Sygn. akt: KIO 2047/22

WYROK

z dnia 23 sierpnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący	Aleksandra Patyk
Członkowie:	Michał Pawłowski Ryszard Tetzlaff Piotr Cegłowski

Protokolant:

---

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 sierpnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 sierpnia 2022 r. przez wykonawcę REMONDIS OPOLE Sp. z o.o. z siedzibą w Opolu w postępowaniu prowadzonym przez Skarb Państwa Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie prowadzący postępowanie: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Opolu

przy udziale wykonawcy M. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Drogowych i Komunalnych „DROMAR" M. K. w Stanicy zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym:

1.1. wezwanie wykonawcy M. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Drogowych i Komunalnych „DROMAR" M. K. w Stanicy na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny;

1.2. wezwanie wykonawcy, o którym mowa w punkcie 1.1. na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych wymaganych na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w punkcie 8.2.4 lit. a) oraz b) specyfikacji warunków zamówienia;

1.3. przyznanie ofercie wykonawcy, o którym mowa w punkcie 1.1. w kryterium „Kwalifikacje zawodowe Kierownika/Koordynatora ds. Utrzymania Dróg" (K1) - 0 punktów oraz dokonanie ponownej weryfikacji oferty wykonawcy w kryterium „Kwalifikacje zawodowe Z-cy Kierownika/Koordynatora ds. Utrzymania Dróg" (K2).

2. Kosztami postępowania obciąża Wykonawcę wnoszącego sprzeciw - M. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Drogowych i Komunalnych „DROMAR" M. K. w Stanicy i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty poniesione przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od Wykonawcy wnoszącego sprzeciw na rzecz Odwołującego kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710) 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 2047/22

Zamawiający - Skarb Państwa Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie prowadzący postępowanie: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Opolu [dalej „Zamawiający"] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia

w trybie przetargu nieograniczonego na patrolowanie dróg oraz działania interwencyjne, w tym usuwanie skutków zdarzeń drog., zbieranie martwych zwierząt itp. na drogach krajowych Rejonu w Nysie w okresie 36 m-cy (znak postępowania: O.Op.D-3.2421.8.2022).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii

Europejskiej w dniu 29 kwietnia 2022 r. pod numerem nr 2022/S 084-225731.

W dniu 4 sierpnia 2022 r. wykonawca REMONDIS OPOLE Sp. z o.o. z siedzibą w Opolu [dalej „Odwołujący"] wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c) w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4) w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp

poprzez uznanie, iż wykonawca M. K. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Drogowych i Komunalnych DROMAR M. K., ul. Gliwicka 25, 44-145 Stanica (dalej: „DROMAR") spełnia warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie dysponowania doświadczeniem wymaganym od wykonawcy określonym przez Zamawiającego, a także doświadczeniem osób wskazanych do realizacji zamówienia na stanowiska: Kierownika/Koordynatora ds. utrzymania dróg oraz Zastępcy Kierownika/Koordynatora ds. utrzymania dróg, pomimo, iż Wykonawca ten nie spełnia postawionych warunków;

2. art. 128 ust. 1 w związku z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c) w zw. z art. 16 pkt 1 - 3 ustawy

Pzp poprzez zaniechanie wezwania DROMAR do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie dysponowania doświadczeniem określonym przez Zamawiającego, a także doświadczeniem osób wskazanych do realizacji zamówienia na stanowiska: Kierownika/Koordynatora ds. utrzymania dróg oraz Zastępcy Kierownika/Koordynatora ds. utrzymania dróg, pomimo, iż z dokumentów złożonych przez DROMAR nie wynika spełnianie przez tego Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu;

3. art. 239 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp poprzez przyznanie DORMAR punktów w kryterium pozacenowym dotyczącym doświadczenia osób wskazanych do realizacji zamówienia na stanowiska: Kierownika/Koordynatora ds. utrzymania dróg oraz Zastępcy Kierownika/Koordynatora ds. utrzymania dróg, opisanym jako: „Kwalifikacje zawodowe

Kierownika/Koordynatora ds. Utrzymania Dróg" (K1) oraz „Kwalifikacje zawodowe Zastępcy Kierownika/Koordynatora ds. Utrzymania Dróg" (K2) pomimo, iż wykazane doświadczenie nie spełnia wymagań określonych przez Zamawiającego uprawniających do przyznania punktów w tym kryterium i oferta DROMAR, zamiast 40 powinna otrzymać 0 punktów;

4. art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, przez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości, wskutek przeprowadzenia badania ofert z przekroczeniem literalnego brzmienia SWZ;

5. art. 224 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania DROMAR do wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny, mimo iż cena oferty DROMAR budzi w tym zakresie wątpliwości i jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz budzi wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia, a także jest ceną niższą o ponad 30% od wartości średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty złożonej przez DROMAR jako najkorzystniejszej;

2. unieważnienia czynności badania i oceny ofert;

3. powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem zarzutów postawionych w odwołaniu, tj.:

a. wezwania DROMAR do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie dysponowania doświadczeniem określonym przez Zamawiającego w pkt 8.2.4 SWZ lit. a) i b), tj. w zakresie doświadczenia Wykonawcy oraz doświadczenia osób wskazanych na stanowiska Kierownik/Koordynator ds. utrzymania dróg oraz Zastępca Kierownika/Koordynatora ds. utrzymania dróg;

b. zmniejszenia liczby punktów przyznanych ofercie DROMAR w kryterium pozacenowym „Kwalifikacje zawodowe Kierownika/Koordynatora ds. Utrzymania Dróg" (K1) oraz „Kwalifikacje zawodowe Zastępcy Kierownika/Koordynatora ds. Utrzymania Dróg" (K2) z 40 do 0 punktów;

c. wezwania DROMAR do udzielenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny;

4. ponowienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zarzut dotyczący warunku w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej dotyczącej

Wykonawcy i dotyczącej osób

Odwołujący przywołał brzmienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, o którym mowa w pkt 8.2.4 SWZ i wskazał, że z ww. postanowień SWZ wynika, że Zamawiający określił warunek udziału w postępowaniu w sposób precyzyjny, jednoznacznie wymagając zarówno od Wykonawcy, jak również od osób wskazanych do pełnienia funkcji Kierownika/Koordynatora ds. utrzymania dróg, oraz Zastępcy Kierownika/Koordynatora ds. utrzymania dróg doświadczenia w realizacji zadań polegających na bieżącym utrzymaniu dróg. Zakres wymaganego doświadczenia również został przez Zamawiającego wyraźnie określony, bowiem Zamawiający wskazał wprost co rozumie pod pojęciem „bieżącego utrzymania dróg". Zgodnie ze słownikiem języka polskiego, wyrażenie „co najmniej" oznacza „nie mniej niż". Zatem usługi musiały obejmować co najmniej wszystkie elementy wymienione przez Zamawiającego. Ponadto, w definicji tej nie ma alternatywny pomiędzy poszczególnymi wymienionymi elementami usług, jakimi musi legitymować: się wykonawca i poszczególne osoby. Zgodnie z ww. definicją - doświadczenie jakim musi się wykazać:, zarówno sam wykonawca, jak i osoby skierowane przez niego do kierowania/nadzoru usług, musi obejmować: usługi polegające na wykonaniu co najmniej wszystkich wskazanych w treści definicji elementów, czynności w zakresie bieżącego utrzymania dróg.

Odwołujący podniósł, że DROMAR w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego złożył wykaz usług, a także wykaz osób, z którego nie wynika potwierdzenie spełniania ww. warunków udziału w postępowaniu, zarówno w odniesieniu do samego wykonawcy, jak również do osób, które DROMAR przeznaczył do realizacji zamówienia.

Odwołujący uzasadniał, że żadna z umów wskazanych w wykazie usług nie obejmowała wszystkich wymaganych przez Zamawiającego elementów. Wszystkie wykazywane zadania dotyczyły bowiem likwidacji skutków zdarzeń nagłych (Nysa, Kędzierzyn-Koźle) lub oczyszczania jezdni (Gliwice), gdy tymczasem Zamawiający wyraźnie wymagał usługi bieżącego utrzymania dróg, dodatkowo, wskazując jego zakres.

i. Rejon w Nysie - zgodnie z dokumentacją przetargową wykazanego zadania usługi realizowane w jego ramach nie obejmowały utrzymywania: obiektów mostowych, odwodnienia, barier drogowych i zieleni.

ii. Rejon w Kędzierzynie Koźlu - zgodnie z dokumentacją przetargową tego zadania, usługi realizowane w jego ramach nie obejmowały utrzymywania: obiektów mostowych, odwodnienia, barier drogowych i zieleni.

iii. Miasto Gliwice - zgodnie z dokumentacją przetargową z tego zadania, usługi nie obejmowały utrzymywania: obiektów mostowych, odwodnienia, barier drogowych i zieleni.

Odwołujący podnosił, że usługa likwidacji skutków zdarzeń nagłych, mających charakter incydentalnych, różni się od usługi bieżącego utrzymania dróg, gdzie wymagane jest zapewnienie usługi ciągłej. W tym celu potrzebne są inne zasoby i inne doświadczenie. To samo dotyczy usługi „oczyszczania jezdni", która obejmowała mechaniczne i uzupełniające ręczne zamiatanie i zmywanie jezdni. Tym samym, żadna ze wskazanych w wykazie usług nie może być uznana za potwierdzające doświadczenie polegające na bieżącym utrzymaniu dróg przez które należy rozumieć koordynowanie / wykonywanie usług lub robót utrzymania dróg w zakresie co najmniej utrzymywania: nawierzchni, obiektów mostowych, odwodnienia, barier drogowych, zieleni oraz czystości wykonywanych przez okres co najmniej 9 miesięcy w roku. Żadna z tych usług nie obejmowała bowiem utrzymywania: obiektów mostowych, odwodnienia, barier drogowych i zieleni.

Odwołujący na poparcie swojego stanowiska przywołał wyrok KIO 1437/22, wyrok KIO 1927/20 oraz wyrok KIO 411/12 i skonkludował, że wykonawca DROMAR nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia.

Odwołujący uzasadniał, że analogiczna sytuacja dotyczy warunków udziału w postępowaniu w zakresie osób wskazanych do wykonania zamówienia na stanowiska: Kierownika/Koordynatora ds. utrzymania dróg oraz Zastępcy Kierownika/Koordynatora ds. utrzymania dróg.

W wykazie osób w ogóle brak jest informacji niezbędnych do oceny spełniania postawionego przez Zamawiającego warunku, tj. brak jest informacji czy:

i. Kierownik/Koordynator ds. Utrzymania dróg posiada doświadczenie zawodowe: minimum 24 miesiące doświadczenia przy realizacji 1 lub 2 zadań polegających na bieżącym utrzymaniu dróg obejmujących co najmniej 100 km dróg klasy min G na stanowisku/stanowiskach ds. koordynacji/nadzorowania/kierowania pracami związanymi z utrzymaniem dróg

ii. Zastępca Kierownika/Koordynatora ds. Utrzymania dróg - doświadczenie zawodowe: minimum 12 miesięcy doświadczenia przy realizacji 1 lub 2 zadań polegających na bieżącym utrzymaniu dróg obejmujących co najmniej 50 km dróg klasy min G na stanowisku/stanowiskach ds. koordynacji/nadzorowania/kierowania pracami związanymi z utrzymaniem dróg.

