

WYROK

z dnia 28 października 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Michał Pawłowski

Członkowie: Irmína Pawlik

Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 października 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 października 2022 r. przez wykonawcę BUDIMEX Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - Skarb Państwa - Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Opolu,

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - ADAC-LEWAR Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Przystajni i Himmel i Papesch Opole Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Opolu zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie w części, tj. w zakresie zarzutu nr 1 odwołania dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie

zamówienia - ADAC-LEWAR Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Przystajni i Himmel i Papesch Opole Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Opolu wobec nieprawidłowego uznania, że wykonawcy ci wnieśli wadium w sposób prawidłowy i nakazuje Zamawiającemu - Skarbowi Państwa - Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Opolu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenie oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - ADAC-LEWAR Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Przystajni i Himmel i Papesch Opole Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Opolu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710, ze zm.) oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

Nie uwzględnia zarzutu nr 2 odwołania dotyczącego dokonania wadliwej oceny doświadczenia zawodowego osoby wskazanej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - ADAC-LEWAR Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Przystajni i Himmel i Papesch Opole Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Opolu na stanowisko Kierownika Budowy i przyznania maksymalnej liczby 20 punktów za posiadane przez tą osobę doświadczenie.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Zamawiającego - Skarb Państwa - Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Opolu oraz Odwołującego - wykonawcę BUDIMEX Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie i:

2.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego - wykonawcę BUDIMEX Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania.

2.2. Zasądza od Zamawiającego - Skarbu Państwa - Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Opolu na rzecz Odwołującego - wykonawcy BUDIMEX Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie kwotę 8 200 zł 00 gr (słownie: osiem tysięcy dwieście złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

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 2022 r., poz. 1710, ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

Członkowie:

Sygn. akt KIO 2732/22

Uzasadnienie

Skarb Państwa - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Opolu, zwany dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710, ze zm.), zwanej dalej „ustawą PZP”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na „rozbudowę drogi krajowej nr 45 na odcinku Krapkowice - Rogów Polski”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku

Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 30 maja 2022 r. pod nr 2022/S 103-287774.

W dniu 17 października 2022 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) wykonawca BUDIMEX Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, zwany dalej „Odwołującym”, wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy PZP czynności oraz zaniechania dokonania czynności przez Zamawiającego, które polegały na:

- 1) wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - ADAC-LEWAR Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Przystajni oraz Himmel i Papesch Opole Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Opolu (zwanych dalej jako „Konsorcjum”),
- 2) zaniechaniu odrzucenia oferty Konsorcjum z uwagi na okoliczności opisane w uzasadnieniu odwołania,
- 3) niezasadnym przyznaniu Konsorcjum 10 dodatkowych punktów w ramach pozacenowych kryteriów oceny ofert w odniesieniu do doświadczenia Kierownika Budowy dla Pana K. B. w ten sposób, że Konsorcjum w kryterium „Doświadczenie Kierownika Budowy” (D) otrzymało 20 punktów, mimo że powinno było uzyskać 10 punktów.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy PZP w zw. z art. 16 ustawy PZP w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy PZP poprzez nieuprawnione uznanie, że Konsorcjum wniosło wadium w sposób prawidłowy,

podczas gdy z przedłożonej gwarancji wadialnej wynika, że dłużnikiem jest wyłącznie Lider

Konsorcjum - wykonawca ADAC-LEWAR (zarzut nr 1),

2) art. 239 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 242 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP w zw. z art. 16 ustawy PZP w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy PZP poprzez dokonanie wadliwej oceny doświadczenia

zawodowego osoby wskazanej przez Konsorcjum na stanowisko Kierownika Budowy, tj. Pana K. B. i przyznanie maksymalnej liczby 20 punktów za posiadane przez tą osobę doświadczenie, mimo że Zamawiający w treści kryterium wymagał, aby osoba wskazana do pełnienia tej funkcji posiadała doświadczenie od rozpoczęcia robót na inwestycji, a Pan K. B. pełnił funkcję w

ramach zadania „Przebudowa drogi krajowej nr 42 odcinek Dębina - Praszka” do podpisania

Protokołu Odbioru Ostatecznego, ale nie od rozpoczęcia robót i w konsekwencji Konsorcjum w kryterium „Doświadczenie Kierownika Budowy” (D) otrzymało 20 punktów mimo, że powinno było uzyskać 10 punktów (zarzut nr 2).

W konsekwencji powyższych zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej i powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
- 2) odrzucenie oferty Konsorcjum na podstawie okoliczności opisanych w uzasadnieniu odwołania.

W przypadku braku uznania przez Izbę zasadności wniosku o odrzucenie oferty Konsorcjum Odwołujący sformułował wniosek alternatywny o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji punktacji przyznanej Konsorcjum w kryterium „Doświadczenie Kierownika Budowy” (D) poprzez przyznanie Konsorcjum maksymalnie 10 punktów w ramach tego kryterium.

W uzasadnieniu zarzutu nr 1 odwołania dotyczącego nieprawidłowości ubezpieczeniowej gwarancji wadialnej wniesionej przez Konsorcjum Odwołujący podał, że oprócz niego ofertę w przedmiotowym postępowaniu złożyło też Konsorcjum, w skład którego weszli dwaj partnerzy - wykonawca ADAC-LEWAR oraz wykonawca Himmel i Papesch Opole. Składając wspólną ofertę partnerzy Konsorcjum w formularzu ofertowym oświadczyli, że wnieśli wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej, jednakże z treści złożonej gwarancji ubezpieczeniowej wynika, że dłużnikiem jest wyłącznie wykonawca ADAC-LEWAR. Odwołujący wskazał, że pismem z dnia 24 sierpnia 2022 r. zwrócił uwagę Zamawiającego na dostrzeżoną nieprawidłowość w wadium wniesionym przez konkurenta, gdzie swoje stanowisko poparł cytatami z orzecznictwa i przywołaniem konkretnych poglądów doktryny prawniczej. Zamawiający nie uwzględnił stanowiska Odwołującego i w swoim własnym stanowisku podtrzymał dotychczasową ocenę oferty Konsorcjum, któremu przyznał maksymalną liczbę punktów.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający wadliwie ocenił nie tylko sam dokument gwarancji ubezpieczeniowej przedłożonej przez Konsorcjum, ale również złożone wraz z ofertą oświadczenia konsorcjantów. Gdyby Zamawiający dokonał prawidłowej oceny, to odrzuciłby ofertę Konsorcjum na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy PZP ze względu na wniesienie wadium w sposób nieprawidłowy. Odwołujący wskazał, że sam Zamawiający spostrzegł niejednoznaczność orzecznictwa w przedmiocie oceny prawidłowości wniesionego wadium, a jednocześnie nie wiedzieć czemu uznał za dominujące stanowisko przedstawione w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 15 lutego 2018 r. w sprawie IV CSK 86/17, z którego wynika uznanie skuteczności złożenia gwarancji wadialnej wystawionej na jednego z członków konsorcjum, który jest zarazem pełnomocnikiem uprawnionym do działania w imieniu i na rzecz pozostałych konsorcjantów.

Natomiast własna analiza orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej i sądów powszechnych dokonana przez Odwołującego doprowadziła go do konstatacji, że w treści gwarancji wadialnej konieczne jest wymienienie wszystkich wykonawców, którzy w ramach konsorcjum składają ofertę w postępowaniu. Jako przykłady korzystnych dla siebie orzeczeń Odwołujący podał m. in. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 września 2015 r. w sprawie KIO 1936/15 i wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 27 lutego 2019 r. w sprawie XII Ga 555/18, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 czerwca 2020 r. w sprawie KIO 662/20, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 stycznia 2021 r. w sprawie KIO 3254/20 i wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 20 kwietnia 2021 r. w sprawie XXIII Zs 25/21.

Odwołujący podkreślił, że w treści gwarancji ubezpieczeniowej złożonej wraz z ofertą Konsorcjum jako dłużnika - „wykonawcę” zdefiniowało wyłącznie wykonawcę ADAC-LEWAR Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Przystajni, zaś w treści dokumentu brakuje informacji na temat drugiego z konsorcjantów, tj. Himmel i Papesch Opole Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Opolu. Z treści dokumentu gwarancji nie wynika w ogóle, że wykonawca ADAC-LEWAR składa ofertę w ramach Konsorcjum, którego jest też liderem. Według Odwołującego podstawową funkcją gwarancji wadialnej jest zapewnienie zamawiającemu - beneficjentowi gwarancji możliwości zaspokojenia swoich uzasadnionych roszczeń, czyli umożliwienie niezakłóconego zabezpieczenia jego interesów. Już sam charakter dokumentu gwarancji wadialnej, a także jego funkcja i doniosłość wskazują na to, że taki dokument gwarancyjny powinien być sformułowany w sposób jasny, przejrzysty, pewny, konkretny i nie budzący jakichkolwiek wątpliwości. Do konstytutywnych elementów gwarancji wadialnej należy zaliczyć określenie gwaranta, określenie beneficjenta, określenie dłużnika, określenie warunków zapłaty, na które składają się wysokość sumy gwarancyjnej, okres ważności zobowiązania gwaranta, a także sposób zgłoszenia żądania. Odwołujący podał również, że choć formalizm w procedurze zamówień publicznych sam w sobie nie jest jej istotą, to służy zabezpieczeniu uzasadnionych interesów stron postępowania. Zważywszy na konieczność jak najbardziej ścisłego, literalnego odczytywania postanowień gwarancji wadialnej, nie ma możliwości konwalidowania wniesionego dokumentu gwarancji wadialnej. Poza tym dokument gwarancji wadialnej nie podlega ani uzupełnieniu ani wyjaśnieniu w trybie art. 128 ustawy PZP, ani wyjaśnieniu na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy PZP. Odwołujący zauważył, że wdrożenie jakichkolwiek wyjaśnień względem dokumentu wadialnego może prowadzić do manipulowania wynikami postępowania, a w konsekwencji wprost stanowi wyraz naruszenia zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania i przejrzystości postępowania.

Podsumowując uzasadnienie zarzutu nr 1 odwołania Odwołujący stwierdził, że z analizy przepisów ustawy PZP, aktualnego orzecznictwa i stanowiska doktryny prawniczej jego zdaniem wynika, że w treści ubezpieczeniowej gwarancji wadialnej niezbędne jest wymienienie

wszystkich wykonawców, którzy wspólnie ubiegają się o udzielenie zamówienia publicznego albo przynajmniej zasygnalizowanie, że strona stosunku gwarancyjnego jest liderem - jednym z uczestników konsorcjum działającym także w imieniu i na rzecz innych uczestników jako wykonawców po to, aby gwarant mógł prawidłowo zidentyfikować, kto jest wykonawcą w postępowaniu przetargowym. Według Odwołującego tylko w ten sposób możliwe jest uniknięcie jakichkolwiek wątpliwości interpretacyjnych związanych z ustaleniem zakresu zobowiązań ubezpieczyciela, a tym samym możliwe jest uznanie, że gwarancja spełnia swój cel w postaci zabezpieczenia interesu finansowego Zamawiającego (beneficjenta) poprzez wypłatę mu określonej kwoty pieniężnej przez gwaranta w przypadku, gdy zobowiązany - zleceniodawca gwarancji (lub inny podmiot z nim powiązany i objęty zakresem gwarancji) nie wywiąże się ze swych zobowiązań. W stanie faktycznym tej sprawy, gdzie złożona wraz z ofertą gwarancja ubezpieczeniowa wymienia jako dłużnika (wykonawcę) tylko wykonawcę ADAC-LEWAR, Odwołujący uważa, że zachodzi bardzo poważne ryzyko, iż Zamawiający z uwagi na nieścisłości co do podmiotowego zakresu gwarancji nie uzyskałby od gwaranta sumy gwarancyjnej, jeżeli przyczyny uruchomienia gwarancji będą leżeć po stronie wyłącznie tego wykonawcy należącego do konsorcjum, który nie jest objęty tą gwarancją, lub również tego wykonawcy. Dlatego też w ocenie Odwołującego Zamawiający był zobowiązany do odrzucenia oferty Konsorcjum na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy PZP z uwagi na wniesienie wadium w sposób nieprawidłowy.

W uzasadnieniu zarzutu nr 2 odwołania dotyczącego nieprawidłowej oceny doświadczenia zawodowego Pana K. B. i bezpodstawnego przyznania maksymalnej liczby punktów Konsorcjum w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert Odwołujący podał, że Konsorcjum celem uzyskania dodatkowych punktów w postępowaniu wskazało, że Pan K. B. posiada doświadczenie w realizacji zadań obejmujących budowę, przebudowę lub remont (z wyłączeniem remontów cząstkowych) dróg lub ulic klasy min. G i kategorii ruchu min. KR4 o długości min. 3,0 km od rozpoczęcia robót do wykonania zadania na stanowisku Kierownika Budowy na trzech inwestycjach, które były realizowane na rzecz Zamawiającego, tj. Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddziału w Opolu. Odwołujący powziął wątpliwości co do terminów zaangażowania Pana K. B. w realizację wszystkich wskazanych w wykazie inwestycji, w związku z czym pismem z dnia 3 sierpnia 2022 r. wystąpił on do Zamawiającego o udzielenie dokładniejszych informacji dotyczących wskazanych trzech inwestycji w trybie przepisów o dostępie do informacji publicznej. Z uzyskanej w dniu 17 sierpnia 2022 r. odpowiedzi wynika, że w ramach zadania „Przebudowa drogi krajowej nr 42 odcinek Dębina - Praszka od km 44+580 do km 53+490 - przebudowa drogi krajowej”, Pan K. B. pełnił funkcję Kierownika Budowy do podpisania Protokołu Odbioru Ostatecznego, ale nie od rozpoczęcia robót. Zważywszy na treść informacji pozyskanych od inwestora zadania pn. „Przebudowa drogi krajowej nr 42 odcinek Dębina - Praszka od km 44+580 do km 53+490 - przebudowa drogi krajowej”, zadanie to nie może być określone jako inwestycja spełniająca wszystkie wymagania umożliwiające Konsorcjum zdobycie kompletu punktów zgodnie z postanowieniami pkt 21.1.2. SWZ z uwagi na fakt, że Pan K. B. nie pełnił w ramach tego zadania funkcji Kierownika Budowy od momentu rozpoczęcia robót.

Odwołujący podkreślił, że choć informację o powziętych wątpliwościach przekazał Zamawiającemu w formie pisemnej już w dniu 24 sierpnia 2022 r. wskazując na dostrzeżone nieprawidłowości, to i tak w dniu 7 października 2022 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, za którą uznał ofertę Konsorcjum przyznając mu maksymalną liczbę 20 punktów w ramach kryterium „Doświadczenia Kierownika Budowy”. Odwołujący dodał także, że Zamawiający przy okazji przekazania na wniosek Odwołującego protokołu postępowania przekazał mu również swoje stanowisko dotyczące oceny argumentacji Odwołującego z jego pisma z dnia 24 sierpnia 2022 r. Z analizy pisma w odniesieniu do doświadczenia Pana K. B. wynika, że oświadczenie inwestora (czyli w tym przypadku samego Zamawiającego) złożone w treści odpowiedzi z dnia 17 sierpnia 2022 r. na wniosek o udostępnienie informacji publicznej dotyczące pełnienia funkcji Kierownika Budowy przez Pana K. B. nie od rozpoczęcia robót jest „prawdopodobnie wynikiem błędnego przyjęcia, że za rozpoczęcie robót uznano rozpoczęcie inwestycji przez pierwszego z wykonawców jeszcze w 2011 r., a nie od rozpoczęcia robót w ramach danej umowy”.

Zdaniem Odwołującego szczegółowe postanowienia związane z opisem kryterium oceny ofert z punktu 21.1.2. SWZ Kryterium „Doświadczenie Kierownika Budowy” (D) w zestawieniu z informacjami podanymi przez Konsorcjum w treści wykazu oraz informacjami uzyskanymi przez Odwołującego w trybie dostępu do informacji publicznej od Zamawiającego wskazują na to, że oświadczenie złożone przez Konsorcjum w treści wykazu z Formularza Ofertowego 2.4 „Kryteria pozacenowe” w odniesieniu do inwestycji wskazanej pod pozycją nr 3 nie jest zgodne ze stanem rzeczywistym w zakresie początkowej daty zaangażowania Pana K. B. w realizację tej inwestycji. Odwołujący uważa, że opis kryterium oceny ofert w tym zakresie był czytelny i jednoznaczny, ponieważ Zamawiający wprost zdefiniował swoje oczekiwania co do szczegółów

realizacji zadań wskazywanych przez wykonawców w ramach kryteriów pozacenowych, ustalając w sposób nie budzący wątpliwości, że wymaga wskazania zadań stanowiących doświadczenie Kierownika Budowy, w których pełnił on swoją funkcję i był obecny od momentu rozpoczęcia robót. Gdyby Zamawiający miał co innego na myśli, w tym w szczególności, gdyby zależało mu na wskazaniu zadań, w których funkcję Kierownika Budowy pełnił nie od rozpoczęcia robót, tylko od rozpoczęcia robót w ramach danej umowy, to Zamawiający mógł dokonać odpowiedniego zastrzeżenia w treści dokumentacji. Odwołujący wyraził też zapatrywanie, że nie tylko on doszedł do przekonania, że doświadczenie Pana K. B.

zdobyte na inwestycji „Przebudowa drogi krajowej nr 42 odcinek Dębina - Praszka od km 44+580 do km 53+490” nie wypełnia wymagań Zamawiającego pozwalających na przyznanie Konsorcjum maksymalnej liczby 20 punktów w ramach tego pozacenowego kryterium oceny ofert, ale na takim stanowisku stoi również sam Zamawiający, który w swoim oświadczeniu z dnia 17 sierpnia 2022 r. przekazał wprost, że Pan K. B. nie pełnił funkcji Kierownika Budowy na omawianej inwestycji od rozpoczęcia robót. Aktualną zmianę stanowiska ze strony Zamawiającego Odwołujący traktuje jedynie jako próbę dopasowania interpretacji określonych faktów do przyjętej przez Zamawiającego tezy o słuszności przyznania Konsorcjum kompletu punktów, mimo braku zaistnienia przesłanek uzasadniających takie działanie. W konsekwencji oświadczenie złożone przez Konsorcjum w ramach wykazu z Formularza Ofertowego 2.4. „Kryteria pozacenowe. Informacje dotyczące doświadczenia osoby na stanowisko Kierownika Budowy” stwierdzające, że Pan K. B. pełnił funkcję Kierownika Budowy na inwestycji wskazanej pod pozycją nr 3, w sposób jednoznaczny nie odpowiada rzeczywistości stanowi rzeczy. W ocenie Odwołującego Zamawiający dokonał wadliwej oceny złożonych dokumentów i oświadczeń, mimo że posiadał wiedzę na temat tego zadania jako inwestycji realizowanej na swoją rzecz. Natomiast na podstawie pozyskanych od Zamawiającego informacji Konsorcjum powinno otrzymać w ramach tego kryterium pozacenowego łącznie maksymalnie 10 punktów, a nie 20 punktów.

Uwzględniając akta sprawy odwoławczej, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego złożone podczas rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została spełniona żadna z przesłanek negatywnych wynikająca z art. 528 ustawy PZP, która uniemożliwiałaby merytoryczne rozpoznanie odwołania.

Izba stwierdziła też, że wypełnione zostały wskazane w art. 505 ust. 1 ustawy PZP ustawowe przesłanki istnienia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów.

Izba stwierdziła skuteczność zgłoszenia przystąpienia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. wykonawcy ADAC-LEWAR Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Przystajni i wykonawcy Himmel i Papesch Opole Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Opolu do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego, albowiem zostało ono złożone w terminie i w przewidzianej przez przepisy prawa formie.

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z regulacją § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r., poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2 rozporządzenia, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła również stanowiska prezentowane na rozprawie przez strony oraz

uczestnika postępowania odwoławczego. Izba uwzględniła także stanowisko zaprezentowane przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie z dnia 25 października 2022 r. i stanowisko uczestnika postępowania odwoławczego wyrażone w jego piśmie z dnia 25 października 2022 r.

Izba wydała na rozprawie postanowienie o dopuszczeniu dowodu z dokumentacji sprawy odwoławczej, w tym z dokumentów złożonych przez strony i uczestnika postępowania jako załączniki do ich pism:

- Pisma Odwołującego z dnia 3 sierpnia 2022 r. skierowanego do Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Opolu w sprawie udostępnienia informacji publicznej,

- Pisma Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Opolu z dnia 17 sierpnia 2022 r. w sprawie udostępnienia informacji publicznej,

Umowy Konsorcjum zawartej przez wykonawców ADAC-LEWAR Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Przystajni i Himmel i Papesch Opole Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Opolu w dniu 21 lipca 2022 r. wraz z pełnomocnictwem konsorcjalnym,

Umowy nr 36-418-24/13 z dnia 18 listopada 2013 r. dotyczącej wykonania zadania pn. „Przebudowa drogi krajowej nr 42 odcinek Dębina-Praszka od km 44+580 do km 53+490”,

Protokołu przekazania terenu budowy z dnia 20 listopada 2013 r.,

Protokołu odbioru końcowego z dnia 10 października 2014 r.,

Wyciągu z Dziennika Budowy nr 1/213 dotyczącego zadania pn. „Przebudowa drogi krajowej nr 42 odcinek Dębina-Praszka od km 44+580 do km 53+490”,

SWZ postępowania prowadzonego przez Zarząd Dróg Wojewódzkich w Krakowie pn. „Letnie i zimowe utrzymanie dróg wojewódzkich na terenie województwa małopolskiego w latach 2022-2023 z podziałem na części” (numer postępowania:

ZDW-DN-4-271-88/22),

SWZ postępowania prowadzonego przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Zielonej Górze pn. „Prowadzenie i obsługa punktu informacji

drogowej” (numer postępowania: O/ZG.D-3.2413.5.2016),

Odpowiedzi na pytania do SWZ w postępowaniu prowadzonym przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział we Wrocławiu pn. „Odnowa drogi krajowej nr 5 polegającej na remoncie nawierzchni na odcinku Prusice - Trzebnica w km 328+930 \* 335+200, dł. 6,270 km” (numer postępowania: GDDKiA O/WR

R-2/418/tm/43/2009).

Izba uznała wiarygodność i moc dowodową dokumentów znajdujących się w aktach sprawy odwoławczej.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Na podstawie art. 552 ust. 1 ustawy PZP Izba wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego.

Zamawiający - Skarb Państwa - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Opolu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „rozbudowę drogi krajowej nr 45 na odcinku Krapkowice - Rogów Opolski”. Numer referencyjny tego zamówienia to O.OP.D3.2411.17.2022.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 30 maja 2022 r. pod nr 2022/S 103-287774.

Zgodnie z rozdziałem 6 pkt 6.1. SWZ przedmiotem zamówienia jest rozbudowa drogi krajowej nr 45 na odcinku od Krapkowice km 74+298,1 do Rogowa Opolskiego km 80+900 wraz z przebudową skrzyżowań i fragmentów dróg poprzecznych. Długość rozbudowywanego odcinka drogi krajowej wynosi około 6,602 km. Rozbudowa drogi będzie odbywać się w istniejącym śladzie drogi. Inwestycja obejmuje rozbudowę drogi krajowej, przebudowę skrzyżowań, fragmentów dróg poprzecznych oraz zjazdów na nieruchomości przyległe.

Zgodnie z rozdziałem 16 pkt 16.4. SWZ oferta musi być zabezpieczona wadium. Wykonawca wnoszący wadium w innej formie niż pieniądź wraz z ofertą zobowiązany jest złożyć za pośrednictwem Platformy zakupowej oryginał gwarancji lub poręczenia, z zastrzeżeniem postanowień pkt 18.3. Instrukcji Dla Wykonawców.

W rozdziale 18 SWZ Zamawiający określił szczegółowo wymogi, jakie powinno spełniać wadium. Wykonawca jest zobowiązany do wniesienia wadium w wysokości 530 tysięcy złotych (pkt 18.1. SWZ). Wadium musi być wniesione przed upływem terminu składania ofert w jednej lub kilku formach, które zostały wymienione w art. 97 ust. 7 ustawy PZP, w zależności od wyboru wykonawcy (pkt 18.2. SWZ).

W świetle pkt 18.3. SWZ jeżeli wadium jest wnoszone w formie gwarancji lub poręczenia wykonawca przekazuje Zamawiającemu oryginał gwarancji lub poręczenia w postaci elektronicznej. Wadium w takie musi obejmować cały okres związania ofertą. Treść gwarancji lub poręczenia nie może zawierać postanowień uzależniających jego dalsze obowiązywanie od zwrotu oryginału dokumentu gwarancyjnego do gwaranta. Jako Beneficjenta wadium wnoszonego w formie gwarancji lub poręczenia należy wskazać - „Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą przy ul. Wroniej 53, 00-874 Warszawa”. 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, które zostały 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.

W rozdziale 21 SWZ Zamawiający sformułował kryteria oceny ofert.

Zgodnie z pkt 21.1. SWZ przy dokonywaniu wyboru najkorzystniejszej oferty Zamawiający

stosować będzie następujące kryteria oceny ofert:

Cena (C) - 60 punktów

Doświadczenie Kierownika Budowy (D) - 20 punktów

Wydłużenie okresu gwarancji (G) - 20 punktów

W pkt 21.1.2. SWZ dotyczącym kryterium „Doświadczenie Kierownika Budowy” (D) Zamawiający przewidział, że ocena w ramach tego kryterium będzie odbywać się w oparciu o przekazany wraz z ofertą Formularz 2.4. pn.: Kryteria pozacenowe - „Doświadczenie Kierownika Budowy”, w którym wykonawca wskaże osobę do pełnienia funkcji Kierownika Budowy posiadającą:

- doświadczenie w realizacji zadań obejmujących budowę lub przebudowę lub remont (z wyłączeniem remontów cząstkowych) dróg lub ulic klasy min. G i kategorii ruchu min. KR4 o długości min. 3,0 km od rozpoczęcia robót do wykonania zadania na stanowisku Kierownika Budowy.

Jako wykonanie zadania należy rozumieć wystawienie co najmniej Świadectwa Przejęcia (dla kontraktów realizowanych zgodnie z warunkami FIDIC) lub podpisanie Protokołu odbioru robót lub równoważnego dokumentu (w przypadku zamówień, w których nie wystawia się Świadectwa Przejęcia).

Liczba punktów (D) w ramach kryterium „Doświadczenie osoby na stanowisko Kierownika Budowy” zostanie przyznana w następujący sposób:

- Doświadczenie osoby na stanowisko Kierownika Budowy: doświadczenie w realizacji  
1 zadania - 0 punktów
- Doświadczenie osoby na stanowisko Kierownika Budowy: doświadczenie w realizacji  
2 zadań - 10 punktów
- Doświadczenie osoby na stanowisko Kierownika Budowy: doświadczenie w realizacji  
3 zadań - 20 punktów

Jednocześnie Zamawiający zastrzegł, że:

1. Ocenie będą podlegały jedynie informacje zawarte w Formularzu „Kryteria pozacenowe” złożonym wraz z ofertą. W przypadku niezłożenia wraz z ofertą Formularza „Kryteria pozacenowe”, oferta wykonawcy, w ramach kryterium oceny ofert „Doświadczenie Kierownika Budowy”, otrzyma 0 pkt. Niepodpisanie Formularza „Kryteria pozacenowe” przez osobę/osoby upoważnione do reprezentowania Wykonawcy traktowane będzie jak niezłożenie Formularza.
2. W przypadku braku wskazania w złożonym wraz z ofertą Formularzu „Kryteria pozacenowe” imienia i nazwiska kandydata do pełnienia funkcji Kierownika budowy, oferta Wykonawcy, w ramach kryterium oceny ofert „Doświadczenie Kierownika Budowy”, otrzyma 0 punktów.
3. Wykonawca w ramach kryterium „Doświadczenie Kierownika Budowy” może wskazać tylko jedną osobę na stanowisko wskazane w kryterium. W przypadku, gdy Wykonawca wskaże więcej niż 1 osobę do pełnienia danej funkcji, Zamawiający oceniać będzie jedynie tę osobę, która została wskazana jako pierwsza w kolejności.

4. Za zadanie, które nie potwierdza w pełni spełniania stawianych wymagań oferta wykonawcy otrzyma 0 punktów.

5. W przypadku podania przez Wykonawcę w Formularzu „Kryteria pozacenowe” danych w sposób uniemożliwiający stwierdzenie spełnienia kryteriów podlegających ocenie, np. brak określenia nazwy lub charakterystyki lub parametrów dotyczących zadania (np. rodzaj robót, klasa drogi, rodzaj/ klasa obiektu, wartość robót/ zadania itp.), brak określenia, lub określenie w sposób niejednoznaczny danych dotyczących pełnionej przez wskazaną osobę funkcji w zadaniu lub okresu jej sprawowania, Zamawiający nie weźmie pod uwagę takiego zadania przy ocenie ofert w kryterium ofert „Doświadczenie Kierownika Budowy”.

6. Zamawiający informuje, że Formularz „Kryteria pozacenowe” nie stanowi dokumentu składanego w celu potwierdzenia spełniania warunków, o których mowa w art. 124 ustawy PZP. Przepisy art. 128 ustawy PZP będą miały zastosowanie jedynie w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

7. Przepis art. 223 ust. 1 ustawy PZP może mieć zastosowanie jedynie w zakresie wyjaśnienia treści złożonych ofert. W następstwie czynności złożenia wyjaśnień Wykonawca nie może uzupełniać Formularza „Kryteria pozacenowe” w zakresie kryterium „Doświadczenie Kierownika Budowy” o dodatkowe zadania nieuwjęte w Formularzu lub dokonywać ich zmiany.

8. Jeśli w złożonych wraz z ofertą dokumentach lub w wyniku zastosowania procedury

przewidzianej w art. 126 ust. 1 ustawy PZP lub w art. 128 ust. 1 ustawy PZP

Wykonawca na stanowisko, które podlega ocenie i punktacji w ramach kryterium

„Doświadczenie Kierownika Budowy” wskaże inną osobę niż w Formularzu „Kryteria pozacenowe” wówczas Zamawiający w ramach tego kryterium nie przyzna punktów.

9. Oferta zawarta w Formularzu „Kryteria pozacenowe” w zakresie kryterium „Doświadczenie Kierownika Budowy” stanowić będzie integralną część umowy zawieranej z wyłonionym w drodze niniejszego postępowania Wykonawcą.

Swoją ofertę w przedmiotowym postępowaniu złożyło m. in. Konsorcjum. Do oferty Konsorcjum załączona została gwarancja ubezpieczeniowa zapłaty wadium o numerze PO/01047548/2022 z dnia 22 lipca 2022 r., która została udzielona przez gwaranta - Generali Towarzystwo Ubezpieczeń Spółkę Akcyjną z siedzibą w Warszawie. W treści gwarancji jako dłużnik (wykonawca) został wskazany jedynie ADAC-LEWAR Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Przystajni. Jako beneficjent gwarancji został wskazany Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie. Gwarancja zawierała zobowiązanie gwaranta do nieodwołalnej i bezwarunkowej zapłaty na pierwsze pisemne żądanie beneficjenta kwoty 530 tysięcy złotych, tj. sumy gwarancyjnej odpowiadającej wysokości wadium zgodnie z wymaganiami SWZ w postępowaniu numer O.OP.D-3.2411.17.2022 na rozbudowę drogi krajowej nr 45 na odcinku Krapkowice - Rogów Opolski.

Ponadto Konsorcjum do oferty załączyło Formularz 2.4. zatytułowany „Kryteria pozacenowe. Informacje dotyczące Doświadczenia osoby na stanowisko Kierownika Budowy”, w którym oświadczyło, że wyznaczony do realizacji przedmiotowego zamówienia na stanowisku Kierownika Budowy Pan K. B. zdobył wymagane doświadczenie w realizacji zadań od rozpoczęcia robót do wykonania zadania wykonując następujące zadania:

1) „Rozbudowa drogi krajowej nr 45 na odcinku Reńska Wieś - Większyce - Poborszów” - rozbudowa drogi krajowej

Klasa drogi GP

Kategoria ruchu KR 5

Długość odcinka 7,16 km

Pełniona funkcja Kierownik Budowy

2) „Remont jezdni północnej autostrady A4 na odc. Węzeł Krapkowice - Węzeł Kędzierzyn-Koźle od km 256+740 do km 269+575” - remont jezdni autostrady

Klasa drogi A

Kategoria ruchu KR 6

Długość odcinka 12,835 km

Pełniona funkcja Kierownik Budowy

3) „Przebudowa drogi krajowej nr 42 odcinek Dębina - Praszka od km 44+580 do km 53+490” - przebudowa drogi krajowej

Klasa drogi G

Kategoria ruchu KR 4

Długość odcinka 9,05 km

Pełniona funkcja Kierownik Budowy

Pismem z dnia 22 sierpnia 2022 r. Odwołujący zwrócił Zamawiającemu uwagę na dostrzeżone nieprawidłowości w Formularzu 2.4. złożonym przez Konsorcjum w odniesieniu do doświadczenia Pana K. B. Odwołujący wskazał, że biorąc pod uwagę treść informacji pozyskanych od inwestora realizującego zamówienia na „Przebudowę drogi krajowej nr 42 odcinek Dębina - Praszka od km 44+580 do km 53+490 - przebudowa drogi krajowej” zadanie to nie może być określone jako inwestycja spełniająca wszystkie wymagania umożliwiające Konsorcjum zdobycie kompletu punktów z uwagi na fakt, że Pan K. B. nie pełnił w ramach tego zadania funkcji Kierownika Budowy od momentu rozpoczęcia robót. Odwołujący dodał, że Zamawiający dokonując badania i oceny oferty Konsorcjum powinien wziąć pod uwagę tą okoliczność i uznać, że co najmniej jedna ze wskazanych przez Konsorcjum inwestycji wymienionych jako doświadczenie zawodowe Pana K. B. nie spełnia opisanych przez Zamawiającego wymagań, co w konsekwencji powoduje brak możliwości przyznania Konsorcjum kompletu punktów w ramach tego pozacenowego kryterium oceny ofert.

Następnie pismem z dnia 24 sierpnia 2022 r. Odwołujący zwrócił Zamawiającemu uwagę na kolejne dostrzeżone nieprawidłowości - tym razem dotyczące wadium wniesionego w formie gwarancji ubezpieczeniowej przez Konsorcjum. Odwołujący podał, że choć ofertę w postępowaniu złożyli wspólnie dwaj wykonawcy będący partnerami Konsorcjum, gdzie w pkt 10 Formularza Ofertowego oświadczyli, że wnieśli wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej, to z przedłożonej gwarancji ubezpieczeniowej wynika jednak, że dłużnikiem jest wyłącznie wykonawca ADAC-LEWAR Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Przystajni. Odwołujący uzasadnił, że zgodnie z ukształtowaną aktualną linią orzeczniczą sformułowaną zarówno przez Krajową Izbę Odwoławczą, jak i Sądy, w treści gwarancji wadialnej konieczne jest wymienienie wszystkich wykonawców, którzy w ramach konsorcjum składają ofertę w postępowaniu. Na tej podstawie Odwołujący wywiódł, że w opisanych okolicznościach Zamawiający zobligowany jest do odrzucenia oferty Konsorcjum na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy PZP z uwagi na fakt wniesienia wadium w sposób nieprawidłowy.

W dniu 7 października 2022 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty Konsorcjum jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, której przyznał 100 punktów, w tym maksymalne 20 punktów w kryterium pozacenowym za doświadczenie kierownika budowy. Przy okazji udostępnienia protokołu postępowania i innych dokumentów Zamawiający poinformował Odwołującego o przyczynach, dla których nie uznał okoliczności podniesionych w dwóch pismach Odwołującego z dnia 22 i 24 sierpnia 2022 r.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Analiza materiału dowodowego zgromadzonego w aktach niniejszej sprawy odwoławczej doprowadziła Izbę do przekonania, że zarzuty odwołania zasługują na uwzględnienie jedynie w części, tj. w odniesieniu do zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia w tym postępowaniu oferty złożonej przez Konsorcjum pomimo tego, że Konsorcjum wniosło wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej w sposób nieprawidłowy (zarzut nr 1 dotyczący naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy PZP w zw. z art. 16 ustawy PZP w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy PZP).

Natomiast Izba nie uwzględniła zarzutu nr 2 odwołania dotyczącego dokonania wadliwej oceny doświadczenia zawodowego Pana K. B., który został wskazany przez Konsorcjum na stanowisko Kierownika Budowy, co skutkowało przyznaniem maksymalnej liczby 20 punktów za posiadane przez tą osobę doświadczenie (tj. naruszenie art. 239 ust. 1 w zw.

z art. 242 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP w zw. z art. 16 ustawy PZP w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy PZP).

Zgodnie z regulacją art. 559 ust. 2 ustawy PZP uzasadnienie orzeczenia Izby zawiera wskazanie podstawy prawnej orzeczenia z przytoczeniem przepisów prawa.

Art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy PZP stanowi, 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 ustawy.

Art. 16 ustawy PZP określa podstawowe zasady prawa zamówień publicznej stanowiąc, że Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

- 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców,
- 2) przejrzysty, 3) proporcjonalny.

Z kolei art. 17 ust. 2 ustawy PZP stanowi, że zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Izba rozpoznając odwołanie uznała, że Zamawiający dokonując badania i oceny ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu powinien był odrzucić ofertę Konsorcjum z uwagi na wniesienie wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej w sposób nieprawidłowy. W pierwszej kolejności Izba podkreśla, że choć umowa gwarancji ubezpieczeniowej jest jedną z czynności ubezpieczeniowych wymienionych w art. 4 ust. 7 ustawy z dnia 11 września 2015 r. o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej (Dz. U. z 2022 r., poz. 2283, ze zm.), to jej przedmiotowo istotne elementy nie zostały wprost uregulowane w przepisach prawa. Umowa gwarancji ubezpieczeniowej jest to specyficzna umowa o charakterze zabezpieczającym, która w głównej mierze kształtowana jest przez praktykę obrotu gospodarczego, a jej konstrukcja jest

oparta na zasadzie swobody umów. W związku z tym jej postanowienia powinny być wykładane w sposób ścisły i wąski. W dalszej kolejności należy stwierdzić, że w przedmiotowym postępowaniu ofertę złożyło dwóch wykonawców działających w ramach Konsorcjum, tj. wykonawca ADAC-LEWAR Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Przystajni oraz wykonawca Himmel i Papesch Opole Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Opolu. Natomiast wadium złożone w formie gwarancji ubezpieczeniowej z dnia 22 lipca 2022 r. o numerze PO/01047548/2022 wystawionej przez Generali Towarzystwo Ubezpieczeń Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, która miała zabezpieczać ofertę obydwu wykonawców w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia, dotyczy zabezpieczenia oferty ale tylko jednego z wykonawców. W jej treści jako dłużnik (wykonawca) został wskazany jedynie wykonawca ADAC-LEWAR. Nie ma w niej odniesienia do drugiego z wykonawców działających w ramach Konsorcjum, tj. wykonawcy Himmel i Papesch Opole. Nie zostało nawet wskazane w treści gwarancji, że oferta w przedmiotowym postępowaniu została złożona przez dwóch wykonawców działających w ramach Konsorcjum. Treść gwarancji nie zawiera żadnych informacji, które mogłyby prowadzić do uznania, że gwarant ustanawiając wadium prawidłowo zidentyfikował, czyją ofertę zabezpiecza (tj. ofertę wnoszoną przez dwóch wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia). W ocenie Izby w takim przypadku należy wykluczyć wszelkie wątpliwości natury interpretacyjnej związane z ustaleniem zakresu odpowiedzialności gwaranta tak, aby gwarancja ubezpieczeniowa mogła spełnić swój podstawowy cel w postaci należytego zabezpieczenia interesów finansowych Zamawiającego poprzez wypłacenie mu kwoty odpowiadającej sumie gwarancyjnej w razie ziszczenia się przesłanek przewidzianych w treści gwarancji ubezpieczeniowej. Zdaniem Izby przy ustanowieniu wadium obowiązkiem obu wykonawców składających wspólnie ofertę w tym postępowaniu było dochowanie należytej staranności, uwzględniającej zawodowy charakter działalności gospodarczej prowadzonej przez obydwu przedsiębiorców, oraz dopilnowanie aby treść gwarancji ubezpieczeniowej identyfikowała prawidłowo fakt zabezpieczenia oferty składanej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Natomiast złożona przez Konsorcjum gwarancja ubezpieczeniowa z uwagi na braki w jej treści co do podmiotowego zakresu gwarancji rodzi realne ryzyko, że Zamawiający może nie uzyskać od gwaranta sumy gwarancyjnej, jeśli np. określone w § 4 ust. 4 gwarancji ubezpieczeniowej z dnia 22 lipca 2022 r. przesłanki będą leżały po stronie drugiego z konsorcjantów, czyli wykonawcy Himmel i Papesch Opole. Dlatego też Izba uznała, że wadialna gwarancja ubezpieczeniowa została wniesiona przez Konsorcjum w sposób nieprawidłowy, w związku z czym oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy PZP.

Jednocześnie ze względu na nieprawidłowe zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum przez Zamawiającego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy PZP słuszne okazały się też zarzuty

Odwołującego dotyczące naruszenia art. 17 ust. 2 ustawy PZP i przeprowadzenia postępowania w sposób nie zapewniający zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców (art. 16 pkt 1 ustawy PZP).

Mając powyższe na uwadze Izba uwzględniła zarzut nr 1 odwołania stwierdzając naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy PZP w zw. z art. 16 ustawy PZP w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy PZP.

Natomiast Izba nie uwzględniła zarzutu nr 2 odwołania, którego istota sprowadzała się do zakwestionowania przez Odwołującego faktu posiadania przez osobę wskazaną przez

Konsorcjum w jego Formularzu Ofertowym na stanowisko Kierownika Budowy, tj. Pana K. B. doświadczenia skutkującego przyznaniem maksymalnej liczby punktów w ramach pozacenowego kryterium „Doświadczenie Kierownika Budowy”.

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

Z kolei art. 242 ust. 1 ustawy PZP stanowi, że najkorzystniejsza oferta może zostać wybrana na podstawie: 1) kryteriów jakościowych oraz ceny lub kosztu; 2) ceny lub kosztu.

Art. 16 ustawy PZP określa podstawowe zasady prawa zamówień publicznej stanowiąc, że Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

- 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców,
- 2) przejrzysty, 3) proporcjonalny.

Art. 17 ust. 2 ustawy PZP stanowi, że zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Izba stwierdziła, że dokonana w niniejszej sprawie przez Zamawiającego ocena oferty Konsorcjum w kryterium „Doświadczenie Kierownika Budowy” była właściwa i Zamawiający słusznie przyznał Konsorcjum maksymalną liczbę punktów w ramach tego kryterium. W punkcie 21.1.2. SWZ Zamawiający wyraźnie wskazał, że będzie dodatkowo punktował wykonawców za wskazanie do pełnienia funkcji Kierownika Budowy osoby, która będzie posiadała doświadczenie w realizacji zadań obejmujących budowę lub przebudowę lub remont (z wyłączeniem remontów cząstkowych) dróg lub ulic klasy min. G i kategorii ruchu min. KR4 o długości min. 3,0 km od rozpoczęcia robót do wykonania zadania na stanowisku Kierownika Budowy. Za wskazanie trzech takich zadań można było uzyskać 20 punktów. W Formularzu Ofertowym 2.4. Konsorcjum oświadczyło m. in., że Pan K. B. pełnił funkcję Kierownika Budowy na zadaniu „Przebudowa drogi krajowej nr 42 odcinek Dębina - Praszka od km 44+580 do km 53+490”, klasa drogi G, kategoria ruchu KR 4 i długość odcinka 9,05 km. Z dokumentów załączonych przez Zamawiającego do odpowiedzi na odwołanie bezspornie wynika, iż Pan K. B. rzeczywiście legitymuje się wymaganym przez Zamawiającego doświadczeniem uzasadniającym przyznanie maksymalnej liczby punktów w ramach pozacenowego kryterium „Doświadczenie Kierownika Budowy”. W szczególności z Protokołu przekazania terenu budowy z dnia 20 listopada 2013 r. (pkt 12), Protokołu odbioru końcowego z dnia 10 października 2014 r. (pkt 8.15) oraz z wpisów w Dzienniku Budowy nr 1/213 dotyczącego zadania pn. „Przebudowa drogi krajowej nr 42 odcinek Dębina-Praszka od km 44+580 do km 53+490” (pkt 2, 8 i 9 Wyciągu z Dziennika Budowy) wynika, że Pan K. B. był Kierownikiem Budowy na zadaniu „Przebudowa drogi krajowej nr 42 odcinek Dębina-Praszka od km 44+580 do km 53+490” od dnia przekazania terenu budowy do dnia wykonania zadania. Izba nie stwierdziła podstaw, aby zapis SWZ o „rozpoczęciu robót” utożsamiał z rozpoczęciem budowy (inwestycji) i aby rozumieć go inaczej aniżeli rozpoczęcie robót w ramach konkretnej umowy łączącej zamawiającego z wykonawcą, tym bardziej że sam Zamawiający nigdzie w dokumentacji postępowania nie zdefiniował pojęcia „rozpoczęcie robót”, a wykonawcy mogli na potrzeby oceny w przedmiotowym kryterium powołać się nie tylko na doświadczenie kierownika budowy w realizacji budowy, ale także przebudowy. Izba podziela przy tym stanowisko Zamawiającego wyrażone w odpowiedzi na odwołanie, że przedłożony przez Odwołującego dokument z dnia 17 sierpnia 2022 r. stanowiący odpowiedź Zamawiającego na wniosek Odwołującego o udostępnienie informacji publicznej nie jest dowodem na okoliczność tego, że Pan K. B. nie posiada wymaganego doświadczenia jako Kierownik Budowy w odniesieniu do inwestycji dotyczącej przebudowy drogi krajowej nr 42 na odcinku Dębina-Praszka. Biorąc pod uwagę całokształt okoliczności ujawnionych w toku rozprawy Izba uznała, iż odpowiedź udzielona Odwołującemu zawierała oświadczenie obarczone błędem, które wynikało z wadliwego przyjęcia przez osobę udzielającą odpowiedzi, że Pan K. B. nie był Kierownikiem Budowy od samego początku inwestycji, lecz został nim dopiero po dwukrotnej zmianie podmiotu odpowiedzialnego za realizację zamówienia po ogłoszeniu upadłości przez dwóch wcześniejszych wykonawców.

Mając powyższe na względzie Izba uznała zatem za nieuzasadnione zarzuty odwołania dotyczące naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 242 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 16 ustawy PZP w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy PZP.

W tych okolicznościach, skoro Zamawiający bezzasadnie zaniechał odrzucenia oferty Konsorcjum, naruszając przy tym wynikającą z art. 16 pkt 1 ustawy PZP zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także normę prawną wyrażoną w art. 17 ust. 2 ustawy PZP, należało nakazać Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenie oferty Konsorcjum na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy PZP i powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 i art. 574-576 ustawy PZP oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 7 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 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). Odwołujący poniósł koszty postępowania odwoławczego z tytułu wpisu od odwołania w wysokości 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy). Z kolei kosztami postępowania odwoławczego poniesionymi przez Zamawiającego był wydatek na wynagrodzenie pełnomocnika w wysokości 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy). Wobec powyższego Izba uwzględniając jeden z dwóch zarzutów zawartych w odwołaniu stwierdza, że Odwołującemu przysługuje od Zamawiającego zwrot połowy wpisu od odwołania, natomiast Zamawiającemu przysługuje od Odwołującego zwrot połowy wydatku poniesionego na wynagrodzenie jego pełnomocnika. Po skompensowaniu roszczeń wzajemnych Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrot części kosztów postępowania odwoławczego poniesionych z tytułu wpisu od odwołania, tj. kwotę 8 200 zł 00 gr (słownie: osiem tysięcy dwieście złotych zero groszy).

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący

Członkowie: