

Sygn. akt: KIO 785/22, KIO 787/22

**WYROK**  
**z dnia 8 kwietnia 2022 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

<b>Przewodniczący:</b>	<b>Justyna Tomkowska</b>
<b>Członkowie:</b>	<b>Agnieszka Trojanowska</b> <b>Monika Szymanowska</b>
<b>Protokolant:</b>	<b>Rafał Komoń</b>

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **6 kwietnia 2022 roku w Warszawie** odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **21 marca 2022 roku** przez wykonawców:

- 1) NBQ Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Szczecinie (Odwołujący);**
- 2) Agencja Inwestycyjna Terra Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością i Wspólnicy Spółka komandytowa z siedzibą w Poznaniu (Odwołujący 1)**

w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego – Skarb Państwa – Sąd Okręgowy w Radomiu z siedzibą w Radomiu**

**przy udziale** wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum w składzie: **(1) ZDI Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zamościu oraz (2) ZBM Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego **po stronie Zamawiającego:**

**orzeka:**

A.

1. Oddala odwołanie w sprawie KIO 785/22;

2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego – **NBQ Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Szczecinie i:**

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego – NBQ Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Szczecinie** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Odwołującego - NBQ Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Szczecinie** na rzecz Zamawiającego – Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Radomiu z siedzibą w Radomiu kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych 00/100 groszy) stanowiącą uzasadnione koszty Strony poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika

B.

1. Uwzględnia w całości odwołanie w sprawie KIO 787/22 i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzucenia oferty Odwołującego 1, a także nakazuje powtórzenie badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego 1;

2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego – **Skarb Państwa – Sąd Okręgowy w Radomiu z siedzibą w Radomiu i:**

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego 1 - Agencję Inwestycyjną Terra Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością i Wspólnicy Spółka komandytowa z siedzibą w Poznaniu** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Zamawiającego – Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Radomiu z siedzibą w Radomiu** na rzecz Odwołującego 1– Agencji Inwestycyjnej Terra Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością i Wspólnicy Spółka komandytowa z siedzibą w Poznaniu kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnastu tysięcy sześciuset złotych 00/100 groszy) stanowiącą uzasadnione koszty Strony poniesione tytułem wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U.2021 r., poz. 1129 ze zmianami) 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:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

**UZASADNIENIE**

Sygn. akt KIO 785/22

Zamawiający: Skarb Państwa - Sąd Okręgowy w Radomiu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. <<Usługa polegająca na pełnieniu funkcji Inwestora Zastępczego wraz z kompleksowym nadzorem inwestorskim przy realizacji inwestycji pn. „Budowa budynku dla Sądu Rejonowego i Prokuratury Rejonowej w Przysusze, przy ul. 11 listopada, 26 – 400 Przysucha”>>.

Dnia 21 marca 2022 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 513 pkt 1 w zw. z art. 505 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2021, poz. 1129 ze zm.) - (dalej „ustawa Pzp”), odwołanie złożył wykonawca NBQ Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Szczecinie (dalej jako „Odwołujący”). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2021/S 206-538101 dnia 22 października 2021 r.

Odwołanie złożono od niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności oraz zaniechania Zamawiającego polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum: ZDI Sp. z o.o. z siedzibą w Zamościu oraz ZBM S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej jako „konsorcjum” lub „ZDI” lub „Konsorcjum ZDI”), pomimo, że oferta Konsorcjum nie była najkorzystniejsza.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 239 ust. 1, 2 ustawy Pzp poprzez nieprawidłowe dokonanie wyboru oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej i przyznanie Konsorcjum maksymalnej liczby punktów w kryterium oceny ofert: doświadczenie osoby wyznaczonej do pełnienia funkcji Inspektora nadzoru inwestorskiego w specjalności inżynierskiej drogowej, w sytuacji gdy Konsorcjum wykazało realizację inwestycji, które nie powinny być punktowane w ramach kryteriów oceny ofert,
- 2) art. 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie i przeprowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Odwołujący wnosił o:

- 1) uwzględnienie odwołania w całości,
- 2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej - Konsorcjum ZDI,
- 3) nakazanie Zamawiającemu ponowne przeliczenie ilości punktów w kryteriach oceny ofert i odjęcie punktów Konsorcjum w pozacenowych kryteriach oceny ofert,

4) powtórzenie przez Zamawiającego czynności badania i oceny oferty i wyboru oferty najkorzystniejszej - stosownie do ustawy Pzp, oraz o obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

Zamawiający udostępnił w dniu 09 marca 2022 r. informację o rozstrzygnięciu postępowania, a więc termin na wniesienie odwołania został zachowany. Kopia odwołania została prawidłowo przekazana Zamawiającemu a Odwołujący uiszczył wpis na rachunek UZP.

Odwołujący wskazał, że posiada interes prawny we wniesieniu odwołania. W przypadku prawidłowego działania Zamawiającego oferta Odwołującego ostatecznie zostałaby oceniona jako oferta najkorzystniejsza. Oferta Odwołującego nie została wybrana jako najkorzystniejsza, przez co Odwołujący poniesie szkodę, gdyż utraci korzyści wynikające z realizacji zamówienia, tj. utraci szansę na zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego i nie uzyska z tego tytułu wynagrodzenia.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania Odwołujący podniósł, że złożył ofertę na realizację usługi zgodną w warunkami postępowania otrzymując łącznie 96,21 punktów, w tym 57,21 punktów za kryterium cena, oraz 39 punktów za kryterium doświadczenie osób pełniących funkcję inspektorów nadzoru.

Oferta Konsorcjum otrzymało łącznie 97 punktów, w tym 60 punktów za kryterium cena, oraz 37 punktów za kryterium doświadczenie osób pełniących funkcję inspektorów nadzoru. Zdaniem Odwołującego Zamawiający dokonał nieprawidłowej oceny ofert i przyznał Konsorcjum zbyt dużą ilość punktów w pozacenowym kryterium: doświadczenie osoby wyznaczonej do pełnienia funkcji Inspektora nadzoru inwestorskiego w specjalności inżynierskiej drogowej.

Odwołujący zauważył, że zgodnie z Rozdziałem XIX punkt 1 SWZ za ofertę najkorzystniejszą zostanie uznana oferta zawierająca najkorzystniejszy bilans w kryteriach:

- 1) cena ryczałtowa brutto – 60 %
- 2) doświadczenie osób pełniących funkcje inspektorów nadzoru wyznaczonych do realizacji przedmiotu zamówienia – 40 %, w tym:
  - a) doświadczenie osoby wyznaczonej do pełnienia funkcji kierownika zespołu inspektorów nadzoru inwestorskiego – 12%,
  - b) doświadczenie osoby wyznaczonej do pełnienia funkcji Inspektora nadzoru inwestorskiego w specjalności konstrukcyjno – budowlanej – 8%,
  - c) doświadczenie osoby wyznaczonej do pełnienia funkcji Inspektora nadzoru inwestorskiego w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych – 5%,
  - d) doświadczenie osoby wyznaczonej do pełnienia funkcji Inspektora nadzoru inwestorskiego w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych – 5%,

e) doświadczenie osoby wyznaczonej do pełnienia funkcji Inspektora nadzoru inwestorskiego w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych – 5%,

f) doświadczenie osoby wyznaczonej do pełnienia funkcji Inspektora nadzoru inwestorskiego w specjalności inżynierskiej drogowej – 5%.

Zgodnie z Rozdziałem XIX punkt 2 lit. f) SWZ doświadczenie osoby wyznaczonej do pełnienia funkcji Inspektora nadzoru inwestorskiego w specjalności inżynierskiej drogowej było oceniane w sposób następujący:

- jeżeli Wykonawca w Formularzu oferty wskaże osobę, która w okresie ostatnich 10 lat przed terminem składania ofert pełniła funkcję inspektora nadzoru inwestorskiego w specjalności inżynierskiej drogowej przy realizacji jednej zakończonej roboty budowlanej polegającej na budowie drogi klasy D lub drogi wewnętrznej wraz z miejscami postojowymi - otrzyma 0 punktów,
- jeżeli Wykonawca w Formularzu oferty wskaże osobę, która w okresie ostatnich 10 lat przed terminem składania ofert pełniła funkcję inspektora nadzoru inwestorskiego w specjalności inżynierskiej drogowej przy realizacji dwóch zakończonych robót budowlanych polegających na budowie drogi klasy D lub drogi wewnętrznej wraz z miejscami postojowymi - otrzyma 1 punkt,
- jeżeli Wykonawca w Formularzu oferty wskaże osobę, która w okresie ostatnich 10 lat przed terminem składania ofert pełniła funkcję inspektora nadzoru inwestorskiego w specjalności inżynierskiej drogowej przy realizacji trzech zakończonych robót budowlanych polegających na budowie drogi klasy D lub drogi wewnętrznej wraz z miejscami postojowymi - otrzyma 2 punkty,
- jeżeli Wykonawca w Formularzu oferty wskaże osobę, która w okresie ostatnich 10 lat przed terminem składania ofert pełniła funkcję inspektora nadzoru inwestorskiego w specjalności inżynierskiej drogowej przy realizacji czterech zakończonych robót budowlanych polegających na budowie drogi klasy D lub drogi wewnętrznej wraz z miejscami postojowymi - otrzyma 3 punkty,
- jeżeli Wykonawca w Formularzu oferty wskaże osobę, która w okresie ostatnich 10 lat przed terminem składania ofert pełniła funkcję inspektora nadzoru inwestorskiego w specjalności inżynierskiej drogowej przy realizacji pięciu zakończonych robót budowlanych polegających na budowie drogi klasy D lub drogi wewnętrznej wraz z miejscami postojowymi - otrzyma 4 punkty,
- jeżeli Wykonawca w Formularzu oferty wskaże osobę, która w okresie ostatnich 10 lat przed terminem składania ofert pełniła funkcję inspektora nadzoru inwestorskiego w specjalności inżynierskiej drogowej przy realizacji sześciu zakończonych robót budowlanych polegających na budowie drogi klasy D lub drogi wewnętrznej wraz z miejscami postojowymi - otrzyma 5 punktów.

Zgodnie z opisem kryterium Zamawiający oczekiwał od wykonawców, że ci w ramach specjalności inżynierskiej drogowej wskażą osobę, która pełniła funkcję inspektora nadzoru inwestorskiego w specjalności inżynierskiej drogowej przy realizacji zakończonych robót budowlanych polegających na budowie drogi klasy D lub drogi wewnętrznej wraz z miejscami postojowymi.

Z przedłożonego przez Konsorcjum Załącznika nr 8 do SWZ „WYKAZ OSÓB”, wynika, że Pani R. Sz. – wskazana jako Inspektor nadzoru inwestorskiego w specjalności drogowej, posiadająca uprawnienia budowlane nr LUB/0180/OW/OD do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności drogowej, dysponuje odpowiednim doświadczeniem przy budowie drogi co najmniej klasy D lub drogi wewnętrznej wraz z miejscami postojowymi. Konsorcjum wykazało, że Pani R. Sz. pełniła funkcję inspektora nadzoru inwestorskiego w swojej specjalności przy:

- 1) „Budowie Budynku Sądu Okręgowego i Sądu Rejonowego u zbiegu ulic: Wyszyńskiego, Zamojskiego, Pawłówka w Zamościu”, oraz że w ramach tej inwestycji wykonano drogi wewnętrzne wraz z miejscami parkingowi;
- 2) „Rozbudowie kanalizacji sanitarnej wraz z modernizacją oczyszczalni ścieków w Krasnymstawie”, oraz że w ramach tej inwestycji wykonano drogi wewnętrzne wraz z miejscami parkingowi;
- 3) „Regionalnym Zakładzie Zagospodarowania Odpadów w Dębowcu”, oraz że w ramach tej inwestycji wykonano drogi wewnętrzne wraz z miejscami parkingowi;
- 4) Budowa drogi dojazdowej do węzła drogowego Dąbrowica obwodnicy miasta Lublin w ciągu dróg ekspresowych S12, S17 i S19”. Budowa drogi klasy S;
- 5) „Rozbudowa drogowego przejścia granicznego w Zosinie”, oraz że w ramach tej inwestycji wykonano drogi wewnętrzne wraz z miejscami parkingowi,
- 6) „Przebudowa ul. Lubelskiej w Zamościu (od ronda Pamięci Ofiar Zbrodni Wołyńskiej do granicy miasta Zamość” – droga klasy Z.