Już chociażby z tego względu, Zamawiający powinien wezwać tego wykonawcę do uzupełnienia wykazu, który nie potwierdza spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w SWZ. Ponieważ jednak, w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert, Wykonawca, w formularzu 2.2. Kryteria pozacenowe złożył informacje dotyczące doświadczenia osób, to ponieważ Zamawiający nie wezwał Wykonawcy do uzupełnienia dokumentów w zakresie warunku, to wykaz ten, w ocenie Odwołującego, posłużył Zamawiającemu również do oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu (Zarzut bezzasadnego przyznania ofercie DROMAR 40 punktów w tym kryterium został omówiony poniżej). Powyższe uzasadnia również okoliczność, iż dokonując opisu przyznawanych punktów w kryterium pozacenowym, Zamawiający wskazał, że punktowane będzie doświadczenie wykazane „ponad" doświadczenie minimalne wymagane na potwierdzenie spełniania warunku. Tym samym, doświadczenie wykazywane w ramach kryterium oceny ofert miało być doświadczeniem tożsamym z doświadczeniem wykazywanym na spełnienie warunku. Dlatego Odwołujący, działając z ostrożności procesowej odniósł się w tym zarzucie nie tylko do treści samego wykazu osób, ale również do informacji podanych przez DROMAR w formularzu 2.2. Kryteria pozacenowe jako do informacji złożonych również na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu.

Odwołujący wskazał, iż informacje zawarte w formularzu 2.2. Kryteria pozacenowe nie potwierdzają spełniania przez DROMAR warunków udziału w postępowaniu.

DROMAR w formularzu 2.2. Kryteria pozacenowe Kwalifikacje zawodowe personelu, dla Osoby Kierownika/Koordynatora ds. Utrzymania Dróg wykazał doświadczenie polegające na kierowaniu/nadzorowaniu prac związanych z bieżącym utrzymaniem dróg przez łącznie 69 miesięcy, przy łącznie trzech umowach na: Likwidację skutków nagłych zdarzeń na

drogach krajowych administrowanych przez GDDKiA O/Opole, Rejon w Kędzierzynie - Koźlu.

i. Wykonawca oświadczył w pozycji: Zakres zadania (asortymenty prac, usług lub robót utrzymaniowych) - iż usługi polegały na bieżącym utrzymaniu dróg, jednak wykazane doświadczenie nie jest tożsame z cytowanym wyżej, określonym przez Zamawiającego minimalnym zakresem, jaki powinny obejmować usługi.

ii. Zgodnie z dokumentacją przetargową wykazanych zadań usługi realizowane w ich ramach nie obejmowały utrzymywania: obiektów mostowych, odwodnienia, barier drogowych i zieleni.

iii. Powyższe oznacza, iż Wykonawca nie potwierdził spełniania warunku postawionego przez Zamawiającego, gdyż Zamawiający jednoznacznie wymagał, aby w ramach bieżącego utrzymania usługi obejmowały co najmniej utrzymywanie nawierzchni, obiektów mostowych, odwodnienia, barier drogowych, zieleni oraz czystości.

iv. Zatem wykazane doświadczenie sprowadzało się jedynie do dwóch z sześciu elementów wymaganych przez Zamawiającego.

Dla Osoby Z-cy Kierownika/ Koordynatora ds. Utrzymania Dróg DROMAR wykazał m.in. doświadczenie polegające na: kierowaniu/nadzorowaniu prac związanych z bieżącym utrzymaniem dróg przez łącznie 21 miesięcy przy realizacji umowy na: Likwidację skutków nagłych zdarzeń na drogach krajowych administrowanych przez GDDKiA O/ Opole, Rejon w Nysie.

i. W tym przypadku wykonawca również oświadczył w pozycji: Zakres zadania (asortymenty prac, usług lub robót utrzymaniowych) - iż usługi polegały na bieżącym utrzymaniu dróg, jednak wykazane doświadczenie nie jest tożsame z cytowanym wyżej minimalnym zakresem, jaki powinny obejmować usługi.

ii. Zgodnie z dokumentacją przetargową wykazanego zadania, usługi realizowane w jego ramach nie obejmowały utrzymywania: obiektów mostowych, odwodnienia, barier drogowych

i zieleni.

iii. Zatem wykazane doświadczenie sprowadzało się jedynie do dwóch z sześciu elementów wymaganych przez Zamawiającego. Tym samym nie można go uznać, za potwierdzające spełnianie warunku.

Drugim zadaniem wskazanym dla Osoby Z-cy Kierownika/ Koordynatora ds.

Utrzymania Dróg DROMAR było doświadczenie polegające na: kierowaniu/ nadzorowaniu prac związanych z bieżącym utrzymaniem dróg przez łącznie 24 miesiące przy realizacji umowy na: Oczyszczanie pasów Drogowych na terenie miasta Gliwice w latach 2015-2017.

i. Wykonawca wskazał, że zakres zadania (asortymenty prac, usług lub robót utrzymaniowych) obejmował bieżące utrzymanie dróg, Długość utrzymywanych dróg klasy min. G 430 km - jednak wykazane doświadczenie nie jest tożsame z cytowanym wyżej minimalnym zakresem, jaki powinny obejmować usługi.

ii. Zgodnie z dokumentacją przetargową wykazanego zadania, usługi realizowane w jego ramach nie obejmowały utrzymywania: obiektów mostowych, odwodnienia, barier drogowych

i zieleni.

Powyższe oznacza, iż Wykonawca, zarówno w stosunku do doświadczenia własnego, jak również w stosunku do doświadczenia osób, nie spełnił wymagania posługiwania się doświadczeniem w bieżącym utrzymaniu dróg w sposób, jaki opisał i wymagał tego Zamawiający.

<u>Zaniechanie wezwania do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych</u>

Ponieważ jednak, Wykonawca DROMAR nie był wzywany w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, zatem Zamawiający stwierdzając braki w złożonych wykazach doświadczenia Wykonawcy oraz osób, powinien wezwać wykonawcę do ich uzupełnienia. Nieuzupełnienie dokumentów na wezwanie Zamawiającego będzie skutkowało koniecznością wykluczenia Wykonawcy z postępowania i odrzucenia jego oferty.

Zarzut przyznania punktów w sposób niezgodny z SWZ w kryterium oceny ofert

Odwołujący przywołał brzmienie punktu 21.1.2.1. i 21.1.2.2. SWZ w zakresie dotyczącym kryterium pozacenowego.

W zakresie Osoby Kierownika/ Koordynatora ds. Utrzymania Dróg:

DROMAR w formularzu 2.2. Kryteria pozacenowe Kwalifikacje zawodowe personelu, dla Osoby Kierownika/Koordynatora ds. Utrzymania Dróg wykazał doświadczenie polegające na kierowaniu/nadzorowaniu prac związanych z bieżącym utrzymaniem dróg przez łącznie 69 miesięcy przy łącznie trzech umowach na: Likwidację skutków nagłych zdarzeń na drogach krajowych administrowanych przez GDDKiA O/ Opole, Rejon w Kędzierzynie - Koźlu.

Wykonawca oświadczył w pozycji: Zakres zadania (asortymenty prac, usług lub robót utrzymaniowych) - iż usługi polegały na bieżącym utrzymaniu dróg, jednak wykazane doświadczenie nie jest tożsame z cytowanym wyżej, określonym przez Zamawiającego minimalnym zakresem, jaki powinny obejmować usługi. Zgodnie z dokumentacją przetargową wykazanych zadań w usługi realizowane w ich ramach nie obejmowały utrzymywania: obiektów mostowych, odwodnienia, barier drogowych i zieleni. Wykazane doświadczenie tak, jak w przypadku doświadczenia na potwierdzenie spełniania warunków dotyczyło „likwidacji skutków nagłych zdarzeń" a nie bieżącego utrzymania dróg. Wykazane zadania nie mogą być zatem zakwalifikowane jako doświadczenie osoby wyznaczonej na stanowisko Kierownika/Koordynatora ds. Utrzymania Dróg, za które mogły zostać przyznane punkty w ramach kryterium ofert. Tym samym, oferta DROMAR powinna w tym kryterium uzyskać 0 punktów zamiast przyznanych 30 pkt.

W zakresie Osoby Z-cy Kierownika/ Koordynatora ds. Utrzymania Dróg:

Analogicznie dla Osoby Z-cy Kierownika/ Koordynatora ds. Utrzymania Dróg, DROMAR wykazał m.in. doświadczenie polegające na: kierowaniu/nadzorowaniu prac związanych z bieżącym utrzymaniem dróg przez łącznie 21 miesięcy przy realizacji umowy na: i. Likwidację skutków nagłych zdarzeń na drogach krajowych administrowanych przez GDDKiA O/ Opole, Rejon w Nysie.

W tym przypadku wykonawca również oświadczył w pozycji: Zakres zadania (asortymenty prac, usług lub robót utrzymaniowych) - iż usługi polegały na bieżącym utrzymaniu dróg, jednak wykazane doświadczenie nie jest tożsame z cytowanym wyżej minimalnym zakresem, jaki powinny obejmować usługi. Zgodnie z dokumentacją przetargową wykazanego zadania w usługi realizowane w jego ramach nie obejmowały utrzymywania: obiektów mostowych, odwodnienia, barier drogowych i zieleni. Wykazane doświadczenie tak, jak w przypadku doświadczenia na potwierdzenie spełniania warunków dotyczyło „likwidacji skutków nagłych zdarzeń" a nie bieżącego utrzymania dróg.

Drugim zadaniem wskazanym dla Osoby Z-cy Kierownika/ Koordynatora ds. Utrzymania Dróg DROMAR było doświadczenie polegające na: kierowaniu/nadzorowaniu prac związanych z bieżącym utrzymaniem dróg przez łącznie 24 miesiące przy realizacji umowy na: Oczyszczanie pasów Drogowych na terenie miasta Gliwice w latach 2015-2017.

Wykonawca wskazał, że zakres zadania (asortymenty prac, usług lub robót utrzymaniowych) obejmował bieżące utrzymanie dróg, Długość utrzymywanych dróg klasy min. G 430 km - jednak wykazane doświadczenie nie jest tożsame z cytowanym wyżej minimalnym zakresem, jaki powinny obejmować usługi. Zgodnie z dokumentacją przetargową wykazanego zadania, usługi realizowane w jego ramach nie obejmowały utrzymywania: obiektów mostowych, odwodnienia, barier drogowych i zieleni. Wykazane zadania nie mogą być zakwalifikowane jako doświadczenie osoby wyznaczonej na stanowisko Z-cy Kierownika/Koordynatora ds. Utrzymania Dróg, za które mogły zostać

przyznane punkty w ramach kryterium oceny ofert. Tym samym, oferta DROMAR powinna w

tym kryterium uzyskać 0 punktów zamiast przyznanych 10 pkt.

Odwołujący wskazał, że w konsekwencji, Zamawiający naruszył art. 239 ust. 1

ustawy Pzp. Odstąpienie od zasady dokonywania oceny ofert w oparciu o kryteria zdefiniowane w SWZ powoduje naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Gdyby Zamawiający dokonywał oceny ofert w oparciu o kryteria postawione w SWZ, to oferta Odwołującego byłaby ofertą ocenioną najwyżej. Dodał, że ponieważ w zakresie doświadczenia wykazywanego w celu uzyskania punktów w ramach kryteriów oceny ofert nie ma możliwości uzupełnienia/zamiany tego doświadczenia na inne, to w tym zakresie, uzupełnienie dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, w wyniku wezwania Zamawiającego, nie będzie mogło zmienić punktacji, która w przypadku oferty DROMAR powinna wynosić w ramach przedmiotowego kryterium 0

pkt.

Zarzut zaniechania wezwania Wykonawcy do wyjaśnień rażąco niskiej ceny

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu zaniechanie zastosowania w odniesieniu do oferty DROMAR art. 224 ust. 1 oraz 2 lit. a) ustawy Pzp, tj. przepisu przewidującego obowiązek żądania przez Zamawiającego złożenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny i jej części składowych, pomimo, iż budzi ona wątpliwości, a w szczególności pomimo, iż jej różnica w stosunku do średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu przekracza 30%. Uzasadniał, że art. 224 ust. 1 nie pozostawia Zamawiającemu dowolności - przepis ten wyraźnie wskazuje, że Zamawiający żąda wyjaśnień w każdym przypadku, gdy cena wydaje się rażąco niska. Zgodnie z wykładnią literalną opartą o Słownik Języka Polskiego PWN „rażący" to „rzucający się w oczy" (por. rażący - definicja, synonimy, przykłady użycia (pwn.pl)). Odwołujący przywołał wyrok KIO z dnia 16 lipca 2021 roku, sygn. akt KIO 1617/21 oraz wyrok z dnia 21 października 2021 r. sygn. akt. KIO 2833/21.

