

**Sygn. akt: KIO 1720/22**

**WYROK**

**z dnia 21 lipca 2022 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Rafał Malinowski**  
**Członkowie: Małgorzata Matecka**  
**Agata Mikołajczyk**

**Protokolant: Piotr Cegłowski**

po rozpoznaniu na rozprawie dnia 19 lipca 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dnia 27 czerwca 2022 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Eurovia Polska S.A. oraz Saferoad Grawil Sp. z o. o. z siedzibą lidera w Bielanach Wrocławskich, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Skarb Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie

przy udziale wykonawcy L. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą L. K. Firma Usługowo – Handlowo – Produkcyjna, Zielonka 64, 36-130 Raniżów, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.
3. Zasądza od odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Eurovia Polska S.A. oraz Saferoad Grawil Sp. z o. o. na rzecz zamawiającego Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie kwotę 3600 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy).

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129) 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

Zamawiający – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie, dalej jako: „Zamawiający”, prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego w oparciu o art. 132 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129), dalej jako: „ustawa PZP”, na całoroczne (bieżące i zimowe) utrzymanie dróg krajowych będących w administracji Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie, Rejon w Krośnie, nr referencyjny postępowania: O.RZ.D-3.2421.2.2022.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 4 marca 2022 r., pod numerem 2022/S 045-115953.

W dniu 27 czerwca 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Eurovia Polska S.A. oraz Saferoad Grawil Sp. z o. o., dalej jako: „Odwołujący”, w którym zarzucił on Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 14 PZP w zw. z art. 97 ust. 5 PZP i art. 98 ust. 6 PZP przez zaniechanie odrzucenia oferty FUHP K., pomimo że złożone przez tego wykonawcę wadium zostało wniesione w sposób nieprawidłowy tj. (i) uniemożliwiający Zamawiającemu zaspokojenie się z tego wadium z powodu zdarzeń mogących zaistnieć w terminie związania ofertą, a dodatkowo (ii) w sposób sprzeczny z punktem 18.3. Instrukcji dla Wykonawców stanowiącej tom I Specyfikacji Warunków Zamówienia obowiązującej w Postępowaniu („IDW”), co powinno doprowadzić do odrzucenia oferty tego wykonawcy;
- 2) art. 128 ust. 1 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 PZP poprzez uznanie, że FUHP K. wykazał spełnienie warunku udziału w Postępowaniu określonego w punkcie 8.2.4 lit. b) IDW dla Kierownika ds. Utrzymania Dróg, pomimo, że w rzeczywistości osoba wskazana przez FUHP K. na stanowisko Kierownika ds. Utrzymania Dróg (Pan C. Ł.) nie posiada doświadczenia w utrzymaniu obiektów mostowych, które stanowiły jeden z elementów składowych „bieżącego utrzymania dróg” zgodnie z definicją zawartą w IDW, a w konsekwencji doświadczenie Pana C. Ł. nie spełnia wymagań IDW, co powinno doprowadzić do wezwania tego wykonawcy do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w oparciu o art. 128 ust. 1 PZP;

ewentualnie, w razie uznania przez Izbę, że powyższy zarzut nie jest zasadny:

- 3) art. 239 ust. 1 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 PZP w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 PZP poprzez przyznanie FUHP K. w ramach pozacenowego podkryterium oceny ofert pn. Kwalifikacje zawodowe Kierownika ds. Utrzymania Dróg maksymalnej liczby punktów za doświadczenie wskazane przez wykonawcę dla Pana C. Ł. desygnowanego na stanowisko Kierownika ds. Utrzymania Dróg, pomimo że FUHP K. przekazał Zamawiającemu w powyższym zakresie informacje niezgodne z rzeczywistością w zakresie długości utrzymywanych dróg, co w konsekwencji doprowadziło Zamawiającego do przyznania temu wykonawcy maksymalnej liczby punktów za doświadczenie Kierownika ds. Utrzymania Dróg, podczas gdy powyższe powinno doprowadzić do wykluczenia tego wykonawcy na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 PZP i odrzucenia złożonej przez niego oferty;

ewentualnie, w razie uznania przez Izbę, że powyższy zarzut nie jest zasadny:

- 4) art. 239 ust. 1 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 PZP poprzez przyznanie FUHP K. w ramach pozacenowego podkryterium oceny ofert pn. Kwalifikacje zawodowe Kierownika ds. Utrzymania Dróg maksymalnej liczby punktów za doświadczenie wskazane przez wykonawcę dla Pana C. Ł. desygnowanego na stanowisko Kierownika ds. Utrzymania Dróg, pomimo że FUHP K. w żaden sposób nie wykazał, aby doświadczenie to spełniało kryteria IDW, w szczególności w zakresie długości utrzymywanych dróg a w konsekwencji Zamawiający naruszył zasadę równego traktowania wykonawców przy ocenie ich ofert, bo nie mając ku temu żadnej podstawy w informacjach przekazanych przez wykonawcę przyznał FUHP K. maksymalną liczbę punktów za doświadczenie Pana C. Ł., podczas gdy powyższe powinno doprowadzić do nieprzyznania FUHP K. jakichkolwiek punktów w ramach pozacenowego podkryterium oceny ofert pn. Kwalifikacje zawodowe Kierownika ds. Utrzymania Dróg.

W związku z postawionymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz:

- w stosunku do zarzutu z punktu II lit. a) – nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty FUHP K. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14 PZP,

- w stosunku do zarzutu z punktu II lit. b) – nakazanie Zamawiającemu wezwanie FUHP K. do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w zakresie doświadczenia przy utrzymaniu obiektów mostowych dla bieżącego utrzymania dróg wymaganego dla Kierownika ds. Utrzymania Dróg,

- w stosunku do zarzutu z punktu II lit. c) – nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Konsorcjum FUHP K. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 PZP,

- w stosunku do zarzutu z punktu II lit. d) – nakazanie Zamawiającemu dokonanie ponownej oceny ofert złożonych w Postępowaniu i przyznanie FUHP K. 0 punktów w ramach podkryterium oceny ofert pn. Kwalifikacje zawodowe Kierownika ds. Utrzymania Dróg.

Argumentując postawione zarzuty, Odwołujący wskazywał, co następuje:

#### **Zarzut nr 1:**

Jak wskazywał Odwołujący, w art. 98 ustawy PZP opisany jest cel wadium tj. wskazana w ust. 6 możliwość zamawiającego zaspokojenia się z tego wadium w przypadkach tam wskazanych (zabezpieczenie interesów zamawiającego przed niesolidnym postępowaniem wykonawcy). Stąd też wskazane zostało w art. 97 ust. 5 PZP wymaganie, zgodnie z którym wadium utrzymuje się nieprzerwanie do dnia upływu terminu związania ofertą.

Zamawiający zatem nie mogą wymagać, aby wadium utrzymywane było dłużej niż do upływu terminu związania ofertą (zgodnie z art. 97 ust. 5 PZP), ale jednocześnie treść gwarancji musi umożliwić zamawiającemu dochodzenie swoich praw na gruncie art. 98 ust. 6 PZP.

Odwołujący zwrócił także uwagę na treść postanowień SWZ, w których Zamawiający wskazał, że *„gwarancja (lub poręczenie) musi zawierać w swojej treści nieodwołalne i bezwarunkowe zobowiązanie wystawcy dokumentu do zapłaty na rzecz Zamawiającego kwoty wadium na pierwsze pisemne żądanie Zamawiającego”* oraz, że *„wadium wniesione w formie gwarancji musi mieć taką samą płynność jak wadium wniesione w pieniądzu – dochodzenie roszczenia z tytułu wadium wniesionego w tej formie nie może być utrudnione”*.

Zdaniem Odwołującego przez wprowadzenie pojęcia „płynności” ma na celu to aby wykonawcy wnoszący wadium w formie gwarancji, nie byli uprzywilejowani w stosunku do wykonawców powierzających zamawiającym wadium w formie pieniężnej (co jest zgodne z zasadą równego traktowania wykonawców). Wprowadzając bowiem ograniczenia w treści gwarancji co do możliwości żądania przez zamawiającego wydania kwoty wadium przez gwaranta, zamawiający ma utrudnioną drogę dochodzenia tego wadium.

Odwołujący zwrócił uwagę, że z treści art. 98 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP wynika rozróżnienie dwóch terminów tj.: terminu obowiązywania gwarancji (który ma być zrównany z terminem związania ofertą oraz terminu w jakim zamawiający może zaspokoić się z wadium z powodu zdarzeń, które zaistniały w terminie obowiązywania gwarancji (może to bowiem nastąpić także po upływie terminu związania ofertą, jednak zamawiający musi tego dokonać bez zbędnej zwłoki, nie dłużej niż w terminie 7 dni).

Przekładając powyższe na grunt niniejszej sprawy, należy stwierdzić, że w gwarancji bankowej z 12 maja 2022 r. złożonej przez FUHP K. w Postępowaniu („Gwarancja Wadialna”) zrównano dwa (a w zasadzie trzy) wyżej wskazane terminy sprawiając, że gwarancja ta nie posiada tej samej płynności, co wadium złożone w formie pisemnej.

Treść Gwarancji Wadialnej zrównała bowiem termin obowiązywania gwarancji także z trzecim z omawianych terminów - terminem, w jakim Zamawiający będzie mógł dochodzić zaspokojenia się z wadium z powodu zdarzeń, które zaistniały w terminie obowiązywania gwarancji, wskazując że: Żądanie wypłaty musi wpłynąć do Banku najpóźniej w Terminie ważności gwarancji.

Odwołujący na poparcie swoich twierdzeń przywołał orzecznictwo w postaci wyroku SO w Częstochowie z dnia 5 lutego 2021 r. V Ga 328/20 oraz wyroku KIO z 2 czerwca 2022 r. KIO 1292/22.

Zdaniem Odwołującego Gwarancja Wadialna złożona przez Przystępującego nie dawała Zamawiającemu możliwości zrealizowania swoich uprawnień, o których mowa w art. 98 ust. 6 PZP, a nadto była sprzeczna z punktem 18.3 IDW, a zatem wadium zostało wniesione przez FUHP K. w sposób nieprawidłowy. W konsekwencji oferta FUHP K. powinna podlegać odrzuceniu w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 14 PZP.

Odwołujący zwrócił również uwagę na dwie możliwości dostarczenia żądania do gwaranta, opisane w treści gwarancji, tj.: dostarczenie kluczowaną depeszą SWIFT lub dostarczenie listem poleconym/ przesyłką kurierską na wskazany adres. Żadna z tych możliwości nie przewiduje natychmiastowego dostarczenia żądania (jak np. przy wysyłce wiadomości

elektronicznej), tylko wymaga pośrednictwa podmiotu trzeciego, niezależnego od Zamawiającego i posiadającego określone godziny prowadzenia działalności operacyjnej.

W konsekwencji, czas na reakcję Zamawiającego celem złożenia żądania jest dodatkowo ograniczony czasem dostarczenia listu poleconego (przesyłki kurierskiej) do siedziby gwaranta lub kluczowanej depeszy SWIFT na wskazany adres SWIFT. W rzeczywistości zatem, zgodnie z Gwarancją Wadialną, czas na złożenie żądania wypłaty wadium przez Zamawiającego jest krótszy niż termin związania ofertą (który upływa o godz. 00:00 w nocy z dnia 9 na 10 września 2022 r.).

## **Zarzut nr 2:**

Zdaniem Odwołującego Przystępujący opisał doświadczenie p. Ł. w sposób bardzo lakoniczny, nie dokładając w tym zakresie należytej staranności a sposób przedstawienia przez niego doświadczeń dla Pana C. Ł. nie pozwalał na zweryfikowanie ich pod kątem znajdujących zastosowanie postanowień IDW. Sam fakt, że w obrębie jednego tylko zadania (zarówno przy opisie warunków udziału w Postępowaniu jak i na potrzeby kryteriów oceny ofert) realizowanego przez Pana C. Ł. FUHP K. „zamknął” ponad 20 lat doświadczenia tej osoby bez jakiegokolwiek wyszczególnienia realizowanych w tym czasie umów, jest jaskrawym przykładem niewłaściwego sposobu opisanego wymaganego IDW elementów.

W rzeczywistości działanie FUHP K. (które zostało zaakceptowane przez Zamawiającego) sprowadzało się w przypadku opisu doświadczeń Pana C. Ł. w pewnym sensie do skopiowania treści IDW bez jakiegokolwiek uwzględnienia informacji pochodzących od wykonawcy czyniąc je tym samym blankietowym w swoim wydźwięku.

Odwołujący zwrócił uwagę na treść warunku udziału w postępowaniu oraz definicję bieżącego utrzymania dróg, z której wynika, iż elementem niezbędnym dla uznania danej usługi za spełniającą definicję bieżącego utrzymania dróg było m. in. uwzględnienie w ramach czynności utrzymaniowych także obiektów mostowych. Tymczasem, zakres ewentualnego udziału Pana C. Ł. w umowach, które były realizowane w trakcie, gdy pełnił on funkcję Kierownika Rejonu w Nisku GDDKiA Oddział w Rzeszowie, nie obejmował obiektów mostowych. Powyższe wynika z Zarządzenia nr 6 Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z 23 lutego 2017 r. W paragrafie 19 tego zarządzenia określono zadania komórki organizacyjnej do spraw mostów, które związane były m. in. z utrzymaniem tych obiektów. W tym sensie, w ramach oddziałów GDDKiA (także u Zamawiającego) istnieją odrębne jednostki organizacyjne odpowiedzialne wyłącznie za utrzymanie mostów. W przypadku

oddziału rzeszowskiego GDDKiA funkcję tę pełni Wydział Mostów. Zadania w zakresie utrzymania mostów nie są delegowane do rejonów (w tym do Rejonu w Nisku). W świetle powyższego, Rejon Nisko, w którym funkcję Kierownika pełnił Pan C. Ł. nie pełnił jakichkolwiek czynności w ramach bieżącego utrzymania mostów, ponieważ zadania te realizował Wydział Mostów Zamawiającego, co prowadzi do wniosku, że Przystępujący nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Jak dalej wskazywał Odwołujący w konsekwencji zatem uwzględnienia niniejszego zarzutu, nawet jeżeli FUHP K. uzupełni wymagane dokumenty na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w Postępowaniu, to i tak powinien otrzymać w ramach przywołanego powyżej podkryterium 0 punktów. Uzasadnieniem dla powyższego pozostaje fakt, że informacje przekazane przez FUHP K. w Formularzu „Kryteria Pozacenowe” składały się na przedmiotowy środek dowodowy, którym pozostawał wskazany formularz. Stanowił on oświadczenie złożone przez FHUP K. wraz z ofertą na potwierdzenie w istocie jakości oferowanych usług i z tej racji ma charakter przedmiotowy w odniesieniu do przedmiotu zamówienia. W tym zakresie znajduje zastosowanie art. 107 PZP dotyczący przedmiotowych środków dowodowych, które co do zasady składane są wraz z ofertą, a podlegają ewentualnemu późniejszemu złożeniu lub uzupełnieniu na wezwanie zamawiającego. Jednakże niedopuszczalne jest uzupełnianie przedmiotowych dokumentów, jeżeli mają one potwierdzić zgodność oświadczenia z kryteriami określonymi w opisie kryteriów oceny ofert, na co jednoznacznie wskazuje art. 107 ust. 3 PZP (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 21 stycznia 2022 r., sygn. KIO 6/22).

W ocenie Odwołującego w zaistniałym w sprawie stanie faktycznym nie tylko nie można wezwać FUHP K. do uzupełnienia informacji dotyczących kryteriów oceny ofert, ale nawet brak jest podstawy dla wyjaśnienia tej kwestii w oparciu o art. 107 ust. 4 PZP.

#### **Zarzut 3 i 4:**

Jak wskazał Odwołujący, w przypadku podkryterium „Kwalifikacje zawodowe Kierownika ds. Utrzymania Dróg” (K1) ocenie podlegało doświadczenie osoby wskazanej do pełnienia funkcji Kierownika ds. Utrzymania Dróg w koordynowaniu/nadzorowaniu/kierowaniu pracami związanymi z utrzymaniem dróg, obejmujących co najmniej 90 km dróg klasy min G zdobyte na stanowisku/stanowiskach związanych z realizacją czynności polegających na bezpośredniej koordynacji/nadzorowaniu/kierowaniu pracami związanymi z utrzymaniem dróg.



W ocenie Odwołującego wskazane w ofercie FUHP K. doświadczenie Pana C. Ł. nie pozwalało na uzyskanie przez tego wykonawcę maksymalnej liczby punktów z uwagi na brak wykazania informacji podlegających ocenie, w szczególności w zakresie długości utrzymywanych dróg. Odwołujący zwrócił uwagę, że osoba której doświadczenie było wykazywane zajmowała stanowisko Kierownika Rejonu w Nisku GDDKiA Oddział Rzeszów. Istotą wadliwości dokonanej przez Zamawiającego oceny doświadczeń Pana Ł. pozostaje fakt, że cały Rejon w Nisku (w ramach, którego Pan C. Ł. nabywał doświadczenia jako Kierownik w latach 1999 - 2020) w zakresie przewidzianym do realizacji w ramach kontraktów utrzymywanych dla trzech wskazanych dróg krajowych nr 77, 19 oraz 77a obejmuje jedynie 78,707 kilometrów (a minimum wymagane na kryterium wynosiło 90 kilometrów), na którą składają się łącznie odcinki wskazanych dróg krajowych (tj. nr 77, 19 oraz 77a).

Odwołujący dodał, że opisując doświadczenia dla drugiej z punktowanych osób FUHP K. każdorazowo precyzyjnie (z dokładnością do 1 km) wskazywał całkowity kilometraż utrzymywanych dróg (a nawet wskazywał konkretną umowę) dla każdego z opisanych zadań.

W świetle powyższego można wnioskować, że gdyby FUHP K. opisał doświadczenia dla Pana C. Ł. w taki sam sposób jak uczynił to w stosunku do innych osób to wówczas nie uzyskałby maksymalnej liczby punktów dla doświadczeń Pana C. Ł. W konsekwencji należy uznać, że FUHP K. przedstawił Zamawiającemu niezgodne z rzeczywistością informacje, które pozwoliły mu uzyskać maksymalną liczbę punktów w omawianym kryterium oceny ofert. Brak dostrzeżenia tej wadliwości przez Zamawiającego miał zatem istotny wpływ na decyzję podjętą przez Zamawiającego o wyborze najkorzystniejszej oferty – różnica punktowa pomiędzy FUHP K. a Odwołującym wyniosła dokładnie 2,51 punktów a liczba punktów przyznana temu wykonawcy za doświadczenie Pana C. Ł. wyniosła 6 punktów. W świetle opisanych powyżej okoliczności faktycznych należy uznać, że w niniejszej sprawie spełnione zostały przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 10 PZP, które obligują Zamawiającego do wykluczenia z Postępowania FUHP K. i odrzucenia na tej podstawie złożonej przez tego wykonawcę oferty.

Ewentualnie na wypadek uznania przez Izbę, że zaistniała sytuacja nie daje podstaw do wykluczenia FUHP K. (z czym Odwołujący się nie zgadza) niezbędne jest w zaistniałym w sprawie stanie faktycznym, co najmniej, unieważnienie badania oceny zwycięskiej i nakazanie Zamawiającemu ponownej oceny oferty zwycięskiego wykonawcy, co powinno skutkować nieprzyznaniem mu jakichkolwiek punktów w omawianym podkryterium oceny ofert (do czego sprowadza się ostatni z zarzutów niniejszego odwołania).

Powyższe okoliczności zdaniem Odwołującego powinny prowadzić zatem do uwzględnienia odwołania.

Pismem z dnia 18 lipca 2022 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie w całości.

Odnosząc się do zarzutu nr 1 Zamawiający podkreślił, że Przystępujący wniósł wadium w prawidłowej formie. Treść gwarancji zawiera obowiązek nieodwołalnej i bezwarunkowej wypłaty na rzecz Zamawiającego określonej kwoty na pierwsze pisemne żądanie wypłaty. Gwarancja bankowa została złożona wraz ofertą, tj. przed upływem terminu składania ofert, a okres jej obowiązywania upływa w dniu 09 września 2022 r., który jest jednocześnie dniem upływu terminu związania ofertą, wyznaczonym na skutek zmiany SWZ dokonanej przez Zamawiającego w dniu 29 kwietnia 2022 r. Jednocześnie, złożona przez wykonawcę L. K. gwarancja bankowa obejmuje obowiązek wypłaty we wszystkich przypadkach wskazanych w art. 98 ust. 6 ustawy PZP. W związku z powyższym przedłożona gwarancja jest zgodna ze wszystkimi wymogami jakie stawiane są przez przepisy prawa, a zatem brak jest możliwości uznania, że została złożona w sposób nieprawidłowy.

Zamawiający podkreślił, że ustawodawca na gruncie art. 98 ust. 1 ustawy Pzp dokonał jedynie uporządkowania w zakresie maksymalnego terminu na zwrot wadium, w stosunku do regulacji przewidzianych na gruncie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych, a nie wydłużył możliwości wykonywania uprawnień przez Zamawiającego, o których mowa w art. 98 ust. 6 ustawy PZP po upływie terminu związania ofertą, jak zdaje się forsować Odwołujący. Na poparcie swojego stanowiska Zamawiający przywołał wyroki KIO: wyrok z dnia 19 kwietnia 2022 r., KIO 892/22, wyrok z 16 grudnia 2021 r., KIO 3509/21.

Zdaniem Zamawiającego rozważania Odwołującego zdają się jawić jako jedynie hipotetyczne i nieuwzględniające rzeczywistych warunków występujących w postępowaniu, tj. odległego terminu związania ofertą, a także wyboru oferty najkorzystniejszej prawie trzy miesiące przed ww. terminem.

Jak podkreślał Zamawiający, wadium zostało wniesione przez wykonawcę L. K. zgodnie z przepisami prawa oraz postanowieniami SWZ, a także zabezpieczało w sposób prawidłowy możliwość ewentualnego zaspokojenia roszczeń przez Zamawiającego w przypadku ziszczenia się przesłanek, o których mowa w art. 98 ust. 6 ustawy PZP. Nie istnieją zatem żadne podstawy uzasadniające odrzucenie oferty wykonawcy L. K. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy PZP.

Odnosnie zarzutu nr 2 Zamawiający wskazał, że dokonał komisyjnej analizy i oceny przedstawionego doświadczenia (Tabela z punktacją), potwierdzając tym samym autentyczność informacji zawartych w oświadczeniu Wykonawcy L. K. dotyczących spełnienia warunku udziału w postępowaniu oraz doświadczenia wymaganego do spełnienia kryteriów pozacenowych. Ocena oferty wykonawcy L. K. w zakresie doświadczenia Pana C. Ł. odbyła się w oparciu o informacje/dane/dokumenty Zamawiającego posiadane w jego komórkach organizacyjnych tj. Rejonie w Nisku, Wydziale Dróg i Sieci Drogowej oraz w Wydziale Spraw Pracowniczych i Organizacyjnych.

Z zakresu czynności wynika jednoznacznie, że w obowiązkach Kierownika ds. Utrzymania Dróg mieści się również, celem zapewnienia funkcjonowania Rejonu, w szczególności dokonywanie objazdów, kontroli dróg, przeglądów bieżących drogowych obiektów inżynierskich oraz podejmowanie działań mających na celu usunięcie stwierdzonych nieprawidłowości. Obiekty mostowe obok przepustów, wiaduktów, estakad itp. należą do obiektów inżynierskich.

Nadto jak wskazywał Zamawiający, podkreślenia wymaga, że w powoływanym przez Odwołującego § 19 Zarządzenia nr 6 Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z dnia 23 lutego 2017 r. (stanowiącego Załącznik nr 6 do Odwołania) określono zadania komórki organizacyjnej do spraw mostów tj. Wydziału Mostów działającego w danym Oddziale. Jak wskazano w pkt 12 ww. paragrafu, do zadań wydziału mostów należy „nadzór merytoryczny nad działaniami prowadzonymi przez Rejony w zakresie bieżącego utrzymania i remontów obiektów inżynierskich”. W związku z powyższym, jako oczywiste jawi się, że wbrew twierdzeniom Odwołującego, zadania w zakresie utrzymywania obiektów inżynierskich (a zatem również obiektów mostowych) są delegowane do poszczególnych rejonów, a Kierownik danego rejonu posiada doświadczenie również w zakresie nadzoru nad utrzymaniem tychże obiektów.

Odnosnie zarzutu nr 3 i 4, zdaniem Zamawiającego zgodnie z treścią zarządzeń Dyrektora Oddziału GDDKiA w Rzeszowie w sprawie ustalenia obowiązków Kierowników Służby Liniowej wydawanych na podstawie zarządzeń Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w sprawie ustalenia ramowego regulaminu organizacyjnego Oddziałów GDDKiA, obowiązujących w latach 2011-2020 (w szczególności zgodnie z załącznikami do tychże zarządzeń, które stanowią Załącznik nr 7 do niniejszego pisma), którym kierował Pan C. Ł., utrzymaniu, na odcinkach dróg 77, 19 i 77a, klas G i wyższych, na terenie Rejonu w Nisku podlegało w latach 1999-2020 ponad 100 km sieci drogowej.

Nie sposób zatem zidentyfikować prezentowanej przez Odwołującego okoliczności, jakoby wykonawca L. K. przekazał Zamawiającemu informacje niezgodną z rzeczywistością, co sprawia, iż rozważania przyjęte przez Odwołującego na str. 31 pozostają bezprzedmiotowe.

W związku z powyższą argumentacją Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości jako niezasadnego.

Pismem procesowym z dnia 18 lipca 2022 r. swoje stanowisko przedstawił również Przystępujący, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i uczestników postępowania, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy PZP. Ponadto Izba ustaliła, że Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania wynikający z art. 505 ustawy PZP.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego wykonawcę L. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą L. K. Firma Usługowo – Handlowo – Produkcyjna. Przystąpienie zostało zgłoszone w terminie, a Przystępujący wskazał na interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystąpił.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, tj. przede wszystkim w oparciu o dokumentację przedmiotowego postępowania, a także w oparciu o przedłożone przez:

- 1) Odwołującego: (i) Zarządzenie nr 6 Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z 23 lutego 2017 r., (ii) zrzut ekranu ze strony internetowej Zamawiającego ukazujący strukturę organizacyjną ze wskazaniem Wydziału Mostów, (iii) SIWZ dla przetargu prowadzonego przez GDDKiA Oddział w Rzeszowie z 2015 r. na wykonanie kompleksowego utrzymania dróg krajowych administrowanych przez Oddział w Rzeszowie, (iv) poświadczenie z 4 maja 2020 r. wydane przez GDDKiA Oddział w Rzeszowie na rzecz Eurovia Polska S. A., (v) korespondencję elektroniczną prowadzoną pomiędzy pracownikiem lidera konsorcjum Odwołującego a przedstawicielem Zamawiającego w zakresie informacji dotyczącej doświadczenia p. C. Ł. w okresie od 14 do 24 czerwca 2022, (vi) analizę przeprowadzoną przez Odwołującego wykazującą w oparciu o dostępne informacje zakres realnego

doświadczenia p. C. Ł. odpowiadającego treści IDW, które gdyby zostało wykazane przez Przystępującego nie mogłoby skutkować przyznaniem maksymalnej liczby punktów w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert, (vii) treści trzech gwarancji bankowych składanych przez Przystępującego w poprzednich postępowaniach prowadzonych przez Zamawiającego oraz (viii) wzór zlecenia udzielenia gwarancji bankowej oraz poręczenia na potrzeby udziały w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosowane w banku PKO BP S. A.

- 2) Zamawiającego: (i) tabela z przyznaną punktacją w postępowaniu, (ii) zakres czynności pracownika z 16 marca 2015 r., 23 marca 2011 r., 6 lutego 2019 r., (iii) opis stanowiskowy pracy Pana C. Ł., (iv) wykazy osób pełniących obowiązki Kierownika OD na poszczególnych odcinkach dróg krajowych oraz podział sieci na odcinki, na których Kierownicy Służby Liniowej wykonują swoje obowiązki – z podziałem sieci na poszczególne odcinki w latach 2011, (v) pełnomocnictwo dla Pana C. Ł. wydane przez Dyrektora Oddziału do czynności związanych z pełnieniem obowiązków Kierownika Rejonu, (vi) fragment Zarządzenia nr 3 Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z 21 stycznia 2019 r., (vii) wniosek o udostępnienie informacji publicznej, korespondencja e-mailowa z dnia 22 czerwca 2022, odpowiedź Zamawiającego z dnia 24 czerwca 2022 r. wraz z zakresem czynności pracownika z dnia 6 lutego 2019 r.
- 3) Przystępującego: (i) odpowiedź GDDKiA Oddział w Rzeszowie z dnia 12 lipca 2022 r. na pismo Przystępującego dotycząca długości dróg na terenie Rejonu w Nisku, (ii) wykaz dróg krajowych będących w administracji GDDKiA Oddział w Rzeszowie, (iii) załącznik nr 1 do Zarządzenia nr 4 z dnia 19 lutego 2020 r. Dyrektora Oddziału pn. „Wykaz osób pełniących obowiązki kierownika OD na poszczególnych odcinkach dróg krajowych”, (iv) zakres czynności pracownika Pana C. Ł. z dnia 16.03.2015 r.

**Izba ustaliła następujący stan faktyczny sprawy:**

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na całoroczne (bieżące i zimowe) utrzymanie dróg krajowych będących w administracji Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie, Rejon w Krośnie, nr referencyjny postępowania: O.RZ.D-3.2421.2.2022.

Termin składania ofert w postępowaniu upływał w dniu 13 maja 2022 r.

We wskazanym terminie złożone zostały dwie oferty: Odwołującego z ceną 211.716.715,05 PLN brutto oraz Przystępującego z ceną 202.873.164,29 PLN brutto. Zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia kwotę 219.288.055,92 PLN brutto.

W dniu 15 czerwca 2022 r. Zamawiający uznał ofertę FUHP K. za najkorzystniejszą w Postępowaniu. Oferta Odwołującego znalazła się na drugim miejscu w rankingu ofert.

Zgodnie z sekcją 18 SWZ Wykonawca jest zobowiązany do wniesienia wadium w wysokości 1 551 000,00 PLN (18.1).

Wadium musi być wniesione przed upływem terminu składania ofert w jednej lub kilku następujących formach wymienionych w art. 97 ust. 7 ustawy PZP, w zależności od wyboru Wykonawcy (18.2).

W przypadku wniesienia wadium w formie gwarancji lub poręczenia, koniecznym jest, aby gwarancja lub poręczenie obejmowały odpowiedzialność za wszystkie przypadki powodujące utratę wadium przez Wykonawcę, określone w art. 98 ust. 6 ustawy PZP. Gwarancja lub poręczenie musi zawierać w swojej treści nieodwołalne i bezwarunkowe zobowiązanie wystawcy dokumentu do zapłaty na rzecz Zamawiającego kwoty wadium na pierwsze pisemne żądanie Zamawiającego. Wadium wniesione w formie gwarancji (bankowej czy ubezpieczeniowej) musi mieć taką samą płynność jak wadium wniesione w pieniądzu – dochodzenie roszczenia z tytułu wadium wniesionego w tej formie nie może być utrudnione. Dlatego w treści gwarancji powinna znaleźć się klauzula stanowiąca, iż wszystkie spory odnośnie gwarancji będą rozstrzygane zgodnie z prawem polskim i poddane jurysdykcji sądów polskich, chyba, że wynika to z przepisów prawa (18.3).

Zgodnie z sekcją 20.1 SWZ Wykonawca jest związany ofertą od dnia terminu składania ofert do dnia 08.08.2022 r. Następnie termin ten został wydłużony do dnia 9 września 2022 r.

Jednym z warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej był obowiązek dysponowania osobami, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, legitymującymi się doświadczeniem zawodowym, uprawnieniami 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 (sekcja 8.2.4 lit. b I.1 SWZ)

1) 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 90 km dróg klasy min G na stanowisku/stanowiskach związanych z realizacją czynności polegających na bezpośredniej koordynacji /nadzorowaniu/kierowaniu pracami związanymi z utrzymaniem dróg

lub

Minimum 10 miesięcy doświadczenia przy realizacji 1 lub 2 zadań polegających na zimowym utrzymaniu dróg, obejmujących co najmniej 90 km dróg klasy min G na stanowisku/stanowiskach związanych z realizacją czynności polegających na bezpośredniej koordynacji/nadzorowaniu/kierowaniu pracami związanymi z utrzymaniem dróg oraz minimum 14 miesięcy doświadczenia przy realizacji: 1 lub 2 zadań polegających na bieżącym utrzymaniu dróg obejmujących co najmniej 90 km dróg klasy min G na stanowisku/stanowiskach związanych z realizacją czynności polegających na bezpośredniej koordynacji/nadzorowaniu/kierowaniu pracami związanymi z utrzymaniem dróg.

Przez bieżące utrzymanie dróg rozumie się koordynowanie / wykonywanie usług utrzymania dróg w zakresie utrzymywania: nawierzchni, obiektów mostowych, odwodnienia, barier drogowych, zieleni oraz czystości wykonywanych przez cały rok kalendarzowy.

Zgodnie z sekcją 21.1 SWZ przy dokonywaniu wyboru oferty najkorzystniejszej Zamawiający stosować będzie następujące kryteria oceny ofert: Cena (60%, kwalifikacje zawodowe personelu (10%), emisja spalin (30%).

W ramach kryteriów pozacenowych punkty zostaną przyznane na podstawie Oferty Wykonawcy - Formularz „Kryteria pozacenowe” (Formularz 2.3). Formularz „Kryteria pozacenowe” stanowi przykładowy sposób opracowania. W przypadku korzystania przez Wykonawcę z tego formularza wymagane jest podpisanie dokumentu. Niezłożenie Formularza „Kryteria pozacenowe” skutkować będzie przyznaniem 0 punktów w ramach kryteriów pozacenowych (21.1.2).

Kryterium „Kwalifikacje zawodowe personelu” (K) będzie rozpatrywane na podstawie informacji podanych przez Wykonawcę w Formularzu „Kryteria pozacenowe” dotyczących doświadczenia zawodowego:

- osoby wyznaczonej do pełnienia funkcji Kierownika ds. Utrzymania Dróg oraz
- osoby wyznaczonej do pełnienia funkcji Zastępcy Kierownika ds. Utrzymania Dróg (21.1.2.1).

Podkryterium „Kwalifikacje zawodowe Kierownika ds. Utrzymania Dróg” (K1). W tym podkryterium ocenie podlegać będzie doświadczenie osoby wskazanej do pełnienia funkcji Kierownika ds. Utrzymania Dróg w koordynowaniu/nadzorowaniu /kierowaniu pracami związanymi z utrzymaniem dróg, obejmujących co najmniej 90 km dróg klasy min G zdobyte na stanowisku/stanowiskach związanych z realizacją czynności polegających na bezpośredniej koordynacji/nadzorowaniu /kierowaniu pracami związanymi z utrzymaniem dróg. Punkty zostaną przyznane za każdy pełny rok doświadczenia (12 miesięcy), ponad wymaganie postawione w warunkach udziału w postępowaniu. W przypadku, gdy wykazane zadania były realizowane równolegle w tym samym czasie, dublujące się okresy doświadczenia nie będą sumowane (21.1.2.1.1).

Wraz z ofertą Przystępujący złożył formularz „Kryteria pozacenowe”, w którym do pełnienia funkcji Kierownika ds. Utrzymania Dróg wskazał C. Ł. oraz opisał jego doświadczenie w następujący sposób:

Nazwa zadania: utrzymanie (bieżące i zimowe) Dróg krajowych nr 77, 19, 77a

Zamawiający/Inwestor: GDDKiA O/Rzeszów (*podać nazwę i adres*),

Podmiot wykonujący zadanie/Wykonawca: do roku 2013 GDDKiA O/Rzeszów realizująca usługę na podstawie umów na poszczególne asortymenty robót oraz siły własne GDDKiA, później wykonawcy związani umowami (kompleksowymi) z GDDKiA (*podać nazwę i adres*),

Okres realizacji zadania: od 04.01.1999r. do 30.07.2020r. (*podać dzień, miesiąc i rok*)

Zakres zadania (utrzymanie zimowe dróg, utrzymanie bieżące dróg) letnie i zimowe utrzymanie

Długość utrzymywanych dróg klasy min G ponad 90km

Stanowisko (*Kierownik ds. Utrzymania Dróg lub Z-ca Kierownika ds. Utrzymania Dróg lub Koordynator Utrzymania Dróg, inne związane z realizacją czynności polegających na bezpośredniej koordynacji/nadzorowaniu/kierowaniu pracami związanymi z utrzymaniem dróg*): inne, tj. Kierownik Rejonu w Nisku GDDKiA O/Rzeszów (do roku 2013 w zakresie obowiązków koordynacja i nadzór nad pracownikami GDDKiA O/Rzeszów wykonujących to zadanie oraz nad realizacją usług przez usługodawców, a później nadzór nad realizacją usług utrzymania przez wykonawców zewnętrznych): od 04.01.1999r. do 30.07.2020r.”.

Wraz z ofertą Przystępujący przedłożył wadium w formie gwarancji bankowej ważnej do dnia 9 września 2022 r. opiewającą na kwotę 1.551.000,00 zł. W gwarancji znalazły się m. in.



takie postanowienia jak nieodwołalne i bezwarunkowe zobowiązanie do dokonania płatności do łącznej kwoty jak wyżej, w przypadku zaistnienia wszystkich okoliczności, o których mowa w art. 98 ust. 6 ustawy PZP. Zgodnie z gwarancją żądanie wypłaty musi być dostarczone do banku kluczowaną depeszą SWIFT lub przesyłką kurierską oraz musi wpłynąć do banku najpóźniej w terminie ważności gwarancji.

### **Izba zważyła, co następuje:**

#### **Zarzut nr 1:**

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy PZP Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wykonawca nie wniósł wadium, lub wniósł w sposób nieprawidłowy lub nie utrzymywał wadium nieprzerwanie do upływu terminu związania ofertą lub złożył wniosek o zwrot wadium w przypadku, o którym mowa w art. 98 ust. 2 pkt 3.

Stosownie do art. 97 ust. 5 ustawy PZP wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert i utrzymuje nieprzerwanie do dnia upływu terminu związania ofertą, z wyjątkiem przypadków, o których mowa w art. 98 ust. 1 pkt 2 i 3 oraz ust. 2.

Zgodnie z ust. 7 tego przepisu wadium może być wnoszone według wyboru wykonawcy w jednej lub kilku następujących formach: 1) pieniądzu, 2) gwarancjach bankowych, 3) gwarancjach ubezpieczeniowych, 4) poręczeniach udzielanych przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości (Dz.U. z 2020 r. poz. 299).

Jeżeli wadium jest wnoszone w formie gwarancji lub poręczenia, o których mowa w ust. 7 pkt 2-4, wykonawca przekazuje zamawiającemu oryginał gwarancji lub poręczenia, w postaci elektronicznej (art. 97 ust. 10 ustawy PZP).

Z kolei zgodnie z art. 98 ust. 1 ustawy PZP zamawiający zwraca wadium niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie 7 dni od dnia wystąpienia jednej z okoliczności: 1) upływu terminu związania ofertą, 2) zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, 3) unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia, z wyjątkiem sytuacji gdy nie zostało rozstrzygnięte odwołanie na czynność unieważnienia albo nie upłynął termin do jego wniesienia.

Z przywołanych przepisów wywieść można warunki, uszczegółowione dodatkowo pozostałymi jednostkami redakcyjnymi art. 97 i 98 ustawy PZP, jakie powinno spełniać wadium składane na potrzeby postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz sposób postępowania ze złożonym wadium przez Zamawiającego. Warunki te dotyczą

przede wszystkim czasu złożenia i utrzymywania wadium, jego formy, sposobu przekazania Zamawiającemu, a także – w odniesieniu do postępowania z wadium Zamawiającego – sytuacji, w których podlega ono zwrotowi oraz zatrzymaniu.

Zarzut odwołującego sprowadza się do kwestii prawidłowości wniesienia wadium przez Przystępującego, co jest jedną z czterech okoliczności uzasadniających odrzucenie oferty na gruncie art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy PZP. Aby zatem zamawiający był uprawniony do odrzucenia oferty zgodnie z ww. przepisem, musiałaby zajść sytuacja, w której wykonawca wniósłby wadium w sposób nieprawidłowy. Natomiast celem zidentyfikowania owej nieprawidłowości, należy w pierwszej kolejności ustalić, z czego owa nieprawidłowość wynika. Po pierwsze może ona wynikać z uchybienia warunkom dotyczących wadium wynikających z ustawy. Po drugie nieprawidłowość wniesionego wadium może mieć źródło w naruszeniu przez oferenta norm ustalonych przez samego zamawiającego w dokumentacji postępowania.

Odnosząc się zatem do pierwszej z wymienionych kategorii i podnoszonych przez Odwołującego wątpliwości, Izba pragnie podkreślić, że zrównanie terminu ważności wadium w formie np. gwarancji bankowej z terminem związania ofertą nie może zostać uznane jako czynność wadliwa i nie może prowadzić do uznania, że wadium zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, co skutkowało by miało odrzuceniem oferty wykonawcy. Graniczną datą, jaką ustawodawca określił jako końcowy termin ważności wniesionego wadium, jest termin związania ofertą, co wynika wprost z art. 97 ust. 5 ustawy PZP. Przepisy ustawy PZP nie przewidują obowiązku zawierania w treści gwarancji postanowień, na mocy których ich ważność miałyby być przedłużana ponad okres związania ofertą dla zapewnienia możliwości realizacji uprawnień Zamawiającego związanych z zatrzymaniem wadium. Brak jest również przepisów, które wymagałyby przewidzenia w treści gwarancji dodatkowych terminów na zgłoszenie przez Zamawiającego żądań wynikających z okoliczności, które mogłyby wystąpić w ostatnich dniach obowiązywania gwarancji.

Nie można również zgodzić się z twierdzeniami Odwołującego, jakoby postanowienia gwarancji złożonej przez Przystępującego dotyczące sposobu zgłoszenia żądania wypłaty gwarantowi, świadczyły o nieprawidłowości złożonego wadium w kontekście postanowień SWZ, a zwłaszcza „płynności” wadium, która zgodnie z SWZ miała odpowiadać wadium wnoszonemu w pieniądzu. Zdaniem Izby, pojęcie to zostało wyczerpująco wytłumaczone przez Zamawiającego w dokumentacji. Otóż jak wskazał Zamawiający, przez tożsamą płynność wadium wnoszonego w pieniądzu oraz wadium w formie gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej rozumie on to by dochodzenie roszczenia z tytułu wadium wniesionego w tej formie nie było utrudnione. W kolejnym zdaniu sekcji 18.3 SWZ nastąpiło doszczegółowienie tego, co zamawiający uzna za zapewnienie tożsamej płynności obu form

wadialnych. Wymagał on by w treści gwarancji wadialnej znalazła się klauzula stanowiąca, iż wszystkie spory odnośnie gwarancji będą rozstrzygane zgodnie z prawem polskim i poddane jurysdykcji sądów polskich, chyba że wynika to z przepisów prawa.

Izba zgodziła się w tym zakresie ze stanowiskiem zaprezentowanym przez Przystępującego w piśmie procesowym, że z cytowanego fragmentu SWZ czytanego łącznie jednoznacznie wynika, że Zamawiający stawia wymóg „płynności” wadium wnoszonego w formie gwarancji bankowej jak wadium wniesionego w pieniądzu, przy czym ową „płynność” przeciwstawia występowaniu utrudnień w dochodzeniu roszczeń, identyfikując jako takie utrudnienie podleganie gwarancji bankowej prawu obcemu.

Gwarancja przedłożona przez Przystępującego zawiera zastrzeżenie, że „wszystkie spory odnośnie niniejszej gwarancji będą rozstrzygane zgodnie z prawem polskim i poddane jurysdykcji sądów polskich”, a zatem uznać należy, iż wymóg płynności tożsamej jak w przypadku wadium wnoszonego w pieniądzu, został w tym przypadku zachowany i jest w pełni zgodny z postanowieniami SWZ.

Następnie odnosząc się do przedstawionej przez Odwołującego interpretacji art. 98 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP, Izba pragnie wskazać, że się z nią nie zgadza. Twierdzenie, że przepis ten zawiera wskazanie terminu w jakim zamawiający może zaspokoić się z wadium z powodu zdarzeń, które zaistniały w terminie obowiązywania gwarancji, jest chybiony. Po pierwsze przepis ten odnosi się tylko i wyłącznie do okoliczności, które skutkują zwrotem wadium, a nie jego zatrzymaniem. Po drugie, upływ terminu związania ofertą skutkuje bezwzględny obowiązek Zamawiającego zwrotu wniesionego wadium. Zatem jeżeli Zamawiający, pomimo wystąpienia okoliczności uzasadniających zatrzymanie wadium, nie podejmie odpowiednich czynności skutkujących jego zatrzymaniem do upływu terminu związania ofertą, bądź okoliczności te wystąpią już po upływie terminu związania ofertą, Zamawiający ma bezwzględny obowiązek zwrotu wadium.

Na potwierdzenie powyższego można wskazać na niejednokrotnie występujące sytuacje, w których wybór oferty najkorzystniejszej następuje już po upływie terminu związania ofertą. W takiej sytuacji Zamawiający nie może być pewny czy wybrany wykonawca podpisze umowę i nie będzie mógł w takiej sytuacji zaspokoić się z wadium, które zgodnie z art. 81 ust. 1 pkt 1 zostało już zwrócone. Przepis ten ma więc charakter dyscyplinujący wobec Zamawiającego, wymuszając niejako ekonomikę prowadzonego postępowania i odpowiednie jego planowanie. Służy także wykonawcom, którzy nie muszą ponosić ekonomicznych konsekwencji utrzymywania wadium ponad okres związania ofertą.

Podkreślić należy, że w niniejszym postępowaniu termin upływu związania ofertą został wyznaczony na dzień 09 września 2022 r. Natomiast wybór oferty najkorzystniejszej został dokonany już w dniu 12 czerwca 2022 r. W związku z powyższym, nie istnieje rzeczywiście podnoszone przez Odwołującego ryzyko braku możliwości skorzystania przez Zamawiającego z uprawnień przysługujących mu na podstawie art. 98 ust. 6 ustawy PZP z uwagi na upływ ważności gwarancji bankowej w dniu 09 września 2022 r. czy sformułowany w treści gwarancji wadialnej obowiązek dostarczenia żądania wypłaty przez Zamawiającego przed ww. terminem. Tym samym, rozważania Odwołującego zdają się jawić jako jedynie hipotetyczne i nieuwzględniające rzeczywistych warunków występujących w postępowaniu, tj. odległego terminu związania ofertą, a także wyboru oferty najkorzystniejszej prawie trzy miesiące przed ww. terminem. Izba w pełni zaakceptowała argumentację przedstawioną w tym zakresie przez Zamawiającego.

Ponadto, zdaniem Izby, jak wynika wprost z przepisu art. 97 ust. 5 ustawy PZP, jak również z postanowień SWZ, w szczególności z sekcji 18.3 SWZ, ani ustawodawca, ani Zamawiający nie zawarli żadnych innych regulacji dotyczących terminu obowiązywania gwarancji wadialnej niż jedynie wskazanie, że ma on obejmować cały okres związania ofertą. Nie sprecyzowali też kwestii sposobu dostarczenia żądania wypłaty do gwaranta. W gwarancji złożonej przez Przystępującego pierwszy z tych elementów jest spełniony, natomiast drugi stanowi przejaw zwykłej praktyki rynkowej banków, co de facto potwierdził Odwołujący złożonymi przez siebie dowodami w postaci gwarancji składanych w innych postępowaniach prowadzonych przez Zamawiającego.

Zamawiający wskazał wykonawcom w specyfikacji warunków zamówienia jednoznacznie, że wystarczający jest dla niego termin obowiązywania gwarancji równy terminowi związania ofertą, natomiast warunków dotyczących sposobu dostarczenia gwarantowi żądania wypłaty kwoty wadium nie sprecyzował. Zatem gwarancja określająca taki termin i sposób zgłaszania roszczeń nie jest niezgodna z wymaganiami specyfikacji warunków zamówienia czy wymaganiami ustawowymi, a więc nie może zostać uznana za nieprawidłową.

To, że możliwym jest uzyskanie na rynku gwarancji, która w swojej treści będzie przewidywać dłuższy termin jej ważności lub dodatkowe postanowienia dotyczące sposobu czy też terminu dostarczenia żądania wypłaty do gwaranta nie jest kwestionowane przez Izbę. Powyższe nie oznacza jednak, że przepisy prawa obligują Zamawiającego by formułował takie wymagania wobec przedkładanych jako wadium gwarancji i egzekwował je od wykonawców. Powstaje również wątpliwość co do tego czy postanowienia takie nie są obarczone bezwzględną nieważnością na podstawie art. 58 Kodeksu cywilnego (tak: wyrok KIO z 17 grudnia 2021 r., KIO 3482/21 w odniesieniu do postanowień SWZ zezwalających

na wystąpienie z żądaniem wypłaty wadium w formie gwarancji lub poręczenia po upływie jego ważności), co nie stanowi jednak przedmiotu zarzutu w niniejszym postępowaniu.

Zamawiający ma przede wszystkim obowiązek działać na podstawie i w granicach prawa, a także ustalonych w SWZ wymagań. Skoro zatem dokumentacja postępowania, przepisy ustawy PZP czy też innych ustaw odnoszących się do tej materii nie przewidują tak szczegółowych wymagań dotyczących gwarancji wadialnej na jakie powołuje się Odwołujący, to nie ma podstaw by z powodu ich niespełnienia uznawać, że wadium zostało wniesione w sposób nieprawidłowy.

Stwierdzić więc należy, że gwarancja wadialna przedłożona przez Przystępującego odpowiadała wymogom ustawowym oraz określonym przez Zamawiającego w dokumentacji postępowania. Nie ma zatem podstaw do tego by twierdzić, że oferta Przystępującego powinna zostać odrzucona w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy PZP. W związku z powyższym zarzut ten podlegał oddaleniu.

### **Zarzuty dotyczące doświadczenia Kierownika ds. Utrzymania Dróg**

Pierwszy z postawionych zarzutów sprowadza się do stwierdzenia, że Przystępujący przedstawił Zamawiającemu informacje niezgodne z rzeczywistością w zakresie długości utrzymywanych dróg, co w konsekwencji doprowadziło Zamawiającego do przyznania temu wykonawcy maksymalnej liczby punktów za doświadczenie Kierownika ds. Utrzymania Dróg, podczas gdy powyższe powinno doprowadzić do wykluczenia tego wykonawcy na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 PZP i odrzucenia złożonej przez niego oferty.

Zgodnie z treścią tego przepisu z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Wymieniona przesłanka wykluczenia ma charakter fakultatywny w tym znaczeniu, że istnieje dobrowolność wprowadzenia jej do katalogu przesłanek wykluczenia w danym postępowaniu. Natomiast w sytuacji jej przewidzenia przybiera ona charakter obligatoryjny w tym sensie, że w razie zaistnienia okoliczności nią opisanych, Zamawiający ma obowiązek zastosowania wykluczenia wykonawcy, którego zachowanie wypełniło dyspozycję tejże przesłanki.

W sekcji 9.2 pkt 10 SWZ znajduje się zapis, zgodnie z którym Zamawiający wykluczy wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje

wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a zatem ma ona zastosowanie także w tym postępowaniu.

Następnie wskazać należy, że strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne (art. 534 ust. 1 ustawy PZP). Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy (art. 535 ustawy PZP). Wskazane przepisy nakładają na strony postępowania obowiązek, który zarazem jest ich uprawnieniem, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne.

Zdaniem Izby dowody przedstawione przez Zamawiającego jednoznacznie obalają twierdzenia i dowody powoływane przez Odwołującego. Zamawiający przedłożył dokumenty, z których wynika jednoznacznie, że utrzymaniu, na odcinkach dróg 77, 19 i 77a, klas G i wyższych, na terenie Rejonu w Nisku podlegało w latach 1999-2020 ponad 100 km sieci drogowej.

Wynika to przede wszystkim z dokumentów: wykazów osób pełniących obowiązki kierownika OD na poszczególnych odcinkach dróg krajowych oraz podziału sieci na odcinki, na których swoje obowiązki wykonują Kierownicy Służby Liniowej, stanowiących załączniki do zarządzeń Dyrektora Oddziału w poszczególnych latach, gdzie dla rejonu Nisko wskazano na łączną długość odcinków dróg ocenianych w ramach kryterium oceny ofert w wysokości 129,750 km za rok 2020 oraz przekraczającą 120 km aż do roku 2011 wstecz.

Także dowód w postaci SIWZ z postępowania o numerze referencyjnym O/Rz.D3.2413.23.2015 został przez Zamawiającego skutecznie zakwestionowany. Z przedstawionego wyciągu ze szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia dla ww. postępowania wynika, że na całym terenie działania Rejonu w Nisku utrzymywanych jest 122,502 km dróg, co spójne jest z informacjami zawartymi w powołanych wyżej wykazach osób pełniących obowiązki kierownika OD na poszczególnych odcinkach dróg krajowych, gdzie dla roku 2015 wskazana jest łączna długość odcinków w wysokości 122,502 km.

Nie sposób zatem zidentyfikować prezentowanej przez Odwołującego okoliczności, jakoby wykonawca L. K. przekazał Zamawiającemu informacje niezgodną z rzeczywistością, co sprawia, iż rozważania przyjęte przez Odwołującego nie zasługują na uwzględnienie.

Przechodząc do drugiej części przedmiotowego zarzutu wskazać należy, iż zgodnie z sekcją 21.1.2.1.1 SWZ w kryterium pozacenowym „Kwalifikacje zawodowe Kierownika ds.

Utrzymania Dróg” punktacja przyznawana była za: *„doświadczenie osoby wskazanej do pełnienia funkcji Kierownika ds. Utrzymania Dróg w koordynowaniu/nadzorowaniu /kierowaniu pracami związanymi z utrzymaniem dróg, obejmujących co najmniej 90 km dróg klasy min G zdobyte na stanowisku/stanowiskach związanych z realizacją czynności polegających na bezpośredniej koordynacji/nadzorowaniu /kierowaniu pracami związanymi z utrzymaniem dróg. Punkty zostaną przyznane za każdy pełny rok doświadczenia (12 miesięcy), ponad wymaganie postawione w warunkach udziału w postępowaniu. W przypadku, gdy wykazane zadania były realizowane równolegle w tym samym czasie, dublujące się okresy doświadczenia nie będą sumowane”*.

Ponadto jak wskazane zostało w SWZ kryterium „Kwalifikacje zawodowe personelu” będzie rozpatrywane na podstawie informacji podanych przez Wykonawcę w Formularzu „Kryteria pozacenowe” dotyczących doświadczenia zawodowego.

W pierwszej kolejności należy podkreślić, iż w opisie kryterium Zamawiający nie wymagał by osoba wytypowana do pełnienia roli Kierownika ds. Utrzymania Dróg legitymowała się doświadczeniem w zakresie koordynowania prac związanych z umowami o charakterze kompleksowym. Wymóg postawiony przez Zamawiającego odnosił się do posiadania doświadczenia „w koordynowaniu/nadzorowaniu /kierowaniu pracami związanymi z utrzymaniem dróg” i nie wymagał wykazywania się doświadczeniem zdobytym przy nadzorowaniu prac związanych z konkretną umową, a zwłaszcza o charakterze kompleksowym, jak starał się forsować Odwołujący. Argumentacja przedstawiana przez Odwołującego w tym zakresie nie ma oparcia w postanowieniach SWZ.

Izba przychyliła się do wyjaśnień przedstawionych przez Przystępującego, że z punktu widzenia doświadczenia zawodowego p. Ł. bez różnicy było to, ile w danym momencie koordynował umów, zakres jego obowiązków był bowiem niezmienny. Zamawiający nie przypisywał Pana Ł., jako Kierownika Rejonu, do realizacji konkretnej umowy, lecz powierzał mu nadzór i koordynację nad wszystkim pracami związanymi z bieżącym i zimowym utrzymaniem dróg zarządzanych przez Rejon. W związku z powyższym, mając na uwadze, że p. Ł. prace wymagane do uzyskania punktów w ramach kryterium oceny ofert wykonywał jako osoba zatrudniona u Zamawiającego, opis jego doświadczeń nie mógł być sporządzony, jak zdaje się tego oczekiwać Odwołujący, poprzez wskazywanie konkretnych umów realizowanych przez wykonawców usług utrzymania dróg. Zamawiający nie przypisywał bowiem p. Ł., jako Kierownika Rejonu, do realizacji konkretnej umowy, lecz powierzał mu nadzór i koordynację nad wszystkim pracami związanymi z bieżącym i zimowym utrzymaniem dróg zarządzanych przez Rejon. Ponadto obowiązek taki nie wynikał z postanowień SWZ odnoszących się do kryteriów oceny ofert.

Wskazać również należy, że w SWZ ani w treści formularza „Kryteria pozacenowe” nie było szczegółowych postanowień jak należy wypełnić rubrykę dotyczącą długości utrzymywanych dróg. Brak było również postanowień SWZ które wskazywałyby na inne wymagania w zakresie szczegółowych zasad oceny przedstawianych informacji, niż obowiązek wypełnienia stosownego formularza. W związku z powyższym należy uznać, że Zamawiający związany jest zasadami oceny ofert opisanymi w dokumentach zamówienia i nie można na obecnym etapie kreować innych, nie wynikających wprost z dokumentacji zasad oceny. Skoro zatem formularz „Kryteria pozacenowe” został przez Przystępującego wypełniony, a brak było szczegółowych zasad odnoszących się do wykazywania długości utrzymywanych dróg, nie można z tego powodu czynić wykonawcy zarzutu.

W związku z powyższym należy dojść do wniosku, że dane podane w ofercie Przystępującego co do doświadczenia Pana Ł. były wystarczające dla oceny, czy osoba ta może uzyskać punkty w kryterium oceny ofert, a Zamawiający prawidłowo przyznał tej ofercie maksymalną ilość punktów.

Oдноśnie zarzutu nr 2, w trakcie posiedzenia Odwołujący złożył oświadczenie o jego cofnięciu, a zatem nie był on rozpatrywany przez Izbę.

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

Z powyższych względów, orzeczono jak w sentencji.

**Przewodniczący:** .....

.....



.....