Konsorcjum wykazało realizację sześciu (6) robót budowlanych polegającej na budowie drogi co najmniej klasy D lub drogi wewnętrznej, Zamawiający przyznał wykonawcy maksymalną ilość 5 punktów. Zdaniem Odwołującego dwie (2) ze wskazanych inwestycji, nie spełniają warunków określonych przez Zamawiającego. Zastrzeżenie dotyczy:

- a) „Przebudowy ul. Lubelskiej w Zamościu (od ronda Pamięci Ofiar Zbrodni Wołyńskiej do granicy miasta Zamość” – droga klasy Z.
- b) „Rozbudowy kanalizacji sanitarnej wraz z modernizacją oczyszczalni ścieków w Krasnymstawie”.

Ustawodawca w ustawie z dnia 21.03.1985 r. o drogach publicznych zdefiniował między innymi czym jest: budowa drogi, przebudowa drogi, remont drogi. Zgodnie z art. 4 pkt 17 budową drogi jest wykonanie połączenia drogowego między określonymi miejscami lub

miejscowościami, a także jego odbudowę i rozbudowę. Zgodnie z art. 3 pkt 17 ustawy przebudową drogi jest wykonywanie robót, w których wyniku następuje podwyższenie parametrów technicznych i eksploatacyjnych istniejącej drogi, niewymagających zmiany granic pasa drogowego. Z uwagi na dwie niezależne definicje budowy drogi nie należy utożsamiać z przebudową drogi ( tak wyrok KIO z dnia 06.11.2013 r., KIO 2492/13).

Ad. a)

Inwestycja „Przebudowa ul. Lubelskiej w Zamościu (od ronda Pamięci Ofiar Zbrodni Wołyńskiej do granicy miasta Zamość” – droga klasy Z, zawiera w swej nazwie określenie „przebudowa”, co na wstępie dyskwalifikuję tę inwestycję jako niezgodną z warunkami postępowania, za którą w pozacenowym kryterium powinna zostać odjęta punktacja.

Z dostępnej na stronie Urzędu Miasta Zamość SIWZ, dotyczącej „Przebudowy na ul. Lubelskiej w Zamościu (od ronda Pamięci Ofiar Zbrodni Wołyńskiej do granicy miasta Zamość”.; [https://umzamosc.bip.lubelskie.pl/index.php?id=71&p1=szczegoly\\_zal&p2=440029](https://umzamosc.bip.lubelskie.pl/index.php?id=71&p1=szczegoly_zal&p2=440029), wynika, że przedmiotem tego zamówienia była wyłącznie przebudowa ulicy Lubelskiej od ronda Pamięci Ofiar Zbrodni Wołyńskiej do granicy Miasta Zamość.

Zgodnie z pkt 3.2. SIWZ zakres robót obejmował: (I) roboty rozbiórkowe i przygotowawcze, (II) przebudowę ulicy Lubelskiej, (III) wykonanie czasowej i stałej organizacji ruchu drogowego. Wskazane zadanie inwestycyjne nie dotyczyło budowy drogi, a więc Konsorcjum bezpodstawnie wskazało tę inwestycję jako potwierdzenie wykonywania przez Panią R. Sz. nadzoru inwestycyjne przy budowie drogi lub drogi wewnętrznej wraz z miejscami postojowymi.

Zamawiający będąc w błędzie przyznał Konsorcjum niesłusznie dodatkową punktację, chociaż nie budzi wątpliwości, że przebudowa nie jest tym samym co budowa dróg. Powyższe potwierdza dodatkowo treść decyzji z dnia 30.08.2019 r., nr 208/2019 o zatwierdzeniu projektu budowlanego i udzieleniu pozwolenia na budowę, z której wynika, że będą wykonane wyłącznie prace związane z przebudową ulicy: jezdni, chodnika, zjazdów, a nie budową. Elementy inwestycji, których dotyczyła budowa to: ścieżka rowerowa, kanalizacja deszczowa czy kanał technologiczny. Wśród tych elementów nie ma pozwolenia na budowę ani drogi, drogi wewnętrznej wraz z miejscami parkingowymi.

Ad. b)

Inwestycja „Rozbudowa kanalizacji sanitarnej wraz z modernizacją oczyszczalni ścieków w Krasnymstawie”, w swojej nazwie nie zawiera żadnego odniesienia do wykonywania robót budowlanych dotyczących drogi. Inwestycja nadzorowana przez Panią R. Sz. dotyczyła przebudowy kanalizacji sanitarnej oraz modernizacji oczyszczalni ścieków w Krasnymstawie. Na stronie internetowej Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. <http://pgkkrasnystaw.pl/?start=175>, zostały zamieszczone podstawowe informacje o projekcie obejmującym rozbudowę kanalizacji sanitarnej w Krasnymstawie wraz



z modernizacją gospodarki osadowej oczyszczalni ścieków. W zakresie rzeczowym robót budowlanych znalazła się:

„a) Rozbudowa systemu sieci kanalizacji sanitarnej:

- Wybudowanie 36,5 km kanalizacji sanitarnej, w tym 30,0 km kanalizacji grawitacyjnej, 6,5 km kanalizacji ciśnieniowej,
- ścieki z terenu miasta będą odprowadzane do OŚ w Krasnymstawie,
- planowana liczba RLM podłączonych w ramach realizacji projektu to 4132RLM,
- wzrost procentu skanalizowania w wyniku realizacji projektu z 75% do 93,3%;

b) Modernizacja gospodarki osadowej na oczyszczalni ścieków:

- w ramach projektu zostanie wykonany następujący zakres modernizacji: zbiorniki osadów z ruchomym dnem, skip załadowniczy, stacja odwadniania osadów, suszarnia osadów ściekowych, silos, podnośnik kubelkowy, pompy nadawy osadu odwodnionego oraz kotłownia;
- c) Rozbudowa systemu GIS:

- polegać będzie na uruchomieniu dodatkowych modułów Zintegrowanego Systemu Informatycznego wraz z platformą wymiany informacji z mieszkańcami IBOK.

3.2. Roboty budowlane wykonywane będą przez wykonawców wyłonionych w drodze oddzielnych przetargów publicznych w oparciu o ustawę Prawo Zamówień Publicznych. Roboty budowlane obejmować będą:

a) Rozbudowę systemu sieci kanalizacji sanitarnej w Krasnymstawie: Zadanie III: ul. Stokowa (ul. Stokowa, ul. Ściegiennego, ul. Bielezzy, ul. Niesieckiego, ul. Wąska, ul. Czuby, ul. Łukasińskiego);

b) Rozbudowę systemu sieci kanalizacji sanitarnej w Krasnymstawie: Zadanie IV: Planowane osiedle pomiędzy ulicami: Polewana, Okrzei, Królowej Jadwigi;

c) Rozbudowę systemu sieci kanalizacji sanitarnej w Krasnymstawie: Zadanie I: ul. Kościuszki (ul. Kościuszki do granicy aglomeracji, ul. Łąkowa, ul. Topolowa, ul. Bociania, ul. Polewana).

d) Rozbudowę systemu sieci kanalizacji sanitarnej w Krasnymstawie: Zadanie II: ul. Witosa (ul. Witosa do granicy aglomeracji, ul. Ułańska, ul. Bławatna, ul. Wiśniowa, ul. Kwiatowa, ul. Gołębia, ul. Polna, ul. Kólkowa, ul. Kickiego, ul. Jabłonkowa, ul. Makowa, ul. Bohaterów Września, ul. Wójta Stanisława);

e) Modernizację gospodarki osadowej na oczyszczalni ścieków;

f) Rozbudowę systemu GIS.”

Zatem wskazana przez Konsorcjum inwestycja nie dotyczyła ani przebudowy drogi co najmniej klasy D lub drogi wewnętrznej z miejscami postojowymi.

Ponadto zamieszczona na stronie Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. w Krasnymstawie prezentacja, dotycząca podsumowania inwestycji, dostępna pod adresem

[https://jrp.pgkkrasnystaw.pl/wpcontent/uploads/2021/10/Prezentacja\\_na\\_zakonczenie\\_01\\_09\\_2021-1.pdf](https://jrp.pgkkrasnystaw.pl/wpcontent/uploads/2021/10/Prezentacja_na_zakonczenie_01_09_2021-1.pdf), zawiera zdjęcia, z których wynika, że prace wykonywane przy rozbudowie kanalizacji sanitarnej wraz z modernizacją oczyszczalni ścieków nie dotyczyły budowy drogi, drogi wewnętrznej z miejscami postojowymi. Na zdjęciach widoczne jest, że prace budowlane wykonywane są na nieutwardzonym terenie niebędącym drogą. Jakakolwiek ingerencja w drogę mogła stanowić co najwyżej przebudowę albo odtworzenie drogi w zakresie niezbędnym do przywrócenia stanu sprzed realizacji robót (odtworzenie nawierzchni) związanych z rozbudową kanalizacji sanitarnej. Nie przesądza to jednak i nie świadczy o tym, że była to realizacja robót budowlanych polegających na budowie drogi klasy D lub drogi wewnętrznej wraz z miejscami postojowymi, tak jak tego oczekiwał Zamawiający.

Jednocześnie w ocenie Odwołującego Zamawiający naruszył art. 16 ustawy Pzp stanowiący o tym, że Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny. Zamawiający przyznając Konsorcjum dodatkowe punkty w pozacenowym kryterium za inwestycje, które nie odpowiadają opisowi warunków oferty i jej oceny naruszył zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

W związku z powyższym Odwołujący wnosil jak na wstępie.

#### Sygn. akt KIO 787/22

W tym samym postępowaniu odwołanie złożył wykonawca Agencja Inwestycyjna Terra Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością i Wspólnicy Spółka komandytowa z siedzibą w Poznaniu (dalej jako „Odwołujący 1” lub „Terra”).

Odwołanie wniesiono z zachowaniem ustawowego terminu dla czynności. Kopia odwołania została prawidłowo przekazana Zamawiającemu. Odwołujący uiscił wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP.

Odwołanie złożono od czynności Zamawiającego, polegającej na dokonaniu oceny ofert, odrzuceniu oferty Odwołującego 1 oraz wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu.

Odwołujący 1 zarzucał Zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 14 w zw. z art. 16 pkt 1) PZP poprzez jego bezpodstawne zastosowanie w sytuacji, w której wadium nie zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, a w konsekwencji dokonanie oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty bez uwzględnienia oferty Odwołującego 1, w sytuacji, w której:

a) Zamawiający nie wskazał naruszenia przez Odwołującego 1 się żadnego przepisu PZP, które to naruszenie mogłoby skutkować nieprawidłowością wadium;

b) Wadium złożone przez Odwołującego 1 spełnia wszystkie wymogi wynikające z art. 97, w szczególności z ust. 5 i 6 tego artykułu, tj. zostało wniesione przed upływem terminu składania ofert i utrzymywane jest nieprzerwanie do dnia upływu terminu związania ofertą, a przedłużenie terminu związania ofertą zostało dokonane wraz z przedłużeniem okresu ważności wadium;

co w konsekwencji skutkowało również naruszeniem zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania Wykonawców.

Odwołujący 1 wnosił o:

1. uwzględnienie odwołania w całości i unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na dokonaniu oceny ofert, odrzuceniu oferty Odwołującego 1 oraz wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu
2. nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania ofert, wyboru najkorzystniejszej oferty, z uwzględnieniem oferty Odwołującego 1, jako nie podlegającej odrzuceniu;
3. zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego.

Odwołujący podkreślił, że posiada interes prawny we wniesieniu odwołania, ze względu na to, że wskutek niezgodnego z prawem działania Zamawiającego utracił możliwość uzyskania zamówienia. Gdyby oferta Odwołującego 1 nie została odrzucona i została oceniona w postępowaniu, byłaby korzystniejsza od oferty wybranej przez Zamawiającego. Brak udzielenia zamówienia Odwołującemu 1 w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów PZP skutkuje powstaniem po stronie Odwołującego szkody w postaci utracenia zysku z realizacji zamówienia oraz utracenia kosztów poniesionych przez Odwołującego w związku z udziałem w tym postępowaniu.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania Odwołujący 1 wskazał, że decyzja Zamawiającego o odrzuceniu oferty była nieprawidłowa. Odwołujący Terra złożył ofertę w postępowaniu i wniósł wadium w formie poręczenia zapłaty nr 158/11/2021/PW. Zamawiający wskazał w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty, że z treści poręczenia wynikało, że jest ono terminowe i udzielone na okres od 26 listopada 2021 roku do 23 lutego 2022 roku, a żądanie Zamawiającego do zapłaty wadium powinno być złożone w okresie obowiązywania poręczenia. Według Zamawiającego zgłoszenie żądania zabezpieczenia w okresie jego obowiązywania nie zabezpiecza interesu Zamawiającego w sposób wystarczający, bo Zamawiający winien mieć praktyczną możliwość dokonania zatrzymania wadium z tytułu zdarzeń zaistniałych do upływu terminu, na jaki zabezpieczenie zostało ustanowione.