Odwołujący wskazał, że cena zaoferowana przez DROMAR nosi znamiona ceny rażąco niskiej. Odwołujący przywołał postanowienia opisu przedmiotu zamówienia zawarte w punkcie 4.1, 4.1.2., 4.2.1 OPZ, 17.2. SWZ. Odwołujący podał, że Zamawiający wskazał potencjał techniczny konieczny do realizacji zamówienia: Wykonawca w trakcie realizacji umowy powinien dysponować co najmniej sprzętem określonym wyżej w zakresie: samochody brygad patrolujących; samochód brygady interwencyjnej; pojazdy do działań interwencyjnych. Dodatkowo w skład wyposażenia wykonawcy wchodzić muszą również określone wyżej: materiały do usuwania skutków zdarzeń i drobnych napraw nawierzchni; oznakowanie i urządzenia zabezpieczające miejsca zdarzeń. Odwołujący podniósł, że Zamawiający postawił również wymagania w zakresie zatrudnienia na podstawie stosunku pracy i przywołał brzmienie § 9, ust. 10. PPU.

Odwołujący przedstawił zestawienie ofert złożonych w postępowaniu wraz z oferowanymi cenami i wskazał, że oferta DROMAR odbiegała od średniej arytmetycznej złożonych ofert o 34,93 %. Ponadto Odwołujący wskazał, że wynikająca z formularza ofertowego cena miesięcznego ryczałtu netto za całokształt usług związanych z realizacją umowy zaoferowana przez DROMAR wynosi 71 770,00 zł netto, co jest zdaniem Odwołującego ceną rażąco niską, niepozwalającą na realizację usług zgodnie ze wszystkimi wymaganiami Zamawiającego.

Dalej Odwołujący przedstawił założenia przyjęte do kalkulacji ceny minimalnej usługi, zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia. Założenia te wskazują, iż cena zaoferowana przez DROMAR nie pozwala na wykonanie zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. Odwołujący przedstawił szczegółowe wyliczenia w zakresie wynagrodzenia pracowników brutto z narzutami, zużycia paliwa, kosztów eksploatacyjnych (naprawy, przeglądy, ogumienie, ubezpieczenia), kosztów zagospodarowania odpadów oraz kosztów materiałów. Odwołujący przedstawił kalkulację minimalnych miesięcznych łącznych kosztów wykonania usługi. Kalkulacja ta wskazuje wprost, że nie jest możliwym wykonanie zamówienia za cenę zaoferowaną przez DROMAR. Przedstawione wyliczenia wskazują, że minimalna kwota niezbędna do realizacji zamówienia wynosi 74 328,07 zł netto. Tymczasem DROMAR zaoferował wykonanie usługi za miesięczną kwotę: 71 770,00 zł netto. Występują zatem podstawy obligujące Zamawiającego do wezwania DROMAR do udzielenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny złożonej oferty.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 11 sierpnia 2022 r. oświadczył, że uwzględnia zarzuty odwołania w całości.

Pismem z dnia 12 sierpnia 2022 r. Przystępujący oświadczył, że wnosi sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów odwołania.

W piśmie z dnia 17 sierpnia 2022 r. Przystępujący przedstawił stanowisko procesowe, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

W zakresie zarzutu dotyczącego doświadczenia wykonawcy Przystępujący wskazał, iż na gruncie SWZ nie ma wątpliwości, że w obu warunkach - dotyczących wykonawcy, jak i osób kierowanych do wykonania zamówienia - Zamawiający jednoznacznie i wyraźnie użył pojęcia „bieżącego utrzymania dróg" wskazując, że przez bieżące utrzymanie dróg rozumie koordynowanie / wykonywanie usług lub robót utrzymania dróg w zakresie co najmniej utrzymywania: nawierzchni, obiektów mostowych, odwodnienia, barier drogowych, zieleni

oraz czystości. Całkowicie błędne są natomiast wnioski, jakie wyciąga Odwołujący analizując dokumenty złożone przez Przystępującego w postępowaniu, na gruncie tych warunków.

Analizując kluczową dla oceny zasadności zarzutów Odwołującego, ujętą w SWZ definicję „bieżącego utrzymania" należy zauważyć, definicja skupia się na wymienieniu elementów infrastruktury, których miała dotyczyć realizowana przez wykonawcę / personel usługa (tj. nawierzchnia, obiekty mostowe, odwodnienia, bariery drogowe, zieleń). Z czynności, jakie miał wykonywać wykonawca / personel definicja wymienia jedynie czystość (utrzymanie czystości). Należy zauważyć także, że wymienione w definicji elementy, których miała dotyczyć realizowana przez wykonawcę / personel usługa - to elementy składowe drogi lub infrastruktury drogowej częściowo występujące jedynie w niektórych miejscach - o ile nawierzchnia ze swojej natury będzie występowała na całej długości dróg (włącznie z obiektami mostowymi), podobnie jak (najczęściej) różnego rodzaju odwodnienie i zieleń, o tyle obiekty mostowe i bariery drogowe pojawią się jedynie na niewielkich odcinkach dróg - tam, gdzie ich istnienie jest uzasadnione przebiegiem drogi. Przy tym Zamawiający ani w warunku, ani w ujętym w SWZ wyjaśnieniu pojęcia „bieżącego utrzymania dróg" nie wskazał, jakie konkretnie czynności powinny być wykonywane w stosunku do powyższych elementów - jedynie, że mogą to być usługi lub roboty (budowlane). Nawet „utrzymanie czystości" pojawiło się jako „oraz", a więc element, który może być oddzielny. Zatem formułując warunki słusznie uznał Zamawiający, że wykonawca, który wykonywał usługi lub roboty (budowlane) odnoszące się do utrzymywania występującej przy realizacji zamówienia infrastruktury, o określonej w SWZ wartości, wskazującej pośrednio na intensywność / stopień skomplikowania zadania, jest zdolny do realizacji zamówienia.

Zdaniem Przystępującego Odwołujący ogólnikowo podważał doświadczenie wykonawcy / personelu wykazanego przez Przystępującego, bowiem nie był w stanie podać konkretnych czynności, jakie Przystępujący powinien był w stosunku do owych elementów infrastruktury wykonywać, jakich nie wykonywał, a które pokrywałyby się z definicją „bieżącego utrzymania dróg" zawartą w SWZ przygotowanej dla przedmiotowego postępowania. Takie działanie (określenie czynności ponad brzmienie warunku), czy to ze strony Zamawiającego, czy to Odwołującego, na tym etapie postępowania, byłoby dokładnie zaprzeczeniem zasady, do której Odwołujący odnosi się w punkcie 3. na str. 6 odwołania, tj. że ocena spełnienia warunków udziału w postępowaniu powinna zostać dokonana w oparciu o literalne brzmienie ukształtowanych przez zamawiającego wymagań, gdyż zapobiega to uznaniowości na etapie oceny wykazania spełnienia tych warunków, a także , że nie jest dopuszczona rozszerzająca, nieznajdująca odzwierciedlenia w literalnym brzmieniu, interpretacja warunku udziału w postępowaniu.

Przystępujący wskazał, iż Zamawiający wymagał doświadczenia w „wykonaniu 1 lub 2 lub 3 zadań" (w warunku dot. doświadczenia wykonawcy) oraz doświadczenia „przy realizacji 1 lub 2 zadań" (w warunku dot. doświadczenia osób). Wyraźnie więc wskazał, że wymagane w ramach poszczególnych warunków doświadczenie może być wykazane przez realizację kilku zadań, które łącznie wypełniają treść warunku. Łączenie to nie zostało ograniczone jedynie do okresu wykonywania zadań lub długości odcinków dróg, czy wartości usług zatem może dotyczyć również (lege non distinguente) różnych elementów utrzymania dróg. W konsekwencji cały warunek udziału powinien być spełniony łącznie: i co do okresu, i co do wartości, i co do zakresu, i co do długości dróg, i co do klasy dróg (ta sama zasada łączenia obowiązuje przy wszystkich elementach warunku). W niniejszym postępowaniu możliwość łączenia zadań została przewidziana wprost w treści SWZ, jednak wynika ona również z orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14 Esaprojekt. W ramach przedmiotowego zamówienia rozumienie takie jest zgodne także z zasadami logiki i doświadczenia życiowego. Skoro bowiem Zamawiający dopuszczał, by wykonawca nabył doświadczenie w ramach jednej usługi (tzn. nie wymagał powtarzalności takiego doświadczenia, realizacji kilku usług), to wystarczające jest, by wykazał on elementy składowe wymaganego doświadczenia przy jednej usłudze, a nie dwóch lub trzech (wykazywanych w wykazie doświadczenia). Przykładowo: w odniesieniu do „zieleni" - jeśli dla zamawiającego było wystarczające, by wykonawca wykazał swoje doświadczenie w utrzymywaniu zieleni w jednej usłudze, to nie wymagał, by doświadczenie to było powtarzane w drugiej lub trzeciej usłudze (których wykonawca nie musiał w ogóle wykazywać). Tym samym stwierdzenie, że wykonawca musiał wykazać doświadczenie w - przykładowo - utrzymywaniu zieleni - w każdej usłudze, na jaką się powołuje, byłoby nadmiarowe, nie wynikające z literalnego brzmienia SWZ ani jej logicznej wykładni.

Uwzględniając powyższe, do wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez Przystępującego wystarczająca jest usługa wykonywana dla Zarządu Dróg Miejskich w Gliwicach na „Oczyszczanie jezdni na terenie miasta Gliwice", wskazana w poz. 3 Wykazu usług Przystępującego, której wartość wynosi ponad milion złotych (przy wymaganych 300.000 zł), a okres wykonywania przekracza 9 miesięcy (od 11.03 do 31.12.2019 r.). Z dokumentów przedstawionych Zamawiającemu w trakcie postępowania wynika, że zakres przedmiotowy zamówienia został spełniony, gdyż w referencjach z 24.01.2020 r. wskazano

wprost: „Zamówienie polegało na mechanicznym oraz ręcznym zamiataniu jezdni wraz z usuwaniem przerostu traw i chwastów oraz zmywaniu mechanicznym wskazanych jezdni, myciu wysepek, azyli dla pieszych, wypiętrzonych wyłączeń z ruchu w obrębie jezdni oraz utrzymaniu czystości jezdni tunelu."

Przystępujący wskazał, że „Usuwanie przerostu traw i chwastów", czyli pielenie lub koszenie, niewątpliwie można zakwalifikować do ujętej w warunku kategorii utrzymywania zieleni.

Z kolei z nawet powszechnie dostępnych informacji o Gliwicach można powziąć wiadomość, że miasto to leży nad rzeką Kłodnicą, a jego populacja przekracza 177 tys. mieszkańców, zatem jest to duże miasto, w którym znajduje się rozbudowana infrastruktura drogowa, w tym mosty i obiekty mostowe. W załączeniu Przystępujący przedstawia przykładowy spis obiektów mostowych znajdujących się w Gliwicach (załącznik 2), które objęte były usługami świadczonymi przez Przystępującego, a także fragment mapy Gliwic z Google Maps (załącznik 3), na którym widać, że przez Gliwice drogi przebiegają również przez Kłodnicę - a więc po mostach, jak też przecinają się ze sobą nie za pomocą skrzyżowań, lecz estakad (droga nr 901 i 902). Trudno więc stwierdzić, na jakiej podstawie Odwołujący przyjął, że zrealizowane zamówienie nie obejmowało obiektów mostowych.

