok 2003, nr 12, poz. 169). Sprzeczność z dobrymi obyczajami podlega ocenie sądu z punktu widzenia treści, motywów i celu działania konkurencyjnego.".

Jak wykazano w toku postępowania odwoławczego w ramach zadania „Rozbudowa publicznej drogi gminnej ul. K.W. w Rzeszowie na odcinku od wlotu skrzyżowania z drogą wojewódzką 878 (al. Sikorskiego w Rzeszowie) do mostu na rzece Strug", realizowanego w ramach zadania inwestycyjnego pn. „Rozbudowa ul. K.W.", zostały zrealizowane roboty dodatkowe. Zostały one zrealizowane na podstawie odrębnej umowy. Powyższe potwierdza *Protokół odbioru końcowego i przekazania do eksploatacji obiektu* z dnia 26.11.2014 r., złożony przez uczestnika postępowania odwoławczego. Roboty te zostały zrealizowane na podstawie umowy na roboty dodatkowe nr 191.ZP.2312.109.2014 z dnia 7.11.2024 r. Wartość robót wyniosła 468 971,89 zł brutto i obejmowała „Rozbudowę ul. K.W." od km 0+000 do km 2+351,59 zł na podstawie decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej 12/2012 znak: AR.6740.70.27.2011.KR70 z dnia 25.10.2012 r. Roboty dodatkowe zostały wykonane w okresie od 7.11.2014 r. do 14.11.2014 r.

Natomiast roboty budowlane, dotyczące rozbudowy publicznej drogi gminnej ul. K.W. w Rzeszowie - wykonane na podstawie zamówienia podstawowego - zostały zrealizowane na podstawie umowy nr 46.ZP.2312.24.2014 z dnia 10.04.2014 r., również w oparciu o decyzję o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej 12/2012 znak: AR.6740.70.27.2011.KR70 z dnia 25.10.2012 r. Wartość tych robót wyniosła 9 702 535,21 zł brutto, a zatem mniej niż 8 000 000 mln zł netto - co podnosił odwołujący. Wynika to z tego, że te roboty budowlane były objęte 23% stawką podatku VAT. Przedmiotowa umowa dotyczyła „Rozbudowy ul. K.W." od km 0+000 do km 2+351,59 zł", a roboty nią objęte zostały wykonane w okresie od 24.04.2014 r. do 14.11.2014 r. Powyższe informacje wynikają z *Protokołu odbioru końcowego i przekazania do eksploatacji obiektu z dnia 12.12.2014 r.*

W oparciu o powyższe, Izba ustaliła, że zarówno roboty budowlane objęte zamówieniem podstawowym, jak i wynikające z umowy na roboty dodatkowe, dotyczyły jednej inwestycji, którą stanowiła rozbudowa publicznej drogi gminnej w Rzeszowie ul. K.W. na odcinku od km 0+000 do km 2+351,59 km. Pomimo że roboty budowlane w tym zakresie zostały wykonane na podstawie dwóch odrębnych umów, należy rozumieć jako jedną spójną całość. W obu przypadkach kierownikiem robót drogowych była ta sama osoba – Pan A.D., na którego to doświadczenie zawodowe jako kierownika budowy, powoływał się wykonawca WOD-BUD sp. z o.o. w swojej ofercie. W obu przypadkach roboty budowlane były realizowane na tożsamym kilometrażu rozbudowywanej drogi publicznej, tj. na odcinku od km 0+000 do km 2+351,59. Co więcej roboty dodatkowe zostały zrealizowane w czasie zbieżnym z realizacją robót w ramach zamówienia podstawowego. Łączna wartość robót w ramach tej inwestycji przekroczyła wartość 8 000 000 zł netto wymaganą przez zamawiającego w ramach kryterium oceny ofert - *Doświadczenie Kierownika Budowy* (pkt XIX ppkt 3) SWZ).

Między stronami był spór czy wartość tych robót dodatkowych można – zgodnie z opisem przedmiotowego kryterium – wliczyć do wartości inwestycji wskazanej w ofercie wykonawcy WOD-BUD sp. z o.o. (pozycja 4) na potrzeby oceny doświadczenia zawodowego kierownika budowy.

Jak już powyższej zostało wskazane – w ocenie Izby – wykonawca zasadnie zsumował wartość rozbudowy drogi publicznej wykonanej na podstawie zamówienia podstawowego oraz tej wykonanej na podstawie zamówienia dodatkowego.

Nawet jednak, gdyby uznać, że wykonawca w tym zakresie dokonał nieprawidłowej wykładni kryterium oceny ofert w tym zakresie i nie powinien dokonać takiego sumowania, lecz powinien przyjąć, iż inwestycja nie spełnia wymagań zamawiającego i nie powinna zostać wskazana na potrzeby oceny tego kryterium, to nie sposób przypisać mu działania sprzecznego z prawem czy dobrymi obyczajami. Jak wynika z powyżej cytowanego wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie: *naruszenie prawa odnosi się do bezwzględnie obowiązujących przepisów, o tym, zaś czy dane działanie jest sprzeczne z dobrymi obyczajami, decyduje całokształt okoliczności, a zwłaszcza cel, użyte środki i konsekwencje przedsiębranych działań.* Nie sposób dopatrzyć się w takim działaniu wykonawcy, który był przekonany o tym, że roboty te stanowiły całość, składającą się na jedną, spójną inwestycję – a co więcej, który miał ku temu podstawy – działania

sprzecznego z prawem czy dobrymi obyczajami. Okoliczności tej sprawy nie wskazują na jakąkolwiek możliwość przypisania działaniom podejmowanym przez wykonawcę WOD-BUD sp. z o.o. takiej sprzeczności. Wykonawca nie naruszył żadnych przepisów prawa, ani zasad współżycia społecznego czy zasad uczciwości kupieckiej, przez które to dokonywana też jest ocena czy dany czyn można uznać za czyn nieuczciwej konkurencji .

Nie została również wykazana kolejnej przesłanka, warunkująca ocenę czy dane działanie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji – a mianowicie, że czyn ten zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Zdaniem Izby ta przesłanka w ogóle nie została wykazana przez odwołującego. Odwołujący w swoim odwołaniu oprócz powołania się na orzecznictwo, wskazywał jedynie ogólnikowo na to, że: *„złożenie przez WOD-BUD nieprawdziwego oświadczenia co do spełnienia warunku udziału w postępowaniu naruszyło interes Zamawiającego, Odwołującego i pozostałych oferentów. Interes Zamawiającego oraz pozostałych wykonawców, w tym Odwołującego należy rozumieć szeroko*". Dodatkowo w *petitum* odwołania w opisie zarzutu odwołujący wskazywał na to, że wykonawca złożył niezgodne z prawdą informacje: *„w celu przysporzenia korzyści majątkowej (tj. uzyskania zamówienia)".*

W ocenie Izby zarzut podnoszony przez odwołującego jakoby złożenie oferty przez wykonawcę WOD-BUD sp. z o.o. stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji nie potwierdził się, dlatego też Izba oddaliła ten zarzut.

Dodatkowo, należy wskazać, że niezrozumiałe jest formułowanie przez odwołującego zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp w sytuacji, gdy w ramach podstaw faktycznych zarzutu odwołujący w ogóle nie powoływał się na okoliczności, które mogłyby świadczyć o niespełnianiu przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu.

Po drugie, bezzasadny okazał się także zarzut naruszenia art. 224 ust. 1, 2, 5, 6 oraz art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ust. 1, 2 i 3 Pzp przez dokonanie błędnej dowolnej i arbitralnej oceny wyjaśnień złożonych przez WOD-BUD sp. z o.o.

Zgodnie z art. 224 ust. 1-2 oraz 5-6 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.

(…)

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.

Stosownie zaś do art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Natomiast przepis 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.

Odwołujący stawiając przedmiotowy zarzut opierał się wyłącznie na kwestii niedostosowania się przez wykonawcę WOD-BUD sp. z o.o. do żądania wyrażonego przez zamawiającego w treści wezwania do udzielenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny z dnia 24.10.2024 r. i z tego tytułu wywodził negatywną ocenę czynności zamawiającego, polegającej na ocenie wyjaśnień złożonych przez ww. wykonawcę i konieczność odrzucenia jego oferty w oparciu o powołane powyżej przepisy ustawy Pzp.