Na tej samej podstawie Zamawiający odrzucił oferty pozostałych trzech oferentów, przy czym w stosunku do dwóch z nich odnosił się do przedłużonego okresu związania ofertą, tj. do 24 kwietnia 2022 roku.

W uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego 1 Zamawiający nie odniósł się w żaden sposób do tego, że w toku postępowania, w dniu 17 lutego 2022 roku Zamawiający wezwał Wykonawcę do przedłużenia okresu związania ofertą do dnia 24 kwietnia 2022 roku, ze względu na to, że nie zdoła on dokonać wyboru najkorzystniejszej oferty przed upływem pierwotnie określonego terminu związania ofertą, tj. do 23 lutego 2022 roku. Takie oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą Wykonawca złożył w dniu 18 lutego 2022 roku, załączając również poręczenie zapłaty wadium na przedłużony okres związania ofertą, od dnia 23 lutego 2022 roku do dnia 23 maja 2022 roku.

W przypadku Odwołującego 1 Zamawiający może więc teoretycznie skorzystać z tego zabezpieczenia w okresie do 23 maja 2022 roku, co w pełni zabezpiecza jego interes (niezależnie od tego, że Odwołujący<sup>1</sup> jest związany ofertą tylko do 24 kwietnia 2022 roku, a zatem zabezpieczenie po tym terminie traci rację bytu). Zamawiający w żaden sposób nie odniósł się do kwestii zabezpieczenia przez Wykonawcę oferty w okresie, o którego przedłużenie sam wnioskował, z przyczyn leżących po jego stronie. Pomiął tym samym istotne fakty, opierając swoją decyzję na nieprawdziwych okolicznościach.

Zgodnie z art. 97 ust. 5 ustawy Pzp „Wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert i utrzymuje nieprzerwanie do dnia upływu terminu związania ofertą (...)”. W doktrynie jednoznacznie wskazuje się, że *„Generalną zasadą jest obowiązek wniesienia wadium jeszcze przed upływem terminu składania ofert, przy czym wykonawca musi utrzymać je co najmniej do dnia określonego przez zamawiającego, w którym upływa termin związania ofertą, chyba że zamawiający udzieli zamówienia albo upłynie okres, w którym wykonawcy mogą skorzystać ze środków ochrony prawnej po czynności unieważnienia postępowania przed upływem tego terminu. Ten ostatni przypadek nie dotyczy sytuacji, gdy nie zostało rozstrzygnięte odwołanie na czynność unieważnienia. Ustawodawca utrzymał dotychczasową zasadę, wskazującą na konieczność przedłużania ważności wadium lub obowiązek wniesienia nowego każdorazowo, gdy wykonawca przedłuży termin związania ofertą.”* (Ewa Wiktorowska w: Gawrońska-Baran Andrzej i in., Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, opublikowano: WKP 2021, LEX/el. 2021 - komentarz, stan prawny: 15 września 2021 r.).

Przywołane przez Zamawiającego orzeczenia KIO i SO w Częstochowie nie mają zastosowania w sprawie Odwołującego Terra, jako że dotyczą okresu związania ofertą, który nie był przedłużany w toku postępowania. Wobec tego, w przywoływanych orzeczeniach na dzień dokonywania oceny ofert istotne znaczenie miały jedynie dokumenty składane wraz z ofertą. W tym postępowaniu, na skutek przedłużenia okresu związania ofertą i jednocześnie – przedłużenia okresu ważności wadium, w chwili dokonywania oceny ofert Zamawiający dysponował poręczeniem obowiązującym nieprzerwanie przez cały okres związania ofertą i dodatkowo, na okres 1 miesiąca. Przywoływane przez Zamawiającego

orzeczenia, z których wynika, że oferta nie może być modyfikowana czy uzupełniana, z przyczyn oczywistych nie mają zastosowania w sprawie, bo konieczność przedłużenia ważności wadium w przypadku przedłużenia okresu związania ofertą wynika wprost z przepisów prawa (art. 97 ust. 6 PZP) i z wezwania Zamawiającego, zwracającego się do oferentów z takim wnioskiem. Ostatecznie więc, w chwili dokonywania oceny ofert wadium Wykonawcy zabezpieczało roszczenia Zamawiającego nieprzerwanie przez okres zabezpieczenia.

Orzeczenia, na które powołuje się Zamawiający nie mają zastosowania w przedmiotowej sprawie. Nawet w przypadku gdyby stan faktyczny w tych sprawach był tożsamy ze sprawą, nie sposób zgodzić się z takim rozstrzygnięciem. W ocenie Odwołującego, zasady wnoszenia wadium określone zostały w art. 97 PZP w sposób kompletny i wyczerpujący. Z ust. 5 wynika jednoznacznie, że *„wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert i utrzymuje nieprzerwanie do dnia upływu terminu związania ofertą”*. Jak często podnoszono w orzecznictwie, *„wadium służy zabezpieczeniu oferty, a w konsekwencji zabezpieczeniu zawarcia umowy w sprawie wykonania zamówienia publicznego. Podstawową funkcją wadium jest możliwość zaspokojenia zamawiającego w razie ziszczenia się przesłanki wskazanej w treści dokumentu wadialnego, wynikającej z przepisów PZP. Poręczenie, jako zabezpieczenie, ma charakter akcesoryjny wobec roszczenia podstawowego, co oznacza że istnienie poręczenia zależy każdorazowo od istnienia i zakresu zobowiązania dłużnika, bowiem pozostaje do niego w stosunku zależności i „dzieli jego los”*. W takim przypadku brak jest prawnego uzasadnienia dla twierdzenia, że po upływie okresu związania ofertą, tj. w sytuacji, w której oferta Wykonawcy już nie obowiązuje, konieczne byłoby utrzymywanie jej zabezpieczenia. To Zamawiający, jako swoisty „gospodarz postępowania” ma możliwość takiego prowadzenia postępowania, aby móc skorzystać z zabezpieczenia w dogodny dla siebie sposób, w sposób uwzględniający jego interes i pozwalający na realizację ustanowionego przez siebie zabezpieczenia.

Zamawiający dokonał otwarcia ofert w listopadzie 2021 roku, 17 lutego 2022 roku, a więc tydzień przed zakończeniem okresu związania ofertą zwrócił się do oferentów o przedłużenie okresu związania ofertą i przedłużenie ważności wadium, tak aby zabezpieczyć swój interes. Zamawiający prowadzi postępowanie samodzielnie i zgodnie ze swoją wiedzą dotyczącą istotnych okoliczności wpływających na postępowanie i ma możliwość podejmowania takich czynności, które pozwalają mu na zabezpieczenie swoich interesów w sytuacji, w której istnieje ryzyko upływu terminu związania ofertą. Gdyby racjonalny ustawodawca dostrzegał potrzebę dodatkowego zabezpieczenia Zamawiającego, polegającą na ustaleniu dłuższego okresu realizacji zabezpieczenia, to zapewniłby Zamawiającemu taką możliwość. Tymczasem przepisy w tym zakresie są jednoznaczne – wadium, aby zabezpieczać prawidłowo interes Zamawiającego ma być utrzymywane

nieprzerwanie do dnia upływu terminu związania ofertą, bez dodatkowych warunków. Zamawiający nie jest uprawniony do samodzielnego i arbitralnego ustalania dodatkowych wymogów dotyczących wadium, tym bardziej w sytuacji, w której takiego dodatkowego wymogu nawet nie przewidział w dokumentacji postępowania. Działanie Zamawiającego polegające na uznaniu wadium Odwołującego za wniesione nieprawidłowo wynika z nieuprawnionej nadinterpretacji obowiązujących w tym zakresie przepisów, co prowadzi wprost do naruszenia przepisów PZP i naruszenia zasad uczciwej konkurencji w zamówieniach publicznych i naruszenia zasady równego traktowania wykonawców.

W przedmiotowym przypadku wadium zostało wniesione przez Wykonawcę na okres związania ofertą, a następnie, na wniosek Zamawiającego i z przyczyn leżących po jego stronie przedłużone na okres o miesiąc dłuższy niż okres związania ofertą. Zamawiający był i jest nadal zabezpieczony w całym, ustalonym przez siebie okresie związania ofertą, z pełną możliwością realizacji ewentualnych roszczeń.

Pierwotny termin związania ofertą wyznaczony został na 23 lutego 2022 roku i do tego terminu Wykonawca, zgodnie z przepisami ustawy Pzp i punktu XXIV.5 SWZ zabezpieczył ofertę złożonym wadium. Gdyby umowa została podpisana w terminie, Zamawiający byłby zabezpieczony poprzez zabezpieczenie należytego wykonania umowy, o którym mowa w punkcie XXV SWZ. Z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego i na jego wniosek przedłużono okres związania ofertą, w wyniku czego Wykonawca przedłużył zabezpieczenie wadium i Zamawiający jest uprawniony do realizacji roszczeń z niego wynikających do 23 maja 2022 roku. W uzasadnieniu odrzucenia oferty Wykonawcy Zamawiający w ogóle nie odnosi się do kwestii przedłużenia okresu związania ofertą przez Wykonawcę i do zabezpieczenia tego okresu, mimo iż w przypadku pozostałych ofert odrzucenie uzasadnia już na podstawie dokumentów złożonych w wyniku przedłużenia okresu związania ofertą. W tym zakresie uzasadnienie jest niespójne i rozbieżne w stosunku do poszczególnych oferentów, co tym bardziej dowodzi wadliwości odrzucenia oferty Wykonawcy i naruszenia naczelnej zasady prawa zamówień publicznych, tj. zasady równego traktowania Wykonawców.

Zdaniem Odwołującego 1 stanowisko Zamawiającego jest nieprawidłowe i bezpodstawne, a wadium zostało przez Odwołującego 1 złożone prawidłowo, zabezpieczając nie tylko cały okres związania ofertą – zarówno pierwotnie, jak i po przedłużeniu tego okresu (co byłoby już prawidłowe, wystarczające i zgodne z PZP), ale na okres znacznie dłuższy, wobec czego brak było podstaw do odrzucenia jego oferty i w konsekwencji do dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty z pominięciem oferty Odwołującego.

W sytuacji wydatkowania środków publicznych Zamawiający powinien był dochować najwyższej staranności i podjąć działania mające na celu zbadanie ofert (a w tym przypadku

najkorzystniejszej oferty Odwołującego 1) wnikliwie i rzetelnie, tak aby dokonać wyboru uwzględniającego interes Zamawiającego oraz interes publiczny. W konsekwencji Zamawiający powinien był zweryfikować ofertę Odwołującego Terra na podstawie złożonej oferty i przedstawionych dokumentów aktualnych na dzień dokonania oceny i nie miał podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego 1.

W przedmiotowym postępowaniu Wykonawca zgodnie z żądaniem Zamawiającego jest związany ofertą do dnia 24 kwietnia 2022 roku, a złożone przez niego wadium w pełni i nieprzerwanie zabezpieczało i nadal zabezpiecza możliwość zaspokojenia przez Zamawiającego jego ewentualnych roszczeń w całym okresie związania ofertą i jest zgodne z obowiązującymi w tym zakresie przepisami oraz z warunkami określonymi przez Zamawiającego w punkcie XXIV.5 SWZ postępowania;

Zarówno wcześniejsza czynność oceny ofert i odrzucenie oferty Odwołującego 1, jak i dokonana w następstwie tej czynności czynność wyboru najkorzystniejszej oferty były dokonane wadliwie, z naruszeniem przepisów ustawy PZP i warunków postępowania.

Mając na uwadze powyższe, w ocenie Terra odwołanie powinno zostać uwzględnione, a odrzucenie oferty Wykonawcy, ocena ofert i wybór najkorzystniejszej oferty – unieważnione.

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

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem któregośkolwiek z odwołań, odwołania nie zawierały braków formalnych i mogły zostać rozpoznane merytorycznie.

