

Sygn. akt: KIO 3337/22

WYROK

z dnia 30 grudnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Odrzywolska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 grudnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 grudnia 2022 r. przez wykonawcę: **Himmel i Papesch Opole Sp. z o.o. z siedzibą w Opolu** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Gmina Miejska Lubin z siedzibą w Lubinie**

przy udziale wykonawcy: **Pro-Tra Building Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert w tym odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę Pro-Tra Building Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu jako niezgodnej z warunkami zamówienia;
2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 14 148 zł 00 gr (słownie: czternaście tysięcy sto czterdzieści osiem złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Gmina Miejska Lubin z siedzibą w Lubinie (dalej: „zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.) - dalej „ustawa Pzp” pn. „Budowa kładki dla pieszych nad Al. Komisji Edukacji Narodowej w Lubinie” nr postępowania BZP.271.1.32.40.2022 - dalej „postępowanie” lub „zamówienie”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 9 listopada 2022 r. pod numerem 2022/ BZP 00432372/01.

W dniu 12 grudnia 2022 r. przez wykonawcę: **Himmel i Papesch Opole Sp. z o.o. z siedzibą w Opolu** (dalej: „odwołujący”) zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności zamawiającego podjętych w postępowaniu, polegających na: wyborze, jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Pro-Tra Building Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (dalej „Pro-Tra Building” lub „przystępujący”); zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez Pro-Tra Building jako niezgodnej z warunkami zamówienia opisanymi w Rozdziale XV pkt 4 specyfikacji warunków zamówienia (dalej „SWZ”); zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez Pro-Tra Building z uwagi na niespełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia, względnie zaniechaniu wezwania Pro-Tra Building do uzupełnienia oświadczenia podmiotu trzeciego, na zasoby którego Pro-Tra Building powołuje się w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu, opisanego w Rozdziale V podrozdziale II pkt 1 lit. A SWZ.

Odwołujący zarzucił, że zamawiający naruszył przepisy:

1. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Pro-Tra Building mimo, iż była ona niezgodna z warunkami zamówienia określonymi w rozdziale XV pkt 4 SWZ;
2. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp zw. z art. 118 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Pro-Tra Building z uwagi na niespełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia, względnie art. 128 ust. 1 w zw. z art. 118 ust. 2 ustawy Pzp i art. 122 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Pro-Tra Building do uzupełnienia oświadczenia podmiotu trzeciego, na

zasoby którego Pro-Tra Building powołuje się w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu opisanego w Rozdziale V podrozdziale II pkt 1 lit A SWZ;

3. art. 239 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, poprzez bezpodstawne dokonanie wyboru oferty Pro-Tra Building, mimo, iż oferta ta podlegała odrzuceniu.

Wskazując na powyższe zarzuty, odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej; powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenia oferty Pro-Tra Building; a także z ostrożności procesowej: nakazanie zamawiającemu wezwanie Pro-Tra Building do uzupełnienia oświadczenia podmiotu trzeciego, na zasoby którego powołuje się on w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu opisanego w Rozdziale V podrozdziale II pkt 1 lit a SWZ.

Zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania i wezwał ich do zgłoszenia przystąpienia. W terminie określonym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp, do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca: **Pro-Tra Building Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu.**

Zamawiający, działając w oparciu o art. 521 ust. 1 ustawy Pzp, złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie (pismo z 19 grudnia 2022 r.) wnosząc o jego odrzucenie z uwagi na jego wniesienie po terminie lub z uwagi na błędne wskazanie w odwołaniu numeru ogłoszenia o zamówieniu.

Przystępujący złożył do akt sprawy pismo procesowe z 23 grudnia 2022 r., w którym zaprezentował swoje stanowisko wobec zarzutów podnoszonych w odwołaniu.

Odwołujący w dniu 26 grudnia 2022 r. przesłał do akt sprawy pismo procesowe w którym odniósł się do stanowisk zamawiającego i przystępującego, przedstawionych w pismach wymienionych powyżej.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego w wersji elektronicznej, po zapoznaniu się z treścią odwołania, odpowiedzią na nie, stanowiskiem zawartym w piśmie procesowym złożonym przez przystępującego i odwołującego, a także po wysłuchaniu stanowisk stron i uczestnika postępowania, zaprezentowanych ustnie do protokołu w toku posiedzenia i rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

W szczególności Izba nie podzieliła oceny zamawiającego, który jako podstawę decyzji o odrzuceniu odwołania wskazywał okoliczność, że odwołujący w treści wniesionego odwołania powołał się na błędny numer Ogłoszenia o zamówieniu, zamieszczonego w Biuletynie Zamówień Publicznych, co miało stanowić błąd skutkujący koniecznością odrzucenia odwołania z uwagi na błędy formalne lub na zaskarżenie po upływie terminu, gdyż termin na odwołanie od czynności unieważnienia postępowania upłynął w dniu 14 listopada 2022 r. Nie budziło wątpliwości Izby, że podstawę zaskarżenia, stanowiła czynność wyboru, jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Pro-Tra Building w postępowaniu ogłoszonym w dniu 9 listopada 2022 r., dla którego Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane pod numerem 2022/BZP 00432372/01. Czynność ta z kolei miała miejsce w dniu 7 grudnia 2022 r. Tym samym termin na wniesienie odwołania został zachowany.