Co zaś do odwodnienia - jest to element konstrukcyjny drogi wymagany rozporządzeniem Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 2 marca 1999 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogi publiczne i ich usytuowanie (Dz. U. z 2016 r., poz. 124), dział IV „Wyposażenie techniczne dróg", rozdział 1. „Urządzenia odwadniające oraz odprowadzające wodę", a także rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 24 czerwca 2022 r. w sprawie przepisów techniczno-budowlanych dotyczących dróg publicznych, rozdział 7. „Urządzenia drogi". Jako że oczyszczanie jezdni na terenie miasta Gliwice dotyczyło obszaru zabudowanego, odwodnienie miało postać urządzeń ściekowych (korytek odwadniających), znajdujących się także w obrębie jezdni, których powierzchnie były czyszczone przy okazji czyszczenia jezdni.

Tym samym już realizacja tej usługi wypełnia brzmienie warunku postawionego przez Zamawiającego.

Przystępujący wskazał, że pozostałe wskazane usługi (wskazane w poz. 1 i 2 Wykazu usług Przystępującego), odnoszące się do Likwidacji skutków nagłych zdarzeń na określonych drogach krajowych, realizowane dla Zamawiającego, spełniają określone w SWZ wymogi w zakresie warunków udziału w postępowaniu.

Uzasadniał, że wobec brzmienia zawartej w SWZ definicji „bieżącego utrzymania dróg", do postanowień SWZ stosuje się powszechne zasady interpretacji oświadczeń woli, wskazane w art. 65 § 1 Kodeksu cywilnego. A zatem postanowienia SWZ należy interpretować według powszechnego, standardowego rozumienia zarówno zamawiającego, jak i wykonawców. Jak wynika z wyjaśnienia w internetowym „Słowniku języka polskiego" PWN () „utrzymywać" to „zachować w stanie niezmienionym, należytym", zaś „bieżąco" to „w miarę zdarzania się jakichś faktów" (). Tym samym bieżące utrzymanie dróg będzie się odnosiło do zachowania takiego ich stanu, by w stopniu należytym spełniały one swoje zadanie, tj. pozwalały na swobodne i bezpieczne przemieszczanie się użytkowników. To utrzymywanie może być realizowane w różnym zakresie, przykładowo na bieżące utrzymanie dróg składać się może: utrzymanie ich w czystości, w tym np. zamiatanie / mycie, letnie / zimowe, drobne naprawy, usuwanie pojawiających się na drodze przeszkód (wiatrołomy, martwe zwierzęta, pozostałości po kolizjach itd.), malowanie pasów; inaczej też postrzegać się będzie „bieżącą" częstotliwość tych usług, w zależności od ich rodzaju i faktów, które powodują konieczność podjęcia przez wykonawcę działań. Biorąc pod uwagę, że Zamawiający nie dookreślił w SWZ, jakie konkretnie czynności uzna za utrzymywanie, jak również nie określił żadnej wymaganej częstotliwości wykonywania usług referencyjnych, która to miałaby precyzować użyte w warunku pojęcie utrzymania „bieżącego", to w warunku mieszczą się wszelkie usługi „utrzymaniowe" realizowane przez wykonawców na bieżąco, a więc w reakcji na fakty / zdarzenia, które powodują potrzebę podjęcia tych działań. Zamawiający podał natomiast wprost wymaganą wartość usług, klasę dróg oraz okres ich realizacji, Odwołujący nie formułuje jednak zarzutów w tym zakresie.

Dalej Przystępujący analizował pojęcie bieżącego utrzymania w kontekście opisu przedmiotu zamówienia w niniejszym postępowaniu. Uzasadniał, że bieżące utrzymanie, o którym mowa w warunku, to nie tylko utrzymywanie czystości (wprost wymienione w definicji zamawiającego) ale także inne czynności takie jak prowadzenie działań interwencyjnych, w tym usuwanie skutków zdarzeń drogowych, zbieranie martwych zwierząt, napraw i działań bieżących, a więc czynności, które wcześniej wykonywał Przystępujący w ramach usług wymienionych w poz. 1 i 2 Wykazu usług, kwestionowane przez Odwołującego jako niewystarczające. Zauważył, że analiza opisu przedmiotu zamówienia

w Postępowaniu prowadzi do wniosku, że Zamawiający nigdzie nie wskazuje na elementy składowe drogi, które pojawiły się w definicji „bieżącego utrzymania", w punkcie 8.2.4 SWZ, do których odnosi się Odwołujący w odwołaniu, czyli „utrzymywania: obiektów mostowych, odwodnienia, barier drogowych i zieleni". Powyższe świadczy o tym, że nie są to osobne elementy usługi, lecz elementy dróg, do których odnosi się usługa oraz wskazuje, iż formułowanie przez Odwołującego wniosku, że usługi wykazane przez Przystępującego w jego wykazie usług „nie obejmowały utrzymywania: obiektów mostowych, odwodnienia, barier drogowych i zieleni" wyłącznie na podstawie literalnego brzmienia opisów przedmiotów zamówień tych usług jest błędne.

Skoro utrzymywanie: „obiektów mostowych, odwodnienia, barier drogowych i zieleni" nie są osobnymi elementami usługi, lecz elementami dróg, do których odnosi się usługa, to usługi odnoszące się do tych elementów infrastruktury pojawiają się, gdy zdarzenia, naprawy - tj. działania bieżące będą ich dotyczyły. Przykładowo, jeśli podczas kolizji drogowej została uszkodzona lub zabrudzona barierka albo uszkodzony lub zabrudzony rów odwadniający lub urządzenie ściekowe, były one w ramach usługi naprawiane lub oczyszczane. Już z samego doświadczenia życiowego wynika, że wypadki i kolizje drogowe najczęściej odbywają się z udziałem pobocza, w ramach którego występuje pas zieleni lub rów odwadniający, jak też bariery bezpieczeństwa. Tym samym również z tych elementów należy usunąć pozostałości po kolizjach, zatem usługi wymienione w poz. 1 i 2 wykazu usług jak najbardziej obejmują kwestionowane elementy ("zieleń" występuje także w postaci usuwania przewróconych drzew, czy też spadłych gałęzi). Na bieżący charakter tych usług wskazuje nie tylko obowiązek ich realizacji w sposób powtarzalny, w miarę potrzeb, ale także fakt, iż do obowiązków wykonawcy należy zapewnienie całodobowego odbioru zgłoszeń oraz całodobowej dyspozycyjności brygady roboczej i sprzętu niezbędnego do wykonania zamówienia wraz z nadzorem i kierowaniem wykonywanymi robotami z ramienia Wykonawcy (pkt III.2.a) SWZ postępowania w wyniku którego DROMAR zawarł umowę na realizację usługi wskazanej w pkt 2 Wykazu usług oraz Tom III pkt 2.a) SWZ postępowania w wyniku którego DROMAR zawarł umowę na realizację usługi wskazanej w pkt 1 Wykazu usług). Tym samym także realizacja usług wskazanych w poz. 1 i 2 Wykazu usług wypełnia brzmienie warunku postawionego przez Zamawiającego (łącznie, ze względu na ujęte w warunku wymaganie dotyczące wartości usług).

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego doświadczenia personelu Przystępujący wskazał, że formularz dot. osób skierowanych do realizacji zamówienia został wypełniony zgodnie ze wzorem przygotowanym przez Zamawiającego i Przystępujący uzupełnił w nim kolumny zgodnie ze wskazaniem: „Nazwisko i imię", „Funkcja" oraz „Podstawa dysponowania osobami", dodatkowo zaś dodał informację o latach doświadczenia i wykształceniu. Tym samym wykaz „OSOBY SKIEROWANE DO REALIZACJI ZAMÓWIENIA" został wypełniony prawidłowo i zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego na tym etapie postępowania (wezwania do złożenia podmiotowych środków dowodowych). Natomiast szczegółowe doświadczenie ww. osób zostało przedstawione wcześniej, wraz z ofertą, w formularzu „Kryteria pozacenowe - Kwalifikacje zawodowe personelu", w którym poszczególne zadania świadczące o doświadczeniu koordynatora i zastępcy koordynatora zostały szczegółowo opisane. Należy podkreślić, że, zgodnie z opisem kryterium (pkt 21.1.2. SWZ), doświadczenie ww. osób oceniane i punktowane było ponad okres wymagany w ramach warunku udziału w postępowaniu, zatem Zamawiającemu do oceny w ww. kryterium potrzebne były również informacje dotyczące spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Z tego powodu w formularzu „Kryteria pozacenowe - Kwalifikacje zawodowe personelu", Przystępujący podał wszelkie niezbędne informacje o doświadczeniu personelu Przystępującego, umożliwiające zarówno ocenę spełniania warunków, jak i ocenę kryterialną. Z tego też prawdopodobnie powodu Zamawiający nie wymagał, by wykaz osób złożony na wezwanie z art. 126 ust. 1 ustawy Pzp powielał te same informacje. Co do kwestii merytorycznej spełniania warunków udziału w postępowaniu przez osoby wskazane jako Kierownik/Koordynator ds. Utrzymania dróg i Zastępca Kierownika/Koordynatora ds. Utrzymania dróg, to usługi wskazane dla obu tych osób są tymi samymi usługami, co wskazane dla spełniania warunku udziału w zakresie doświadczenia wykonawcy, zatem aktualna pozostaje argumentacja przedstawiona powyżej.

W zakresie zarzutu zaniechania wezwania Przystępującego do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych Przystępujący podał, że dokumenty złożone przez Wykonawcę zostały złożone, nie są niekompletne ani nie zawierają błędów, a Zamawiający posiadał wszystkie informacje potrzebne mu do dokonania oceny, że Przystępujący spełnia warunki udziału w postepowaniu, zatem nie miał i nie ma podstawy prawnej, faktycznej ani potrzeby wzywania Przystępującego do ich uzupełnienia.

W przedmiocie zarzutu dotyczącego przyznania punktów w kryterium oceny ofert w sposób niezgodny z SWZ Przystępujący podniósł, że po pierwsze, aktualna w tym zakresie pozostaje wcześniejsza argumentacja Przystępującego dotycząca rozumienia wymagań Zamawiającego w zakresie „bieżącego utrzymania dróg" przedstawiona w stosunku do warunków udziału w postępowaniu, w tym znaczenia wskazania obiektów

mostowych, odwodnienia, barier drogowych i zieleni.

Po drugie, Przystępujący zauważył, że brzmienie warunków udziału w postępowaniu oraz kryteriów oceny ofert różni się istotnie, a więc i wymogi Zamawiającego w tym zakresie są odmienne. W ramach warunku udziału Zamawiający wskazał bowiem, że Kierownik/Koordynator ds. utrzymania dróg oraz Zastępca Kierownika/Koordynatora mają posiadać doświadczenie przy realizacji zadań polegających na bieżącym utrzymaniu dróg na stanowisku/stanowiskach ds. koordynacji/nadzorowania/kierowania pracami związanymi z utrzymaniem dróg. Natomiast w kryteriach oceny ofert wskazał na doświadczenie w koordynowaniu prac związanych z utrzymaniem dróg zdobyte na stanowisku ds. koordynacji/nadzorowania/kierowania pracami związanymi z utrzymaniem dróg. Punkty miały być przyznane za każdy pełny rok doświadczenia ponad wymaganie postawione w warunkach udziału w postępowaniu. Zatem w kryteriach oceny ofert Zamawiający w ogóle nie posłużył się pojęciem „bieżącego utrzymania dróg", które notabene zostało zdefiniowane jedynie w punkcie 8.2.4 lit. a, odnoszącym się do doświadczenia wykonawcy (a więc nawet nie w stosunku do całego punktu 8.2.4, gdzie wymagania dotyczące doświadczenia osób zostały zawarte w lit. b.) i nie odniósł tego pojęcia ani użytej definicji do kryteriów oceny ofert.

Co więcej, w rozdziale 21., w punktach 21.1.2.1 i 21.1.2.2 SWZ nie odwołał się też do brzmienia warunków udział w postępowaniu, tzn. nie wskazał, że doświadczenie to ma być tożsame, jednakowe z opisanym w warunkach, tylko dłuższe (chociaż mógł). Do warunku odniósł się jedynie w tym zakresie, gdzie wskazał, że punkty będą przyznane za każdy rok doświadczenia ponad wymaganie postawione w warunkach. Oznacza to zaś jedynie, że Zamawiający postanowił, iż nie będzie podwójnie oceniał pierwszych 24 i 12 miesięcy doświadczenia.

Porównanie obu wymogów (warunków i kryteriów) prowadzi do wniosku, że wymogi Zamawiającego dotyczące doświadczenia ocenianego w kryteriach są mniej restrykcyjne, gdyż: - nie ma ograniczenia liczby zadań, które mogą zostać wykazane, za to wykonawcy mają skupić się na wykazaniu jak najdłuższego okresu realizacji, - w ramach warunku doświadczenie ma dotyczyć realizacji zadań polegających na bieżącym utrzymaniu dróg, a przy kryteriach - prac związanych z utrzymaniem dróg, gdzie znaczenie „prace związane z" jest znacznie szersze niż „polegające na", brak także w kryteriach wskazania na to, że prace związane z utrzymaniem dróg, jakie koordynował członek personelu, miały mieć charakter „bieżący".

W związku z powyższym wymagań z punktu 8.2.4 lit. a SWZ (warunki) nie można przenieść bezpośrednio na punkty 21.1.2.1 i 21.1.2.2 SWZ (kryteria), a stanowisko Odwołującego jest całkowicie chybione. Zarzuty Odwołującego w tym zakresie są błędne także z tego powodu, że Przystępujący spełnił wymogi nawet w bardziej restrykcyjnym ich rozumieniu.

W zakresie zarzutu zaniechania wezwania Przystępującego do wyjaśnień rażąco niskiej ceny DROMAR podał, że zdaniem Odwołującego, Zamawiający miał obowiązek zwrócenia się do Przystępującego o takie wyjaśnienia, gdyż cena całkowita jego oferty jest niższa o ponad 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Odwołujący jednak pominął dalszą część tego przepisu, która powoduje, że zaistnienie owej 30-procentowej różnicy nie skutkuje automatycznym wezwaniem w każdej sytuacji, w tym zwalnia zamawiającego z tego obowiązku, gdy rozbieżność ta wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia. Uzasadniał, że w niniejszym postępowaniu zostało złożonych 5 ofert z cenami: 4.399.660,80 zł; 4.518.105,37 zł; 10.988.967,60 zł; 4.521.873,60 zł i 3.654.671,94 zł. Zatem 4 oferty opiewają na podobne kwoty, natomiast oferta z ceną 10.988.967,60 zł została rażąco zawyżona i tym samym „sztucznie" podnosi średnią arytmetyczną cen ofert. Tym samym Zamawiający słusznie uznał, że bez tej oferty owa rozbieżność cen w stosunku do średniej arytmetycznej nie byłaby znacząca, a rynkowa. Nie uwzględniając w obliczaniu średniej oferty oczywiście nierynkowej średnia cen wynosiłaby nie 5.616.655,86 zł, a jedynie 4.273.577,93 zł, a więc oferta Przystępującego byłaby niższa o ok. 15% od średniej arytmetycznej cen ofert, co stanowi normalną różnicę w warunkach konkurencji. W żaden sposób takiej różnicy nie uznaje się za niepokojącą, dającą podstawę do podejrzeń o zaniżeniu ceny poniżej kosztów realizacji usługi. Tym samym Zamawiający nie naruszył art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, lecz przeciwnie - zastosował się do jego dyspozycji. Powyższe stanowisko Przystępującego potwierdza przesłany przez Zamawiającego dokument: „Badanie wstępne - pod kątem ceny rażąco niskiej ofert złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego". Przystępujący wskazał, iż zastosowanie przez Zamawiającego art. 224 ust. 2 ustawy Pzp in fine było w okolicznościach sprawy w pełni uzasadnione. Zastosowana regulacja ustawowa może i powinna być przez Zamawiających stosowana, ograniczając zbędne przedłużanie i biurokratyzowanie postępowań w sprawach, w których, po analizie okoliczności sprawy, podejrzenie o zaniżenie ceny nie jest uzasadnione. Brak jest w szczególności podstaw do założenia, iż ww. przepis, pozwalający na odstąpienie od badania ceny, ma być przepisem w praktyce martwym.

Następnie Przystępujący wskazał, iż drugą sytuacją, w której Zamawiający byłby zobowiązany do żądania wyjaśnień, jest sytuacja, w której uznałby on lub powinien był uznać, że zaoferowana cena wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z SWZ i przepisami. Jednak w niniejszym postępowaniu taka sytuacja nie nastąpiła, a Zamawiający słusznie nie wątpił w możliwość prawidłowego wykonania zamówienia za kwotę wskazaną w ofercie Przystępującego i nie żądał wyjaśnień. Stanowisko to potwierdzają obliczenia zawarte przez Odwołującego w odwołaniu, które wskazują wprost na bezzasadność jego zarzutu.

Dalej Przystępujący szczegółowo odniósł się do założeń Odwołującego dotyczących kalkulacji usługi, które są oczywiście błędne, które doprowadziły go do przekonania, że Przystępujący zaniżył cenę poniżej kosztów. Przystępujący zastrzegł, że nie są to jego własne i kompletne wyjaśnienia zastosowanej ceny, które - gdyby były sporządzone - mogłyby się różnić zastosowaną metodyką i założeniami, a jedynie kalkulacje mające na celu wykazanie nieprawidłowości kalkulacji Odwołującego, która doprowadziła go do błędnego wniosku, iż Przystępujący zaniżył cenę.

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

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający w dniu 5 sierpnia 2022 r. powiadomił wykonawców o wniesionym odwołaniu.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę M. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Drogowych i Komunalnych „DROMAR" M. K. w Stanicy [dalej „Przystępujący" albo „DROMAR"] zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w dniu 8 sierpnia 2022 r. po stronie Zamawiającego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności ogłoszenie o zamówieniu wraz ze zmianami, specyfikację warunków zamówienia wraz z załącznikami oraz zmianami, ofertę Przystępującego wraz z uzupełnieniami oraz

zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron i Uczestnika złożone ustnie i pisemnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 19 sierpnia 2022 r., w tym odpowiedź na odwołanie, pisma procesowe Przystępującego z dnia 12 i 17 sierpnia 2022 r. oraz pismo procesowe Odwołującego z dnia 19 sierpnia 2022 r.

Izba zaliczyła w poczet materiału sprawy dowody złożone przez Odwołującego, tj.:

1. SWZ dot. postępowania - Oczyszczanie jezdni na terenie miasta Gliwice w 2019 r. - ZDM.26.3.2019;

2. SWZ dot. postępowania - Likwidacja skutków nagłych zdarzeń na drogach krajowych 40, 40a, 41, 41a, 41b, 46a, 46c i 46g administrowanych przez GDDKiA Oddział w Opolu, Rejon w Nysie w okresie 24 miesięcy - nr postępowania O.Op.D-3.2413.15.2020 (25);

3. SWZ dot. postępowania - Likwidacja skutków nagłych zdarzeń na drogach krajowych 40, 40a, 41, 41a, 41b, 46a, 46c i 46g administrowanych przez GDDKiA Oddział w Opolu, Rejon w Nysie w okresie do dnia 30.06.2020 r. - nr postępowania O.Op.D-3.2413.19.2018;

4. SWZ dot. postępowania - Likwidacja skutków nagłych zdarzeń na drogach krajowych 38, 38a, 40, 40b, 45, 45b, 88 i 94 administrowanych przez GDDKiA Oddział w Opolu, Rejon w Kędzierzynie - Koźlu w okresie 24 miesięcy zgodnie z umową nr 24/2020 z dnia 21.07.2020 r. - nr postępowania O.Op.D-3.2413.14.2020 (24);

5. SWZ dot. postępowania - Likwidacja skutków nagłych zdarzeń na drogach krajowych 38, 38a, 40, 40b, 45, 45b, 88 i 94 administrowanych przez GDDKiA Oddział w Opolu, Rejon w Kędzierzynie - Koźlu w okresie do dnia 30.06.2020 r. - nr postępowania O.Op.D-3.2413.14.2018.

Jednocześnie Izba zaliczył w poczet materiału sprawy dowody złożone przez Przystępującego, tj.:

1. dane techniczne Dacia Dokker VAN Facelifting 1.5 DCI;

2. dane techniczne VW Transporter;

3. ofertę dot. utylizacji padłej zwierzyny;

4. dwa dowody rejestracyjne;

5. spis obiektów mostowych znajdujących się w Gliwicach;

6. fragment mapy Gliwic z Google Maps;

7. referencję ZDM Gliwice z dnia 17 sierpnia 2022 r.;

8. zdjęcia wraz z wyciągiem z Dziennika Zdarzenia Drogowego;

9. Specyfikacje Techniczne Tom III zamówienia pn. „Koszenie traw i chwastów oraz utrzymanie czystości w ciągu dróg krajowych nr 40, 40a, 41, 41a, 41b, 46, 46c, 46g i 46i na terenie Oddziału GDDKiA w Opolu - Rejon Nysa";

10. Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia pn. „Oczyszczanie jezdni na terenie miasta Gliwice w 2019 r.";

11. TOM III Opis Przedmiotu Zamówienia pn. „Likwidacja skutków nagłych zdarzeń na drogach krajowych 40, 40a, 41, 41a, 41b, 46a, 46c i 46g administrowanych przez GDDKiA Oddział w Opolu, Rejon w Nysie w okresie 24 miesięcy".

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z pkt 8.2.4. SWZ, o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, który spełniają warunki dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej:

a) dotyczącej Wykonawcy:

Wykonawca musi wykazać się wiedzą i doświadczeniem w wykonaniu lub wykonywaniu w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - to w tym okresie, co najmniej:

- 1 lub 2 lub 3 zadań polegających na bieżącym utrzymaniu dróg klasy min. G o łącznej wartości brutto bieżącego utrzymania nie mniejszej niż 300 000,00 PLN
Przez bieżące utrzymanie dróg rozumie się koordynowanie / wykonywanie usług lub robót utrzymania dróg w zakresie co najmniej utrzymywania: nawierzchni, obiektów mostowych, odwodnienia, barier drogowych, zieleni oraz czystości wykonywanych przez okres co najmniej 9 miesięcy w roku.

b) dotyczącej osób:

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

1) osoba proponowana do pełnienia funkcji: Kierownik/Koordynator ds. utrzymania dróg -

- doświadczenie zawodowe: minimum 24 miesiące doświadczenia przy realizacji 1 lub 2 zadań polegających na bieżącym utrzymaniu dróg obejmujących co najmniej 100 km dróg klasy min G na stanowisku/stanowiskach ds. koordynacji/nadzorowania/kierowania pracami związanymi z utrzymaniem dróg

2) osoba proponowana do pełnienia funkcji: Zastępca Kierownika/Koordynatora ds. Utrzymania dróg - doświadczenie zawodowe: minimum 12 miesięcy doświadczenia przy realizacji 1 lub 2 zadań polegających na bieżącym utrzymaniu dróg obejmujących co najmniej 50 km dróg klasy min G na stanowisku/stanowiskach ds. koordynacji/nadzorowania/kierowania pracami związanymi z utrzymaniem dróg.