Izba uznała, iż obaj Odwołujący wykazali interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełniono materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 513 ustawy Pzp. Możliwość dokonania w sposób nieprawidłowy czynności badania i oceny ofert, a w konsekwencji odrzucenie oferty Odwołującego 1 jako niezabezpieczonej wadium, pozbawia Wykonawcę możliwości uzyskania zamówienia i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wykonywania zamówienia, co stanowi jego materialną szkodę. Z kolei w przypadku sprawy KIO 785/22 dokonanie w sposób nieprawidłowy badania i oceny ofert, w tym przyznanie

wybranemu wykonawcy zbyt dużej liczby punktów w ramach ustalonych kryteriów oceny doświadczenia zawodowego pozbawia Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia.

Do postępowań odwoławczych zgłoszenie przystąpienia po stronie Zamawiającego w obu sprawach złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, konsorcjum w składzie (1) ZDI Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zamościu oraz (2) ZBM Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Przystępujący” lub „konsorcjum ZBM”). Izba potwierdziła skuteczność zgłoszonych przystąpień i dopuściła Wykonawcę jako Przystępującego.

Zamawiający złożył pisemne odpowiedzi na poszczególne odwołania.

W sprawie KIO 785/22 Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający wskazał, że dokonał prawidłowej oceny ofert i przyznał Konsorcjum ZDI prawidłową ilość punktów w pozacenowym kryterium: doświadczenie osoby wyznaczonej do pełnienia funkcji Inspektora nadzoru inwestorskiego w specjalności inżynierskiej drogowej. Zamawiający przedstawił wyjaśnienia dotyczące dwóch z sześciu nadzorowanych przez tę osobę robót budowlanych w specjalności inżynierskiej drogowej, o których mowa w odwołaniu NBQ:

I. „Rozbudowa kanalizacji sanitarnej wraz z modernizacją oczyszczalni ścieków w Krasnymstawie. W ramach inwestycji wykonano drogi wewnętrzne wraz z miejscami parkingowymi.”

W postępowaniu na pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu została wybrana oferta firmy ZDI Sp. z o.o. — Lider Konsorcjum oraz Rejonowy Zarząd Inwestycji Człuchów Sp. z o.o., został określony zakres inwestycji. W SIWZ, na stronie 13, wskazano między innymi, że jednym z wymogów było dysponowanie „Ekspertem kluczowym: Inspektor Nadzoru — Specjalista ds. drogowych”. Sama inwestycja została podzielona na sześć zadań. W co najmniej czterech częściach postępowania zawierały również roboty w specjalności inżynierskiej drogowej. I tak:

1. Dla zadania I pn. „Rozbudowa systemu sieci kanalizacji sanitarnej w Krasnymstawie: Zadanie I: ul. Kościuszki (ul. Kościuszki od granicy aglomeracji, ul. Łąkowa, ul. Topolowa, ul. Bociania, ul. Polewana)” - realizowana w ramach projektu „Rozbudowa kanalizacji sanitarnej wraz z modernizacją oczyszczalni ścieków w Krasnymstawie”

- a) w ogłoszeniu o zamówieniu na roboty budowlane, na stronie 2, w punkcie „Krótki opis” wskazana została między innymi „rozbiórka oraz odtworzenie elementów drogowych”,
- b) w SIWZ, na stronie 5, wskazane zostały między innymi roboty drogowe (kod CPV 45233140-2) oraz wymiana nawierzchni drogowej (kod CPV 45233223-8), a na stronie 9



sformułowane zostały wymagania, aby wykonawca dysponował kierownikiem robót drogowych,

c) w spisie dokumentacji projektowej, na stronie 2, zostały wymienione między innymi: Projekt odbudowy Nawierzchni - opis techniczny, Plan sytuacyjny + Przekroje konstrukcyjne — branża drogowa.

2. Dla zadania II pn. „Rozbudowa systemu sieci kanalizacji sanitarnej w Krasnymstawie: Zadanie II: ul. Witosa (ul. Witosa do granicy aglomeracji; ul. Ułańska; ul. Bławatna; ul. Wiśniowa; ul. Gołębiowa; ul. Polna; ul. Kółkowa; ul. Kickiego; ul. Jabłonkowa; ul. Makowa; ul. Bohaterów Września; ul. Wójta Stanisława)”— realizowana w ramach projektu „Rozbudowa kanalizacji sanitarnej wraz z modernizacją oczyszczalni ścieków w Krasnymstawie”:

a) w ogłoszeniu o zamówieniu na roboty budowlane, na stronie 3, w punkcie „Opis zamówienia” wskazana została między innymi „rozbiórka oraz odtworzenie elementów drogowych”,

b) w SIWZ, na stronie 5, wskazane zostały między innymi roboty drogowe (kod CPV 45233140-2) oraz wymiana nawierzchni drogowej (kod CPV 45233223-8), a na stronie 9 sformułowane zostały wymagania, aby wykonawca dysponował kierownikiem robót drogowych,

c) w spisie dokumentacji projektowej, na stronie 2 i 3, wymienione zostały między innymi: Projekt odbudowy Nawierzchni — opis techniczny, Plan sytuacyjny + Przekroje konstrukcyjne — branża drogowa.

3. Dla zadania III pn. „Rozbudowa systemu sieci kanalizacji sanitarnej w Krasnymstawie: Zadanie III: ul. Stokowa (ul. Stokowa, ul. Ściegiennego, ul. Bieleśzy, ul. Niesieckiego, ul. Wąska, ul. Czuby, ul. Łukasińskiego)” realizowane w ramach projektu „Rozbudowa kanalizacji sanitarnej wraz z modernizacją oczyszczalni ścieków w Krasnymstawie”:

a) w ogłoszeniu o zamówieniu na roboty budowlane, na stronie 5, w punkcie „Krótki opis zamówienia” wskazana została między innymi „rozbiórka oraz odtworzenie elementów drogowych”,

b) w SIWZ, na stronie 5, wskazane zostały między innymi roboty drogowe (kod CPV 45233140-2) oraz wymiana nawierzchni drogowej (kod CPV 45233223-8), a na stronie 9 sformułowane zostały wymagania, aby wykonawca dysponował kierownikiem robót drogowych,

c) w spisie dokumentacji projektowej, na stronie 2 i 3, wymienione zostały między innymi: Projekt odbudowy nawierzchni — opis techniczny, Plan sytuacyjny + Przekroje konstrukcyjne — branża drogowa, Szczegółowe Specyfikacje Techniczne — odtworzenie nawierzchni.

4. Dla zadania IV pn. „Rozbudowa systemu sieci kanalizacji sanitarnej w Krasnymstawie: Zadanie IV: Planowane osiedle pomiędzy ulicami: Polewaną; Okrzei; Królowej Jadwigi” -

realizowane w ramach projektu „Rozbudowa kanalizacji sanitarnej wraz z modernizacją oczyszczalni ścieków w Krasnymstawie”:

- a) w ogłoszeniu o zamówieniu na roboty budowlane, na stronie 5, w punkcie „Krótki opis zamówienia” wskazana została między innymi „rozbiórka oraz odtworzenie elementów drogowych”
- b) w SIWZ, na stronie 5, wskazane zostały między innymi roboty drogowe (kod CPV 45233140-2) oraz wymiana nawierzchni drogowej (kod CPV 45233223-8), a na stronie 8 sformułowane zostały wymagania, aby wykonawca dysponował kierownikiem robót drogowych,
- c) w spisie dokumentacji projektowej, na stronie 1, wymienione zostały między innymi: Projekt odbudowy Nawierzchni — opis techniczny, Szczegółowe Specyfikacje Techniczne — Rozbudowa sieci kanalizacji sanitarnej w Krasnymstawie — odtworzenie nawierzchni.

Wobec powyższego zarzut Odwołującego, że inwestycja nie zawiera żadnego odniesienia do robót budowlanych dotyczących drogi oraz, że inwestycja nadzorowana przez Panią R. Sz. dotyczyła jedynie przebudowy kanalizacji sanitarnej oraz modernizacji oczyszczalni ścieków w Krasnymstawie jest bezzasadny, gdyż inwestycja dotyczyła również robót branży inżynierskiej drogowej, polegającej głównie na odbudowie nawierzchni drogowej. Ponadto Pani R. Sz. nie mogła pełnić nadzoru nad robotami instalacji sanitarnych, gdyż takich uprawnień nie posiada, a mogła jedynie pełnić funkcję inspektora nadzoru inwestorskiego w specjalności inżynierskiej drogowej.

Ponadto to, że inwestycja nie zawiera w swojej nazwie żadnego odniesienia do wykonywania robót budowlanych dotyczących dróg, nie przesądza, iż w ramach tej inwestycji drogi nie były wykonywane.

Zatem Konsorcjum ZDI spełniło wymagania SWZ wykazując, że w ramach rozbudowy kanalizacji sanitarnej wraz z modernizacją oczyszczalni ścieków w Krasnymstawie zostały wykonane drogi wewnętrzne wraz miejscami parkingowymi.

Należy również nadmienić, iż podobne nazwy dla specjalności inżynierskiej drogowej, Konsorcjum ZDI wykazało dla dwóch innych robót budowlanych, do których to Odwołujący nie wnosi jednak zastrzeżeń.

II. „Przebudowa ul. Lubelskiej w Zamościu (od ronda Pamięci Ofiar Zbrodni Wołyńskiej do granicy miasta Zamość — droga klasy Z”.

Z uwagi na nieadekwatną do wymogów SWZ nazwę zadania inwestycyjnego, Zamawiający dokonał szczegółowego sprawdzenia dokumentacji projektowej zadania. To nie nazwa zadania (np. przebudowa) klasyfikuje rodzaj robót budowlanych, a rzeczywisty zakres wykonanych robót budowlanych drogowych. Zamawiający miał wątpliwość, co do wykazanej w wykazie osób nazwy „przebudowa”. Jednak po weryfikacji zakresu projektu budowlanego i projektu wykonawczego branży drogowej i projektu zagospodarowania terenu

stwierdził, że w ramach przebudowy ulicy Lubelskiej wykonywano również roboty budowlane, które należy zaliczyć do odbudowy i rozbudowy drogi, co zgodnie z ustawą z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2021 r. poz. 1376 z późniejszymi zmianami) - zalicza się do definicji budowy drogi.

Zgodnie z art. 4 pkt 17) ustawy o drogach publicznych „budowa drogi to wykonywanie połączenia drogowego między określonymi miejscami lub miejscowościami, a także jego odbudowa i rozbudowa”. Analogicznie zgodnie z art. 3 pkt 6) ustawy z dnia 7 lipca 1994r. Prawo Budowlane (tekst jednolity Dz. U. z 2021 r. poz. 2351 ze zmianami) słowniczek pojęć definiuje budowę jako: wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowę, rozbudowę, nadbudowę obiektu budowlanego”.

Zgodnie z ustawą o drogach publicznych, z art. 4 pkt 2) jasno wynika, że: „droga to budowla wraz z drogowymi obiektami inżynierskimi, urządzeniami oraz instalacjami, stanowiąca całość techniczno-użytkową, przeznaczona do prowadzenia ruchu drogowego, zlokalizowana w pasie drogowym.” Natomiast zgodnie z art. 4 pkt 1): „pas drogowy to wydzielony liniami granicznymi grunt wraz z przestrzenią nad i pod jego powierzchnią, w którym są zlokalizowane droga oraz obiekty budowlane i urządzenia techniczne z prowadzeniem, zabezpieczeniem i obsługą ruchu, a także urządzenia związane z potrzebami zarządzania drogą.” Dlatego właśnie weryfikacja rzeczywiście wykonywanych robót budowlanych jest skuteczna i prawidłowa dla zaliczenia danej inwestycji do określonych robót budowlanych.

Zamawiający przeanalizował projekt zagospodarowania terenu, a także projekt budowlany i projekt wykonawczy branży drogowej przedmiotowej inwestycji. Z wybranych fragmentów opisów technicznych projektów wynika, że droga oprócz samej przebudowy została częściowo rozbudowana oraz odbudowana, co w konsekwencji, uwzględniając terminologię ustawy o drogach publicznych, spowodowało, iż Zamawiający uznał ją jako budowę drogi.

Zamawiający przedstawił wraz z odpowiedzią fotografie przedmiotowej ulicy Lubelskiej w Zamościu sprzed wykonania robót budowlanych oraz po ich wykonaniu, z zaznaczeniem miejsc, w których droga została rozbudowana oraz odbudowana (wymieniono całą konstrukcję nawierzchni drogowej).

Wobec powyższego zarzut Odwołującego, że roboty budowlane przy realizacji inwestycji ulicy Lubelskiej dotyczą jedynie jej przebudowy jest zdaniem Zamawiającego bezzasadny, a odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W sprawie KIO 787/22 Zamawiający także wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający - na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 14 ustawy Pzp - odrzucił ofertę Odwołującego 1, z powodu wniesienia przez Odwołującego 1 wadium w sposób nieprawidłowy.