Z taką oceną wyjaśnień ceny oferty wykonawcy WOD-BUD sp. z o.o., dokonaną przez odwołującego, nie sposób się zgodzić.

Izba uznała, że wykonawca złożył wyjaśnienia ceny oferty wystarczające i adekwatne do treści wezwania zamawiającego. Wyjaśnienia te zostały poparte licznymi dowodami. Z drugiej zaś strony odwołujący w żadnym zakresie nie zakwestionował prawidłowości i wiarygodności wyliczeń przedstawionych przez wykonawcę WOD-BUD sp. z o.o., a te wynikały chociażby z załączonych do wyjaśnień kosztorysów ofertowych poszczególnych branży. Tym samym nie sposób uznać, że ocena wyjaśnień dokonana przez zamawiającego była błędna czy arbitralna.

Odnosząc się do kwestii wypunktowanych przez odwołującego stwierdzić należy co następuje.

Odwołujący w pierwszej kolejności wskazywał na to, że wyjaśnienia wykonawcy WOD-BUD sp. z o.o. nie zawierają żądanej przez zamawiającego kalkulacji szczegółowej dla kluczowych pozycji TER.

W istocie zamawiający w wezwaniu z dnia 24.10.2024 r. wezwał wykonawcę m.in. do:
przedstawienia *kalkulacji szczegółowej dla kluczowych pozycji TER z uwzględnieniem:*

a) Ofert dostawców na materiały z uwzględnieniem wymagań dokumentacji projektowej i STWiORB.
b) Kalkulacji kosztów pracy personelu Wykonawcy.
c) Kalkulacji kosztów ogólnych obejmujących np. place składowe, zaplecze organizacyjne budowy, spełnienie wymogów Decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach itp.

W brew twierdzeniom odwołującego wyjaśnienia zawierają kalkulację szczegółową dla kluczowych pozycji Tabeli Elementów Rozliczeniowych (TER), do czego wykonawca był wzywany. Wyjaśnienia te bowiem zawierają kalkulację szczegółową dla wszystkich pozycji TER, a nie tylko tych kluczowych pozycji TER.

Odwołujący powoływał się w tym zakresie na przepisy rozporządzenia Ministra Rozwoju i Technologii z dnia 20 grudnia 2021 r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym (Dz. U. z 2021 r. poz. 2458), w tym na § 4 ust. 1, w którym opisano sposób określenia kalkulacji szczegółowej ceny jednostkowej.

Zgodnie z § 4 ust. 1 ww. rozporządzenia:
1. Kalkulacja szczegółowa ceny jednostkowej polega na określeniu wartości poszczególnych jednostkowych nakładów rzeczowych (kosztów bezpośrednich) oraz doliczeniu narzutów kosztów pośrednich i zysku, według wzoru:

w którym poszczególne symbole oznaczają:

C_j - cenę jednostkową roboty podstawowej;

n - jednostkowe nakłady rzeczowe: robocizny - n_r, materiałów - n_m, pracy sprzętu - n_s;

c - cenę czynników produkcji: robocizny - C_r, ceny materiałów - C_m, ceny pracy sprzętu - C_s;

n × c - koszty bezpośrednie jednostki przedmiarowej robót, według wzoru:

K_{pj} - koszty pośrednie na jednostkę przedmiarową robót;

Z_j - zysk kalkulacyjny na jednostkę przedmiarową robót.

Przede wszystkim podkreślić należy, że argumentacja odwołującego w tym zakresie jest bezprzedmiotowa, albowiem treść wezwania zamawiającego nie wskazywała na konieczność przedstawienia kalkulacji szczegółowej w sposób zgodny z przepisami ww. rozporządzenia. Tym samym sposób prezentacji kalkulacji szczegółowej dla pozycji kluczowych TER został pozostawiony w gestii samego wykonawcy. Warto też zaznaczyć, że umowa jaką zawrze zamawiający z wybranym wykonawcą na roboty budowalne będzie umową ryczałtową, co wynika choćby z pkt IV ppkt 7) SWZ, gdzie zamawiający wskazał, że:
„Przedmiar robót ma charakter pomocniczy. Z uwagi na to, że umowa na roboty będzie umową ryczałtową, w przypadku wystąpienia w trakcie prowadzenia robót większej ilości robót w jakiejkolwiek pozycji nie będzie to mogło być uznane za roboty dodatkowe z żądaniem dodatkowego wynagrodzenia.
Ewentualny brak w przedmiarze robót lub we wzorze TER pewnych robót koniecznych do wykonania na podstawie dokumentacji projektowej nie zwalnia Wykonawcy od obowiązku ich wykonania na podstawie dokumentacji projektowej w cenie umownej.
Wykonawca ma prawo skorygować w przedmiarze i wzorze TER ilości robót do wielkości według własnych obliczeń na postawie dokumentacji projektowej oraz STWIORB.”, czy pkt XVIII ppkt 2) i 3) SWZ:

„2. Przedmiar i wzór Tabeli Elementów Rozliczeniowych dołączone do Specyfikacji Warunków Zamówienia mają charakter pomocniczy w celu ułatwienia Wykonawcy obliczenia ceny oferty. Wykonawca zobowiązany jest do zapoznania się z dokumentacją projektową udostępnionego na stronie internetowej (Platformie Zamówień Publicznych ZDW w Lublinie).
3. Z uwagi na to, że umowa na roboty będzie umową ryczałtową, w przypadku wystąpienia w trakcie prowadzenia robót większej ilości robót w jakiejkolwiek pozycji, nie będzie to mogło być uznane za roboty dodatkowe z żądaniem dodatkowego wynagrodzenia. Ilości robót w przedmiarze i Tabeli Elementów Rozliczeniowych Wykonawca ma prawo skorygować do wielkości według własnych obliczeń na podstawie dokumentacji projektowej oraz SST.”.

Wobec powyższego za bezpodstawne należało uznać twierdzenie odwołującego, że wykonawca WOD-BUD sp. z o.o. nie złożył wymaganej przez zamawiającego kalkulacji szczegółowej kluczowych pozycji TER.

Ponadto, odwołujący wskazywał, że wyjaśnienia wykonawcy WOD-BUD sp. z o.o. nie zawierają żądanej przez zamawiającego kalkulacji kosztów pracy personelu, gdyż wykonawca nie omówił i nie wykazał uwzględnienia przyjętej przez siebie roboczogodziny w przygotowanym przez siebie kosztorysie oraz przełożenia ww. roboczogodziny na realne koszty robocizny zakładane. Odwołujący wskazywał też, że w oparciu o wskazanie pojedynczej roboczogodziny nie ma możliwości ustalenia zakładanego przez wykonawcę zaangażowania pracowników, liczby założonych roboczogodzin, rozbicia roboczogodzin na poszczególne pozycje TER.

Odnosząc się do zastrzeżeń podnoszonych przez odwołującego podkreślić należy, że również w tym zakresie zamawiający nie postawił szczególnych wymagań, w szczególności zamawiający nie wymagał podania liczby założonych roboczogodzin, czy rozbicia roboczogodzin na poszczególne pozycje TER, co zarzucał odwołujący.

Wykonawca WOD-BUD sp. z o.o. w swoich wyjaśnieniach przedstawił kalkulację kosztów roboczogodziny, która to wartość nie była w ogóle kwestionowana przez odwołującego. Do wyjaśnień wykonawca dołączył dowody potwierdzające zatrudnienie personelu na podstawie umowy o pracę. Do wyjaśnień został dołączony również kosztorys ofertowy dla wszystkich branż objętych zamówieniem, w którym poszczególne pozycje obejmowały także koszty personelu, z uwzględnieniem przyjętej przez wykonawcę stawki roboczogodziny na poziomie 35,50 zł.

Wskazać również należy, że zgodnie z art. 555 ustawy Pzp - Izba orzeka w granicach podstaw prawnych i faktycznych zarzutów, podniesionych w odwołaniu. A zatem dodatkowe okoliczności podnoszone przez odwołującego na rozprawie w tym zakresie nie mogły być wzięte pod uwagę przy rozstrzyganiu tego zarzutu.

Z uwagi na powyższe Izba oddaliła ww. zarzut.

Po trzecie, w ocenie Izby nie potwierdził się także zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy Pzp w zw. art. 16 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp przez dokonanie nieprawidłowej oceny oferty wykonawcy WOD-BUD sp. z o.o. i przyznanie jej w ramach ww. kryterium 10 punktów z tytułu kryterium „Doświadczenie zawodowe kierownika budowy” przewidzianego w pkt XIX pkt 3 SWZ.

Zgodnie z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

W pkt XIX ppkt 3) SWZ zamawiający opisał kryterium oceny ofert -*Doświadczenie kierownika budowy* - znaczenie kryterium 10 % i wskazał, że:
„Punktowane będzie doświadczenie zawodowe w pełnieniu funkcji kierownika budowy lub kierownika robót branży drogowej przy robocie polegającej na budowie lub rozbudowie (w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. "Prawo budowlane" Dz.U. z 2023 r. poz. 682 z późn. zm.) drogi publicznej i wartości robót co najmniej 8 000 000,00 zł (netto), przy czym robota winna być odebrana ostatecznie przez jej Inwestora/Zamawiającego.”.

Zarzut ten referuje do doświadczenia Kierownika Robót – Pana A.D. uzyskanego przy realizacji inwestycji „Rozbudowa publicznej drogi gminnej ul. K.W. w Rzeszowie”. Odwołujący kwestionował podaną przez wykonawcę WOD-BUD sp. z o.o. wartość robót budowlanych zrealizowanych w ramach tej inwestycji, która zdaniem odwołującego nie odpowiadała kryterium zakreślonemu przez zamawiającego. Zdaniem odwołującego, oferta tego wykonawcy WOD-BUD nie powinna uzyskać 10 punktów w ramach kryterium: „Doświadczenie zawodowe kierownika budowy”, w sytuacji, w której celem spełnienia tego kryterium wykonawca powołał się na doświadczenie kierownika robót przy realizacji inwestycji Rozbudowa publicznej drogi gminnej ul. K.W. w Rzeszowie na odcinku od wlotu skrzyżowania z drogą wojewódzką nr 878 (al. Sikorskiego w Rzeszowie) do mostu na rzece Strug realizowana w ramach zadania inwestycyjnego pn. „Rozbudowa ul. K.W.” deklarując wartość netto robót 8 269 517,97 zł; podczas gdy wartość robót ww. inwestycji wynosi jedynie 9 702 535,21 zł brutto (7 888 240,01 PLN netto).

Izba uznała, że zarzut odwołującego nie potwierdził się.

Zgodnie z opisem kryterium – *Doświadczenie kierownika budowy* - miało być punktowane doświadczenie zawodowe w pełnieniu funkcji kierownika budowy lub kierownika robót branży drogowej przy robocie polegającej na budowie lub rozbudowie drogi publicznej i wartości robót co najmniej 8 000 000,00 zł (netto), przy czym robota winna być odebrana ostatecznie przez jej Inwestora/Zamawiającego. W ocenie Izby taki opis przedmiotowego kryterium nie wyklucza możliwości zsumowania również wartości robót dodatkowych wykonanych w ramach tej samej inwestycji, mimo że zostały zrealizowane na podstawie odrębnej umowy. Podkreślić też należy, że opis kryterium nie wprowadzał zastrzeżenia możliwości powołania się na roboty budowlane wykonane na podstawie jednej umowy.

W tym miejscu należy odwołać się do argumentacji przedstawionej przy omówieniu rozstrzygnięcia co do pierwszego z zarzutów, a dotyczącej zasadności wliczenia do całkowitej wartości inwestycji pn.: „Rozbudowa publicznej drogi gminnej ul. K.W. w Rzeszowie" również wartości robót dodatkowych, co w konsekwencji wskazuje na to, że wartość tej inwestycji spełnia warunek wartościowy opisany w przedmiotowym kryterium, tj. wartości robót - co najmniej 8 000 000,00 zł (netto).

Wobec powyższego Izba oddaliła ww. zarzut.

W konsekwencji nie potwierdził się również zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 w zw. z art. 16 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp przez zaniechanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej oraz dokonanie wyboru oferty WOD-BUD.

Mając powyższe na uwadze Izba orzekła o oddaleniu odwołania.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

W oparciu o powyższe Izba zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz zasądziła od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3600 zł tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez zamawiającego w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika.

Przewodnicząca:……..