Zgodnie z punktem 21.1.2. SWZ Kryterium „Kwalifikacje zawodowe personelu" (K) : Punkty w tym kryterium zostaną przyznane na podstawie informacji zawartych w Formularzu 2.2 „Kryteria pozacenowe -Kwalifikacje zawodowe personelu" i stanowić będą sumę punktów uzyskanych przez Wykonawcę w Podkryteriach 1-2

W tym kryterium można uzyskać maksymalnie 40 punktów, a faktyczna ilość punktów zostanie obliczona według następującego wzoru:

K = K1 + K2

UWAGA:

- Ocenie będą podlegały jedynie informacje zawarte w Formularzu 2.2. „Kryteria pozacenowe - Kwalifikacje zawodowe personelu" złożonym wraz z ofertą.

- Jeżeli Wykonawca nie złoży wraz z ofertą Formularza 2.2. Kryteria pozacenowe -

Kwalifikacje zawodowe personelu" lub złoży go niewypełniony to w tym kryterium otrzyma 0 (zero) punktów.

- 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 2.2. „Kryteria pozacenowe - Kwalifikacje zawodowe personelu" o dodatkowe zadania nieujęte w Formularzu lub dokonywać ich zmiany.

- Jeśli w wyniku zastosowania procedury przewidzianej w art. 126 ust. 1 lub 128 ust 1 ustawy Pzp Wykonawca dokona zmiany osoby wskazanej na stanowisko, które podlega ocenie i punktacji w ramach podkryterium K1 lub K2 - wówczas Zamawiający w ramach tego podkryterium nie przyzna punktów.

Zgodnie z punktem 21.1.2.1. SWZ, podkryterium „Kwalifikacje zawodowe Kierownika/Koordynatora ds. Utrzymania Dróg" (K1):

W tym podkryterium ocenie podlegać będzie doświadczenie osoby wskazanej do pełnienia funkcji Kierownika/Koordynatora ds. Utrzymania Dróg w koordynowaniu prac związanych z utrzymaniem dróg, obejmujących co najmniej 100 km dróg klasy min G zdobyte na stanowisku ds. koordynacji/nadzorowania/kierowania pracami związanymi z utrzymaniem dróg.

Punkty zostaną przyznane za każdy pełny rok doświadczenia (12 miesięcy), ponad wymaganie postawione w warunkach udziału w postępowaniu.

Punkty w tym podkryterium zostaną przyznane wg poniższych zasad za wykazane doświadczenie:

- 2 lata doświadczenia (24 miesiące) - 0 punktów

- 3 lata doświadczenia (36 miesięcy) - 10 punktów

- 4 lata doświadczenia (48 miesięcy) - 20 punktów

- 5 lat i więcej doświadczenia (60 miesięcy) - 30 punktów

Zgodnie z punktem 21.1.2.2. SWZ, podkryterium „Kwalifikacje zawodowe Z-cy Kierownika/Koordynatora ds. Utrzymania Dróg" (K2) :

W tym podkryterium ocenie podlegać będzie doświadczenie osoby wskazanej do pełnienia funkcji Zastępcy Kierownika ds. Utrzymania Dróg w koordynowaniu prac związanych z utrzymaniem dróg, obejmujących co najmniej 50 km dróg klasy min G zdobyte na stanowisku stanowisku/stanowiskach ds.koordynacji/nadzorowania/kierowania pracami związanymi z utrzymaniem dróg. Punkty zostaną przyznane za każdy pełny rok doświadczenia (12 miesięcy), ponad wymaganie postawione w warunkach udziału w postępowaniu.

Punkty w tym podkryterium zostaną przyznane wg poniższych zasad za wykazane

doświadczenie:

- 1 rok doświadczenia (12 miesięcy) - 0 punktów

- 2 lata doświadczenia (24 miesiące) - 5 punktów

- 3 lata doświadczenia i więcej (36 miesięcy) - 10 punktów.

W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia oferty złożyło pięciu wykonawców, tj. Odwołujący z ceną 4 399 660,80 zł, Przystępujący z ceną 3 654 671,94 zł, ZABERD Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu z ceną 4 518 105,37 zł, VICARO Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach z ceną 4 521 873,60 zł oraz EKO-PROBUD Sp. z o.o. z siedzibą w Gogolinie z ceną 10 988 967,60 zł.

Z powyższego wynika, iż średnia arytmetyczna cen złożonych ofert wynosiła 5 616 655,86 zł. Tym samym cena oferta Przystępującego odbiegała od średniej arytmetycznej cen złożonych ofert o 34,93%.

Izba wzięła pod uwagę treść pisma pt. „Badanie wstępne - pod kątem ceny rażąco niskiej", w którym Zamawiający analizował możliwość odstąpienia od wezwania wykonawcy DROMAR do złożenia wyjaśnień ceny oferty.

Wykonawca DROMAR wraz z ofertą złożył Formularz 2.2. Kryteria pozacenowe - Kwalifikacje zawodowe personelu, w którym do pełnienia funkcji Kierownika/Koordynatora ds. Utrzymania Dróg wskazał p. M. K. Wykonawca podał, że ww. osoba posiada doświadczenie polegające na kierowaniu/nadzorowaniu prac związanych z bieżącym utrzymaniem dróg przez łącznie 69 miesięcy, przy łącznie trzech umowach na: Likwidację skutków nagłych zdarzeń na drogach krajowych administrowanych przez GDDKiA O/Opole, Rejon w Kędzierzynie - Koźlu (okres realizacji zadań: 18.06.2014 - 30.06.2016 r.,

01.07.2018 - 30.06.2020 r., 17.07.2020 - 30.04.2022 r).

Jednocześnie DROMAR do pełnienia funkcji Z-cy Kierownika/Koordynatora ds. Utrzymania Dróg wyznaczył p. D. N., posiadającego doświadczenie polegające na kierowaniu/nadzorowaniu prac związanych z bieżącym utrzymaniem dróg przez łącznie: Zadanie nr 1 - 24 miesiące przy realizacji umowy na: Oczyszczanie pasów Drogowych na terenie miasta Gliwice w latach 2015-2017.

Zadanie nr 2 - 21 miesięcy przy realizacji umowy na: Likwidację skutków nagłych zdarzeń na

drogach krajowych administrowanych przez GDDKiA O/ Opole, Rejon w Nysie.

Wykonawca DROMAR w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp złożył m.in.:

1. wykaz usług obejmujący trzy zadania:

1) Likwidacja skutków nagłych zdarzeń na drogach krajowy nr 40, 40a, 41, 41a, 41b, 46a, 46c i 46g administrowanych przez GDDKiA Oddział w Opolu, Rejon w Nysie w okresie 24 miesięcy zgodnie umową nr 25/2020 z dnia 21.07.2020 r.

2) Likwidacja skutków nagłych zdarzeń na drogach krajowych NR 38, 38a,40, 40b, 45, 45b, 88 i 94 administrowanych przez GDDKiA Oddział w Opolu, Rejon w Kędzierzynie Koźlu w okresie 24 miesięcy zgodnie z umową nr 24/2020 dnia 21.07.2020 r.

3) Oczyszczanie jezdni na terenie miasta Gliwice zgodnie z umową nr ZDM-72/2019 z dnia 11 marca 2019 r.

2. poświadczenia GDDKiA Oddział w Opolu z dnia 26 maja 2022 r., 2 czerwca 2022 r. oraz

referencje ZDM Gliwice z dnia 24 stycznia 2020 r.

3. formularz „Osoby skierowane do realizacji zamówienia" obejmujący:

1) M. K. - kierownik/koordynator, właściciel, 12 lat doświadczenia w nadzorowaniu usług związanych z bieżącym utrzymaniem dróg;

2) D. N. - Zastępca Kierownika / Koordynatora Wykształcenie średnie, 8 lat doświadczenie w nadzorowaniu usług związanych z bieżącym utrzymaniem dróg, umowa o pracę.

W dniu 25 lipca 2022 r. za najkorzystniejszą Zamawiający uznał ofertę wykonawcy DROMAR, która otrzymała łącznie 100 punktów. Na drugim miejscu w rankingu ofert

znalazła się oferta Odwołującego z łączną punktacją 89,84.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Potwierdził się zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c) w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 16 pkt 1 - 3 ustawy Pzp przez uznanie, iż wykonawca DROMAR spełnia warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie dysponowania doświadczeniem wymaganym od wykonawcy, a także doświadczeniem osób wskazanych do realizacji zamówienia na stanowiska: Kierownika/Koordynatora ds. utrzymania dróg oraz Zastępcy Kierownika/Koordynatora ds. utrzymania dróg. Jednocześnie na uwzględnienie zasługiwał zarzut naruszenia art. 128

ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c) w zw. z art. 16 pkt 1 - 3 ustawy Pzp przez

zaniechanie wezwania DROMAR do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w punkcie 8.2.4. lit. a oraz b specyfikacji warunków zamówienia.

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

Stosownie do treści art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b i c ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, lub który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń.

Wskazać należy, iż odrzucenie oferty wykonawcy na ww. podstawie prawnej co do zasady jest możliwe po przeprowadzeniu procedury określonej art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że: 1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub 2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

Powyższy przepis nakłada zatem na zamawiającego obowiązek wezwania wykonawcy do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia m.in. oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp lub podmiotowych środków dowodowych w sytuacji gdy, wykonawca nie złożył wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, lub gdy są one niekompletne bądź zawierają błędy, z zastrzeżeniem dwóch przypadków przewidzianych przepisem. Wskazać należy, iż z dokumentem/oświadczeniem zawierającym błędy będziemy mieć do czynienia, w sytuacji gdy ich treść nie będzie potwierdzała spełnienia określonych przez zamawiającego w SWZ wymagań. Tym samym wówczas gdy złożone przez wykonawcę dokumenty np. wykaz usług itp. nie będą potwierdzały spełniania warunków udziału w postępowaniu, to po stronie zamawiającego co do zasady będzie aktualizował się obowiązek wezwania wykonawcy do ich uzupełnienia.

Odnosząc się do zarzutów odwołania Izba wskazuje, iż stanowisko Odwołującego, który podnosił, że Przystępujący nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznych lub zawodowych, o którym mowa w punkcie 8.2.4. lit. a) oraz b) specyfikacji warunków zamówienia było prawidłowe, z tym jednak zastrzeżeniem, iż ewentualna czynność odrzucenia oferty Przystępującego winna zostać poprzedzona obligatoryjnym wezwaniem Wykonawcy w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, czego Zamawiający w okolicznościach przedmiotowej sprawy zaniechał.

W przedmiocie zarzutu dotyczącego niewykazania przez DROMAR spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia wykonawcy na wstępie należy odnieść się do wymogów Zamawiającego wynikających z brzmienia specyfikacji. Niewątpliwie w ramach warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej opisanego w punkcie 8.2.4. lit. a SWZ Zamawiający wymagał, aby

wykonawca legitymował się doświadczeniem w realizacji 1 lub 2 lub 3 zadań polegających na bieżącym utrzymaniu dróg klasy min. G. Bezspornie na potrzeby niniejszego postępowania o zamówienie publiczne Zamawiający sformułował autonomiczną definicją „bieżącego utrzymania dróg" wskazując, że „przez bieżące utrzymanie dróg rozumie się koordynowanie/wykonywanie usług lub robót utrzymania dróg w zakresie co najmniej utrzymywania: nawierzchni, obiektów mostowych, odwodnienia, barier drogowych, zieleni oraz czystości wykonywanych przez okres co najmniej 9 miesięcy w roku". Z powyższego wynika, iż Zamawiający określił w sposób jednoznaczny zakres pojęciowy „bieżącego utrzymania dróg", który wymagał łącznego spełnienia wszystkich ww. elementów. Pojęciem „bieżącego utrzymania dróg" Zamawiający posłużył się następnie w warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia personelu, tj. Kierownika/Koordynatora ds. Utrzymania dróg oraz Zastępcy Kierownika/Koordynatora ds. Utrzymania dróg wymagając, aby ww. osoby posiadały doświadczenie odpowiednio w wymiarze minimum 24 lub 12 miesięcy przy realizacji 1 lub 2 zadań polegających na bieżącym utrzymaniu dróg klasy min. G o określonej długości. W ocenie Izby stworzoną przez Zamawiającego na potrzeby przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego definicję „bieżącego utrzymania dróg" należy czytać w sposób tożsamy na gruncie specyfikacji, w szczególności w zakresie warunków udziału w postępowaniu i ściśle związanych z nimi kryteriów pozacenowych.

Przedmiotem sporu zawisłego przez Izbą była ocena, czy wskazane przez DROMAR w wykazie usług dwa zadania polegające na likwidacji skutków nagłych zdarzeń na drogach krajowych administrowanych przez GDDKiA Oddział w Opolu, Rejon Nysa oraz Kędzierzyn - Koźle stanowiły „bieżące utrzymanie dróg".

W oparciu o zasady logiki i doświadczenia życiowego skład orzekający doszedł do przekonania, że usługa „likwidacji skutków nagłych zdarzeń" ze swojej istoty i natury różni się od usługi „bieżącego utrzymania dróg". Wskazać należy, iż czym innym jest bieżące utrzymywanie pewnych elementów drogi czy infrastruktury drogowej określonych przez Zamawiającego, a czym innym usunięcie skutków określonego zdarzenia, które spowodowało uszczerbek w mieniu Zamawiającego. Dla przykładu - za Odwołującym - Izba wskazuje, że czym innym jest usunięcie przewróconego drzewa, a czym innym utrzymywanie drzewa (zieleni) tak, aby nie zagrażało ono uczestnikom ruchu drogowego, inny będzie też zakres czynności oraz zasobów sprzętowo - osobowych niezbędnych np. do wyprostowania bariery drogowej uszkodzonej w wyniku wypadku, a inny konieczny do stałego/bieżącego utrzymania bariery drogowej w należytym stanie. Zdaniem Izby usługa stanowiąca bieżące utrzymanie dróg charakteryzuje się ciągłością świadczenia składającego się z szeregu powtarzalnych czynności utrzymaniowych, w zakreślonym przez zamawiającego okresie, sprowadzającego się do stałego nadzorowania (monitorowania) drogi lub elementów infrastruktury drogowej (skonkretyzowanych na gruncie niniejszej SWZ) w celu utrzymania ich należytego stanu, podczas gdy usługa likwidacji skutków nagłych zdarzeń ma charakter incydentalny, stanowi reakcję ad hoc na określone zjawisko i nakierunkowana jest z góry na usunięcie negatywnych skutków danego zdarzenia. W ocenie Izby wbrew logice byłoby przyjęcie, iż wykonawca, który ma za zadanie usuwać skutki nagłych incydentów/zjawisk, świadczy usługę bieżącego utrzymania drogi. Interwencyjny charakter usług podanych w poz. 1 i 2 wykazu usług potwierdził zresztą sam Przystępujący, który przyznał, iż świadczone przez niego usługi realizowane były w odpowiedzi na zaistniałą potrzebę Zamawiającego wywołaną konkretnym zdarzeniem, co dodatkowo potwierdzają złożone przez DROMAR dowody w postaci zdjęć i wyciągów z Dziennika Zdarzeń Drogowego. Ponadto, jak wyjaśnił w toku rozprawy Przystępujący, świadczenie usługi patrolowania dróg dotychczas pozostawało w gestii Zamawiającego, a usługi usuwania martwych zwierząt zlecane były w ramach oddzielnego postępowania.

Gdyby nawet przyjąć jak wywodził Przystępujący, iż likwidacja skutków nagłych zdarzeń wpisuje się w bieżące utrzymanie dróg z uwagi na to, że zakres rodzajowy czynności, które wykonawca wykonuje w ramach likwidacji skutków nagłych zdarzeń pokrywa się z czynnościami wykonywanymi w ramach bieżącego utrzymania dróg, to skonstatować należy, iż likwidacja skutków nagłych incydentów będzie stanowiła jedynie wycinek, fragment usługi bieżącego utrzymania dróg. Powyższe potwierdza stanowisko Przystępującego, który wskazał, że usługa zawarta w pozycji 1. Wykazu usług obecnie jest świadczona przez Przystępującego za kwotę około 10 000 zł miesięcznie netto, podczas gdy przedmiot niniejszego zamówienia obejmujący m.in. patrolowanie dróg wraz z pracami zabezpieczającymi, usuwanie skutków nagłych zdarzeń oraz zbieranie i utylizację martwej zwierzyny Przystępujący wycenił na kwotę ok. 70 tysięcy złotych za miesiąc.

Mając na uwadze powyższe rozważania Izba podzieliła stanowisko Odwołującego, iż usługi wskazane w poz. 1 i 2 wykazu usług Przystępującego dotyczące likwidacji skutków nagłych zdarzeń nie stanowiły bieżącego utrzymania dróg, zatem nie potwierdzały doświadczenia Wykonawcy wymaganego w celu wykazania warunku, o którym mowa w punkcie 8.2.4. lit. a specyfikacji.

Przechodząc z kolei do usługi zawartej w pozycji 3 wykazu usług DROMAR polegającej na „Oczyszczaniu jezdni na terenie miasta Gliwice" Izba wskazuje, że rację miał Odwołujący, iż dla spełnienia omawianego warunku udziału w postępowaniu konieczne było legitymowanie się doświadczeniem w bieżącym utrzymaniu dróg obejmującym utrzymywanie co najmniej nawierzchni, obiektów mostowych, odwodnienia, barier drogowych, zieleni oraz czystości. Z treści wykazu usług złożonego przez Przystępującego nie sposób wyczytać, aby przedmiotowa usługa obejmowała ww. elementy. Co więcej, nazwa zadania referencyjnego „oczyszczanie jezdni" budzi wątpliwości w kontekście postawionego w SWZ wymogu dotyczącego „bieżącego utrzymania dróg". Jak podnosił Zamawiający pojęcie drogi jest szersze niż pojęcie jezdni, a zatem jeżeli przedmiot zamówienia obejmował tylko jezdnię, to zachodzi wątpliwość, czy spełniony został wymóg bieżącego utrzymania dróg. Izba w okolicznościach sprawy wzięła również pod uwagę zgłoszone przez Zamawiającego wątpliwości powstałe na tle przedstawionej przez Przystępującego jako dowód referencji z dnia 17 sierpnia 2022 r. dotyczącej omawianej usługi, w której jako nazwę zadania podano „Oczyszczanie pasów drogowych na terenie miasta Gliwice", jak również rozszerzono jej zakres przedmiotowy względem referencji z dnia 24 stycznia 2020 r.

W świetle powyższych okoliczności, jak również uwzględniając, że referencja z dnia 17 sierpnia 2022 r. stanowi dokument spoza postępowania o udzielenie zamówienia, niebędący zatem przedmiotem badania Zamawiającego, w ocenie Izby, uzasadnionym było nakazanie Zamawiającemu wezwania Przystępującego do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych wymaganych na potwierdzenie spełnienia warunku, o którym mowa w art. 8.2.4. lit. a specyfikacji, które winny zostać rzetelnie i kompleksowo zweryfikowane przez Zamawiającego. W tym miejscu przypomnieć należy, iż w ramach badania sytuacji podmiotowej wykonawcy zamawiający uprawniony jest żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących podmiotowych środków dowodowych, jak również w obliczu wątpliwości zwrócić się bezpośrednio do podmiotu, który jest w posiadaniu informacji lub dokumentów istotnych dla oceny spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, o przedstawienie takich informacji lub dokumentów (arg. z art. 128 ust. 4 i 5 ustawy Pzp).

Przechodząc następnie do kwestii niewykazania przez DROMAR spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie potencjału kadrowego opisanego w punkcie 8.2.4 lit. b SWZ wskazać należy, iż zarzut potwierdził się już tylko z tej przyczyny, że w wykazie osób złożonym przez Przystępującego brak jest informacji niezbędnych do oceny spełnienia postawionego przez Zamawiającego warunku. W szczególności brak jest informacji, czy osoba wskazana do pełnienia funkcji Kierownika/Koordynatora ds. Utrzymania dróg posiada doświadczenie zawodowe oczekiwane przez Zamawiającego, tj.: minimum 24 miesiące przy realizacji 1 lub 2 zadań polegających na bieżącym utrzymaniu dróg obejmujących co najmniej 100 km dróg klasy min. G na stanowisku/stanowiskach ds. koordynacji/nadzorowania/ kierowania pracami związanymi z utrzymaniem dróg. Analogiczna sytuacja dotyczy Zastępcy Kierownika/Koordynatora ds. Utrzymania dróg, który zgodnie z wymogami Zamawiającego winien legitymować się minimum 12 miesięcznym doświadczeniem przy realizacji 1 lub 2 zadań polegających na bieżącym utrzymaniu dróg obejmujących co najmniej 50 km dróg klasy min. G na stanowisku/stanowiskach ds. koordynacji/nadzorowania/kierowania pracami związanymi z utrzymaniem dróg. Konfrontując zakres wymogów Zamawiającego zawartych w specyfikacji z treścią informacji podanych przez DROMAR w wykazie osób nie sposób zweryfikować, czy osoby dedykowane do realizacji zamówienia spełniają warunek udziału w postępowaniu.

Izba nie podzieliła stanowiska Przystępującego jakoby Wykonawca prawidłowo wypełnił, zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego, formularz pn. „Osoby skierowane do realizacji zamówienia". Przede wszystkim podkreślić należy, że rzeczony formularz - jak wynika z jego treści - stanowił tzw. wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia oraz składany był w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Tym samym ww. dokument stanowiący oświadczenie wiedzy DROMAR w zakresie doświadczenia potencjału kadrowego musi być czytany łącznie z treścią warunku opisanego w punkcie 8.2.4. lit. b specyfikacji, ponieważ jego celem było umożliwienie Zamawiającemu sprawdzenia, czy osoby skierowane do realizacji niniejszego zamówienia dają gwarancję jego należytego wykonania z uwagi na posiadane doświadczenie zawodowe.

Ponadto kolumnę nr 4 „Funkcja" należy czytać w kontekście funkcji opisanych przez Zamawiającego w punkcie 8.2.4. lit. b SWZ (osoba proponowana do pełnienia funkcji: Kierownika/Koordynatora ds. Utrzymania dróg oraz osoba proponowana do pełnienia funkcji: Zastępcy Kierownika/Koordynatora ds. Utrzymania dróg).

Co więcej, w okolicznościach rozpoznawanej sprawy treść warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia zawodowego personelu wykonawcy była ściśle powiązana z pozacenowym kryterium oceny ofert, w ramach którego Zamawiający punktował doświadczenie personelu wykonawcy ponad wymaganie postawione w warunku. Innymi słowy, oświadczenie składane przez wykonawców w ramach tzw. wykazu osób, celem wykazania doświadczenia personelu wykonawcy, miało bezpośrednie przełożenie na

ocenę oferty w świetle ustanowionego kryterium pozacenowego. Przyjęcie zatem sposobu wypełnienia formularza „Osoby skierowane do realizacji zamówienia" w kształcie w jakim uczynił to Przystępujący nie tylko pozbawiało Zamawiającego możliwości weryfikacji sytuacji podmiotowej DROMAR, ale i uniemożliwiało dokonanie prawidłowej oceny oferty Wykonawcy w kryterium pozacenowym.

