Sygn. akt: KIO 2917/20

WYROK
z dnia 7 grudnia 2020 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Katarzyna Prowadzisz
Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 listopada 2020 roku, w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 grudnia 2020 roku
przez wykonawcę Remondis Opole spółka z ograniczona odpowiedzialnością z siedzibą w Opolu
w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Miejski Zarząd Dróg w Opolu
przy udziale wykonawcy ELKOM spółka z ograniczona odpowiedzialnością z siedzibą w Opolu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2917/20 po stronie Odwołującego

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie w części obejmującej zarzut naruszenia art. 8 ust. 1 w zw. z art. 86 ust. 2 i 4 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych przez dokonanie przez Zamawiającego czynności otwarcia oferty wykonawcy M. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Drogowych i Komunalnych DROMAR M. K. po zamknięciu czynności otwarcia ofert i w efekcie nieuzasadnione sprostowanie informacji z otwarcia ofert.
2. Oddala odwołanie.
3. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Remondis Opole spółka z ograniczona odpowiedzialnością z siedzibą w Opolu i:
   3.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Remondis Opole spółka z ograniczona odpowiedzialnością z siedzibą w Opolu tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Opolu.

Przewodniczący: ……

Sygn. akt: KIO 2917/20

U Z A S A D N I E N I E

Zamawiający – Miejski Zarząd Dróg w Opolu– prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego w przedmiocie *Oczyszczanie miasta w zakresie: całoroczne oczyszczanie pasów drogowych rejonu I i II, w tym oczyszczanie chodników, placów, terenów zieleni, ciągów pieszych i pieszo-rowerowych oraz przejść podziemnych.*

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiejw dniu 14 lipca 2020 roku pod numerem 2020/S 134-329691.

9 listopada 2020 roku działając na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843 ze zm.; dalej: „Pzp" lub „ustawa") Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego.

Odwołujący zarzucił Zmawiającemu:

1) naruszenie art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 86 ust. 2 Pzp w zw. z art. 86 ust. 4 Pzp
   w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez dokonanie przez Zamawiającego czynności otwarcia oferty wykonawcy M. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Drogowych i Komunalnych DROMAR M. K (dalej: „DROMAR") po zamknięciu czynności otwarcia ofert i w efekcie nieuzasadnione sprostowanie informacji z otwarcia ofert;
2) z ostrożności
   art. 91 ust. 4 Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez wezwanie DROMAR i Odwołującego do złożenia ofert dodatkowych w Części 1 postępowania, pomimo iż oferta złożona przez DROMAR nie przedstawia takiego samego bilansu ceny i kryterium: doświadczenie personelu wykonawcy, jak ofert Odwołującego, gdyż DROAAAR powinien uzyskać w ramach tego kryterium 0 punktów, podczas gdy Odwołujący powinien uzyskać w tym kryterium 40 punktów, a zatem brak było podstaw do skorzystania przez Zamawiającego z dyspozycji przepisu art. 91 ust. 4 Pzp i skierowania do DROMAR i Odwołującego wezwania do złożenia ofert dodatkowych, gdyż oferta złożona przez Odwołującego powinna zostać oceniona jako najkorzystniejsza (oferta złożona przez odwołującego uzyskałaby 100 punktów, podczas gdy oferta złożona przez DROMAR jedynie 60 punktów);
3) art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez jego niezastosowanie
   i zaniechanie wykluczenia DROMAR z Części 1 postępowania pomimo,
   iż wykonawca ten w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił wprowadzające Zamawiającego w błąd informacje dotyczące spełniania przez osobę kierującą pracami wymagań pozwalających na przyznanie DROAAAR punktów
   w ramach kryterium Doświadczenie Personelu Wykonawcy, a mające istotny wpływ na podejmowane przez Zamawiającego decyzje w zakresie punktów przyznawanych w ramach tego kryterium oceny ofert.

Odwołujący wniósł wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności sprostowania informacji z otwarcia ofert;
- powtórzenia czynności badania i oceny ofert bez uwzględnienia oferty DROMAR; ewentualnie
- unieważnienia czynności wezwania DROMAR i Odwołującego do złożenia ofert dodatkowych;
- wykluczenia DROMAR z Części 1 postępowania.

Odwołujący podniósł, że posiada interes we wniesieniu odwołania. Odwołujący złożył ofertę w postępowaniu na Części 1 i Część 2 postępowania. Jak wynika z pierwotnie opublikowanej przez Zamawiającego Informacji z otwarcia ofert, oferta złożona przez Odwołującego, przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny w zakresie Części nr 1.

W wyniku naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów Ustawy, interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, gdyż w przypadku prawidłowego działania Zamawiającego oferta złożona przez DROMAR nie zostałaby uwzględniona w toku badania i oceny ofert, a oferta złożona przez Odwołującego zostałaby oceniona jako najkorzystniejsza w zakresie Części 1 zamówienia.