Izba dokonała również badania spełnienia przez odwołującego przesłanek określonych w art. 505 ustawy Pzp, to jest kwestii posiadania przez niego legitymacji do wniesienia odwołania uznając, że interes odwołującego we wniesieniu odwołania przejawia się w następujący sposób. Odwołujący złożył ofertę w postępowaniu i ubiega się o przedmiotowe zamówienie, a złożona przez niego oferta uzyskała drugą pod względem kolejności liczbę punktów. Gdyby potwierdziły się zarzuty odwołującego, oferta złożona przez wykonawcę Pro-Tra Building, który został wybrany w postępowaniu zostałaby odrzucona, z kolei oferta odwołującego byłaby najwyżej punktowana. Odwołujący miałby wówczas szansę na uzyskanie zamówienia, zawarcie umowy i osiągnięcie zysku z jego realizacji.

Izba nie podzieliła stanowiska zamawiającego, iż odwołujący nie ma interesu w uzyskaniu zamówienia z uwagi na fakt, iż cena jego oferty przekracza kwotę jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. W ocenie Izby wykonawca, nawet jeśli zaoferowana przez niego cena przekracza kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia także ma interes we wniesieniu odwołania. Jeśli bowiem oferta opiewająca na cenę przewyższającą kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia zostanie wybrana jako najkorzystniejsza, zamawiający nie ma bezwzględnego uprawnienia ani też obowiązku unieważnienia postępowania, ale w takiej sytuacji sprawdza możliwość zwiększenia jej do wysokości wybranej oferty. Co więcej, jak sam przyznał zamawiający, takie zwiększenie nastąpiło już wcześniej w tym postępowaniu, bowiem cena oferty przystępującego także przekraczała zakładaną przez zamawiającego kwotę przeznaczoną na jego sfinansowanie. Tym samym także w przypadku wyłonienia nowego wykonawcy, zamawiający może ponownie takiej weryfikacji dokonać, w konsekwencji czego okaże się, że może przeznaczyć dodatkowe środki na wykonanie tego zadania.

W konsekwencji nie sposób uznać za wystarczające dla stwierdzenia braku interesu po stronie wykonawcy, na obecnym etapie postępowania, samej deklaracji zamawiającego, że dokonane już raz w niniejszym postępowaniu podwyższenie kwoty jaką zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia, uznać należy za maksymalne i ostateczne. Izba podziela poglądy zaprezentowane w tych orzeczeniach, w których zwraca się uwagę, iż do czasu podjęcia decyzji o unieważnieniu postępowania z powodu braku wystarczających środków niezbędnych na sfinansowanie zamówienia, wykonawcy z ofertami, które opiewają na kwoty wyższe, w dalszym ciągu posiadają interes we wniesieniu odwołania.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje

Izba ustaliła, że zgodnie z opisem zawartym w Rozdziale II SWZ, przedmiotem zamówienia jest: rozbiórka istniejącej i budowa nowej kładki dla pieszych nad Al. Komisji Edukacji Narodowej w Lubinie, zgodnie z załączoną dokumentacją projektową i techniczną (Załącznik Nr 8 do SWZ). Zamawiający wskazał, że zakres inwestycji obejmuje następujące roboty branżowe: (1) Budowa kładki: (a) Roboty przygotowawcze, (b) Roboty rozbiórkowe, (c) Konstrukcja kładki, (d) Roboty przyobiektowe, (e) Remont schodów od strony ul. Pawiej, (f) Winda; (2) Branża instalacje sanitarne: (a) Przełożenie sieci wody PE De400, (b) Przełożenie sieci wody PE De450, (c) Przełożenie sieci gazu PE De225; (3) Branża elektryczna: (a) Usunięcie kolizji - linia kablowa SN 20kV, (b) Linia kablowa nN0,4kV, (c) Zasilanie windy, (d) Budowa oświetlenia; (4) Branża teletechniczna: (a) Sieć Netia S.A., (b) Sieć własność Gmina Miejska Lubin, (c) Sieć Orange Polska S.A. - przebudowa kanalizacji kablowej, (d) Sieć Orange Polska S.A. - przebudowa kabli miedzianych, (e) Sieć Orange Polska S.A. - przebudowa kabli światłowodowych, (f) Sieć KAMNET, (g) Sieć OrNet, (h) Sieć UPC Polska Sp. z o.o.; (5) Przystawienie szafki sygnalizacyjnej: (a) Część I - zmiana lokalizacji szafki sterowania sygnalizacją świetlną, (b) Część II - zmiana trasy wiązki mikrokanalizacji w relacji studnia LH5/26 - studnia LO5/14, (c) Część III - zmiana trasy wiązki mikrokanalizacji w relacji studnia LO5/14-1A - studnia LO5/14; (6) Branża organizacji ruchu w zakresie organizacji ruchu tymczasowego: (a) wykonanie projektów tymczasowej organizacji ruchu drogowego.

Ponadto w Rozdziale V SWZ opisane zostały warunki, jakie spełniać muszą wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia, w tym dotyczące niezbędnej wiedzy i doświadczenia. Zamawiający wymagał, aby wykonawca legitymował się doświadczeniem w wykonaniu w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres

prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej jednego zadania obejmującego swym zakresem budowę lub przebudowę obiektu mostowego o wartości nie mniejszej niż 3 000 000,00 zł. brutto (słownie: trzy miliony złotych brutto). Zamawiający zastrzegł przy tym, iż nie dopuszcza sumowania zakresu i wartości zadań w celu spełnienia powyższego warunku. Jednocześnie w Rozdziale IX - Podmiot na zasoby którego powołuje się wykonawca, zamawiający opisał zasady na jakich dopuszcza możliwość powoływania się wykonawcy na zasoby innego podmiotu. Wskazał między innymi, że wykonawca może polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów udostępniających zasoby, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków prawnych. Wykonawca w takiej sytuacji musi udowodnić zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował zasobami niezbędnymi tych podmiotów, w szczególności przedstawiając w tym celu zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji danego zamówienia lub inny środek dowodowy potwierdzający, że wykonawca realizując zamówienie będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, z zastrzeżeniem zapisów Rozdziału VII pkt 1 niniejszej SWZ (tj. kluczowe zadania, które wykonuje wykonawca). Powyższą informację wykonawca zamieszcza w formularzu oferty - Załącznik Nr 1 do SWZ. Zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby potwierdza, że stosunek łączący wykonawcę z podmiotem udostępniającym zasoby gwarantuje rzeczywisty dostęp do tych zasobów i określa w szczególności następujące informacje: (a) zakres dostępnych wykonawcy zasobów, (b) sposób i okres udostępnienia wykonawcy i wykorzystania przez niego zasobów przy wykonywaniu zamówienia, (c) czy i w jakim zakresie podmiot udostępniający zasoby zrealizuje zamówienie, których wskazane zdolności dotyczą. W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawca może polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli te podmioty wykonają te roboty budowlane / usługi do realizacji których te zdolności są wymagane. Wykonawca, w przypadku polegania na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, przedstawia także oświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby, potwierdzające brak podstaw wykluczenia tego podmiotu oraz spełnienie - w zakresie, w jakim wykonawca powołuje się na jego zasoby - warunków udziału w postępowaniu - Załącznik Nr 2 do SWZ.

Rozdział XV SWZ zawierał z kolei opis sposobu obliczenia ceny ofertowej. Zgodnie z nim przygotowując ofertę wykonawca ma obowiązek zapoznać się z Przedmiarami robót i Dokumentacją Techniczną. Wszelkie zauważone różnice wynikłe z porównania powyższych elementów wykonawca musi zgłosić zamawiającemu celem wyjaśnienia niezgodności. W cenie oferty należy ująć wszystkie roboty budowlane, dostawy i usługi niezbędne

do wykonania przedmiotu umowy wynikające ze Specyfikacji Technicznych, które należy wycenić za pomocą dostępnych pozycji przedmiarowych. Ponadto w cenie oferty należy wycenić za pomocą dostępnych pozycji przedmiarowych wszystkie roboty tymczasowe i towarzyszące określone w Specyfikacjach Technicznych, w tym. m.in.: koszty przywrócenia terenów przyległych do stanu istniejącego przed rozpoczęciem robót, koszty urządzenia, eksploatacji i likwidacji placu budowy, koszty nadzoru władających terenem, użytkowników urządzeń podziemnych i nadziemnych oraz ich udziału w odbiorach technicznych, koszty dokumentacji powykonawczej w formie papierowej i formie elektronicznej, koszty wszelkich badań, prób, pomiarów itp. niezbędnych do odbiorów częściowych i odbioru końcowego robót, inne koszty konieczne do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia. Kosztorysy ofertowe, stanowią wypełnione przez wykonawcę przedmiary robót stanowiące Załącznik do SWZ i wykonane będą metodą uproszczoną wg wzoru (zamawiający opisał jakie pozycje ma podać wykonawca). Ponadto wskazał, że wykonawca powinien podać w ofercie /np. na stronie tytułowej kosztorysów ofertowych/ całkowitą wartość oraz dane wyjściowe do kosztorysowania zastosowane do obliczenia cen jednostkowych np.: Rg, Z, Kp, Kz (Rg - roboczegodzina w zł, Z - zysk w %, Kp - Koszty pośrednie w %, Kz - Koszty zakupu w %). Wykonawca miał określić ceny na wszystkie elementy zamówienia wymienione w kosztorysie ofertowym wg wyżej opisanych zasad oraz niżej wymienionych: (i) wszystkie pozycje kosztorysów muszą zawierać cenę jednostkową z narzutami, (ii) zamawiający zastrzega sobie prawo żądania od wykonawcy przedstawienia szczegółowej kalkulacji cen jednostkowych dla wybranych pozycji lub przedstawienia kosztorysu ofertowego wykonanego metodą szczegółową. W przypadku wystąpienia zamówień o których mowa w art. 214 ust. 1 pkt 7 oraz art. 455 ust. 1 i 2 ustawy Pzp rozliczenie ich nastąpi na podstawie wskaźników zastosowanych do sporządzenia kosztorysu ofertowego i cen jednostkowych przedstawionych w ofercie wykonawcy. W przypadku braku cen w kosztorysie ofertowym przyjmowane będą średnie ceny materiałów, sprzętu i transportu wg wydawnictwa SEKOCENBUD z miesiąca poprzedzającego realizację robót oraz nakładów rzeczowych określonych w Katalogach Nakładów Rzeczowych (KNR). W przypadku braku cen materiałów, sprzętu i transportu w wydawnictwie SEKOCENBUD, rozliczenie ich nastąpi na podstawie faktur zakupu jednak nie wyższych od cen katalogowych.

Projekt umowy/ Ogólne warunki umowy zamawiający załączył do SWZ (Załącznik nr 7), zawierając w nich między innymi regulacje dotyczące wynagrodzenia. Zgodnie z § 3 ust. 1 za wykonanie przedmiotu umowy zamawiający zapłaci wykonawcy wynagrodzenie kosztorysowe określone na podstawie cen jednostkowych podanych w ofercie wykonawcy i ilości wykonanych robót, z zastrzeżeniem ust. 2 i 3. Maksymalne wynagrodzenie kosztorysowe, o którym mowa w ust. 1, wyraża się kwotą netto: ... zł (słownie zł: ... 00/100)

plus należny podatek VAT 23 % - ... zł (słownie zł: ... 00/100) brutto: ... zł (słownie zł: ... 00/100). Z kolei w ust. 3 przewidział, że ostateczna wysokość wynagrodzenia zostanie określona po wykonaniu robót na podstawie obmiaru, kosztorysów powykonawczych, zatwierdzonych zgodnie z § 7 oraz po sporządzeniu protokołu końcowego, przy czym wynagrodzenie to nie przekroczy kwoty wynagrodzenia określonego w ust. 2. Zgodnie z ust. 4 zd. 1 zapłata za wykonanie przedmiotu umowy nastąpi na podstawie zapisów pkt IV (rozliczenie robót) Ogólnych Warunków Umowy, stanowiących załącznik nr 1 do niniejszej umowy. Dalej, w ust. 13 zamawiający opisał zasady postępowania w przypadku dokonania zmian treści umowy na podstawie art. 455 ust. 1 pkt 3, pkt 4 oraz ust. 2 ustawy Pzp w następujący sposób: (a) rozpoczęcie wykonywania robót budowlanych wykraczających poza przedmiot niniejszej umowy (przedmiot zamówienia podstawowego) w wyniku zaistnienia przesłanek, o których mowa w treści art. 455 ust. 1 pkt 3, pkt 4 oraz ust. 2 ww. ustawy, może nastąpić po podpisaniu przez Strony stosownego aneksu zmieniającego niniejszą umowę, w tym zakresie; (b) podstawą do podpisania aneksu, o którym mowa w treści ust. 13 pkt a), będzie protokół konieczności potwierdzony przez inspektora nadzoru ze strony zamawiającego dla robót, które podlegają jego kontroli, zatwierdzony przez osoby upoważnione do reprezentowania Stron umowy, (c) podstawą do ustalenia wysokości wynagrodzenia za wykonanie robót budowlanych, w wyniku zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 455 ust. 1 pkt 3, pkt 4 oraz ust. 2 ustawy Pzp wykraczających poza przedmiot niniejszej umowy (zamówienia podstawowego), będzie kosztorys ofertowy opracowany na podstawie cen jednostkowych, nie wyższych od przedstawionych w ofercie wykonawcy, stanowiącej załącznik do niniejszej umowy lub w sposób określony w treści ust. 13 pkt d. (d) w przypadku gdy wystąpią roboty budowlane, dla których w ofercie wykonawcy, stanowiącej załącznik do niniejszej umowy, nie przedstawiono cen jednostkowych, wykonawca przedłoży do akceptacji zamawiającemu kalkulacje ceny jednostkowej robót, z uwzględnieniem założeń, o których mowa w treści ust. 13 pkt e. Roboty te zostaną rozliczone na podstawie ilości wykonanych i odebranych robót określonych na podstawie książki obmiarów oraz zatwierdzonych przez zamawiającego cen jednostkowych. Przedmiotowy szczegółowy kosztorys dodatkowy stanowi będzie załącznik do aneksu, o którym mowa wyżej. (e) szczegółowy kosztorys, o którym mowa w treści ust. 13 pkt d, zostanie opracowany przez wykonawcę w oparciu o następujące założenia: podstawą do określenia nakładów rzeczowych będą nakłady publikowane w Katalogach Nakładów Rzeczowych (KNR), a w przypadku katalogów, dla których nie określono nakładów rzeczowych w KNR, według innych ogólnie stosowanych katalogów, nakładów własnych lub cen obowiązujących na rynku w Województwie Dolnośląskim, dla określenia ceny jednostkowej robót budowlanych zastosowane będą wskaźniki cenotwórcze Rg, Z, Kp, Kz nie wyższe niż zastosowane w ofercie, dla określenia materiałów i sprzętu zastosowane

będą ceny materiałów nie wyższych od przedstawionych w ofercie, a w przypadku braku cen materiałów i sprzętu w kosztorysie ofertowym przyjmowane będą średnie ceny według wydawnictwa SEKOCENBUD z okresu wykonania kalkulacji: w przypadku braku cen w Wydawnictwie SEKOCENBUD rozliczenie materiałów i sprzętu nastąpi na podstawie faktur zakupu lub cen obowiązujących na rynku w Województwie Dolnośląskim.

Izba ustaliła ponadto, że w postępowaniu złożonych zostało 6 ofert, w tym oferta odwołującego i oferta wykonawcy Pro-Tra Building. Jak wynika z akt sprawy przystępujący ani w treści oferty, ani też w przedłożonych w ramach oferty kosztorysach ofertowych nie przedstawił danych wyjściowych do kosztorysowania. Jednocześnie w pkt 10 swojej oferty wskazał, iż w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu polega na zdolnościach podmiotu: Przedsiębiorstwo Budowlane „Filar” Sp. z o.o. Z treści oferty Pro-Tra Building, jak i zobowiązania ww. podmiotu trzeciego wynika, iż przedmiotem podwykonawstwa robót budowlanych będzie „wykonanie części robót mostowych”.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje

Biorąc pod uwagę zgromadzone w sprawie materiały dowodowe, stanowiska stron oraz zakres zarzutów podnoszonych w odwołaniu Izba uznała, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

W ocenie Izby za zasadny należało uznać zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Pro-Tra Building pomimo, iż była ona niezgodna z warunkami zamówienia określonymi w rozdziale XV pkt 4 SWZ.

Nie było sporne w sprawie, że w ofercie Pro-Tra Building nie zawarto danych wyjściowych do kosztorysowania, zastosowanych do obliczenia cen jednostkowych Rg, Z, Kp, Kz (Rg - roboczogodzina w zł, Z - zysk w %, Kp - Koszty pośrednie w %, Kz - Koszty zakupu w %).

Istotą sporu była natomiast kwestia czy zapis ten należy rozumieć w sposób wyłącznie formalny (jak twierdził w odpowiedzi na odwołanie zamawiający) czy też, że ten mógł być traktowany wyłącznie jako mający charakter fakultatywny, ze względu na użycie przez zamawiającego w treści Rozdziału XV w pkt 4 słowa „powinien”, a nie stanowczych określeń jak np. „należy” czy „podaje”.

Na oba powyższe pytania należy odpowiedzieć przecząco, co przesądziło o uznaniu, że brak wskazania powyższych danych stanowiło o braku zgodności treści oferty przystępującego z treścią SWZ.

Odnosząc się do stanowiska zamawiającego przypomnieć należy, że treść SWZ, która jest przez zamawiającego formułowana i przekazywana wykonawcom w postępowaniu, jest wiążąca dla wszystkich podmiotów ubiegających się o zamówienie. Zamawiający, określając wymagania w zakresie czy to wykonania zamówienia, czy też sporządzenia oferty, musi pamiętać o tym, aby z jednej strony SWZ zawierała wszystkie potrzebne mu na etapie oceny ofert wymogi, z drugiej winien mieć na uwadze, że określone w dokumentach zamówienia zasady - muszą być egzekwowane na etapie składania i oceny ofert. Nie może być tak, że zamawiający zawiera w SWZ konkretnie sprecyzowane wymagania, a następnie dokonując weryfikacji tych wymagań stwierdza, że określone dane nie były niezbędne na danym etapie, czy też, że nie są konieczne na etapie realizacji zamówienia, a w konsekwencji, że mają charakter wyłącznie formalny.

W okolicznościach przedmiotowej sprawy powyższe oznacza, że jeśli zamawiający w SWZ w rozdziale XV pkt 4 SWZ wskazał, że oczekuje, że wykonawca powinien podać w ofercie /np. na stronie tytułowej kosztorysów ofertowych/ całkowitą wartość oraz dane wyjściowe do kosztorysowania zastosowane do obliczenia cen jednostkowych np.: Rg, Z, Kp, Kz (Rg - roboczegodzina w zł, Z - zysk w %, Kp - Koszty pośrednie w %, Kz - Koszty zakupu w %), to wymaganie to jest obligatoryjne dla wszystkich, i nie ma od niego wyjątku. Nie można w szczególności twierdzić, że dane te są zbędne, gdyż zawarto je w poszczególnych cenach jednostkowych. Taka argumentacja jest niedopuszczalna, albowiem należy uznać ją za spóźnioną na obecnym etapie postępowania. Dodatkowo, zamawiający zdaje się pomijać całkowicie, że na etapie składania ofert zażądał od wykonawców jedynie kosztorysów uproszczonych, jako integralnych części oferty. W konsekwencji nie jest możliwe samodzielne odtworzenie przedmiotowych wskaźników cenotwórczych przez zamawiającego, wyłącznie na podstawie podanych cen jednostkowych. Tym samym, wobec braku możliwości samodzielnego poprawienia przedmiotowych wskaźników w trybie poprawienia omyłek, czy to rachunkowych, czy to tzw. innych omyłek, nie da się naprawić powyższego uchybienia. W konsekwencji powyższy brak stanowi o niezgodności treści oferty z treścią SWZ, którego nie można w żaden sposób uzupełnić na etapie dokonywania oceny złożonych ofert. Nie sposób zatem zgodzić się z twierdzeniem zamawiającego, że brak wskazania w ofercie wskaźników cenotwórczych ma charakter jedynie formalny, który nie skutkuje koniecznością odrzucenia oferty jako niezgodnej z treścią SWZ.

Nie sposób też podzielić oceny przystępującego, który w tym zakresie argumentował, że sformułowanie „powinien podać” nie jest równoznaczne z bezwzględną koniecznością podania tych danych w ofercie, ale ma charakter fakultatywny. Izba nie zgadza się z takim rozumieniem brzmienia tego fragmentu SWZ wskazując, że użycie sformułowania „powinien” w połączeniu z bezokolicznikiem jest równoznaczne z obowiązkiem podjęcia określonego

działania, które jest zachowaniem oczekiwanym, spodziewanym, a w okolicznościach tej sprawy oznacza nałożony na wykonawcę obowiązek podania danych wyjściowych do kosztorysowania, które wskazane w kosztorysie, składanym wraz z ofertą, stanowią treść tej oferty. Również interpretacja przystępującego, że sformułowanie „np.: Rg, Z, Kp, Kz (Rg - roboczogodzina w zł, Z - zysk w %, Kp - Koszty pośrednie w %, Kz - Koszty zakupu w %)” wskazuje na jakiś przykładowy katalog narzutów stosowanych przez wykonawców, których ten w ogóle nie musi stosować przy przyjętej przez siebie metodologii kosztorysowania, co miałyby zwalniać wykonawcę z obowiązku ich podania - również nie jest do zaaprobowania. Jakkolwiek należy zgodzić się z twierdzeniem, że wykonawca w trakcie przygotowania oferty może stosować inne narzuty niż koszty pośrednie, koszty zakupu czy zysk, nie oznacza to jednak, że na podstawie zapisów niniejszej SWZ, miał możliwość zaniechania ich podania w ogóle. Co więcej, podkreślić należy, że jeśli zapis ten budził jakiegokolwiek wątpliwości wykonawcy, to ten miał nie tyle uprawnienie, co wręcz obowiązek zwrócić się do zamawiającego z wnioskiem o wyjaśnienie wątpliwości powstałych na tle cytowanych wyżej zapisów. Niedopuszczalną jest sytuacja, w której wykonawca nie stosuje się do wymagań zamawiającego, określonych w dokumentach zamówienia, tłumacząc się następnie tym, że owe zapisy były niejednoznaczne czy niezrozumiałe.

Izba nie podzieliła także tezy przystępującego, jakoby możliwe było uzupełnienie brakujących wskaźników cenotwórczych, np. w trybie przedstawienia kosztorysów szczegółowego na podstawie Rozdz. XV pkt 5.2 SWZ. Takie uprawnienie zamawiającego dotyczyć może jedynie sytuacji, gdy wskaźniki cenotwórcze zostały podane w treści oferty (kosztorysu ofertowego), nie zaś w przypadku ich całkowitego pominięcia. Zgodzić się należy z odwołującym, że na obecnym etapie przystępujący ma możliwość niemalże dowolnego ukształtowania przedmiotowych wskaźników, zwłaszcza po zapoznaniu się z kosztorysami złożonymi przez innych wykonawców, którzy złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu. Tym samym ewentualne żądanie przez zamawiającego uzupełnienia kosztorysów szczegółowych nosiłoby znamiona negocjowania treści złożonej oferty, mającej na celu uzupełnienie jej treści, co stanowiłoby naruszenie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp.

Nie budzi też wątpliwości Izby, że wymaganie zamawiającego w zakresie, w jakim żądał podania w kosztorysie danych wyjściowych do kosztorysowania, było w świetle zapisów projektu umowy uzasadnione, a wręcz konieczne. Zgodnie z § 2 pkt 2 wzoru umowy kosztorys ofertowy ma stanowić integralną część umowy, jako jej załącznik nr 2. Ponadto, ich brak powoduje, że niektóre postanowienia umowy stają się niewykonalne, gdyż nie będzie możliwości rozliczenia tych robót dodatkowych, dla których nie wskazano w kosztorysie cen jednostkowych (w § 13 ust. 13 lit e wzoru umowy zamawiający przewidział,

że w takim przypadku dla określenia ceny jednostkowej robót budowlanych zastosowane będą wskaźniki cenotwórcze Rg, Z, Kp, Kz nie wyższe niż zastosowane w ofercie).

Nie zasługiwał natomiast na uwzględnienie zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp zw. z art. 118 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Pro-Tra Building z uwagi na niespełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia, względnie art. 128 ust. 1 w zw. z art. 118 ust. 2 ustawy Pzp i art. 122 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Pro-Tra Building do uzupełnienia oświadczenia podmiotu trzeciego, na zasoby którego Pro-Tra Building powołuje się w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu opisanego w Rozdziale V podrozdziale II pkt 1 lit A SWZ.

Na wstępie należy przypomnieć, że zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b i c ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, lub który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń. Zdaniem Izby, żadna z tych przesłanek nie ma zastosowania w odniesieniu do wykonawcy Pro-Tra Building.

Warunki udziału w postępowaniu zostały określone przez zamawiającego w SWZ. Zgodnie z Rozdziałem V.II lit a SWZ zamawiający określił warunek w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej wymagając od wykonawcy ubiegającego się o zamówienie wykazania, że wykonał w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej jednego zadania obejmującego swym zakresem budowę lub przebudowę obiektu mostowego o wartości nie mniejszej niż 3 000 000,00 zł brutto (słownie: trzy miliony złotych brutto). Zamawiający nie dopuścił przy tym sumowania zakresu i wartości zadań w celu spełnienia powyższego warunku. W ocenie Izby przystępujący wykazał spełnienie powyższego warunku udziału w postępowaniu w sposób wskazany przez zamawiającego w SWZ, przy czym kluczowe dla rozstrzygnięcia zarzutów podniesionych w odwołaniu była ocena prawidłowości wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez tego wykonawcę z wykorzystaniem zasobów podmiotu trzeciego.

W tym zakresie przywołać należy regulację zawartą w art. 118 ustawy Pzp, zgodnie z którą wykonawca może, w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub

zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotów udostępniających zasoby, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków prawnych. W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. Ustawodawca wymaga przy tym, aby wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby złożył wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo odpowiednio wraz z ofertą, zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji danego zamówienia lub inny podmiotowy środek dowodowy potwierdzający, że wykonawca realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów. Zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby, o którym mowa w ust. 3, potwierdza, że stosunek łączący wykonawcę z podmiotami udostępniającymi zasoby gwarantuje rzeczywisty dostęp do tych zasobów oraz określa w szczególności: zakres dostępnych wykonawcy zasobów podmiotu udostępniającego zasoby; sposób i okres udostępnienia wykonawcy i wykorzystania przez niego zasobów podmiotu udostępniającego te zasoby przy wykonywaniu zamówienia; czy i w jakim zakresie podmiot udostępniający zasoby, na zdolnościach którego wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje roboty budowlane lub usługi, których wskazane zdolności dotyczą.

Przenosząc powyższe na okoliczności rozpoznawanej sprawy bezspornym było, że wykonawca Pro-Tra Building w pkt 10 swojej oferty w sposób jednoznaczny oświadczył, że w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczących wymaganych przez zamawiającego zdolności technicznej i zawodowej, polega na zdolnościach podmiotu: Przedsiębiorstwo Budowlane „Filar” Sp. z o.o. (dalej: PB Filar). Wskazał również w pkt 11 oferty, w związku z oświadczeniem złożonym w pkt 10, jaką część zamówienia zamierza powierzyć do wykonania PB Filar opisując ten zakres jako część robót mostowych. Przystępujący załączył także do oferty zobowiązanie podmiotu PB Filar do realizacji części zamówienia - części robót mostowych. Tym samym zakres dotyczący wiedzy i doświadczenia określony w ofercie był tożsamy z zakresem wskazanym w zobowiązaniu podmiotu trzeciego, udostępniającego Pro-Tra Building swoje zasoby tj. dotyczy wiedzy i doświadczenia wykonawcy.

Izba wskazuje ponadto, że przedmiotowe oświadczenie złożone w ofercie, jak też treść złożonego zobowiązania, należy oceniać w kontekście wymagań zamawiającego, który określa w SWZ sposób wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. W niniejszym zamówieniu wykonawca miał obowiązek wykazać się doświadczeniem

w realizacji co najmniej jednej roboty, która obejmowała swoim zakresem budowę lub przebudowę obiektu mostowego, a jej wartość opiewała co najmniej na kwotę 3 000 000,00 zł. Nie budzi zatem wątpliwości, że doświadczenie, jakim miał legitymować się wykonawca nie odnosiło się do konieczności wykonania określonych robót mostowych, ale wykazania się doświadczeniem w realizacji podobnego obiektu, o wartości nie mniejszej niż wskazana przez zamawiającego jako wartość minimalna. Tym samym wobec braku bardziej szczegółowych wymagań co do zakresu wymaganego doświadczenia, nie sposób czynić zarzutów przystępującemu, że przedstawione przez niego zobowiązanie podmiotu trzeciego jest zbyt ogólne, nie zawiera wszystkich elementów i nie pozwala na pozytywną ocenę spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Zgodnie z art. 118 ust. 2 ustawy Pzp, w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. Zamawiający w niniejszej sprawie wymagał zdolności w postaci doświadczenia w budowie/ przebudowie obiektu mostowego o określonej wartości, a co za tym idzie podmiot trzeci by spełnić te wymogi powinien wykonywać, zgodnie z dyspozycją tego przepisu, roboty budowlane, które zakresem swoim obejmowały budowę lub przebudowę obiektu mostowego. Tym samym deklaracja, że podmiot trzeci wykona część robót mostowych, jest wystarczająca w świetle brzmienia warunku udziału w postępowaniu.

Oceniając powyższe należało także wziąć pod uwagę jaki zakres robót zamawiający wskazał w opisie przedmiotu zamówienia (Rozdział II SWZ) i ujął w kosztorysie ofertowym „Budowa kładki”, które to mieściły się w pojęciu robót branżowych, określanych jako roboty mostowe. Zamawiający wyróżnił następujące roboty: a. roboty przygotowawcze; b. roboty rozbiórkowe; c. konstrukcja kładki; d. roboty przyobiektowe; e. remont schodów od strony ul. Pawiej; f. winda. Powyższe wskazuje na szerokie rozumienie robót mostowych, które zdefiniował zamawiający. Również w kontekście tego opisu deklaracja podmiotu trzeciego udostępniającego zasoby, że wykona jedynie część robót mostowych objętych tym kosztorysem, jest wystarczająca dla spełnienia warunku. Roboty przygotowawcze czy rozbiórkowe, jako nie dotyczące wprost budowy obiektu mostowego mogą być bowiem wykonane samodzielnie przez przystępującego.

Izba, orzekając wzięła również pod uwagę, na co zwracał w swoim piśmie procesowym przystępujący, że w zakresie tego zarzutu odwołujący poprzestał w treści złożonego odwołania na przywołaniu kilku orzeczeń Izby, wydanych w odmiennych stanach faktycznych i przy inaczej skonstruowanym warunku udziału w postępowaniu zarzucając, że

Pro-Tra Building nie wykazał skutecznie, że będzie dysponował wymaganym doświadczeniem, gwarantującym poprawną realizację przedmiotu zamówienia.

Powyższe twierdzenia są zatem tak ogólne, iż trudno odnieść się do przedmiotowego zarzutu w kontekście naruszenia przez zamawiającego wskazywanych przez odwołującego przepisów ustawy Pzp. Odwołujący uzupełnia swoją argumentację w piśmie procesowym, co jest działaniem spóźnionym w świetle przepisu art. 555 ustawy Pzp, zgodnie z którym Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były podnoszone w odwołaniu. Jeśli zatem odwołujący ogranicza się w treści złożonego odwołania do lakonicznych twierdzeń, że treść złożonego zobowiązania jest niewystraszająca i zacytowania odpowiednich fragmentów SWZ - trudno stwierdzić jakich to elementów brakuje w zobowiązaniu PB Filar, a które to powinny się w nim znaleźć, aby zamawiający mógł przyjąć, że treść powyższego potwierdza w sposób dostateczny spełnienie wymogu z art. 118 ust. 2 ustawy Pzp.

Niezależnie od powyższego tj. pomimo, że wykonawca Pro-Tra Building wykazał, że będzie dysponował wymaganym doświadczeniem, odwołanie niniejsze należało uwzględnić z uwagi na nieusuwalne na obecnym etapie braki dotyczące kosztorysu, opisane w zarzucie dotyczącym naruszenia przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe, Izba orzekła jak w sentencji wyroku.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 1 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 wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437).

Przewodniczący :