W zakresie podniesionej przez Odwołującego, z ostrożności procesowej, argumentacji zawartej na str. 8 i 9 odwołania (pkt 5 i n.) Izba wskazuje, że Formularz 2.2. - Kryteria pozacenowe - Kwalifikacji zawodowe personelu nie mógł służyć Zamawiającemu do zbadania zdolności podmiotowych wykonawcy w zakresie określonym punktem 8.2.4. lit. b SWZ. Z treści ww. formularza jednoznacznie wynika jego cel, tj. wykazanie doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, o których mowa w kryterium oceny ofert opisanym w pkt 21.1.2. SWZ. Ponadto w toku rozprawy przed Izbą Przystępujący oświadczył, że w ww. formularzu przedstawił wyłącznie dane mające na celu ocenę oferty DROMAR w kryterium pozacenowym, prostując tym samym oświadczenie zawarte na s. 11 pisma procesowego z dnia 17 sierpnia 2022 r. ostatnie zdanie.

Konkludując powyższe Izba uznała, że Przystępujący nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej opisanego w punkcie 8.2.4. lit. a oraz b specyfikacji. Z uwagi na to, iż wobec wykonawcy DROMAR dotychczas nie zastosowano instytucji przewidzianej art. 128 ust. 1 ustawy Pzp Izba nakazała Zamawiającemu jej zastosowanie i wezwanie Przystępującego do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych wymaganych na potwierdzenie spełnienia omawianego warunku udziału w postępowaniu.

Potwierdził się zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 - 3 ustawy Pzp w zakresie nieprawidłowej oceny oferty DORMAR w kryterium pozacenowym dotyczącym doświadczenia osób wskazanych do realizacji zamówienia na stanowiska:

Kierownika/Koordynatora ds. utrzymania dróg oraz Zastępcy Kierownika/Koordynatora ds. utrzymania dróg.

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

W zakresie postawionego zarzutu Izba wskazuje, iż nie można zgodzić się ze stanowiskiem Przystępującego jakoby Zamawiający w ramach kryterium pozacenowego dotyczącego doświadczenia personelu skierowanego do realizacji zamówienia w ogóle nie posłużył się pojęciem bieżącego utrzymania dróg zdefiniowanym w punkcie 8.2.4. lit. a specyfikacji i nie odniósł tego pojęcia ani użytej definicji do kryteriów oceny ofert. Po pierwsze, jak już wskazano powyżej pojęcie „bieżącego utrzymania dróg" zdefiniowane w punkcie 8.2.4. lit. a specyfikacji należy rozumieć w sposób tożsamy na gruncie niniejszej specyfikacji, w szczególności w kontekście warunków udziału w postępowaniu i stricte z nimi związanych kryteriów pozacenowych. Skoro w ramach kryterium dotyczącego doświadczenia personelu Zamawiający zamierzał dodatkowo punktować doświadczenie zawodowe kierownika oraz jego zastępcy, ponad wymaganie postawione w warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w punkcie 8.2.4. lit. b specyfikacji, to oczywistym jest, że doświadczenie personelu wykazywane w ramach kryterium musiało być doświadczeniem tożsamym z doświadczeniem wymaganym na potwierdzenie spełnienia warunku. Po drugie, powyższe koresponduje z treścią formularza 2.2. Kryteria pozacenowe, w którym wykonawca składał oświadczenie w ramach każdego podkryterium dotyczące „Kierowania/nadzorowania prac związanych z bieżącym utrzymaniem dróg". Po trzecie, sam Przystępujący w powyższy sposób odczytał sformułowane postanowienia specyfikacji wpisując w przypadku obu podkryteriów w pozycji pn. „Zakres zadania" oświadczenie o treści „bieżące utrzymanie dróg". Po czwarte, aktualna pozostaje przedstawiona wcześniej argumentacja dotycząca rozumienia wymagań Zamawiającego w zakresie „bieżącego utrzymania dróg" przedstawiona w stosunku do warunków udziału w postępowaniu.

Podsumowując powyższy wywód - zdaniem składu orzekającego - na gruncie niniejszej specyfikacji nie ma wątpliwości, iż doświadczenie zawodowe personelu wykonawcy, tj. kierownika oraz jego zastępcy oceniane w ramach kryterium pozacenowego miało dotyczyć kierowania/nadzorowania prac związanych z bieżącym utrzymaniem dróg, a przedstawioną przez DROMAR argumentację zawartą na s. 14 pisma procesowego z dnia 17 sierpnia 2022 r. należało uznać za podniesioną wyłącznie na potrzeby niniejszego sporu.

Przechodząc do oceny oferty Przystępującego w kryterium „Kwalifikacje zawodowe personelu" w zakresie osoby dedykowanej na stanowisko Kierownika/Koordynatora ds. Utrzymania dróg Izba wskazuje, że została ona dokonana w sposób nieprawidłowy, skutkujący nieuzasadnionym przyznaniem ofercie DROMAR 30 pkt. Mając na uwadze przedstawioną powyżej (w ramach zarzutu dotyczącego niewykazania spełniania warunku

udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia wykonawcy) argumentację dotyczącą nieuzasadnionego zakwalifikowania usług polegających na „likwidacji skutków nagłych zdarzeń" jako „bieżącego utrzymania dróg" wskazać należy, że w podkryterium K1 oferta Przystępującego winna otrzymać 0 punktów za zadeklarowane trzy zadania dotyczące „Likwidacji skutków nagłych zdarzeń na drogach krajowych administrowanych przez GDDKiA O/Opole Rejon w Kędzierzynie - Koźlu".

Powyższe znajduje analogiczne zastosowanie w odniesieniu do zadania nr 2 dotyczącego „Likwidacji skutków nagłych zdarzeń na odcinkach dróg krajowych administrowanych przez GDDKiA Oddział w Opolu Rejon Nysa" zadeklarowanego dla osoby przewidzianej na stanowisko Zastępcy Kierownika/Koordynatora ds. Utrzymania dróg, za które oferta Przystępującego powinna otrzymać 0 punktów. Z kolei w przedmiocie zadania nr 1 dotyczącego „Oczyszczania pasów drogowych na terenie miasta Gliwice w latach 2015 - 2017" za niewykazane w świetle reguły określonej art. 534 ust. 1 ustawy Pzp Izba uznała stanowisko Odwołującego jakoby ww. usługa nie obejmowała utrzymywania obiektów mostowych, odwodnienia, barier drogowych i zieleni. Wskazać należy, iż złożony przez Odwołującego materiał dowodowy dotyczył zamówienia publicznego przeprowadzonego przez miasto Gliwice w 2019 r., podczas gdy usługa zawarta w formularzu 2.2. dotyczyła okresu wcześniejszego, tj. realizowanego w latach 2015 - 2017. Wobec powyższego Izba nie znalazła podstaw do podważenia oświadczenia DROMAR w powyższym zakresie.

Reasumując powyższe, uznając zasadność podniesionego zarzutu Izba nakazała Zamawiającemu przyznanie ofercie wykonawcy DROMAR w kryterium „Kwalifikacje zawodowe Kierownika/Koordynatora ds. Utrzymania Dróg" (K1) - 0 punktów oraz dokonanie ponownej weryfikacji oferty wykonawcy w kryterium „Kwalifikacje zawodowe Z-cy Kierownika/Koordynatora ds. Utrzymania Dróg" (K2), pozostającej w ścisłym związku z czynnością Przystępującego w zakresie sposobu wykazania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w punkcie 8.2.4. lit. b specyfikacji. Izba wskazuje, iż na obecnym etapie postępowania, wobec nakazania Zamawiającemu wezwania DROMAR w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych wymaganych na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w punkcie 8.2.4 lit. b SWZ, nie sposób wykluczyć, że Przystępujący skorzysta z uprawnienia do zmiany osoby wskazanej na stanowisko Zastępcy Kierownika/Koordynatora ds. Utrzymania dróg, co w świetle punktu 21.1.2. tiret czwarte SWZ przełoży się na ostateczną ocenę oferty Wykonawcy w rzeczonym podkryterium (K2).

Za zasadny Izba uznała zarzut naruszenia art. 224 ust. 2 w zw. z art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania DROMAR do wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny, mimo iż cena oferty DROMAR jest niższa o ponad 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert.

Okolicznością bezsporną w rozpoznawanej sprawie było to, iż cena zaoferowana przez DROMAR odbiegała o ponad 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10 ustawy Pzp. Poza sporem było również, że Zamawiający nie przeprowadził względem DROMAR procedury wyjaśnień ceny rażąco niskiej stosownie do art. 224 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, w przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia.

Izba wskazuje, iż powyższy przepis nakłada na zamawiającego obowiązek zwrócenia się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych w określonych w tym przepisie przypadkach, regulując tym samym zasadę skierowania do wykonawcy wezwania. Jedynie wyjątkowo dopuszczona została możliwość odstąpienia od wezwania wykonawcy do wyjaśnień ceny rażąco niskiej, w sytuacji gdy rozbieżność między ceną oferty badanej a średnią arytmetyczną cen złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10 ustawy Pzp, wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia. Tym samym możliwość odstąpienia od procedury wyjaśniającej cenę oferty ma charakter wyjątkowy i nie może podlegać wykładni rozszerzającej. Jednocześnie obowiązek wykazania wystąpienia oczywistych okoliczności pozwalających odstąpić od wezwania wykonawcy do wyjaśnień spoczywa na stronie, która na zaistnienie tych okoliczności się powołuje, tj. z reguły na zamawiającym, na którym ciąży obowiązek przeprowadzenia procedury wyjaśniającej.

Przenosząc powyższe rozważania prawne na grunt niniejszej sprawy wskazać

należy, iż Izba miała na uwadze, że Zamawiający w toku postępowania odwoławczego zrewidował swoje stanowisko wyrażone w piśmie pt. „Badanie wstępne - pod kątem ceny rażąco niskiej" wskazujące, że rozbieżność między ceną oferty Przystępującego a średnią arytmetyczną cen złożonych ofert wynosząca niespełna 35% wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia. Zamawiający w piśmie z dnia 11 sierpnia 2022 r. wprost wskazał, iż unieważni czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzy czynność badania i oceny ofert, w tym wezwie Przystępującego do udzielenia wyjaśnień dotyczących ceny złożonej przez niego oferty. Ponadto w okolicznościach przedmiotowej sprawy Izba nie znalazła podstaw do uznania, że cena oferty wykonawcy Eko-Probud Sp. z o.o. jest ceną oderwaną od realiów rynkowych, „sztucznie" zawyżoną, czy też iż nie jest ceną za jaką wykonawca ten normalnie świadczy usługi objęte przedmiotem zamówienia na rynku, co miałoby uzasadniać jej pominięcie przy obliczaniu średniej arytmetycznej cen złożonych ofert.

Wobec powyższego Izba uznała, iż zarzut naruszenia art. 224 ust. 2 pkt 1 w zw. z art. 16 pkt 1 - 3 ustawy Pzp w odniesieniu do ceny zaoferowanej przez Przystępującego potwierdził się, wobec czego nakazano Zamawiającemu wszczęcie procedury wyjaśniającej poziom ceny.

Zarzut naruszenia art. 224 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 - 3 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania DROMAR do wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny, mimo iż cena oferty DROMAR budzi w tym zakresie wątpliwości i jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz budzi wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia Izba uznała za bezprzedmiotowy z uwagi na to, iż potwierdził się zarzut dalej idący, nakładający na Zamawiającego obowiązek przeprowadzenia procedury wyjaśnień ceny oferty, w sytuacji zaistnienia przesłanki określonej art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Tym samym złożone przez Przystępującego przy piśmie z dnia 17 sierpnia 2022 r. wnioski dowodowe (załącznik nr 4, 5 i 6, jak również dwie kopie dowodów rejestracyjnych złożonych w toku rozprawy) na okoliczność błędnych założeń Odwołującego dotyczących kalkulacji usługi nie były przedmiotem oceny Izby.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b) oraz § 7 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji

Przewodniczący: .....

Członkowie: