

**WYROK**  
**z 5 listopada 2021 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Ernest Klauziński**

**Beata Konik**

**Emil Kuriata**

**Protokolant: Adam Skowroński**

po rozpoznaniu na rozprawie 3 listopada 2021 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 14 października 2021 r. przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Robót Drogowo - Mostowych Sp. z o.o. z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Skarb Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie w imieniu i na rzecz którego postępowanie prowadzi Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie, przy udziale:

- A. wykonawcy FBService S.A. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,
- B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Wardex Sp. z o.o. z siedzibą w Radzyminie, AJW Wardex Sp. z o.o. z siedzibą w Radzyminie, Autostrada Mazowiecka Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego Przedsiębiorstwo Robót Drogowo - Mostowych Sp. z o.o. z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim i:
  - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych 00/100), uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2 zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero grosze) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego z tytułu wynagrodzenia

pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodniczący:** .....

.....

.....

## Uzasadnienie

Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie w imieniu i na rzecz którego postępowanie prowadzi Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie (dalej: Zamawiający) prowadzi na podstawie przepisów ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019, dalej: Pzp) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Całoroczne utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez GDDKiA Oddział

w Warszawie, Rejon w Ożarowie Mazowieckim, drogi nr S2, S8, S17, S79”, nr postępowania: GDDKiA.O.WA.D-23.2413.29.2021. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 7 lipca 2021 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2021/S 129-342722.

14 października 2021 r. wykonawca Przedsiębiorstwo Robót Drogowo - Mostowych Sp. z o.o. z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim (dalej: Odwołujący), wniósł odwołanie, w którym zaskarżył niezgodne z przepisami czynności i zaniechania Zamawiającego, zarzucając mu naruszenie następujących przepisów Pzp:

1. art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Wardex Sp. z o.o. z siedzibą w Radzyminie, AJW Wardex Sp. z o.o. z siedzibą w Radzyminie, Autostrada Mazowiecka Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: Konsorcjum Wardex lub Przystępujący Wardex), mimo że wykonawca ten złożył ofertę niezgodną z warunkami zamówienia - Specyfikacją Warunków Zamówienia (Dalej: SWZ), tj. złożył ofertę, która nie uwzględniała w swoim zakresie utrzymania systemu osłony meteorologicznej i zapobiegania gołoledzi;

ewentualnie, tj. na wypadek, gdyby Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że odrzucenie oferty Konsorcjum Wardex nie było zasadne -

2. art. 128 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wezwania Konsorcjum Wardex do uzupełnienia Wykazu Osób, podczas gdy osoby skierowane przez Konsorcjum Wardex do pełnienia funkcji Kierownika ds. Utrzymania Dróg oraz Zastępcy Kierownika ds. Utrzymania Dróg nie legitymowały się doświadczeniem zawodowym, wymaganym w pkt 8.2.4 ust. 2

pkt 1 lit. a i b Instrukcji dla Wykonawców (Dalej: IDW) przedstawiającym warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności zawodowej,

a w konsekwencji -

3. art. 16 Pzp przez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Wardex jako oferty niezgodnej z wymogami SWZ,
3. dokonania ponownego badania i oceny ofert,  
ewentualnie, tj. w przypadku nieuwzględnienia przez Izbę zarzutu niezgodności oferty Konsorcjum Wardex z wymogami SWZ:
4. wezwania Konsorcjum Wardex do uzupełnienia Wykazu Osób w zakresie doświadczenia wymaganego od osób wskazanych na stanowisko Kierownika ds. Utrzymania Dróg oraz Zastępcy Kierownika ds. Utrzymania Dróg.

Odwołujący wniósł ponadto o obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in.:

Zarzut nr 1

Zamawiający w załączniku nr 4 do OPZ w pkt 1.4 wskazał, że wykonawcy winni stosować się do Instrukcji obsługi systemu osłony meteorologicznej i zapobiegania gołoledzi. Z kolei w punkcie 1.5.1. Szczegółowej Specyfikacji Technicznej, Zamawiający wskazał na obowiązek stosowania się przez wykonawcę do wszystkich wytycznych, które znajdują się w dokumentacji postępowania.

Elementami dokumentacji postępowania były:

- a) załącznik nr 16 do OPZ - Instrukcja obsługi systemu osłony meteorologicznej i zapobiegania gołoledzi na obiektach mostowych WG060102 oraz WG0603 producenta Boschung Mechatronic AG (dalej: Boschung),
- b) załącznik nr 16a do OPZ - Instrukcja obsługi i konserwacji systemu odładowania producenta RAPITFix.

Do dokumentów tych wprost nawiązywał pkt 1.4 oraz pkt 1.5.SST.

Kluczowy w kontekście wymogów przedstawionych przez Zamawiającego w Szczegółowej Specyfikacji Technicznej był pkt 1.5.2 (Zakres planowanych prac), gdzie wskazano,

że wykonawca wszelkie czynności utrzymaniowe zobowiązany jest realizować zgodnie z wytycznymi producenta Systemu: „Wszelkie czynności utrzymaniowe oraz eksploatacyjne należy wykonywać zgodnie z wytycznymi Producenta Systemu, zawartymi w Instrukcji obsługi systemu osłony meteorologicznej i zapobiegania gołoledzi”.

Powyższe prowadziło więc do wniosku, że w celu złożenia pełnej oferty, wykonawca winien był winien był uzyskać oferty od producentów określonych w Załączniku nr 16 i 16a, aby móc w pełni wycenić zakres prac określonych w TER w D-66.02.00 (tak by na ich podstawie w dalszej kolejności zawrzeć odpowiedni umowy z producentami). Wskazał na to również Zamawiający w zestawieniu pytań i odpowiedzi z 11 sierpnia 2021 r.: Zamawiający zapytany w pytaniu 118 czy zawarł umowę z producentem systemu Rapitfix i Boschung wskazał, że za eksploatację i utrzymanie obu systemów odpowiedzialny będzie wykonawca, w tym za zawarcie stosownych umów, prowadzenie książki serwisowej oraz pozyskiwania raportów z przeprowadzonych przeglądów.

Również w kontekście innych odpowiedzi na pytania wykonawców, Zamawiający jasno wskazywał, że zlecenie prac serwisowych odnoszących się do obsługi systemu osłony meteorologicznej i zapobiegania gołoledzi leży po stronie wykonawcy.

Skoro zatem Zamawiający wprost nawiązywał w treści dokumentacji postępowania do załączników OPZ stanowiących odpowiednie instrukcje systemów osłony meteorologicznej i zapobiegania gołoledzi (Załącznik 16 i 16a), a następnie wskazał wprost, że wykonawca zobowiązany jest do zawarcia umów z odpowiednimi producentami analizowanych systemów, to nie ulega wątpliwości, że wykonawcy składający ofertę w postępowaniu winni byli doprowadzić jeszcze przed złożeniem oferty do uzyskania wycenionych dla tego zakresu ofert od producentów.

Uzyskanie wycenionych ofert na utrzymanie systemu osłony meteorologicznej i zapobiegania gołoledzi wskazanych producentów było elementem koniecznym, aby w pełni korzystać z systemu osłony meteorologicznej i zapobiegania gołoledzi. Tylko bowiem wyceniona oferta od producentów dawała podstawę do stwierdzenia, że wykonawca uwzględnił w swojej ofercie wszystkie wymagania postawione przez Zamawiającego. Oferta producentów na analizowany zakres usług upoważniała z kolei do zawarcia umowy między wykonawcą a producentem, co gwarantowało dostęp do pełnej dokumentacji systemu, wykwalifikowanego personelu, należytego jego użytkowania, a w końcu – zachowania gwarancji przez pełny okres 5 lat. Żadne postanowienie dokumentacji postępowania nie upoważniało wykonawców do nieuwzględniania konieczności uzyskania ofert od producentów na etapie składania ofert, dopuszczając dokonanie takiego uwzględnienia dopiero na dalszych etapach postępowania (np. po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego). Taka czynność wypaczałaby sens stawiania wymogów dot. treści oferty, a jednocześnie prowadziłyby do niedopuszczalnego zaniżania całościowej, oferowanej ceny.

Działanie takie byłoby również ryzykowne z perspektywy Zamawiającego oraz celu postępowania.

Analiza treści oferty Konsorcjum Wardex prowadziła do wniosku, że wykonawca ten nie uwzględnił w swojej treści (a co za tym idzie w wycenie) systemu stanowiącego integralną część wymogów Zamawiającego.

O braku wystąpienia przez Przystępującego Wardex o przygotowanie ofert do odpowiednich producentów świadczyła przede wszystkim wycena usługi dotyczącej Utrzymania systemu osłony meteorologicznej i zapobiegania gołoledzi (Grupa prac nr 9 – Urządzenia wspomagające; nr SST – 66.02.00, TER), którą Konsorcjum wyceniło na zaledwie 1 440 000,00 zł netto. Dla porównania – Odwołujący, który uzyskał odpowiednie oferty od producentów i na ich podstawie w pełni wycenił wskazany zakres, wskazaną podkategorię w Tabeli Elementów Rozliczeniowych wycenił na wartość 11 269 368,00 zł netto.

Z

kolei

w odniesieniu do oferty wykonawcy FBSerwis S.A. wycena analizowanego zakresu przyjęta przez Konsorcjum Wardex była czterokrotnie niższa, a w odniesieniu do oferty Konsorcjum Abramss - dwukrotnie niższa.

Z powyższych względów oferta Konsorcjum Wardex powinna zostać odrzucona przez Zamawiającego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp.

#### Zarzut nr 2

W pkt. 8.2.4 ust. 2 pkt 1 lit. a IDW Zamawiający sformułował następujący wymóg w zakresie osoby proponowanej do pełnienia funkcji Kierownika ds. Utrzymania Dróg:

„Doświadczenie zawodowe:

Minimum 24 miesiące doświadczenia, w tym min 2 sezony zimowe, przy realizacji 1 lub 2 zadań polegających na bieżącym i zimowym utrzymaniu dróg obejmujących co najmniej 100 km dróg klasy min G na stanowisku/stanowiskach ds. koordynacji/nadzorowania/kierowania pracami związanymi z utrzymaniem dróg

lub

Minimum 10 miesięcy doświadczenia przy realizacji 1 lub 2 zadań polegających na zimowym utrzymaniu dróg, obejmujących co najmniej 60 km dróg klasy min G na stanowisku/stanowiskach ds. koordynacji/nadzorowania/kierowania pracami związanymi z utrzymaniem dróg oraz minimum 14 miesięcy doświadczenia przy realizacji: 1 lub 2 zadań polegających na bieżącym utrzymaniu dróg obejmujących co najmniej 60 km dróg klasy min G

na stanowisku/stanowiskach ds. koordynacji/ nadzorowania/kierowania pracami związanymi z utrzymaniem dróg”.

Analogicznie (lecz z odpowiednio zmniejszonymi wymogami) skonstruowany został warunek z 8.2.4 ust. 2 pkt 1 lit. a IDW (dot. osoby proponowanej do pełnienia funkcji Zastępcy Kierownika ds. Utrzymana Dróg):

„Doświadczenie zawodowe:

Minimum 12 miesięcy doświadczenia, w tym min 1 sezon zimowy, przy realizacji 1 lub 2 zadań polegających na bieżącym i zimowym utrzymaniu dróg obejmujących co najmniej 70 km dróg klasy min G na stanowisku/stanowiskach ds. koordynacji/nadzorowania/kierowania pracami związanymi z utrzymaniem dróg

lub

Minimum 5 miesięcy doświadczenia przy realizacji 1 zadania polegającego na zimowym utrzymaniu dróg obejmujących co najmniej 40 km dróg klasy min G na stanowisku /stanowiskach ds. koordynacji/nadzorowania/kierowania pracami związanymi z utrzymaniem dróg oraz minimum 7 miesięcy doświadczenia przy realizacji: 1 lub 2 zadań polegających na bieżącym utrzymaniu dróg obejmujących co najmniej 40 km dróg klasy min G na stanowisku/stanowiskach ds. koordynacji/ nadzorowania/kierowania pracami związanymi z utrzymaniem dróg”.

Abstrahując od kwestii związanych z okresem doświadczenia, długością dróg czy wartością inwestycji, cechą wspólną dla obu kluczowych członków personelu był wymóg związany z piastowanym stanowiskiem. Zamawiający wymagał jednoznacznie, aby zarówno przyszły Kierownik ds. Utrzymania Dróg, jak i jego Zastępca, legitymowali się doświadczeniem w koordynacji, nadzorowaniu lub kierowaniu pracami związanymi z utrzymaniem dróg.

W odpowiedziach na pytania opublikowanych 11 sierpnia 2021 r. Zamawiający zgodził się, aby osoby proponowane do sprawowania obu powyższych funkcji, wykazały się doświadczeniem zdobytym podczas pracy w jednostce budżetowej.

Konsorcjum Wardex nie wykazało spełnienia powyższego warunku.

W Wykazie Osób, złożonym w celu wykazania spełnienia warunków udziału, Konsorcjum Wardex wskazało następujące osoby do pełnienia powyższych funkcji:

1. Kierownik ds. Utrzymania Dróg - pan W.D.

Kwalifikacje zawodowe: „Bezpośrednia koordynacja bieżącego i zimowego utrzymania dróg krajowych zarządzanych przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie - Dyrektor Oddziału Generalnej Dyrekcji Dróg

Krajowych

i Autostrad Oddział w Warszawie od 01.01.2004 do 01.01.2009 r”.

2. Zastępca Kierownika ds. Utrzymania Dróg - pan A.P.

Kwalifikacje zawodowe: „Bezpośrednia koordynacja bieżącego i zimowego utrzymania dróg krajowych zarządzanych przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Kielcach Rejon w Opatowie - Kierownik Rejonu w Opatowie GDDKiA O/Kielce Oddział w Warszawie od 01.01.2010 do 01.01.2019 r”.

Konsorcjum Wardex wskazało zatem osoby, które doświadczenie nabyły w ramach pełnienia funkcji w strukturze Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad. Odwołujący wskazał, że ww. osoby nie spełniły podstawowego wymogu, tj. nie nabyły doświadczenia w koordynacji, nadzorowaniu lub kierowaniu pracami związanymi z utrzymaniem dróg. Obaj panowie piastowali w strukturze GDDKiA funkcje zarządcze (w odniesieniu do całych jednostek), nie było to jednak równoznaczne z pełnieniem kierowniczych funkcji w zakresie ściśle wymaganym przez Zamawiającego (utrzymanie dróg).

W rozumieniu Konsorcjum Wardex, dla nabycia doświadczenia w ramach utrzymania dróg, wystarczające było sprawowanie nadzorczej czy też zarządczej funkcji w strukturze podmiotu będącego stroną umowy. Przyjmując taką wykładnię, należałoby uznać, że np. Prezes Odwołującego również nabył doświadczenie w tym zakresie (odpowiadał za działalność wykonawcy będącego stroną umowy). W ocenie Odwołującego taka interpretacja była błędna.

Obowiązkiem wykonawców było wykazanie, że zarówno Kierownik ds. Utrzymania Dróg, jak i Zastępca Kierownika ds. Utrzymania Dróg dysponowali doświadczeniem, w ramach którego odpowiadali za faktycznie realizowane czynności związane z utrzymaniem dróg.

Wskazał na to sam Zamawiający w treści analizowanego warunku: „na stanowisku/ stanowiskach ds. koordynacji/ nadzorowania/kierowania pracami związanymi z utrzymaniem dróg”. Tylko takie rozumienie warunku pozwalało uznać, że wymogi były proporcjonalne i powiązane z udzielanym zamówieniem.

Wśród obowiązków sprawowanych przez Dyrektora Oddziału GDDKiA czy też Kierownika Rejonu GDDKiA próżno było szukać zadań związanych z koordynacją/nadzorowaniem/kierowaniem pracami związanymi z utrzymaniem dróg. Niemożliwe było, aby osoba sprawująca kierownicze funkcje w ramach kontraktu utrzymaniowego nie widniała w żadnych dokumentach związanych z realizacją umowy, w których zajmowanie stanowisko odnoszące się do kierowania utrzymaniem dróg zostałyby wskazane.

Jeśli zatem panowie W.D. i A.P. rzeczywiście odpowiadali za bieżące i zimowe utrzymanie dróg, zgodnie z zakresem przywołanym w Wykazie Osób, to powinni zostać wpisani do



umowy lub zgłoszeni zamawiającym w odpowiedni sposób. Tymczasem Konsorcjum Wardex, odpowiadając na pytania Zamawiającego, nie posłużyło się tego typu dokumentami.

Konsorcjum Wardex oparło przekonanie o spełnieniu warunków udziału na okoliczności związanej z pełnieniem przez obu ww. panów funkcji Dyrektora Oddziału i Kierownika Rejonu. W żadnym z dokumentów Konsorcjum Wardex nie wykazało natomiast, że zajmowali się oni koordynacją, nadzorowaniem lub kierowaniem pracami związanymi z utrzymaniem dróg.

Uwzględniając powyższe Zamawiający powinien zastosować względem Konsorcjum Wardex procedurę, o której mowa w art. 128 ust. 1 Pzp.

2 listopada 2021 r. Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie i wniósł o jego oddalenie. Uzasadniając swoje stanowisko Zamawiający wskazał m. in.:

Zgodnie z dyspozycją art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Taka niezgodność ma miejsce w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia, nie zapewniając jego realizacji w całości zgodnie z wymogami zamawiającego. Zastosowanie przesłanki odrzucenia oferty wymaga zatem jednoznacznego wykazania na czym polegała niezgodność oferty - przez klarowne wskazanie w ofercie tego, co jest sprzeczne z dokumentacją postępowania i w jaki sposób ta niezgodność wystąpiła, w konfrontacji z wyraźnie określonymi i ustalonymi fragmentami SWZ.

Zarzut dotyczący niezgodności treści oferty Konsorcjum Wardex z warunkami SWZ, w zakresie Utrzymania systemu osłony meteorologicznej i zapobiegania gołoledzi, oparty został na różnicy w oszacowaniu ceny tej pozycji przez Konsorcjum. Odwołujący w żaden sposób nie skonfrontował merytorycznej treści oferty Konsorcjum Wardex, z treścią warunków zamówienia. Odwołujący nie wskazał więc, które elementy oferty Konsorcjum Wardex były sprzeczne z oczekiwaniami Zamawiającego określonymi w SWZ.

W konsekwencji zarzut Odwołującego opierał się wyłącznie na jego subiektywnym przeświadczeniu, że skoro przedmiotowa usługa została oszacowana na kwotę 10-krotnie niższą niż tożsama usługa Odwołującego, 4-krotnie niższą niż usługa FBSerwis S.A. i 2-krotnie niższą niż usługa konsorcjum Abramss, to nie obejmowała ona systemu osłony meteorologicznej zapobiegania gołoledzi, a w konsekwencji nie obejmowała wszystkich elementów wymaganych SWZ. Były to zatem wyłącznie przypuszczenia Odwołującego.

W zakresie zarzutu nr 2 Zamawiający wskazał:

Doświadczenie osób wskazanych w wykazie konsorcjum Wardex Odwołujący odniósł do aktualnego charakteru i standardu utrzymywania dróg, pomijając przy tym warunki w jakich

utrzymanie dróg krajowych realizowane było przed 2012 r., tj. przed wprowadzeniem do powszechnego stosowania kompleksowej całorocznej umowy utrzymaniowej, określanej mianem „utrzymaj standard”. Do tego czasu zawierane były umowy o zupełnie odmiennym charakterze. Przede wszystkim były to umowy o charakterze kosztorysowym, a przy tym zawierane odrębnie na zimowe utrzymanie dróg, bieżące utrzymanie dróg, utrzymanie chodników. Rzeczono umowy realizowane były na podstawie zleceń Zamawiającego, w uzależnieniu od potrzeb i wymogów utrzymania dróg, które określał każdorazowo Zamawiający. W odróżnieniu zatem od kształtu aktualnych umów tzw. „utrzymaj standard”, to Zamawiający odpowiadał za utrzymanie dróg we właściwym standardzie, zlecając wykonanie określonych prac wykonawcy. W aktualnych warunkach rola Zamawiającego sprowadza się więc jedynie do kontroli stanu utrzymania dróg przez wykonawcę (w odniesieniu do umówionego standardu). Nie było więc podstaw by kwestionować obowiązki kierownika jednostki organizacyjnej Zamawiającego w zakresie koordynowania i kierowania realizacji ówczesnych umów utrzymaniowych.

Pan W.D. został ponadto zaakceptowany przez Zamawiającego jako koordynator umowy nr 405/2018 z 6 listopada 2018 r. oraz umowy 282/2018 r. z 16 sierpnia 2018 r., tj. umów na całoroczne kompleksowe utrzymanie dróg krajowych administrowanych przez GDDKiA Oddział w Warszawie odpowiednio dla Rejonu w Zwoleniu i dla Rejonu w Radomiu. W warunkach przedmiotowych umów Zamawiający czynił analogiczne wymagania dla kompetencji koordynatora ds. utrzymania i zaakceptował uprzednio Pana W.D. na to stanowisko. Poza sporem więc było, że posiadał on kompetencje umożliwiające właściwe wykonanie przedmiotu zamówienia.

W podobny sposób Zamawiający odniósł się do Pana A.P., który realizował obowiązki Kierownika Rejonu GDDKiA w warunkach ówczesnych umów na utrzymanie dróg krajowych. Zgodnie z regulaminem organizacyjnym obowiązującym w GDDKiA, do obowiązków Rejonu należał m.in. nadzór nad realizacją zlecanych w drodze przetargów robót utrzymaniowych i prowadzenie prac związanych z zimowym utrzymaniem dróg (§ 21 pkt 13 i 14 Regulaminu Organizacyjnego Oddziału GDDKiA). W konsekwencji w zakresie umów dotyczących utrzymania dróg krajowych będących we właściwości Rejonu w Opatowie, to Kierownik Rejonu upoważniany był do nadzoru nad realizacją poszczególnych usług związanych z utrzymaniem dróg,

W zakresie zarzutu nr 3 Zamawiający wskazał, że zarzut ten, jako wynikowy wobec zarzutów nr 1 i 2 również podlegał oddaleniu.

2 listopada 2021 r. Przystępujący Wardex w odpowiedzi na odwołanie złożył pismo procesowe, w którym wniósł o jego oddalenie. Przystępujący poparł stanowisko Zamawiającego, a ponadto wskazał, że wbrew twierdzeniu Odwołującego nie było obowiązku uzyskania odpowiednich ofert

od producentów systemów Rapiifix i Boschung. Przystępujący Wardex wskazał ponadto, że we właściwy sposób wycenił swoją ofertę i ujął w niej wszelkie, niezbędne dla realizacji przedmiotu zamówienia koszty. W zakresie zarzutu nr 2 Przystępujący Wardex poparł Zamawiającego i podkreślił odpowiednie doświadczenie panów W.D. i A.P.

**Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść SWZ, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i przystępujących zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, pismach procesowych a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.**

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

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku kwestionowanych czynności zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała złożone odwołanie, uznając, że nie zasługuje ono na uwzględnienie.

#### Zarzut nr 1

Izba uznała za niesporny między stronami i oczywisty fakt, iż obowiązkiem wykonawców biorących udział w postępowaniu było stosowanie się do postanowień SWZ wraz z załącznikami do niej.

W treści Specyfikacji brak jest jakichkolwiek postanowień czy odniesień do będących przedmiotami zarzutu systemów, poza wskazaniem jako Załącznika nr 16 do SWZ Instrukcji

obsługi systemu osłony meteorologicznej i zapobiegania gołoledzi (Instrukcja systemu Boschung) a także wymienieniem w Wykazie Specyfikacji Technicznych całorocznego utrzymania dróg krajowych (punkt 4.2 SWZ) wymieniona została specyfikacja D-66.02.00 – Utrzymanie systemu osłony meteorologicznej i zapobiegania gołoledzi (Grupa 9).

W punkcie 10.1 Instrukcji systemu Boschung wskazano: „Ze względu na wysoce specjalistyczne przeznaczenie urządzeń opisanych w tej instrukcji zalecane jest by wszelkie czynności serwisowo-naprawcze wykonywał wyłącznie personel autoryzowany przez Boschung. Boschung Mecatronic A.G. nie będzie ponosić odpowiedzialności za konsekwencje niestosowania się do ostrzeżeń zawartych w tym dokumencie”.

Załącznikiem do OPZ była również Instrukcja obsługi i konserwacji systemu odładzania Rapitfix (Załącznik nr 16a).

W zakresie istotnym dla rozstrzygnięcia wskazać należy następujące postanowienia Instrukcji systemu Rapitfix:

### „3. Definicje (...)

- Właściciel, Użytkownik – podmiot, który zakupił oraz użytkuje system odładzania, bądź podmiot zajmujący się obsługą systemu w imieniu nabywcy.
- Autoryzowany Serwis – osoby fizyczne (lub osoba prawna zatrudniająca takie osoby fizyczne) posiadające odpowiednie przeszkolenie oraz ważne świadectwo autoryzacji producenta systemu Rapitfix oraz oprogramowanie ICE Control Pro (...).

### 5. Konserwacja systemu Rapitfix:

- Właściciel nie może samodzielnie naprawiać, konfigurować, urządzeń systemu Rapitfix. W przypadku wykrycia nieprawidłowości w działaniu powinien bezzwłocznie skontaktować się z Autoryzowanym Serwisem.
- Wszelkie modyfikacje i naprawy instalacji muszą być przeprowadzone przez Autoryzowany Serwis, legitymujący się stosownym ważnym świadectwem autoryzacji producenta systemu Rapitfix oraz systemu Ice Control Pro. Każda modyfikacja lub naprawa powinna odbywać się pod nadzorem Autoryzowanego Serwisu.
- Konserwacja i naprawy elementów systemu oraz powiązanych z nim komponentów muszą być wykonywane przez Autoryzowany Serwis (...).

Szczegółowe obowiązki wykonawcy przedmiotu zamówienia związane z obsługą i eksploatacją systemu Boschung wskazane zostały w SST D-66.02.00, w punkcie 1.5.2:

„Utrzymanie niniejszego systemu polega na wykonywaniu przez Wykonawcę następujących działań serwisowych:

- konserwacji bieżącej,
- przeglądów okresowych stacji meteorologicznych minimum raz na kwartał,
- przeglądów okresowych pozostałej instalacji systemu minimum dwa razy w roku tj. po okresie zimowym i przed kolejnym okresem zimowym,
- sprawdzenia kalibracji czujników,
- zapewnienia bezpieczeństwa teleinformatycznego,
- wymiany urządzeń,
- aktualizacji oprogramowania,
- utrzymania i konserwacji serwera,
- innych kosztów związanych z bezawaryjnym i prawidłowym działaniem systemu (koszty części zamiennych i ich wymiany),
- stałego nadzoru oraz serwisu pozostałych dostarczonych i zainstalowanych urządzeń w tym: stacji meteorologicznych, stacji pomp, instalacji zraszającej, wytwornic solanki chlorku wapnia, kamer monitoringu wizyjnego oraz witryny internetowej.

Eksploatacja niniejszego systemu należy do bieżących zadań Wykonawcy. Poszczególne zadania eksploatacyjne powinny być zaplanowane w taki sposób, aby z odpowiednim zapasem czasu zabezpieczyć odpowiednie siły i środki niezbędne do ich wykonania. Warunkiem niezbędnym dla osób prowadzących eksploatację systemu jest zapoznanie się z instrukcją obsługi systemu oraz zapewnienie odpowiednio przeszkolenie personelu obsługującego (...).

Wszelkie czynności utrzymaniowe oraz eksploatacyjne należy wykonywać zgodnie z wytycznymi Producenta Systemu, zawartymi w Instrukcji obsługi systemu osłony meteorologicznej i zapobiegania gołoledzi”.

Biorąc pod uwagę przytoczone wyżej przykładowe postanowienia obu instrukcji, a także stanowiska stron i uczestników postępowania odwoławczego za niesporne należy uznać, że niedopuszczalna jest obsługa systemów Boschung i Rapitfix przez nieautoryzowany serwis.

Mimo tego ustalenia Izba uznała, że zarzut nr 1 jest niezasadny.

Oferta Przystępującego Wardex została skonstruowana w sposób odmienny niż według interpretacji Specyfikacji przedstawionej przez Odwołującego. Odwołujący przedstawił i uzasadnił swój pogląd na temat sposobu rozumienia postanowień SWZ, nie wykazał jednak w żaden sposób, by oferta Przystępującego Wardex była niezgodna z konkretnymi postanowieniami SWZ i jednoznacznie wyrażonymi wymogami Zamawiającego. Z tego

powodu Izba uznała, że nie zostały wypełnione przesłanki określonych w art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Zamawiający nie określił w SWZ (ani załącznikach do niej) żadnych obowiązków, na które – jako niewypełnione przez Przystępującego Wardex - wskazał Odwołujący. Zamawiający nie nakazał przede wszystkim, by wykonawcy weszli w jakąkolwiek formę współpracy z producentami systemów Boschung i Rapiifix. Brak jest zatem w SWZ oparcia dla twierdzenia, że obowiązkiem wykonawców biorących udział w postępowaniu było pozyskanie od tych podmiotów ofert na stosowną obsługę obu systemów. Zamawiający nie wskazał też w jaki sposób wykonawcy winni uwzględnić ewentualne koszty zlecenia obsługi systemów w swoich ofertach.

Podkreślenia wymaga, że Odwołujący nie wykazał, by wyłącznie producenci systemu Boschung oraz Rapiifix byli uprawnieni do wykonywania wszelkich czynności związanych z obsługą systemów. Przytoczona wyżej definicja autoryzowanego serwisu zaczerpnięta z instrukcji systemu Rapiifix wskazuje, że autoryzowanego serwisu systemu może dokonywać każdy podmiot, spełniający określone w instrukcji wymogi. W konsekwencji uznać należy, że nie było konieczne uzyskanie oferty od producenta systemu Rapiifix. Do analogicznych wniosków prowadzi lektura instrukcji systemu Boschung. W punkcie 10.3 wskazano m. in.:

„Tylko wykwalifikowany personel powinien wykonywać jakąkolwiek pracę na częściach systemu. Wykwalifikowany personel to osoby, które poprzez szkolenie, mają doświadczenie i wiedzę o odpowiednich standardach, instrukcjach, zapobieganiu wypadkom i właściwościach systemu, zostały upoważnione przez osobę(y) odpowiedzialną za działanie i system bezpieczeństwa przy wykonywaniu tych czynności tj. przez personel Boschung. Niezbędne jest, aby te osoby były w stanie na czas rozpoznać i uniknąć niebezpieczeństw; Tylko technicy serwisu firmy Boschung Mecatronic A.G. lub wyszkolony personel zatrudniony przez klienta (wykwalifikowani technicy/ inżynierowie zaznajomieni z produktem) mogą dokonywać konserwacji lub prac naprawczych stacji pomiarowej GFS 3000”.

Nie ulega zatem wątpliwości, że czynności autoryzowanego serwisu nie zostały zastrzeżone do wyłącznych kompetencji Boschung, a powierzenie ich wykonania innemu, uprawnionemu podmiotowi nie spowoduje utraty gwarancji na system, nie będzie również automatycznie uznane za naruszenie zasad jego obsługi i eksploatacji.

Izba przeprowadziła dowód z dokumentów złożonych przez Odwołującego na poparcie zasadności zarzutu nr 1 i uznała, że oświadczenia pochodzące od Boschung potwierdzają jedynie okoliczności, co do których nie było sporu – tj. że Przystępujący Wardex nie uzyskał żadnej oferty od Boschung oraz, że Boschung jest jedynym autoryzowanym serwisem

systemów produkowanych przez ten podmiot. Fakt ten nie wyłącza możliwości posłużenia się personelem w odpowiedni sposób przeszkolonych przez Boschung.

W konsekwencji Izba uznała, że – wbrew twierdzeniu Odwołującego – żaden z wykonawców na obecnym etapie postępowania nie miał obowiązku uzyskania ofert od producentów systemów Boschung i Rapitfix. Obowiązek taki nie został również wprowadzony przez Zamawiającego w wyniku udzielenia odpowiedzi na wskazane przez Odwołującego pytania.

W konsekwencji powyższego zarzut nr 1 podlegał oddaleniu.

#### Zarzut nr 2

Warunki udziału w postępowaniu zostały określone w punkcie 8 SWZ.

Zgodnie z punktem 8.2.4 ust. 2 SWZ o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej dotyczącej osób:

„Wykonawca musi wskazać osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, legitymujące się doświadczeniem zawodowym i wykształceniem odpowiednimi do funkcji, jaka zostanie im powierzona. Wykonawca na każdą funkcję wymienioną poniżej wskaże osoby, które musi mieć dostępne na etapie realizacji zamówienia, spełniające następujące wymagania:

1. Osoby stanowiące obsadę Zespołu ds. Utrzymania Dróg:
  - a. osoba proponowana do pełnienia funkcji: Kierownik ds. Utrzymania Dróg

Doświadczenie zawodowe:

Minimum 24 miesiące doświadczenia, w tym min 2 sezony zimowe, przy realizacji 1 lub 2 zadań polegających na bieżącym i zimowym utrzymaniu dróg obejmujących co najmniej 100 km dróg klasy min. G na stanowisku/stanowiskach ds. koordynacji/nadzorowania/kierowania pracami związanymi z utrzymaniem dróg,

lub

Minimum 10 miesięcy doświadczenia przy realizacji 1 lub 2 zadań polegających na zimowym utrzymaniu dróg, obejmujących co najmniej 60 km dróg klasy min G na stanowisku/stanowiskach ds. koordynacji/nadzorowania/kierowania pracami związanymi z utrzymaniem dróg oraz minimum 14 miesięcy doświadczenia przy realizacji: 1 lub 2 zadań polegających na bieżącym utrzymaniu dróg obejmujących co najmniej 60 km dróg klasy min G na stanowisku/stanowiskach ds. koordynacji/ nadzorowania/kierowania pracami związanymi z utrzymaniem dróg.

Za doświadczenie wynoszące jeden sezon zimowy Zamawiający uzna doświadczenie trwające w okresie od 15 października danego roku do 31 marca roku następnego.

- b. osoba proponowana do pełnienia funkcji: Zastępca Kierownika ds. Utrzymania Dróg

Doświadczenie zawodowe:

Minimum 12 miesięcy doświadczenia, w tym min. 1 sezon zimowy, przy realizacji 1 lub 2 zadań polegających na bieżącym i zimowym utrzymaniu dróg obejmujących co najmniej 70 km dróg klasy min G na stanowisku/stanowiskach ds. koordynacji/nadzorowania/kierowania pracami związanymi z utrzymaniem dróg

lub

Minimum 5 miesięcy doświadczenia przy realizacji 1 zadania polegającego na zimowym utrzymaniu dróg obejmujących co najmniej 40 km dróg klasy min. G na stanowisku/stanowiskach ds. koordynacji/nadzorowania/kierowania pracami związanymi z utrzymaniem dróg oraz minimum 7 miesięcy doświadczenia przy realizacji: 1 lub 2 zadań polegających na bieżącym utrzymaniu dróg obejmujących co najmniej 40 km dróg klasy min. G na stanowisku/stanowiskach ds. koordynacji/nadzorowania/kierowania pracami związanymi z utrzymaniem dróg.

Za doświadczenie wynoszące jeden sezon zimowy Zamawiający uzna doświadczenie trwające 5 pełnych miesięcy w okresie od 15 października danego roku do 31 marca roku następnego (...).

W Wykazie Osób, złożonym przez Przystępującego Wardex wskazani zostali:

1. Pan W.D. - Kierownik ds. Utrzymania Dróg.

Kwalifikacje zawodowe pana W.D. określone zostało następująco: „Bezpośrednia koordynacja bieżącego i zimowego utrzymania dróg krajowych zarządzanych przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie - Dyrektor Oddziału Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie od 01.01.2004 do 01.01.2009 roku”,

2. Pan A.P. - Zastępca Kierownika ds. Utrzymania Dróg.

Kwalifikacje zawodowe pana A.P. określone zostało następująco: „Bezpośrednia koordynacja bieżącego i zimowego utrzymania dróg krajowych zarządzanych przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Kielcach Rejon w Opatowie - Kierownik Rejonu w Opatowie GDDKiA O/Kielce Oddział w Warszawie od 01.01.2010 do 01.01.2019 roku”.

11 sierpnia 2021 r. Zamawiający opublikował odpowiedzi na pytanie do treści SWZ.

Na pytanie 21 Zamawiający odpowiedział:



„Czy Zamawiający uzna doświadczenie zawodowe zdobyte przez osobę zgłoszoną na stanowisko Kierownika ds. Utrzymania Dróg lub Zastępcy Kierownika ds. Utrzymania Dróg, podczas pracy przy utrzymaniu dróg krajowych w jednostce budżetowej?

Tak, Zamawiający uzna doświadczenie zdobyte podczas pracy w jednostce budżetowej w przypadku kiedy osoba ta bezpośrednio zajmowała się koordynacją/nadzorowaniem/kierowaniem prac związanymi z utrzymaniem dróg o zakresie zgodnym z warunkiem”.

Zarzut nr 2 oparty był na twierdzeniu Odwołującego, że panowie W.D. i A.P. nie spełnili wymogu bezpośredniego zajmowania się koordynacją/nadzorowaniem/kierowaniem prac związanymi z utrzymaniem dróg.

W ocenie Izby stanowisko Odwołującego nie potwierdziło się. Na potwierdzenie spełniania ww. warunku udziału w postępowaniu Zamawiający wymagał od wykonawców złożenia Wykazu Osób. Zamawiający nie wymagał od wykonawców żadnych dodatkowych dokumentów potwierdzających, że wskazane w wykazie osoby określone czynności wykonywały w sposób bezpośredni. Tym samym sposób, w jaki Przystępujący Wardex wykazał spełnienie spornego warunku w pełni odpowiadał wymogom określonym w SWZ. Co za tym idzie – jeśli Odwołujący był przekonany, że panowie W.D. i A.P. nie wykonywali określonych czynności w sposób bezpośredni to obowiązany był fakt ten udowodnić. Stanowisko Odwołującego opierało się jednak na twierdzeniu, że ponieważ obie te osoby pełniły funkcje kierownicze w określonych jednostkach terenowych Zamawiającego, to nie mogli wykonywać koordynacji/nadzorowania/kierowania prac związanymi z utrzymaniem dróg w sposób bezpośredni.

Twierdzenie to w ocenie Izby było jednak całkowicie gołosłowne. Powołanie się przez Przystępującego Wardex na doświadczenie zawodowe osób zdobyte podczas pracy w jednostkach terenowych Zamawiającego w pełni odpowiadało zarówno treści SWZ, jak i odpowiedzi na przytoczone wyżej pytanie nr 21. W toku rozprawy Zamawiający złożył dowód (Zarządzenie nr 61 Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z 20 października 2009 r.) wykazując, że zgodnie z ramowym Regulaminem Organizacyjnym oddziału Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad do kompetencji Rejonu należy m. in. nadzór nad realizacją zlecanych w drodze przetargów robót utrzymaniowych oraz prowadzenie i koordynacja prac w zakresie zimowego utrzymania dróg.

Z kolei złożone przez Odwołującego jako dowód pismo O.Ki.D-3.240.13.2021.mj Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Kielcach z 27 października 2021 r. w ocenie Izby potwierdzało, a nie przeczyło stanowisku Zamawiającego. W piśmie tym wskazano m. in.: „W okresie od 01.01.2010 r. do dnia 01.01.2019 r. Pan A.P. sprawował nadzór nad w/w umowami w ramach obowiązków służbowych wynikających z zajmowanego stanowiska

Z-cy Kierownika Rejonu GDDKiA w Opatowie do 30.09.2010 r. oraz p.o. Kierownika Rejonu GDDKiA w Opatowie od 01.10.2010 r.

Ponadto wyjaśniamy, że w naszej strukturze organizacyjnej nie było wyodrębnionego stanowiska ds. koordynacji/nadzorowania/kierowania pracami związanymi z utrzymaniem dróg, aczkolwiek stanowiska zajmowane przez Pana A.P. obejmowały wszystkie te czynności”.

W ocenie Izby z powyższego pisma nie wynika, by Pan A.P. nie realizował zadań koordynacji/nadzorowania/kierowania pracami związanymi z utrzymaniem dróg w sposób bezpośredni. Z dowodu Odwołującego wynika, że w zakresie obowiązków Pana A.P. znajdowały się te zadania. Dowód ten tym samym w żaden sposób nie wskazuje, by Pan A.P. nie realizował swoich obowiązków w sposób bezpośredni. Brak jest z kolei podstaw by domniemać, że pełnienie funkcji kierowniczej Rejonu bądź Oddziału GDDKiA uniemożliwiało bezpośrednie zajmowanie się koordynacją/nadzorowaniem/kierowaniem prac związanymi z utrzymaniem dróg.

W konsekwencji Izba uznała, że Przystępujący Wardex wykazał spełnianie spornego warunku udziału w postępowaniu w sposób zgodny z wymogami Zamawiającego wyrażonymi w SWZ i wyjaśnieniach do treści SWZ. Ponadto Odwołujący nie udowodnił zasadności postawionego zarzutu, a w konsekwencji zarzut ten podlegał oddaleniu.

W konsekwencji powyższego oddaleniu podlegał również zarzut nr 3, postawiony przez Odwołującego jako wynikowy wobec uznanych przez Izbę za bezpodstawne i oddalonych zarzutów nr 1 i 2.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że odwołanie podlega oddaleniu w całości i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

Rozpoznając odwołanie Izba przeprowadziła dowody z:

1. dokumentacji postępowania, ze szczególnym uwzględnieniem:
  - a) SWZ wraz z załącznikami,
  - b) Pytań do treści SWZ wraz z udzielonymi przez Zamawiającego odpowiedziami,
  - c) oferty Przystępującego Wardex oraz wszelkich dokumentów i wyjaśnień złożonych przez Przystępującego na etapie oceny ofert.

2. dokumentów złożonych przez strony i Przystępującego Wardex na etapie posiedzenia niejawnego z udziałem stron, w toku rozprawy oraz wraz z pismami procesowymi.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2019 r. oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b) w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

**Przewodniczący:** .....

.....

.....