W uzasadnieniu Zamawiający określił przyczyny odrzucenia oferty, wskazując, że: Odwołujący w dniu 26 listopada 2021 r. złożył ofertę i wraz z nią przedłożył Poręczenie zapłaty wadium Nr 158/11/2021/PW. Zgodnie z treścią § 3 ust. 3 Poręczenia było ono terminowe i udzielone na okres od dnia 26.11.2021 r. do dnia 23.02.2022 r. Jednocześnie z § 4 ust. 2 pkt 1) Poręczenia wynikało, iż żądanie Zamawiającego (zawierające oświadczenie, iż Zamawiający zatrzymał wadium) wzywające Poręczyciela do zapłaty wadium powinno być złożone Poręczycielowi w formie pisemnej pod rygorem nieważności w okresie obowiązywania poręczenia oraz podpisane zgodnie z zasadami reprezentacji Zamawiającego (...). Wyżej wskazane postanowienia Poręczenia zapłaty wadium złożonego przez Odwołującego obligowały Zamawiającego do podjęcia określonych czynności zmierzających do wypłaty kwoty określonej Poręczeniem do upływu okresu obowiązywania Poręczenia. Tym samym, wadium wniesione w postaci Poręczenia, które nakładało na Zamawiającego obowiązek zgłoszenia żądania wypłaty z poręczenia w terminie jego obowiązywania, w sposób niewystarczający zabezpieczało interesy Zamawiającego, bowiem w istocie zawierało postanowienia skracające okres ważności poręczenia poniżej terminu związania ofertą (okres obowiązywania poręczenia w sprawie odpowiadał terminowi związania ofertą tj. od dnia 26.11.2021 r. do dnia 23.02.2022 r.).

Wadium winno zabezpieczać interes Zamawiającego, przez cały okres, na jaki zostało ustanowione, co oznacza, że Zamawiający winien mieć praktyczną możliwość dokonania zatrzymania wadium z tytułu zdarzeń zaistniałych do upływu terminu, na jaki zostało ustanowione. W przedłożonym dokumencie natomiast ostatni dzień obowiązywania poręczenia był także ostatnim dniem na zgłoszenie roszczeń z niego wynikających. Wadium wniesione w formie gwarancji, czy poręczenia musi mieć taką samą płynność jak wadium wniesione w pieniądzu, co oznacza, że dochodzenie roszczenia z tytułu zapłaty wadium wniesionego w formie gwarancji czy poręczenia nie może być utrudnione. Tym samym z treści gwarancji/poręczenia winno wynikać, w jaki sposób należy zgłosić wystąpienie okoliczności uzasadniających zatrzymanie wadium, aby realnie możliwe było zaspokojenie roszczeń Zamawiającego przez cały okres ważności wadium. Natomiast wadliwość poręczenia przedłożonego przez Odwołującego 1 polega na ewidentnym ograniczeniu - w porównaniu do wadium wniesionego w pieniądzu - możliwości zaspokojenia roszczeń Zamawiającego w razie wystąpienia zdarzenia uzasadniającego zatrzymanie wadium pod koniec okresu obowiązywania poręczenia zapłaty wadium (będącym jednocześnie ostatnim dniem terminu związania ofertą). Zdaniem Zamawiającego wadium wniesione przez Odwołującego 1 było wniesione w sposób nieprawidłowy. Stanowisko takie znajduje swoje

potwierdzenie w orzecznictwie KIO (tak KIO w wyroku z dnia 03 listopada 2020 r., sygn. akt: KIO 2486/20). Ocena i analiza dokonana przez KIO znalazła potwierdzenie w wyroku Sądu Okręgowego w Częstochowie z dnia 05 lutego 2021 r. (sygn. akt: V Ga 328/20). Sąd uznał, iż gwarancja zapłaty wadium złożona przez Wykonawcę nie zabezpieczała potencjalnych interesów Zamawiającego w całym okresie związania ofertą. Podobnie wypowiedziała się KIO w wyroku z dnia 9 lipca 2020 r., sygn. akt: KIO 952/20. Zamawiający przywołał dodatkowo wyrok KIO z dnia 09 września 2021 r., sygn. akt: KIO 2452/21.

Odnosząc się do argumentacji, iż w chwili dokonywania oceny ofert Zamawiający dysponował poręczeniem obowiązującym nieprzerwanie przez cały okres związania ofertą i dodatkowo na okres 1 miesiąca, to badanie i ocena ofert jest wynikiem wielu działań Zamawiającego: sprawdzenia formularza ofertowego, prawidłowości wniesienia wadium, prawidłowości wyliczenia ceny, sprawdzenia czy cena oferty nie jest rażąco niska, żądania ewentualnych wyjaśnień treści oferty, uzupełnienia dokumentów itd., co nie odbywa się w momencie lub w dniu, w którym Zamawiający dokonuje oceny ofert według kryteriów oceny ofert. Do oceny ofert według kryteriów oceny ofert dopuszcza się tylko te oferty, które przejdą tę weryfikację prawidłowo. A więc Zamawiający, przez cały okres badania ofert, dysponował wadium wniesionym w sposób nieprawidłowy przez Odwołującego i jeszcze przed przedłużeniem terminu związania ofertą przez Odwołującego, oferta Odwołującego została oceniona jako podlegająca odrzuceniu, o czym świadczą Protokoły Komisji Przetargowej zatwierdzone przez Kierownika Zamawiającego. W chwili dokonywania oceny ofert według kryteriów oceny ofert, oferta Odwołującego 1 nie została dopuszczona do tej oceny ofert, gdyż podlegała odrzuceniu w dniu 14 grudnia 2021 r. z powodu wniesienia wadium w sposób nieprawidłowy, o czym Zamawiający — zgodnie z art. 253 ustawy Pzp - w dniu 09 marca 2022 r. poinformował równocześnie wszystkich Wykonawców, którzy złożyli oferty. Przyczyna odrzucenia oferty Odwołującego 1 istniała już więc, w chwili otwarcia oferty i nie mogła być konwalidowana poprzez wyrażenie przez Wykonawcę zgody na przedłużenie terminu związania oferty i przedłużenie ważności nieprawidłowo wniesionego wadium. Nieprawidłowość wniesienia wadium była uprzednia w stosunku do przedłużenia gwarancji wadium i jako taka nie mogła zostać „uzdrowiona”.

Zamawiający podkreślił, iż w sprawie przyczyna odrzucenia oferty ujawniła się już w momencie otwarcia ofert i z tego też powodu wynikało to, iż oferta nie była zabezpieczona w sposób prawidłowy w pierwotnym terminie związania ofertą tj. 90 dni od dnia otwarcia ofert. Bez znaczenia jest w tej sytuacji fakt przedłużenia lub braku przedłużenia przez Zamawiającego terminu związania ofertą o kolejne dni. Zamawiający już w chwili otwarcia ofert musi mieć pewność, że w razie zaistnienia podstaw do zatrzymania wadium otrzyma on sumę gwarancyjną w całości (tak wyrok KIO z dnia 4 czerwca 2021 r. ,sygn. akt: KIO 1204/21).

Tym samym, przedłużenie terminu związania ofertą oraz przedłużenie wadium nie konwalidowało nieprawidłowości pierwotnie wniesionego wadium. Wadium wniesione wraz z ofertą należało uznać za wadliwie wniesione, jako że nie zabezpieczało interesu Zamawiającego od chwili złożenia oferty. Jednocześnie Zamawiający nie wymagał od Wykonawców składających oferty dodatkowego zabezpieczenia w postaci ustalenia dłuższego okresu obowiązywania wadium niż okres związania ofertą, ale ważne jest aby inne zapisy gwarancji czy poręczenia (np. dostarczenie wezwania do zapłaty w terminie 3 dni od upływu terminu ważności gwarancji/poręczenia) przewidywały istnienie realnej możliwości egzekwowania tego wadium do ostatniego dnia terminu związania ofertą, czego nie można uzyskać w przypadku poręczenia wadium złożonego przez Odwołującego 1 wraz z ofertą.

Zamawiający podkreślił, iż zgodnie z art. 253 ust. 1 punkt 2) ustawy Pzp, zamawiający informuje Wykonawców, którzy złożyli oferty, o Wykonawcach, których oferty zostały odrzucone — podając uzasadnienie faktyczne i prawne, co uczynił Zamawiający. Ustawa Pzp nie nakłada na Zamawiającego obowiązku informowania Wykonawców i potwierdzania Wykonawcom, że dokumenty lub wyjaśnienia składane przez nich w toku postępowania są złożone prawidłowo lub wyjaśnione prawidłowo.

Twierdzenia Odwołującego 1, że orzeczenia, na które powołuje się Zamawiający nie mają zastosowania w przedmiotowej sprawie są nieuzasadnione. Przywołane przez Zamawiającego wyroki sądów powszechnych i wyroki KIO wskazują na ogólnie przyjętą linię orzeczniczą i określają sposób interpretacji przepisów. Końcowo i na marginesie Zamawiający zaznaczył, iż w orzecznictwie sądów powszechnych z dużą starannością analizuje się sytuacje związane z możliwością dochodzenia roszczeń przez Zamawiających właśnie w aspekcie końcowej daty ważności gwarancji wadium. Przykładem takiego orzeczenia jest wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 19 września 2018r., sygn. akt I ACa 470/17 oraz wyrok Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 12 maja 2016 r., sygn. akt II Ca 1448/15.

Biorąc powyższe pod uwagę zasadnym w ocenie Zamawiającego jest oddalenie odwołania w całości.

Przystępujący złożył pisemne stanowiska w obu sprawach odwoławczych. W sprawie KIO 787/22 konsorcjum ZDI podzieliło stanowisko Zamawiającego, uznając za słuszną decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego 1.

W sprawie KIO 785/22 Przystępujący także wnosił o uznanie odwołania za bezzasadne.

W przypadku inwestycji „Rozbudowa kanalizacji sanitarnej wraz z modernizacją oczyszczalni ścieków w Krasnymstawie” Przystępujący podniósł, że oczywistym jest, że w przypadku tego zamawiającego kluczowy był element robót związany z przebudową

kanalizacji sanitarnej oraz modernizacji oczyszczalni ścieków, stąd informacja podstawowa umieszczona na stronie internetowej zamawiającego nie odnosi się do robót budowlanych związanych także z budową dróg wewnętrznych, które to roboty miały znaczenie wspierające względem głównego zakresu inwestycji. Powyższe nie oznacza jednak i nie może stanowić o prawidłowości wyводу Odwołującego, iż w ramach przedmiotowej inwestycji nie realizowano i nie nadzorowano robót w zakresie budowy drogi klasy D lub drogi wewnętrznej. Zgodnie z Załącznikiem nr III do SIWZ dla zadania usługa nadzoru miała obejmować świadczenie usług Inżyniera Kontraktu nad robotami budowlanymi, które obejmowały między innymi prace w zakresie dróg, przykładowo zakres robót branży drogowej obejmował: budowę układu dróg wewnętrznych, wykonanie nowych odcinków dróg wewnętrznych. Inspektora w specjalności drogowej wymagał zamawiający w warunku udziału.

Co do zadania „Przebudowa ul. Lubelskiej w Zamościu (od ronda Pamięci Ofiar Zbrodni Wołyńskiej do granicy miasta Zamość” - droga klasy Z, Przystępujący podał, że z analizy projektu zagospodarowania terenu, projektu budowlanego oraz projektu wykonawczego inwestycji wynika, że inwestycja ta oprócz przebudowy drogi obejmowała także jej rozbudowę oraz odbudowę, co w konsekwencji uwzględniając terminologię ustawy o drogach publicznych spowodowało, iż Zamawiający uznał ją jako budowę drogi. W zakres robót przykładowo wchodziło poszerzenie nawierzchni ul. Lubelskiej, budowa ścieżki rowerowej, wymiana konstrukcji drogi na nową w km 0+141,50 do km 0+265,22, na skrzyżowaniu z ul. Graniczną zaprojektowano dodatkową powierzchnię z kostki brukowej. Opis zawarty w Projekcie zagospodarowania terenu oraz Projekcie budowlanym – Branża drogowa, w tym parametry poszczególnych zakresów projektowanych robót wskazują, iż w ramach tego zadania wykonano nie tylko przebudowę odcinka drogi ale także częściowo jego rozbudowę oraz odbudowę.

Dla Przystępującego istotne wydaje się, że Zamawiający w SWZ w odniesieniu do wymaganego doświadczenia inspektora nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej nie określił wartości zrealizowanych robót polegających na budowie drogi klasy D lub drogi wewnętrznej objętych usługą nadzoru, tak jak to miało miejsce w odniesieniu do innych osób wyznaczonych do pełnienia funkcji inspektora nadzoru. W konsekwencji o uwzględnieniu przedstawionego zakresu zrealizowanych usług nadzoru inwestycji w zakresie budowy drogi klasy D lub drogi wewnętrznej decydowała sama okoliczność jej zrealizowania, niezależnie od zakresu (długości drogi czy wartości robót).

Na rozprawie Strony i Uczestnik postępowania podtrzymały dotychczasowe stanowiska.

**Izba ustaliła, że:**

Z dokumentacji postępowania przesłanej przez Zamawiającego, ustalono, że Zamawiający wymagał, by Wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia dysponowali osobami, które skierują do realizacji przedmioty zamówienia, w tym co najmniej jedną osobę, która pełnić będzie funkcję inspektora nadzoru inwestorskiego w specjalności inżynierskiej drogowej, posiadającą uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności inżynierskiej drogowej co najmniej w ograniczonym zakresie, która w okresie ostatnich 10 lat przed terminem składania ofert pełniła funkcję inspektora nadzoru inwestorskiego w specjalności inżynierskiej drogowej, przy realizacji co najmniej jednej zakończonej roboty budowlanej polegającej na budowie drogi co najmniej klasy D lub drogi wewnętrznej wraz z miejscami postojowymi. Powyższe wymagania wykonawca miał potwierdzić przez złożenie Wykazu osób (podmiotowy środek dowodowy).

Z formularza ofertowego Wykonawcy, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą - konsorcjum ZDI wynikało, że do pełnienia funkcji Inspektora nadzoru inwestorskiego w specjalności inżynierskiej drogowej wyznaczono Panią R. Sz. (należy podać imię i nazwisko osoby), który w okresie ostatnich 10 lat przed terminem składania ofert pełnił funkcję inspektora nadzoru inwestorskiego w specjalności inżynierskiej drogowej przy realizacji **6** (podać ilość robót budowlanych) zakończonej (-ych) roboty (robót) budowlanej (-ych) polegającej (-ych) na budowie drogi co najmniej klasy D lub drogi wewnętrznej wraz z miejscami postojowymi.

W ramach odpowiedzi na wezwanie do złożenia dokumentów podmiotowych konsorcjum ZDI złożyło Wykaz osób, gdzie dla Pani R. Sz. wskazano następujące projekty:

- 1) Budowa Budynku Sądu Okręgowego i Sądu Rejonowego u zbiegu ulic: Wyszyńskiego, Zamojskiego, Pawłówka w Zamościu". W ramach inwestycji wykonano drogi wewnętrzne wraz z miejscami parkingowymi. Inwestycja wykonywana w latach od 01/2011 do 10/2017;
- 2) „Rozbudowa kanalizacji sanitarnej wraz z modernizacją oczyszczalni ścieków w Krasnymstawie”. W ramach inwestycji wykonano drogi wewnętrzne wraz z miejscami parkingowymi. Inwestycja wykonywana w latach od 01/2017 do 09/2021;
- 3) „Regionalny Zakład Zagospodarowania Odpadów w Dębowcu” W ramach inwestycji wykonano drogi wewnętrzne wraz z miejscami parkingowymi. Inwestycja wykonywana w latach od 10/2010 do 10/2017;
- 4) Budowa drogi dojazdowej do węzła drogowego Dąbrowica obwodnicy miasta Lublina w ciągu dróg ekspresowych S12, S17 i S19. Usługi wykonywano od 05/2014 do 06/2015;



5) „Rozbudowa drogowego przejścia granicznego w Zosinie”. W ramach inwestycji wykonano drogi wewnętrzne wraz z miejscami parkingowi. Usługi wykonywano od 07/2012 do 12/2013;

6) „Przebudowa ul. Lubelskiej w Zamościu (od ronda Pamięci Ofiar Zbrodni Wołyńskiej do granicy miasta Zamość” – droga klasy Z. Usługi wykonywano od 07/2020 do 11/2020.

Zamawiający w toku badania i oceny ofert nie miał uwag, odnośnie do doświadczenia osoby wskazanej na stanowisko Inspektora nadzoru inwestorskiego w specjalności inżynierskiej drogowej, w zakresie ustalonego kryterium dla tej specjalności, przyznał Przystępującemu maksymalną liczbę punktów. Ostatecznie Zamawiający uznał ofertę Przystępującego za najkorzystniejszą.

Zgodnie z Rozdziałem XXIV SWZ Zamawiający wymagał, w przypadku wniesienia wadium w formach, o których mowa w art. 97 ust. 7 pkt 2-4 ustawy Pzp, że winne one zawierać w szczególności: określenie przetargu (jego nazwę), nazwę Wykonawcy, określenie Zamawiającego – jako Beneficjenta, wysokość gwarantowanej kwoty wadium, termin ważności gwarancji (obejmujący okres związania ofertą) oraz zobowiązanie gwaranta do bezwarunkowej i nieodwołanej wypłaty sumy wadium na pierwsze żądanie Zamawiającego w okolicznościach określonych w art. 98 ust. 6 ustawy Pzp, poprzez określenie przypadków zatrzymania wadium lub wskazanie co najmniej przepisów ustawy Pzp. Inne zapisy w treści gwarancji lub poręczeń (niewynikające z odrębnych, ogólnie obowiązujących przepisów, które winny być powołane) nie mogą utrudniać Zamawiającemu realizacji swoich praw do zatrzymania wadium wynikających z zapisów ustawy w art. 98 ust. 6 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że Odwołujący 1 złożył Poręczenie wadialne nr 158/11/2021/PW. W paragrafie 4 dokumentu wskazano, że:

*„1. Poręczyciel dokona wypłaty wadium w sposób nieodwołalny, bezwarunkowo i na pierwsze żądanie Zamawiającego wzywające do zapłaty wadium, zawierające oświadczenie, iż Zamawiający zatrzymał wadium:*

*1) jeżeli Zobowiązany w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 107 ust. 2 lub art. 128 ust. 1 Ustawy PZP, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył podmiotowych środków dowodowych lub przedmiotowych środków dowodowych potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 57 lub art. 106 ust. 1 Ustawy PZP, oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Ustawy PZP, innych dokumentów lub oświadczeń lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3 Ustawy PZP, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez Zobowiązanego jako najkorzystniejszej, lub*

*2) jeżeli Zobowiązany, którego oferta została wybrana:*

- odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie, lub

- nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, lub

3) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie

Zobowiązanego, którego oferta została wybrana.

2. Żądanie Zamawiającego wzywające Poręczyciela do zapłaty wadium, dla swej skuteczności, powinno:

1) być złożone Poręczycielowi w formie pisemnej pod rygorem nieważności w okresie obowiązywania poręczenia, oraz

2) być podpisane zgodnie z zasadami reprezentacji Zamawiającego; jeżeli żądanie jest podpisane przez pełnomocnika, do żądania powinno być dołączone pisemne pełnomocnictwo dla podpisującego, w oryginale lub kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przez notariusza, adwokata lub radcę prawnego, oraz

3) wskazywać numer rachunku bankowego do dokonania zapłaty wadium”.

Poręczenie było terminowe i udzielone na okres od dnia 26.11.2021 r. do dnia 23.02.2022 r.

W dniu 17 lutego 2022 roku Zamawiający zwrócił się do Odwołującego 1 z wnioskiem o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą o okres 60 dni, czyli do 24 kwietnia 2022 roku. Jednocześnie Zamawiający wskazał, że przedłużenie terminu związania ofertą następuje wraz z przedłużeniem okresu ważności wadium lub z wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres.

Odwołujący 1 wyraził zgodę, jednocześnie w załączeniu przesyłano poręczenie zapłaty wadium na przedłużony okres związania ofertą. Z poręczenia Nr 109/02/2022/PW wynikało, że udzielone zostało na okres od dnia 23.02.2022 r. do dnia 23.05.2022 r. Ponadto poręczenie zawierało postanowienia identyczne jako dokument główny.

Zamawiający, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp poinformował o odrzuceniu oferty Odwołującego 1, z uwagi na wniesienie wadium w sposób nieprawidłowy.

Zamawiający podał, że Wykonawca wraz z ofertą przedłożył Poręczenie zapłaty wadium Nr 158/11/2021/PW.

Zgodnie z treścią § 3 ust. 3 w/w Poręczenia jest ono terminowe i udzielone na okres od dnia 26.11.2021 r. do dnia 23.02.2022 r. Jednocześnie z § 4 ust. 2 pkt 1) wynika, iż żądanie Zamawiającego (zawierające oświadczenie, iż Zamawiający zatrzymał wadium) wzywające Poręczyciela do zapłaty wadium powinno być złożone Poręczycielowi w formie pisemnej pod rygorem nieważności w okresie obowiązywania poręczenia oraz podpisane zgodnie z zasadami reprezentacji Zamawiającego (...).

Postanowienia Poręczenia zapłaty wadium obligują Zamawiającego do podjęcia określonych czynności zmierzających do wypłaty kwoty określonej Poręczeniem do upływu okresu obowiązywania Poręczenia. Tym samym, wadium wniesione w postaci Poręczenia, która nakłada na Zamawiającego obowiązek zgłoszenia żądania wypłaty z poręczenia w terminie jego obowiązywania, w sposób niewystarczający zabezpiecza interesy Zamawiającego, bowiem w istocie zawiera postanowienia skracające okres ważności poręczenia poniżej terminu związania ofertą (...). wadium winno zabezpieczać interes Zamawiającego, przez cały okres, na jaki zostało ustanowione, co oznacza, że Zamawiający winien mieć praktyczną możliwość dokonania zatrzymania wadium z tytułu zdarzeń zaistniałych do upływu terminu, na jaki zostało ustanowione. W przedłożonym dokumencie natomiast ostatni dzień obowiązywania poręczenia jest także ostatnim dniem na zgłoszenie roszczeń z niego wynikających.

Wadium wniesione w formie gwarancji czy poręczenia musi mieć taką samą płynność jak wadium wniesione w pieniądzu co oznacza, że dochodzenie roszczenia z tytułu zapłaty wadium wniesionego w formie gwarancji czy poręczenia nie może być utrudnione. Tym samym z treści gwarancji/poręczenia winno wynikać, w jaki sposób należy zgłosić wystąpienie okoliczności uzasadniających zatrzymanie wadium, aby realnie możliwe było zaspokojenie roszczeń Zamawiającego przez cały okres ważności wadium. Natomiast wadliwość poręczenia polega na ewidentnym ograniczeniu - w porównaniu do wadium wniesionego w pieniądzu - możliwości zaspokojenia roszczeń Zamawiającego w razie wystąpienia zdarzenia uzasadniającego zatrzymanie wadium pod koniec okresu obowiązywania poręczenia zapłaty wadium (będącym jednocześnie ostatnim dniem terminu związania ofertą).

*W świetle powyższego należy stwierdzić, iż wnieśliście Państwo wadium w sposób nieprawidłowy.*

Stanowisko takie znajduje swoje potwierdzenie w orzecznictwie KIO. I tak, w sprawie, której stan faktyczny był analogiczny, jak w przedmiotowym postępowaniu Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 03 listopada 2020 r. (sygn. akt: KIO 2486/20) wskazała, iż: *„Celem wadium jest realne zabezpieczenie zapłaty na rzecz zamawiającego swego rodzaju kary za nienależyte zachowanie wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Dochodzenie przez zamawiającego roszczeń z gwarancji ubezpieczeniowej winno być stosunkowo łatwe, a zabezpieczenie wniesione przez uczestników przetargu powinno pozostawać w dyspozycji organizatora przez cały okres związania ofertą danego uczestnika. (...) Wadium wniesione w postaci gwarancji ubezpieczeniowej, która nakłada na Zamawiającego obowiązek zgłoszenia żądania wypłaty z gwarancji w terminie jej obowiązywania w sposób niewystarczający zabezpiecza interesy Zamawiającego, bowiem w istocie zawiera postanowienia skracające okres ważności gwarancji poniżej terminu*

związania ofertą. Podkreślić należy, że wadium winno zabezpieczać interes Zamawiającego, przez cały okres na jaki zostało ustanowione, co oznacza, że Zamawiający winien mieć praktyczną możliwość dokonania zatrzymania wadium do upływu terminu na jaki zostało ustanowione. (...) Wadium wniesione w formie gwarancji ubezpieczeniowej musi mieć taką samą płynność jak wadium wniesione w pieniądzu co oznacza, że dochodzenie roszczenia z tytułu zapłaty wadium wniesionego w formie gwarancji nie może być utrudnione. Tym samym z treści gwarancji winno wynikać w jaki sposób należy zgłosić wystąpienie okoliczności uzasadniających zatrzymanie wadium, aby realnie możliwe było zaspokojenie roszczeń beneficjenta przez cały okres ważności wadium.”

Ocena i analiza dokonana przez Krajową Izbę Odwoławczą znalazła potwierdzenie w wyroku Sądu Okręgowego w Częstochowie z dnia 05 lutego 2021 r. (sygn. akt: V Ga 328/20). Sąd oddalił skargę Wykonawcy uznając, iż gwarancja zapłaty wadium złożona przez Wykonawcę nie zabezpieczała potencjalnych interesów Zamawiającego w całym okresie związania ofertą.

Podobnie wypowiedziała się KIO w wyroku z dnia 9 lipca 2020 r., (sygn. akt: KIO 952/20), wskazując następująco: „Wniesienie wadium należy uznać za prawidłowe, jeżeli daje ono zamawiającemu możliwość skutecznego zrealizowania swoich roszczeń w przypadku zaistnienia okoliczności uzasadniających zatrzymanie wadium, gdyż wtedy może spełnić ono swoją funkcję zabezpieczającą. Art. 45 ust. 6 p.z.p. [obecnie art. 97 ust. 7 ustawy Pzp] określa dopuszczalne formy wadium, z których wszystkie powinny w takim samym stopniu zapewniać zaspokojenie roszczeń zamawiającego i być tak samo łatwo egzekwowalne jak wadium wniesione w gotówce. Aby tak się stało, nie może być jakichkolwiek wątpliwości co do tego, po pierwsze - w jakich okolicznościach, kto, wobec kogo, do jakiej wysokości i za kogo odpowiada, po drugie - w jaki sposób należy zgłosić wystąpienie tych okoliczności, aby faktycznie było możliwe zaspokojenie roszczeń zamawiającego jako beneficjenta przez cały okres ważności wadium. (...) Wadium musi być prawidłowo wniesione do upływu terminu składania ofert, a późniejsze zmiany gwarancji wadialnej czy dodatkowe oświadczenia gwaranta, niemające oparcia w treści pierwotnie sporządzonego dokumentu, nie mogą sanować błędów, które mogą mieć wpływ na skuteczność roszczeń zamawiającego, przesądzając tym samym o skutecznym wniesieniu wadium. Wynika to z następujących okoliczności: po pierwsze - oferta od początku i nieprzerwanie musi być zabezpieczona wadium, po drugie - to na podstawie dokumentu załączonego do oferty zamawiający dokonuje oceny prawidłowości wadium i podejmuje decyzję w przedmiocie ewentualnego odrzucenia oferty, po trzecie - dopuszczenie naprawiania wad gwarancji wadialnej po terminie składania ofert stałoby w sprzeczności z jedną z naczelnych zasad udzielania zamówień publicznych, tj. z zasadą równego traktowania wykonawców oraz art. 45 ust. 3 p.z.p. [obecnie art. 97 ust. 5 ustawy Pzp], który

*wprost stanowi, że wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert. (...) Z tego względu w obrocie powszechnie wprowadza się do treści gwarancji wadium albo postanowienia albo odpowiednio przedłużające ich termin ważności albo jednoznacznie wskazujące, że zgłoszenie roszczeń jest dopuszczalne w określonym terminie po upływie terminu jej ważności, jeżeli tylko zdarzenie uzasadniające zatrzymanie wadium miało miejsce przed upływem terminu związania ofertą etc.” (por. także wyrok z dnia 16 maja 2017 r., KIO 802/17).*

Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę, Izba wyraża przekonanie, że odwołanie w sprawie KIO 785/22 podlegało oddaleniu w całości, natomiast odwołanie w sprawie KIO 787/22 w całości zasługiwało na uwzględnienie.

### **KIO 785/22**

Na podstawie art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.

Między Stronami postępowania odwoławczego sporny był zakres prac dwóch inwestycji wskazanych przez Przystępującego w Wykazie osób dla uzyskania dodatkowej punktacji, mianowicie:

- 1) „Rozbudowy kanalizacji sanitarnej wraz z modernizacją oczyszczalni ścieków w Krasnymstawie”, oraz że w ramach tej inwestycji wykonano drogi wewnętrzne wraz z miejscami parkingowymi;
- 2) „Przebudowy ul. Lubelskiej w Zamościu (od ronda Pamięci Ofiar Zbrodni Wołyńskiej do granicy miasta Zamość” – droga klasy Z.

W przypadku zadania „Rozbudowa kanalizacji sanitarnej wraz z modernizacją oczyszczalni ścieków w Krasnymstawie”, Izba za Zamawiającym pragnie podkreślić, że to nie nazwa zamówienia, czy też zadania inwestycyjnego, decyduje o spełnieniu dodatkowych kryteriów oceny ofert. Istotny jest merytoryczny zakres robót wykonywanych na zadaniu, a do tego elementu Odwołujący nie odniósł się w żaden sposób. W ramach uzasadnienia zarzutów odwołania Odwołujący posiłkował się tylko ogólnym opisem inwestycji dostępnym na stronach internetowych inwestora. Tymczasem Zamawiający, podczas badania i oceny ofert dokonał wnikliwej analizy dokumentów składających się na całość dokumentacji, tak postępowania o zamówienie publiczne, jak również

dokumentacji projektowo-wykonawczej dla wskazanego w Wykazie osób zadania. Z tych dokumentów niezbicie wynika, że w ramach inwestycji, poza oczywistymi elementami, jak rozbudowa kanalizacji sanitarnej, modernizacja oczyszczalni śródków, wykonywane były również roboty budowlane dotyczące wymiany nawierzchni drogowej. Potwierdzają to również elementy dokumentacji przedstawione przez Przystępującego, mianowicie Załącznik nr III do SIWZ, gdzie dla zadania usługa nadzoru wymagano świadczenia usług Inżyniera Kontraktu nad robotami budowlanymi, które obejmowały między innymi prace w zakresie dróg, przykładowo zakres robót branży drogowej obejmował: budowę układu dróg wewnętrznych, wykonanie nowych odcinków dróg wewnętrznych. Do tej argumentacji Odwołujący nie odniósł się w żaden sposób na rozprawie.

Zgodnie z definicją ujętą w ustawie z dnia 7 lipca 1994 roku Prawo budowlane (tj. Dz. U. z 2021 r. poz. 2351, z 2022 r. poz. 88) pod pojęciem „budowa” należy rozumieć wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowę, rozbudowę, nadbudowę obiektu budowlanego, a przez „przebudowę” należy przez to rozumieć wykonywanie robót budowlanych, w wyniku których następuje zmiana parametrów użytkowych lub technicznych istniejącego obiektu budowlanego, z wyjątkiem charakterystycznych parametrów, jak: kubatura, powierzchnia zabudowy, wysokość, długość, szerokość bądź liczba kondygnacji; w przypadku dróg są dopuszczalne zmiany charakterystycznych parametrów w zakresie niewymagającym zmiany granic pasa drogowego.

Jeżeli zatem w zakres budowy wchodzi również odbudowa i rozbudowa, to roboty budowlane pod postacią odtworzenia nawierzchni i wymiany nawierzchni drogowej, w ocenie Izby traktować należało jako prace umożliwiające przyznanie Przystępującemu dodatkowych punktów w ramach ustalonego kryterium. Dla Izby oczywistym jest również, że po zakończeniu prac związanych z budową i modernizacją kanalizacji sanitarnej, konieczne było odtworzenie (czyli odbudowa) nawierzchni drogi, rozumianej czy to jako droga publiczna, czy jako droga wewnętrzna.

W przypadku zadania „Przebudowa ul. Lubelskiej w Zamościu (od ronda Pamięci Ofiar Zbrodni Wołyńskiej do granicy miasta Zamość)” Odwołujący o zakresie prac wnioskował z samej nazwy inwestycji, co jak już wspomniano, uznać należało za działanie nieprawidłowe. W zasadzie innej argumentacji odwołanie nie zawierało.

Zamawiający, co podkreślono w odpowiedzi na odwołanie, a także powtórzono na rozprawie dokonał analizy dokumentacji projektowo-wykonawczej zadania. Z pozyskanych informacji z dokumentów wynika, że w ramach zadania dokonywano odbudowy całej nawierzchni konstrukcji jezdni (rozbiórka nawierzchni aż do gruntu), poszerzono jezdnię na określonym odcinku, nastąpiła zmiana parametrów ronda oraz budowa zatoki autobusowej

i ścieżki rowerowej. Dokonane zmiany celnie obrazuje dokumentacja fotograficzna przedstawiona przez Zamawiającego. Odwołujący na rozprawie wskazywał, że nie doszło do zmiany linii pasa drogowego, czemu przeczy przywołana dokumentacja fotograficzna oraz przytoczone fragmenty dokumentacji projektowej i zagospodarowania terenu. Z dokumentów tych niezbicie wynika, że doszło do zmiany linii pasa, ponieważ zmieniony został promień skrętu na rondzie, co oznacza, że poszerzeniu ulegała cała droga, a więc doszło do jej rozbudowy poza istniejącą linię pasa drogowego (zdjęcia nr 3 i 7).

Odwołując się do pojęć wynikających z ustawy Prawo budowlane oraz z ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych (Dz.U.2021, poz. 1376 t.j.), z budową drogi mamy do czynienia w przypadku wykonywania połączenia drogowego między określonymi miejscami lub miejscowościami, a także jego odbudowę i rozbudowę, zaś o przebudowa drogi obejmuje wykonywanie robót, w których wyniku następuje podwyższenie parametrów technicznych i eksploatacyjnych istniejącej drogi, niewymagających zmiany granic pasa drogowego.

Na kwestionowanym przez Odwołującego zadaniu w ocenie składu orzekającego Izby mamy do czynienia z odbudową drogi (rozbiórka nawierzchni do gruntu i jej odtworzenie, wymiana) oraz rozbudową drogi (zmiana parametrów ronda, wybudowanie zatoki autobusowej i ścieżki rowerowej stanowiących fragment drogi). Zatem decyzja Zamawiającego o przyznaniu Przystępującemu dodatkowych punktów w ramach ustalonego kryterium oceny ofert odnoszącego się do doświadczenia zespołu wyznaczonego do realizacji zamówienia, była prawidłowa.

Reasumując, z tych powodów, Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie, zaś czynności wykonywane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zgodne były z zasadami prowadzenia tego postępowania określonymi w art. 16 ustawy Pzp.

## **KIO 787/22**

Zgodnie z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; przejrzysty oraz proporcjonalny.

Przepis art. 97 ust. 5 ustawy Pzp stanowi, że 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.

Z art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp wynika, że 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 wnioszek o zwrot wadium w przypadku, o którym mowa w art. 98 ust. 2 pkt 3.

W doktrynie i orzecznictwie Izby wskazuje się na dwie podstawowe funkcje wadium. Po pierwsze wadium stanowi wymóg niezbędny do skutecznego ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego, warunkujący skutecznie złożoną ofertę. Z drugiej zaś strony rolą wadium jest zabezpieczeniem zamawiającego przed niesolidnym wykonawcą oraz zabezpieczenie zawarcia umowy w sprawie wykonania zamówienia publicznego.

Wadium musi być ważne przez cały okres związania ofertą. Ponadto w przypadku wadium wnoszonego w postaci gwarancji ubezpieczeniowej lub poręczenia, aby ten rodzaj wadium skutecznie zabezpieczał interesy zamawiającego dokument winien zawierać zobowiązanie gwaranta/poręczyciela do nieodwołalnej i bezwarunkowej zapłaty kwoty wadium na pierwsze pisemne żądanie zamawiającego, bez konieczności jego uzasadnienia, o ile zamawiający stwierdzi w swoim żądaniu, że kwota roszczenia jest mu należna w związku z zaistnieniem co najmniej jednego z warunków zatrzymania wadium przewidzianego w ustawie Pzp. Dokument wadium nie powinien zawierać klauzul ograniczających w sposób nieuzasadniony odpowiedzialność gwaranta/poręczyciela. Spełnienie tych warunków czyni umowę gwarancji stabilną, pozbawioną ryzyka kontraktowego, niepozwalającą na uzależnienie odpowiedzialności gwaranta od jakiegokolwiek zdarzenia przyszłego i niepewnego. Tylko taka gwarancja/poręczenie zabezpiecza interesy zamawiającego i pozwala na skuteczne zaspokojenie jego roszczeń na wypadek zaistnienia przesłanek uzasadniających zatrzymanie wadium.

W przypadku, gdy wadium pod postacią gwarancji lub poręczenia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie odpowiada powyższym warunkom, powstałe wątpliwości powinna rozstrzygać jej treść, ustalona na podstawie przyjętych reguł oświadczeń woli (art. 65 KC). Jeżeli z treści gwarancji/poręczenia wynika na przykład, że wymagana kwota zostanie wypłacona pod jakimikolwiek warunkami bądź też gwarancja dopuszcza możliwość skrócenia odpowiedzialności gwaranta przed upływem terminu, w jakim obowiązuje itp., przyjmując należy, że tak wniesione wadium nie spełnia swej roli, jaką jest ochrona zamawiającego przed niesolidnym wykonawcą (tak KIO w wyroku z dnia 27 sierpnia 2013 r. sygn. akt: KIO 1988/13). Podkreślić także należy, iż celem wadium jest realne zabezpieczenie zapłaty na rzecz zamawiającego swego rodzaju kary za nienależyte zachowanie wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Dochodzenie przez zamawiającego roszczeń z gwarancji lub poręczenia winno być stosunkowo łatwe, a zabezpieczenie wniesione przez Wykonawców powinno pozostawać w dyspozycji organizatora przez cały okres związania ofertą danego uczestnika.



Nie można również pominąć okoliczności, iż wadium wniesione w formie gwarancji lub poręczenia musi mieć taką samą płynność jak wadium wniesione w pieniądzu, co oznacza, że dochodzenie roszczenia z tytułu zapłaty wadium w formie niepieniężnej nie może być utrudnione. Tym samym z treści gwarancji/poręczenia winno wynikać w jaki sposób należy zgłosić wystąpienie okoliczności uzasadniających zatrzymanie wadium, aby realnie możliwe było zaspokojenie roszczeń beneficjenta przez cały okres ważności wadium.

Przenosząc powyższe rozważania prawne na grunt rozpoznawanej sprawy, Izba uważa, dokonując analizy treści wadium w postaci poręczenia złożonego przez Odwołującego 1 (poręczenie i aneks do niego), że wadium zabezpiecza w pełni interes Zamawiającego w całym okresie ważności poręczenia, co oznacza, że wadium wniesione zostało wniesione w sposób prawidłowy, a oferta nim zabezpieczona nie podlegała odrzuceniu.

Ze złożonego przez Odwołującego 1 poręczenia wynikało kto, kiedy i w jakiej wysokości, wobec kogo odpowiada. Poręczenie obejmowało spłatę 100% aktualnego i wymagalnego zobowiązania wobec Zamawiającego do zapłaty wadium. Termin ważności poręczenia złożonego pierwotnie z ofertą pokrywał się z upływem terminu związania ofertą. Poręczyciel zobowiązał się również, że dokona wypłaty wadium w sposób nieodwołalny, bezwarunkowo i na pierwsze żądanie Zamawiającego wzywające do zapłaty wadium, jeżeli zięci się którakolwiek z przesłanek wymienionych w ustawie Pzp warunkująca zatrzymanie wadium. Wskazano także w jakiej formie Zamawiający ma zgłosić żądanie zapłaty wadium, na jaki adres i w jakim czasie.

Dostrzeżenia w przedmiotowej sprawie wymaga, iż wadium zabezpieczać miało interesy Zamawiającego w ciągu 90 dni od otwarcia ofert. W ocenie Izby jest to termin na tyle długi, że umożliwił Zamawiającemu swobodne przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, sprawdzenie ofert pod względem przedmiotowym, sprawdzenie spełniania warunków udziału przez poszczególnych wykonawców, ustalenie rankingu ofert w ramach określonych w SWZ kryteriów oceny, by ostatecznie dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej. To na Zamawiającym spoczywa obowiązek by procedować w taki sposób, aby nie doprowadzić do utraty możliwości zaspokojenia z wadium. Gdyby zatem Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej w terminie 90 dni związania ofertą, wszelkie dywagacje, czy zapisy § 4 złożonego poręczenia ograniczają możliwość dochodzenia roszczeń, pozbawione byłyby podstaw. Tymczasem Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu nie tylko nie zakończył postępowania w ciągu 90 dni ale również wezwał wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty do przedłużenia terminu związania ofertą wraz z przedłużeniem ważności wadium o kolejne 60 dni. Odwołujący 1 zgodził się na przedłużenie terminu związania ofertą, przedkładając jednocześnie dokument

poręczenia ważny dłużej niż ostatecznie wymagał tego Zamawiający, to jest do 23 maja 2022 roku, podczas gdy wymagany termin związania ofertą upływał w dniu 24 kwietnia 2022 roku. Zdaniem Izby prowadzone postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie miało na tyle skomplikowanego charakteru, dotyczyło usług powszechnie dostępnych, nie wymagało zasięgnięcia opinii biegłych, by w tak znaczący sposób przedłużać czynności podejmowane przez komisję przetargową. Zamawiający nie powoływał się również na jakiegokolwiek względy organizacyjne, które mogłyby uzasadniać przedłużenie procedury przetargowej.

Przepisy ustawy Pzp jasno dają wyraz zasadzie, że terminem ważności wadium jest upływ terminu związania ofertą. Nawet gdyby przyjąć rozważania Zamawiającego wyrażone w Informacji o wyniku postępowania, za prawidłowe, że zapisy § 4 złożonego poręczenia warunkujące, że *„Żądanie Zamawiającego wzywające Poręczyciela do zapłaty wadium, dla swej skuteczności, powinno: (1) być złożone Poręczycielowi w formie pisemnej pod rygorem nieważności w okresie obowiązywania poręczenia”*, to Odwołujący 1 zadbał o to, by Zamawiający miał czas na zgłoszenie roszczenia wydłużając okres obowiązywania poręczenia o cały miesiąc w stosunku do okresu wymaganego. Wszelkie zatem dywagacje, że Zamawiający nie mógłby zgłosić żądania zapłaty wadium pozbawione są racji bytu. Skoro termin związania ofertą upływał w dniu 24 kwietnia 2022 roku, a ważność poręczenia określona została na dzień 23 maja 2022 roku, to Zamawiający został zabezpieczony w stosunku do wyrażonej w poręczeniu dodatkowej klauzuli aż o 30 dni.

Izba nie podziela także stanowiska Zamawiającego, że wydłużenie ważności wadium przez złożenie aneksu do poręczenia gwarantującego dłuższy termin nie ma znaczenia, bowiem to pierwotnie złożone wadium miało nieprawidłowy charakter i treść nieadekwatną do wymagań ustawowych. Po pierwsze swoich ocen co do pierwszego ze złożonych dokumentów, o których Zamawiający wspominał w odpowiedzi na odwołanie, do momentu ogłoszenia wyniku postępowania Zamawiający w żaden sposób nie artykułował. Zaś w momencie wyboru oferty najkorzystniejszej oferta Odwołującego 1 była zabezpieczona wadium do dnia 23 maja 2022 roku. Ważność podstawowego dokumentu wadium pod postacią poręczenia Nr 158/11/2021/PW utraciła status w dniu 23 lutego 2022 roku, stąd Zamawiający w dniu wyboru oferty najkorzystniejszej miał świadomość i wiedział, że skutki wywodzone przez Zamawiającego z pierwotnego dokumentu wadium nie nastąpią i nastąpić już nie mogą, a zabezpieczenie oferty Odwołującego stanowi aneks do poręczenia. Ciągłość ważności wadium i terminu związania ofertą dla Odwołującego 1 nie została przerwana. Zamawiający winien zaś dokumenty wadium czytać i analizować łącznie, a nie w oderwaniu od rzeczywistych warunków i okoliczności, w których zostały złożone. Nie ma żadnych regulacji prawnych, z których wynikałoby, że złożone dokumenty

podlegają odrębnej, niezależnej analizie, bez uwzględnienia okoliczności, w których doszło do ich złożenia.

Końcowo i niejako na marginesie poczynionych przez Izbę wywodów, rozważenia wymaga okoliczność, czy zapisy poręczenia lub gwarancji warunkujące konieczność zgłoszenia roszczenia w okresie obowiązywania złożonego przez Wykonawcę w postępowaniu dokumentu, w sytuacji gdy termin ten pokrywa się z terminem związania ofertą, nie będą sprzeczne z zasadą dopuszczalności dochodzenia roszczeń przez stronę stosunku prawnego do momentu ich przedawnienia. W tym przypadku byłoby to 3 lata. Zagadnienie to nie było dotychczas przedmiotem orzecznictwa Izby. Warte jest jednak przemyślenia, czy takie zapisy należy traktować jako skutkujące nieważnością całego dokumentu, czy raczej traktować jako klauzule nie obowiązujące i nie mające zastosowania dla skuteczności realizacji praw z dokumentu wadium. Gdyby bowiem uznać, że wykonawca, który korzysta z możliwości wniesienia wadium w pieniądzu otrzyma niezwłoczny jego zwrot po upływie terminu związania ofertą (nie później niż do siedmiu dni), zaś wykonawca, który zdecyduje się na wniesienie wadium w postaci gwarancji lub poręczenia jeszcze dodatkowo przez pewien okres po upływie terminu związania ofertą ma przedłużoną możliwość złożenia żądania zapłaty wadium, to doszłoby do zróżnicowania sytuacji wykonawców w zależności od rodzaju wniesionego wadium. Taką zaś sytuację uznać należałoby za sprzeczną z zasadą równego traktowania wykonawców (art. 16 pkt 1 ustawy Pzp).

Przepisy ustawy Pzp nakazują, by wadium było ważne w całym okresie związania ofertą, nie zostało natomiast określone, że w przypadku złożenia wadium w innej formie niż pieniężna, termin na zgłoszenie roszczenia z wadium musi zostać wydłużony. Nie można zatem uznać za niezgodnego z ustawą Pzp wadium w formie poręczenia lub gwarancji, które jest ważne w okresie związania ofertą.

Do rozważenia pozostaje zagadnienie, jak ocenić sytuację, kiedy w ostatnim dniu terminu ważności wadium może hipotetycznie zaistnieć problem ze zgłoszeniem roszczenia z wadium. W ocenie Izby taką sytuację należy każdorazowo ocenić w realiach danej sprawy. Trudno bowiem uznać za przeszkodę w zaspokojeniu się przez zamawiającego z wadium zastrzeżenia konieczności zgłoszenia wadium w ostatnim dniu terminu związania, gdy zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej i zawarł umowę znacznie przed upływem tego terminu, czy też jak w niniejszej sprawie wystąpił o przedłużenie wadium na co najmniej kilka dni przed upływem terminu związania i wykonawca przedłużył wadium również przed upływem terminu związania. W żadnym zatem momencie zatem Zamawiający do wyboru oferty najkorzystniejszej, a nawet dłużej, bo do zawarcia umowy, nie był pozbawiony możliwości skutecznego zaspokojenia się z takiego wadium.

Dostrzec także należy, że wadium ma zabezpieczać okres związania ofertą, a nie termin zawarcia umowy. Tym samym ustawodawca dopuszcza sytuację, w której wykonawca wyrazi zgodę na zawarcie umowy po upływie terminu związania nie mając przecież obowiązku wniesienia nowego wadium, a następnie tę zgodę cofnie. Wówczas zamawiający nie będzie miał możliwości zaspokojenia się z wadium, mimo uchylecia się przez wykonawcę od zawarcia umowy. W ocenie Izby taka regulacja wskazuje, że celem ustawodawcy było zdyscyplinowanie zamawiających do sprawnego prowadzenia postępowania nie wykraczającego poza ramy wyznaczonego terminu związania ofertą, w konsekwencji ustawodawca nie uznał za konieczne dodatkowej regulacji terminu zgłoszenia roszczenia z wadium w formie niepieniężnej.

Reasumując, odwołanie w sprawie KIO 787/22 w całości zasługiwało na uwzględnienie. Izba nakazała Zamawiającemu unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej oraz unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego 1. Nakazano również powtórzenie czynności badania i oceny oferty, z uwzględnieniem oferty Odwołującego 1.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji, wydając w sprawach orzeczenie łączne.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz w sprawie KIO 785/22 na podstawie § 8 ust. 2 pkt 1, a w sprawie KIO 787/22 na podstawie § 7 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stronę przegrywającą.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....