Z ostrożności Odwołujący wskazał, że w przypadku prawidłowego działania Zamawiającego, Odwołujący i DROMAR nie zostaliby wezwani do złożenia ofert dodatkowych, a co za tym idzie oferta złożona przez Odwołującego zostałaby oceniona jako najkorzystniejsza
w zakresie Części 1 zamówienie. Nie może, zatem budzić wątpliwości fakt, że objęte odwołaniem czynności Zamawiającego prowadzą do możliwości poniesienia szkody przez Odwołującego - polegającej na uniemożliwieniu Odwołującemu uzyskania zamówienia.
Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty:
Otwarcie oferty DROMAR po zakończeniu czynności otwarcia ofert.
W dniu 14 października 2020 r. Zamawiający opublikował na stronie internetowej informację z otwarcia ofert, z której wynikało że łącznie na oba zadania złożone zostały 4 oferty. Przy czym w odniesieniu do oferty DROMAR Zamawiający nie podał informacji dotyczących ceny brutto w Części 1 i Części 2, lecz wskazał „Brak możliwości otwarcia pliku oferty - błąd techniczny".
W dniu 29 października 2020 r., Zamawiający poinformował Odwołującego, że w związku
z wniesionym przez DROMAR w dniu 26 października 2020 r. odwołaniem anuluje czynności badania i oceny ofert przeprowadzone do dnia 28 października 2020 r. polegające
w szczególności na ocenie oferty pod kątem art. 90 ust. 1 Pzp. W dalszej części pisma Zamawiający wskazał; iż „Zamawiający równocześnie informuje o dokonaniu sprostowania informacji z otwarcia ofert z uwagi na fakt, iż udało się mu otworzyć ofertę podmiotu Zakład Usług Drogowych i Komunalnych DROMAR M. K. za pomocą darmowego oprogramowania 7zip. Przedmiotowe sprostowanie stanowi załącznik do niniejszego pisma oraz zostało zamieszczone na stronie internetowej postępowania. Dodatkowo Zamawiający informuje, że z chwilą wysłania niniejszego pisma przystępuje do wykonania czynności powtórzonych w postępowaniu polegających na badaniu i ocenie wszystkich ofert złożonych w niniejszym postępowaniu. "
Biorąc pod uwagę, że jak wynika z pierwotnie opublikowanej przez Zamawiającego w dniu 14 października 2020 r. informacji z otwarcia ofert, oferta złożona przez DROMAR nie została przez Zamawiającego otwarta przed zakończeniem czynności otwarcia ofert, to brak było podstaw do otwarcia jej i skorygowania informacji z otwarcia na późniejszym etapie postępowania o udzielenie zamówienia. Zwłaszcza, że nastąpiło to aż 15 dni po zamknięciu przez Zamawiającego otwarcia ofert. Skoro Zamawiającemu nie udało się otworzyć oferty DROMAR bezpośrednio po upływie terminu składania ofert w postępowaniu,
#x200ea przed zakończeniem czynności otwarcia ofert to powinien był ją uznać za niezłożoną
#x200ei nie był uprawniony do podejmowania jakichkolwiek czynności zmierzających do jej otwarcia po zamknięciu czynności otwarcia ofert. Take działanie Zamawiającego stanowi naruszenie szeregu przepisów Pzp, zaś w szczególności art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 86 ust. 2 Pzp w zw. z art. 86 ust. 4 Pzp. Zgodnie z art. 8 ust. 1 Pzp, postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Stosownie do art. 86 ust. 1 Pzp, otwarcie ofert jest jawne i następuje bezpośrednio po upływie terminu do ich składania, z tym że dzień, w którym upływa termin składania ofert, jest dniem ich otwarcia. 6.Z art. 86 ust. 4 Pzp jednoznacznie wynika, że podczas otwarcia ofert podaje się nazwy (firmy) oraz adresy wykonawców, a także informacje dotyczące ceny, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji i warunków płatności zawartych w ofertach. Informacje te mogą być podane wyłącznie podczas otwarcia ofert, brak jest możliwości uzupełnienia ich poprzez sprostowanie informacji z otwarcia ofert.
Wezwanie Odwołującego i DROMAR do złożenia ofert dodatkowych.
Z ostrożności Odwołujący podniósł, w przypadku uznania przez Izbę, że Zamawiający
był uprawniony do otwarcia oferty DROMAR 15 dni po zakończeniu czynności otwarcia ofert, że Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 91 ust. 4 Pzp przez wezwanie Odwołującego
i DROMAR do złożenia ofert dodatkowych.
W skierowanym do Odwołującego piśmie datowanym na dzień 29 października 2020 r., Zamawiający wskazał, że „W związku ze złożeniem przez Wykonawcę oferty w części 1 postępowania, która przedstawia taki sam bilans ceny i kryterium: doświadczenie personelu wykonawcy w przeliczeniu na dobę jak oferta Zakład Usług Drogowych i Komunalnych DROMAR M. K. ul. Gliwicka 25, 44-145 Stanica, a ponadto złożona oferta
w części 1 posiada taką samą cenę jako oferta wskazanego podmiotu, Zamawiający wzywa Wykonawcę do złożenia w terminie do 05.11.2020 r. godz. 08:00 oferty dodatkowej. " Wezwanie DROMAR i Odwołującego do złożenia ofert dodatkowych w Części
1 postępowania, było nieuzasadnione, gdyż złożona przez DROMAR nie przedstawia takiego samego bilansu ceny i kryterium: Doświadczenie Personelu Wykonawcy jak ofert Odwołującego. DROMAR powinien uzyskać w ramach tego kryterium 0 punktów, podczas gdy Odwołujący powinien uzyskać w tym kryterium 40 punktów, a zatem na gruncie przedmiotowego postępowania nie występuje sytuacja, o której mowa w dyspozycji art. 91 ust. 4 Pzp, gdyż nie zostały złożone dwie oferty przedstawiające taki sam bilans ceny
i innych kryteriów oceny ofert. W przypadku przyznania Odwołującemu 40 punktów
w kryterium Doświadczenie Personelu Wykonawcy, oferta Odwołującego uzyskałaby łącznie 100 punktów w ramach kryteriów oceny ofert, zaś oferta DROMAR jedynie 60 punktów
w ramach kryterium oceny ofert. Zgodnie z Rozdziałem 25 Kryteria oceny ofert SIWZ, kryteriami oceny ofert są cena z wagą 60% i doświadczenie personelu wykonawcy z wagą 40%. W pkt 3.1 tego rozdziału SIWZ wskazano, że w ramach kryterium „Doświadczenie Personelu Wykonawcy" punkty zostaną przyznane w skali punktowej od 0 do 40 punktów, na podstawie Oferty Wykonawcy - Formularz „Kryteria pozacenowe" (załącznik nr 1b). Opis podkryteriów i sposobu przyznawania punktów został ukształtowany przez Zamawiającego w następujący sposób: „Osoba kierująca pracami max. ilość punktów - 40.
Doświadczenie zawodowe w kierowaniu pracami polegającymi na letnim i zimowym oczyszczaniu pasów drogowych przez okres nie krótszy niż 12 miesięcy:
Za 1 zadanie potwierdzające powyższe wymagania Wykonawca otrzyma 10 punktów.
Za 2 zadanie potwierdzające powyższe wymagania Wykonawca otrzyma 20 punktów,
Za 3 lub więcej zadań potwierdzających powyższe wymagania Wykonawca otrzyma 40 punktów.
Za niewykazanie zadań potwierdzających powyższe wymagania Wykonawca otrzyma 0 punktów.
Za zadanie, które nie potwierdza w pełni spełniania powyższych wymagań Wykonawca otrzyma O punktów. "
W złożonym wraz z ofertą Załączniku nr 1b - Kryteria pozacenowe - Kryterium Doświadczenie Personelu Wykonawcy - Część 1 DROMAR, dla Pana M. K. wskazał 3 następujące zadania:
„Zadanie 1:
nazwa zadania: „Budowa dwujezdniowej drogi ekspresowej S-7 na odcinku Chęciny - Jędrzejów" - w zakresie

utrzymania czystości tj. oczyszczanie przez zmywanie nawierzchni na mokro i usuwanie zaległego błota oraz innych nieczystości,
rodzaj zadania (nadzorowanie prac polegających na letnim i zimowym oczyszczaniu pasów drogowych przez okres nie krótszy niż 12 miesięcy): Termin wykonania od 08.08.2016r.
do 31.12.2018r. tak/me4
Zadanie 2:
nazwa zadania: „Oczyszczanie mechaniczne i ręczne chodników, ciągów pieszych
i rowerowych oraz parkingów na terenie miasta Knurów,
rodzaj zadania (nadzorowanie prac polegających na letnim i zimowym oczyszczaniu pasów drogowych przez okres nie krótszy niż 12 miesięcy): Termin wykonania od 20.08.2014r.
do 31.12.2015r tak/me2
Zadanie 3:
nazwa zadania: „Drogowa Trasa Średnicowa Katowice - Gliwice, część „Zachód" - odcinek G2 w Gliwicach" - w zakresie utrzymania czystości tj. oczyszczanie przez zmywanie nawierzchni na mokro i usuwanie zaległego błota oraz innych nieczystości.
rodzaj zadania (nadzorowanie prac polegających na letnim i zimowym oczyszczaniu pasów drogowych przez okres nie krótszy niż 12 miesięcy)-.Termin wykonania od 03.06.2013r.
do dnia 15.12.2014r. takłnie3"
Podanie 3 zadań w załączniku nr 1b powoduje, że wykonawca DROMAR mógł uzyskać maksymalną liczbę punktów w kryterium Doświadczenie Personelu Wykonawcy tj. 40 punktów. Żadne z podanych przez DROMAR zadań nie spełnia jednak wymagań umożliwiający uzyskanie przez tego wykonawcę punktów w ramach kryterium oceny ofert.
Zadanie 1 - wykazane doświadczenie - „Budowa dwujezdniowej drogi ekspresowej S-7
na odcinku Chęciny - Jędrzejów" - w zakresie utrzymania czystości tj. oczyszczanie przez zmywanie nawierzchni na mokro i usuwanie zaległego błota oraz innych nieczystości"
nie spełnia warunku zadania polegającego na nadzorowaniu prac polegających na letnim
i zimowym oczyszczaniu pasów drogowych, ponieważ nie obejmowało usług zimowego oczyszczania takich jak m.in. likwidacja śliskości zimowej i usuwanie śniegu. Nazwa tego zadania podana w załączniku nr 1b wskazuje, że usługi były świadczone przez DROMAR
na placu budowy, a nie zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, w pasie drogowym
z charakterystycznym dla niego ruchem ulicznym pojazdów i pieszych.
Zadanie 2 - wykazane doświadczenie: „Oczyszczanie mechaniczne i ręczne chodników, ciągów pieszych i rowerowych oraz parkingów na terenie miasta Knurów" - nie spełnia wymagania zadania polegającego na nadzorowaniu prac polegających na letnim i zimowym oczyszczaniu pasów drogowych. Zgodnie z informacją dostępną na stronie Zamawiającego - Gmina Knurów prowadzi odrębne postępowania o udzielenie zamówienia publicznego
na zimowe i oddzielne na letnie utrzymanie dróg, chodników, ciągów pieszych i parkingów gminnych. Nie został zatem przez DROMAR spełniony wymóg posiadania doświadczenie
w jednym zadaniu na letnie i zimowe oczyszczanie pasów drogowych (łącznie). Ponadto
w postępowaniu prowadzonym przez gminę Knurów na: „Usługi związane z zimowym utrzymaniem dróg, chodników, ciągów pieszych i parkingów gminnych w sezonie 2015/2016" (tj. w okresie częściowo wykazanym przez DROMAR), nr zamówienia ZP.Zd.519.2015 Konsorcjum firm: Lider DROMAR Zakład Usługowych i Komunalnych M. K. Firma Handlow - Usługowa NATEZJA U. H., D. B. Sp. j. zostało wykluczone z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 i 4 pzp.- nie było zatem możliwości nadzorowania przez DROMAR usług zimowego oczyszczania pasów drogowych w tej gminie w terminie określonym w Załączniku nr 1b.
Zadanie 3 - wykazane doświadczenie - „Drogowa Trasa Średnicowa Katowice - Gliwice, część „Zachód" - odcinek G2 w Gliwicach - w zakresie utrzymania czystości tj. oczyszczanie przez zmywanie nawierzchni na mokro i usuwanie zaległego błota oraz innych nieczystości" nie spełnia wymagania zadania polegającego na nadzorowaniu prac polegających na letnim
i zimowym oczyszczaniu pasów drogowych, ponieważ nie obejmowało usług zimowego oczyszczania takich jak m.in. likwidacja śliskości zimowej i usuwanie śniegu. Ponadto, usługi realizowane byty, na placu budowy, a nie zgodnie z wymaganiami Zamawiającego w pasie drogowym z charakterystycznym dla niego ruchem pojazdów i pieszych.
Zaniechanie wykluczenia DROMAR.
Podanie w Załączniku nr 1b niezgodnych ze stanem faktycznym informacji dotyczących doświadczenia osoby kierującej pracami powinno skutkować wykluczeniem DROMAR
z postępowania. Z całą pewnością działanie DROMAR wypełnia znamiona co najmniej lekkomyślności i niedbalstwa w przedstawianiu informacji Zamawiającemu, które miały istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu. Nie można bowiem pominąć okoliczności, że osobą wskazaną jako osoba kierująca pracami jest Pan M. K. czyli wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia. Jako podmiot realizujący te usługi posiada on pełne informacje o ich przedmiocie i zakresie. Skoro informacje przedstawione przez DROMAR odnośnie doświadczenia wskazanego
w załączniku nr 1b są obiektywnie niezgodne z rzeczywistością, mogą mieć wpływ
na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu (ocenę w ramach kryterium oceny ofert - Doświadczenie Personelu Wykonawcy), a ich podanie wynikało co najmniej
z niedbalstwa wykonawcy to na gruncie niniejszej sprawy wypełniona została przesłanka wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp. Powyższe okoliczności wypełniają dyspozycję art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, powodując konieczność wykluczenia DROMAR z postępowania, odwołujący wskazał orzeczenia Izby sygn. akt KIO 596/18 oraz sygn. akt KIO 1319/18. Odpowiedzialność wykonawcy określona w art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, została ukształtowana w sposób odmienny niż w przepisie art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp. Wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp może nastąpić wyłącznie w przypadku, gdy podanie nieprawdziwych informacji było celowym (zamierzonym) działaniem wykonawcy lub jest skutkiem rażącego niedbalstwa. Przepis art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, dopuszcza natomiast wykluczenie wykonawcy w sytuacji wprowadzenia w błąd zamawiającego w wyniku zachowań nieumyślnych wykonawcy tj. lekkomyślności lub niedbalstwa – odwołujący wskazał w tym miejscu na wyrok Izby sygn. akt KIO 271/19.
Dla zastosowania przestanki wykluczenia określonej w art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, koniecznie jest również wystąpienie dwóch innych elementów: (1) przedstawiane informacje mogą mieć wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w prowadzonym postępowaniu - Przy czym należy w tym miejscu zauważyć, że sformułowanie, którym

posługuje się ten przepis tj. „mogące mieć wpływ" wyraża możliwość, a nie skutek co prowadzi z kolei do wniosku, iż dla zastosowania sankcji przewidzianej w tym przepisie wystarczającym jest aby zaistniała możliwość takiego wpływu (wskazał orzeczenie sygn. akt KIO 271/190); (2) przedstawiane przez wykonawcę informacje wprowadzają w błąd zamawiającego - Za wprowadzające w błąd zamawiającego należy uznać wszystkie informacje nieprawdziwe, czyli nie mające odzwierciedlenia w rzeczywistości. Dla zastosowania normy tego przepisu, nie ma również znacznie fakt czy informacje które są przedmiotem składanego przez wykonawcę oświadczenia dotyczą okoliczności znanych zamawiającemu. Okoliczność, że Zamawiający posiada wiedzę co do projektów wskazanych w wykazie, a zatem ma możliwość samodzielnego ustalenia i wykrycia rzeczywistych danych nie ma znaczenia, nie zmienia ona bowiem faktu, że nadal mamy do czynienia z przekazaniem danych niezgodnych
z rzeczywistością. Informacje podawane w postępowaniu o zamówienie są oświadczeniami wiedzy składanymi w sposób celowy, w odpowiedzi na warunki określone przez zamawiającego, zatem ich podanie winno być rozpatrywane w kategorii staranności wymaganej w danych okolicznościach, z uwzględnieniem profesjonalnego, zawodowego charakteru powadzonej przez wykonawców działalności (Odwołujący wskazał na orzeczenie sygn. akt KIO 271/190).
Odwołujący argumentował, że biorąc pod uwagę, że informacje przedstawione przez DROMAR odnośnie doświadczenia osoby kierującej pracami są obiektywnie niezgodne
z rzeczywistością, a ich podanie wynikało z niedbalstwa wykonawcy to na gruncie niniejszej sprawy wypełniona została przesłanka wykluczenia wykonawcy z postępowania
na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

I.

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi
art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 roku, poz. 1986 ze zm.; dalej: „Pzp" lub „ustawa"), skutkujących odrzuceniem w całości odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 9 listopada 2020 roku od czynności Zamawiającego z dnia 29 października 2020 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co Strony potwierdziły na posiedzeniu z ich udziałem.

W rozpoznawanej sprawie zaistniała podstawa odrzucenia jednego z podniesionych zarzutów odwołania (odrzucenie odwołania w części obejmującej **zarzut 1**) tj. zarzutu naruszenia art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 86 ust. 2 Pzp w zw. z art. 86 ust. 4 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez dokonanie przez Zamawiającego czynności otwarcia oferty wykonawcy M. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Drogowych i Komunalnych DROMAR M. K. (dalej: „DROMAR") po zamknięciu czynności otwarcia ofert i w efekcie nieuzasadnione sprostowanie informacji z otwarcia ofert – Izba w części dotyczącej tego zarzutu odwołanie odrzuciła na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy, bowiem zarzut ten dotyczy czynności, którą Zamawiający wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu DROMAR z dnia 26 października 2020 roku.

DROMAR w dniu 26 października 2020 roku wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Wykonawca w złożonym odwołaniu wnosił o: *dokonanie pobrania i otwarcia oferty oraz przeprowadzenie czynności badania i oceny ofert w Postępowaniu*
z uwzględnieniem oferty Dromar.

Postanowieniem z dnia 9 listopada 2020 roku sygn. akt 2756/20 Izba umorzyła postępowanie odwoławcze wywołane odwołaniem z dnia 26 października 2020 roku z uwagi na uwzględnienie przez Zamawiającego, za pismem, które wpłynęło do Izby 4 listopada 2020 roku, w całości zarzutów przestawionych w odwołaniu.

Uczestnik postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2756/20 tj. Remondis Opole spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, który zgłosił przystąpienie po stronie Zamawiającego, oświadczył za pismem które wpłynęło do Izby w dniu 9 listopada 2020 roku, że sprzeciwu
nie wnosi.

Zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie dotyczy czynności, którą Zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub, w przypadku uwzględnienia zarzutów odwołania, którą wykonał zgodnie
z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Przesłanka powyższa aktualizuje się w sytuacji, gdy Zamawiający wykonał nakazane czynności zgodnie z zapadłym wyrokiem, bądź postąpił zgodnie z żądaniami zawartymi
w odwołaniu w przypadku jego uwzględnienia. Hipoteza normy art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy obejmuje czynności wykonane przez zamawiającego na skutek wyroku Izby,
aby uniemożliwić wystąpienie w obrocie sytuacji ponownego orzekania w tej samej instancji o tym samym, a w przypadku uwzględnienia zarzutów odwołania w całości i umorzenia postępowania odwoławczego przy braku sprzeciwu ze strony uczestnika postępowania odwoławczego, odpowiadających żądaniu zawartemu w uwzględnionym przez zamawiającego odwołaniu.

Tym samym, jeżeli czynność Zamawiającego stanowi wykonanie orzeczenia Izby, wykonawca nie może jej już zakwestionować przed Izbą. Regulacja ww. artykułu stanowi urzeczywistnienie w postępowaniu odwoławczym wywodzącej się z procedury cywilnej zasady powagi rzeczy osądzonej (res iudicata), która ma zapobiegać ponownemu orzekaniu przez Krajową Izbę Odwoławczą w tej samej sprawie.

Przesłanka ta dotyczy również uczestników postępowania odwoławczego we wcześniejszej sprawie oraz rozciąga się na podmioty, które zostały wezwane we wcześniejszej sprawie
do zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego, lecz z prawa tego nie skorzystały, bądź nie stały się uczestnikami postępowania odwoławczego.

Zgodnie z art. 186 ust. 2 ustawa Zamawiający ma możliwość uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu. W takim przypadku Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem, że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił lub nie przystąpił skutecznie w terminie żaden wykonawca. Ustawa zastrzega, że w takim przypadku *zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu*
o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Jedyną drogą do zakwestionowania uwzględnienia zarzutów odwołania przez zamawiającego jest wniesienie sprzeciwu przez wykonawcę, który skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego

po stronie zamawiającego. W sytuacji, w której wykonawca skutecznie przystąpił
do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego i stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego, ale nie zgłosił sprzeciwu w przypadku uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów odwołania w całości również nie będzie mógł skutecznie wnieść odwołania. W doktrynie tematu podnosi się, że jest to negatywna przesłanka procesowa wiążąca się z koncentracją postępowania odwoławczego, oznacza, że dana czynność procesowa nie może być zaskarżana dwukrotnie .

II.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy– *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy* - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

III.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych *Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów, biorąc pod uwagę stanowiska Stron i uczestnika postępowania odwoławczego przedstawione na rozprawie oraz w pismach procesowych stwierdziła, że odwołanie jest zasadne.

IV.

Na podstawie art. 191 ust. 2 ustawy *wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania*. Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy – *Strony*
i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody
do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy.
Przepis ten nakłada
na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne.
Podkreślenia wymaga w tym miejscu, że postępowanie przed Izbą stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne, a z istoty tego postępowania wynika, że spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne.
Mając na uwadze, że stosunki z zakresu prawa zamówień publicznych mają charakter cywilnoprawny, powołując w tym miejscu na regulację art. 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, zgodnie z którym kodeks reguluje stosunki cywilnoprawne między osobami fizycznymi i osobami prawnymi, przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego, który stanowi, że *ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne* należy wskazać, że właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; e*i incubit probatio qui dicit non qui negat (na tym ciąży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza)*.
Izba wskazuje, że postępowanie odwoławcze jest odrębnym od postępowania
o udzielenie zamówienia publicznego postępowaniem, które ma na celu rozstrzygnięcie powstałego pomiędzy Stronami sporu. W trakcie postępowania odwoławczego
to Odwołujący kwestionuje podjęte przez Zamawiającego decyzje w zakresie oceny ofert
i wykonawców w postępowaniu, nie zgadza się z podjętymi czynnościami lub zaniechaniem określonych działań, tak więc zgodnie z regułą płynącą z art. 190 ustawy to na Odwołującym ciąży ciężar dowiedzenia, że stanowisko Zamawiającego jest nieprawidłowe. Izba wskazuje w tym miejscu na wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 19 marca 2009 roku sygn. akt X Ga 32/09, w którym to orzeczeniu Sąd wskazał między innymi *Ciężar udowodnienia takiego twierdzenia spoczywa na tym uczestniku postępowania, który przytacza twierdzenie o istnieniu danego faktu, a nie na uczestniku, który twierdzeniu temu zaprzecza (…)*

V.

Skład orzekający Izby rozpoznając sprawę uwzględnił akta sprawy odwoławczej,
w skład których zgodnie z par. 8 ust. 1 rozporządzenia z Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2018 roku *w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań* (Dz. U. z 2018 r. poz. 1092 ze zm.) wchodzą odwołanie wraz z załącznikami oraz kopia dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego lub dokumentacja postępowania w postaci elektronicznej, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma przekazywane przez Izbę w związku z wniesionym odwołaniem.
Izba uwzględniła stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie do protokołu.
Izba uwzględniła stanowisko Zamawiającego zawarte w piśmie procesowym z dnia
2 grudnia 2020 roku *Odpowiedź Zamawiającego na odwołanie*.
Izba dopuściła dowody zawnioskowane i złożone przez Odwołującego w trakcie rozprawy:

- dowód nr 1 – zlecenie/ zamówienie nr 30/2016 z dnia 05.08.2016,
- dowód nr 2 – umowa nr KP.272.1.44.2014z dnia 20 sierpnia 2014 roku.

VI.

W zakresie zarzutów odwołania Izba zważyła:

W zakresie **zarzutu 2** naruszenia art. 91 ust. 4 Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp
w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez wezwanie DROMAR i Odwołującego do złożenia ofert dodatkowych w **Części 1** postępowania, pomimo iż oferta złożona przez DROMAR nie przedstawia takiego samego bilansu ceny i kryterium: doświadczenie personelu wykonawcy, jak ofert Odwołującego, gdyż DROMR powinien uzyskać w ramach tego kryterium 0 punktów, podczas gdy Odwołujący powinien uzyskać w tym kryterium 40 punktów, a zatem brak było podstaw do skorzystania przez Zamawiającego z dyspozycji przepisu art. 91 ust. 4 Pzp i skierowania do DROMAR i Odwołującego wezwania do złożenia ofert dodatkowych, gdyż oferta złożona przez Odwołującego powinna zostać oceniona jako najkorzystniejsza (oferta złożona przez odwołującego uzyskałaby 100 punktów, podczas gdy oferta złożona przez DROMAR jedynie 60 punktów) – Izba uznała zarzut za niezasadny.

Izba ustaliła w zakresie powyższego zarzutu, że:

W Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) w Rozdziale 25 *Kryteria oceny ofert*, Zamawiający

wskazał kryteria oceny ofert
- –cena - 60%,
- –doświadczenie personelu wykonawcy - 40%.

W pkt 3.1 Rozdziału 25 SIWZ Zamawiający podał:
w ramach kryterium „Doświadczenie Personelu Wykonawcy" punkty zostaną przyznane w skali punktowej od 0 do 40 punktów, na podstawie Oferty Wykonawcy - Formularz „Kryteria pozacenowe" (załącznik nr 1b).
(…)
Opis podkryteriów i sposobu przyznawania punktów:
„Osoba kierująca pracami max. ilość punktów - 40.
Doświadczenie zawodowe w kierowaniu pracami polegającymi na letnim i zimowym oczyszczaniu pasów drogowych przez okres nie krótszy niż 12 miesięcy:
- *–Za 1 zadanie potwierdzające powyższe wymagania Wykonawca otrzyma 10 punktów,*
- *–Za 2 zadanie potwierdzające powyższe wymagania Wykonawca otrzyma 20 punktów,*
- *–Za 3 lub więcej zadań potwierdzających powyższe wymagania Wykonawca otrzyma 40 punktów.*
- *–Za niewykazanie zadań potwierdzających powyższe wymagania Wykonawca otrzyma 0 punktów.*
- *–Za zadanie, które nie potwierdza w pełni spełniania powyższych wymagań Wykonawca otrzyma O punktów. ”*

Wykonawca DROMAR złożył wykaz doświadczenia zgodnie z załącznikiem nr 1b do SIWZ - Kryteria pozacenowe - Kryterium Doświadczenie Personelu Wykonawcy - Część 1 i podał:
Podkryterium
Osoba kierująca pracami max – 40
Na potwierdzenie posiadania przez Pana M. K. (imię i nazwisko) doświadczenia zgodnie z opisem podkryterium zawartym w Rozdziale 25 SIWZ przedstawiam informacje i oświadczam, że osoba posiada doświadczenie przy realizacji wskazanego zadania/zadań:
Zadanie 1:
• nazwa zadania: „Budowa dwujezdniowej drogi ekspresowej S-7 na odcinku Chęciny – Jędrzejów” – w zakresie utrzymania czystości tj. oczyszczanie przez zmywanie nawierzchni na mokro i usuwanie zaległego błota oraz innych nieczystości.
• rodzaj zadania (nadzorowanie prac polegających na letnim i zimowym oczyszczaniu pasów drogowych przez okres nie krótszy niż 12 miesięcy): Termin wykonania od 08.08.2016r. do 31.12.2018r. tak/~~nie~~
Zadanie 2:
• nazwa zadania: „Oczyszczanie mechaniczne i ręczne chodników, ciągów pieszych i rowerowych oraz parkingów na terenie miasta Knurów
• rodzaj zadania (nadzorowanie prac polegających na letnim i zimowym oczyszczaniu pasów drogowych przez okres nie krótszy niż 12 miesięcy): Termin wykonania od 20.08.2014r. do 31.12.2015r tak/~~nie~~
Zadanie 3:
• nazwa zadania: „Drogowa Trasa Średnicowa Katowice – Gliwice, część „Zachód” – odcinek G2 w Gliwicach” - w zakresie utrzymania czystości tj. oczyszczanie przez zmywanie nawierzchni na mokro i usuwanie zaległego błota oraz innych nieczystości.
• rodzaj zadania (nadzorowanie prac polegających na letnim i zimowym oczyszczaniu pasów drogowych przez okres nie krótszy niż 12 miesięcy):Termin wykonania od 03.06.2013r. do dnia 15.12.2014r. tak/~~nie~~

Za pismem z dnia 6 listopada 2020 roku wykonawca DROMAR złożył wyjaśnienia w zakresie przedstawionego doświadczenia w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 4 listopada 2020 roku.

Izba zważyła:

Kluczowym dla rozpoznania tego zarzutu, w zakresie Części 1 zamówienia, bo takiej zarzut dotyczy, jest ocena postanowień dotyczących określenia kryterium pozacenowego oceny ofert – Kryterium Doświadczenie Personelu Wykonawcy.

W ocenie Izby wbrew twierdzeniom Odwołującego nie jest to kryterium ani dokładne, ani szczegółowe, ani jednoznaczne. Wymagania jakie określił Zamawiający to *doświadczenie zawodowe w kierowaniu pracami polegającymi na letnim i zimowym oczyszczaniu pasów drogowych przez okres nie krótszy niż 12 miesięcy.* Zamawiający nie określił w ramach kryterium oceny ofert znaczenia żadnego pojęcia jakiego użył konstruując wymagania.

Zamawiający nie wskazała jaki jest zakres prac polegających na letnim i zimowym utrzymaniu pasów drogowych, nie określił żadnego katalogu czynności jakie miały chociaż w sposób minimalny być w tych zakresach ujęte i nie zdefiniował jakie prace muszą być realizowane, aby możliwe było uznanie, że dokonywane są w ramach letniego lub zimowego oczyszczania pasów drogowych. Zamawiający nie zdefiniował również letniego i zimowego oczyszczania przez podanie dat, co oczywiście należy uznać za zasadne bowiem daty te nie są datami sztywnymi i w różny sposób są określane przez podmioty zlecające usługę. Przykładem jest chociażby data określona przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, gdzie zimowe oczyszczanie pasów drogowych realizowane jest w okresie od 1 listopada do 31 marca, natomiast zgodnie z dowodem nr 2 przedstawionym przez Odwołującego letnie oczadzanie kończy się z dniem 30 listopada tj. po zakończeniu okresu letniego oczyszczania. Potwierdza to zatem, że nie istnieje jakkolwiek możliwość przyjęcia jednoznacznie daty, o ile on nie została wskazana przez Zamawiającego. Dodać także należy, że nie istnieje w postępowaniu definicja letniego i zimowego oczyszczania którą można odnieść do kryteriów oceny ofert, ale również nie istnieje żadna legalna definicja letniego i zimowego oczyszczania. Konkluzja w tym zakresie jest taka, że nie zostały określone przez Zamawiającego ani daty ani zakres świadczenia letniego i zimowego oczyszczania na potrzeby oceny kryteriów oceny ofert.

Zamawiający nie zdefiniował także *pasów drogowych*, jak również nie odwołał się w tym zakresie do definicji zawartej w ustawie z dnia 21 marca 1985 roku o drogach publicznych (Dz.U. z 2020 r. poz. 470). Nie sposób zatem uszczegóławiać wymagania Zamawiającego do określonych definicji.

Mając na uwadze powyższe Izba wskazuje, że każda próba jakiegokolwiek dookreślenia ukształtować przez Zamawiającego wymagań w odniesieniu do pozacenowego kryterium oceny ofert „Doświadczenia Personelu Wykonawcy” stanowiłaby zmianę kryterium ukształtowanego przez Zamawiającego, zmianę wymagań zawartych w tym kryterium, przez ich zdefiniowanie. Wymaga odnotowania w tym miejscu, że jeżeli jakieś pojęcia w SIWZ są ogólne, niezdefiniowane czy też nie nastąpiło odwołanie do definicji legalnych tak jak ma to miejsce w przedmiotowym postępowaniu o udzielnie zamówienia to znaczenie takich postanowień SIWZ będzie rozpoznawane na korzyść danego

wykonawcy, który zachował się zgodnie z postanowieniami tak, jak one brzmią, a nie jakby się wydawało, że należy je interpretować i dookreślać np. w pryzmacie wymagań SIWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia.
W odniesieniu do wykazanego doświadczenia przez DROMAR w wykazie doświadczenia zgodnie z załącznikiem nr 1b do SIWZ - Kryteria pozacenowe - Kryterium Doświadczenie Personelu Wykonawcy - Część 1, Izba uznała, że Zamawiający prawidłowo dokonał oceny złożonego doświadczenia i prawidłowo przyznała temu wykonawcy punkty w pozacenowym kryterium oceny ofert – Doświadczenie Personelu Wykonawcy.
W zakresie pierwszego zadania z wykazu: „Budowa dwujezdniowej drogi ekspresowej S-7 na odcinku Chęciny – Jędrzejów" – w zakresie utrzymania czystości tj. oczyszczanie przez zmywanie nawierzchni na mokro i usuwanie zaległego błota oraz innych nieczystości, Izba uznała, że Zamawiający prawidłowo dokonał oceny w kryterium, bowiem ogólne wymagania jakie ukształtował Zamawiający – o czym Izba wyżej – nie pozwalają na przenoszenie wymagań określonych przez Zamawiającego w przedmiotowym SIWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia w zakresie zimowego oczyszczania na wykazywane przez wykonawcę doświadczenie. W zasadzie, żadne szczególne wymagania charakteryzujące zimowe oczyszczanie nie mogą być podstawą oceny wskazanego doświadczenia ponieważ one nie zostały zdefiniowane przez Zamawiającego w SIWZ w ramach kryterium pozacenowego. Tym samym budowanie zarzutu w oparciu o brak dokonywania czynności likwidacji śliskości zimowej i usuwania śniegu, w żaden sposób nie uzasadnienia nieprawidłowości przyznania punktów za wykazane doświadczenie w pozycji 1 wykazu. Również w ocenie Izby nie uzasadnia nieprawidłowości czynności Zamawiającego do jakiej referował Odwołujący realizacji usługi na terenie budowy, bowiem Zamawiający w żaden sposób nie ograniczył możliwości wykazania się doświadczeniem uzyskanym w takich warunkach. Zamawiający nie definiując na potrzeby oceny kryterium „pasa drogowego" nie określił również wymagań co do niego – jak to podał Odwołujący - „z charakterystycznym ruchem ulicznym pojazdów i pieszych". DROMAR w złożonych wyjaśnieniach z dnia 6 listopada 2020 wskazał, że zakres prac obejmował: *kompleksowa obsługa kontraktu w zakresie utrzymania czystości przy budowie drogi S7 Chęciny – Jędrzejów, oczyszczanie przez zmywanie nawierzchni na mokro i usuwanie zaległego błota i innych nieczystości pochodzących z budowy, w obrębie placu budowy na wszystkich przyległych ulicach i wyjazdach z budowy. Oczyszczanie pasów drogowych było wykonywane głównie w miejscowościach znajdujących się w pobliżu budowy, których nawierzchnia drogowa była zanieczyszczona w skutek prowadzonych prac budowlanych. Prace były prowadzone w pasie drogowym zarówno w okresie letnim jaki i zimowym tj. od 2016 do 2018r. na zlecenie Salini Polska Sp. z o.o.* – jednakże do nich Odwołujący już się nie odnosił.
W zakresie trzeciego zadania z wykazu: „Drogowa Trasa Średnicowa Katowice – Gliwice, część „Zachód" – odcinek G2 w Gliwicach" - w zakresie utrzymania czystości tj. oczyszczanie przez zmywanie nawierzchni na mokro i usuwanie zaległego błota oraz innych nieczystości, Izba w całości przyjmuje za właściwe wyjaśnienie poczynione dla pozycji 1 wykazu (uzasadnienie powyżej). Jednocześnie uzupełnić należy tą argumentacje o stanowisko prezentowane przez wykonawcę DROMAR w wyjaśnieniach z dnia 6 listopada 2020 roku, do których – podobnie jak w zakresie pozycji 1 – Odwołujący nie odnosił się. DROMAR w złożonych na wezwanie Zamawiającego z dnia 4 listopada 2020 roku skierowanego z uwagi na „pismo jednego z wykonawców" wyjaśnił, że zakres prac obejmował: *całoroczne utrzymanie czystości dróg publicznych, chodników oraz powierzchni przyległych do placu budowy w tym parkingów, poboczy, przejść podziemnych. Prace były prowadzone na zlecenie Eurovia Polska S.A. i obejmowały letnie i zimowe utrzymanie pasów drogowych w zakresie oczyszczania.*
W zakresie drugiego zadania z wykazu: „Oczyszczanie mechaniczne i ręczne chodników, ciągów pieszych i rowerowych oraz parkingów na terenie miasta Knurów" Izba uznała, że Zamawiający prawidłowo dokonał oceny w kryterium, bowiem ogólne wymagania jakie ukształtował Zamawiający – o czym Izba wyżej – nie pozwalają na przenoszenie wymagań określonych przez Zamawiającego w przedmiotowym SIWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia w zakresie zimowego oczyszczania na wykazywane przez wykonawcę doświadczenie. Wymaga ponownie podkreślenia, że przy tak ogólnym wymaganiu w ramach kryterium oceny ofert tj.: „pracami polegającymi na letnim i zimowym oczyszczaniu pasów drogowych", nie sposób wywieść, że mają to być prace dokładnie zimowego oczyszczania /utrzymania lub letniego. W oparciu o dowód nr 2 złożony przez Odwołującego, wywieść należy, że zimowe oczyszczanie może również polegać na takich samych czynnościach jakie realizuje się w ramach letniego oczyszczania. To oznacza, że zimowe oczyszczanie to nie tylko usuwanie śniegu czy śliskości ale również oczyszczanie mechaniczne ulic (dowód nr 2 §1 ust. 3 pkt 1 *in fine*). Odwołujący utożsamia zimowe oczyszczanie z czynnościami dotyczącymi tylko warunków atmosferycznych w których niezbędne jest usuwanie śniegu i śliskości (na rozprawie dodał Odwołujący dodał: *że w odwołaniu tylko przykładowo wskazano zakres zimowego utrzymania dróg przez odniesienie do usuwania śliskości, przy czym kluczowym jest zawsze w zimowym utrzymaniu dróg, poza likwidacją śliskości i usuwaniem śniegu, bezpieczeństwo korzystających z drogi.)* jednakże nie wynika to z opisanego przez Zamawiającego w SIWZ kryterium oceny ofert. Nie zmienia tego faktu również to, że Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia wyodrębnia oczyszczanie letnie i oczyszczanie zimowe, a na co zwrócił uwagę Odwołujący – bowiem, fakt zamieszczenia regulacji w opisie przedmiotu zamówienia nie może być przenoszony na kryterium w sposób dowolny i zakresie jakim odpowiada temu kto tej czynności dokonuje (o czym Izba wyżej).
Odwołujący sam wskazał, że *nie można utożsamiać letniego i zimowego oczyszczania pasów drogowych ze świadczeniem w okresie letnim i zimowym.* Mając na uwadze właśnie to stwierdzenie jak również fakt, że nie ma w kryterium definicji letniego i zimowego oczyszczania ale także nie zostały określone przez Zamawiającego w kryterium daty realizacji zimowego i letniego oczyszczani uznała – że nie mogąc utożsamiać letniego i zimowego oczyszczania ze świadczeniem letnim i zimowym oraz brak jakichkolwiek zakresów czynności w kryterium oceny ofert w zakresie letniego i zimowego oczyszczania powoduje, że „oczyszczanie mechaniczne ulic wskazanych przez zamawiającego, przy temperaturach dodatnich w sezonie zimowym", które wykonawca mógł na podstawie umowy z dnia 20 sierpnia 2014 roku (dowód nr 2) świadczyć w okresie zimowego oczyszczania zgodnie z tą umową realizowaną do 31 grudnia 2015 r. (zimowe utrzymanie dróg rozpoczynało się ok. 30 listopada roku). Potwierdza powyższe, że wskazane przez DROMAR doświadczenie potwierdza wymagania określone w kryterium oceny ofert; wykonawca świadczył usługę w okresie zimowym, a jej zakres nie był w kryterium definiowany przez Zamawiającego. Nie wynika bowiem z kryterium, że w okresie zimowym muszą być realizowane jedynie usługi związane z zimowym oczyszczaniem takim jak usuwanie śniegu czy śliskości aby możliwe było potwierdzenie wymagań określonych

w kryterium. Wymaga odnotowania w tym miejscu również to, że Zamawiający w kryterium nie określił jaki ma być czas świadczenia oczyszczania zimowego i oczyszczania letniego.
W odniesieniu do nazwiska osoby wskazanej w dowodzie nr 2 odpowiedzialnej
za prawidłowe i terminowe wykonanie usług i czynności będących przedmiotem umowy Izba uznała, że podniesienie tego argumentu na rozprawie (faktyczne uzasadnienie zarzutu) należy uznać za spóźnione. Podnoszenie nowych, nieznanych okoliczności po upływie terminu na wniesienie odwołania nie może być brane pod uwagę przez Izbę przy rozpoznaniu zarzutów odwołania. Izba zaznacza, że orzecznictwo sądów powszechnych jak również Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje na potrzebę ścisłego odczytywania treści zarzutu, w tym przede wszystkim niedopuszczalność wykraczania poza jego treść. Zauważyć należy, że zgodnie z orzeczeniami Sadu Najwyższego to nie podanie podstawy prawnej, a uzasadnienie faktyczne jest niezbędne do skutecznego złożenia środka zaskarżenia (wyrok Sądu Najwyższego z 24 marca 2014 roku, sygn. akt III CSK 156/14). Tym samym podnoszenie nowych okoliczności faktycznych, jak uczynił to odwołujący należy uznać za niedopuszczalne, spóźnione i niepodlegające ocenie.
Mając na uwadze powyższą argumentację Izba uznała, że Zamawiający prawidłowo dokonał oceny w kryterium pozacenowym „Doświadczenie Personelu Wykonawcy" wykonawcy DROMAR. W związku z tym za niezasadne Izba uznała wskazane przez Odwołującego naruszenie art. 91 ust. 4 w zw. z art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy przez wezwanie DROMAR i Odwołującego do złożenia ofert dodatkowych w Części 1 postępowania, pomimo iż oferta złożona przez DROMAR nie przedstawia takiego samego bilansu ceny i kryterium: doświadczenie personelu wykonawcy, jak ofert Odwołującego.

W zakresie **zarzutu 3** – naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez jego niezastosowanie i zaniechanie wykluczenia DROMAR z **Części 1** postępowania pomimo, iż wykonawca ten w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił wprowadzające Zamawiającego w błąd informacje dotyczące spełniania przez osobę kierującą pracami wymagań pozwalających na przyznanie DROMAR punktów
w ramach kryterium Doświadczenie Personelu Wykonawcy, a mające istotny wpływ
na podejmowane przez Zamawiającego decyzje w zakresie punktów przyznawanych
w ramach tego kryterium oceny ofert – Izba uznała za niezasadny.

Mając na uwadze całą argumentację poczynioną w zakresie rozpoznania zarzutu 2 stwierdza, że skoro informacje przedstawione w załączniku nr 1b do SIWZ - Kryteria pozacenowe - Kryterium Doświadczenie Personelu Wykonawcy - Część 1 przez wykonawcę DROMAR potwierdzają spełnienie wymagań w zakresie jaki określił Zamawiający definiując pozacenowe kryterium oceny ofert Izba stwierdziła, że naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp
w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez jego niezastosowanie i zaniechanie wykluczenia DROMAR z Części 1 jest niezasadny.
Wymaga odnotowania w tym miejscu, że Odwołujący przedstawioną argumentację oparł na tym, że przedstawione informacje odnośnie doświadczenia osoby kierującej pracami są obiektywnie niezgodne z rzeczywistością, jednakże nie wyartykułował żadnej innej argumentacji niż ta zawarta w uzasadnieniu zarzutu nr 2. Przytaczanie orzecznictwa i stanowisk doktryny nie stanowi uzasadnienia merytorycznego jakie Izba miałaby poddać pod rozpoznanie. Izba dokonując oceny zarzutu nr 2 uznała, że w obliczu brzmienia wymagań w kryterium pozacenowym jakie ukształtował w SIWZ Zamawiający, przedstawione przez DROMAR informacje i doświadczenie odpowiada wymaganiom Zamawiającego. Brak jest zatem przesłanek uznania,
że przedstawione informacje dotyczące doświadczenia osoby kierującej pracami
są niezgodne z rzeczywistości.

Izba podkreśla, że postępowanie o udzielnie zamówienia publicznego nie jest dowolnym, nieskodyfikowanym, luźnym postępowaniem, stanowi ono szczególną formę prowadzącą do zawarcia umowy w sprawie realizacji danego zamówienia, kreowane jest przez obowiązujące przepisy prawa dla tej dyscypliny i zobowiązuje tymi przepisami wszystkich uczestników tego systemu – obowiązujące regulacje prawne są bardzo szczegółowe i nakładają na podmioty starające się o udzielenie zamówienia publicznego sztywną regulację postępowania, w zamian natomiast pozwalającą zawrzeć kontrakt
z podmiotem publicznym, czyli podmiotem istniejącym i gwarantującym wypłatę środków finansowych.
Izba nie stwierdziła zasadności któregokolwiek z podniesionych w odwołaniu zarzutów tym samym nie doszło w ocenie Izby do naruszenia ustawowych zasad prowadzenia postępowania o udzielnie zamówienia publicznego przez Zamawiającego. Izba wskazuje również, że zasada udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy określona w art. 7 ust. 3 ustawy, uwzględniając znaczenie w szczególności zasad
z art. 7 ust. 1 ustawy oraz racjonalność przepisów, dotyczy zakazu dokonywania cesji praw lub przejęcia długów na rzecz podmiotów lub przez podmioty nieuczestniczące
w postępowaniu o zamówienie publiczne. Tym samym wywodząc to z zasady legalizmu działania Zmawiającego, zobowiązany jest on do udzielenia zamówienia wykonawcy, który uczestniczył w postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego oraz został wybrany zgodnie z przepisami ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący: ……