

Sygn. akt: KIO 295/18

WYROK

z dnia 6 marca 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Danuta Dziubińska

Protokolant: Zuzanna Idźkowska

w sprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 lutego 2018 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **SoMag Sp. z o.o. ul. Leszczynowa 26 Jeziórko, 05-540 Zalesie Górne, Pol-Dróg Warszawa Sp. z o.o. ul. Wólczyńska 133, 01-919 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Zielonej Górze ul. Bohaterów Westerplatte 31, 65-950 Zielona Góra**

przy udziale wykonawcy: **E. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą: E. K. Zakład Transportowy i Ogólnobudowlany ul. Przemysłowa 62 68-300 Lubsko** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów zaniechania przez Zamawiającego: wykluczenia wykonawcy Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A. na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12, pkt 16 i pkt 17 ustawy Pzp, ewentualnie odrzucenia oferty tego wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp;
2. oddala odwołanie w pozostałym zakresie;

3. kosztami postępowania obciąża odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **SoMag Sp. z o.o., Pol-Dróg Warszawa Sp. z o.o.** i:
- 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
- 3.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **SoMag Sp. z o.o., Pol-Dróg Warszawa Sp. z o.o.** na rzecz **zamawiającego: Skarb Państwa - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Zielonej Górze** kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Zielonej Górze.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Zielonej Górze (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia pn. *„Catoroczne kompleksowe utrzymanie drogi ekspresowej S-3 na odcinku od węzła Świebodzin Północ (z węzłem) km 150+600 do węzła Zielona Góra Północ (bez węzła) km 190+369 administrowanej przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Zielonej Górze wraz ze wszystkimi elementami”*, znak: O.ZG.D-3.2413.11.2017. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej numer 2017/S 180-368749 w dniu 20 września 2017. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”) została zamieszczona na stronie internetowej Zamawiającego.

W dniu 9 lutego 2018 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez Zakład Transportowy i Ogólnobudowlany E. K. (dalej: „ZTiO E. K.”).

W dniu 19 lutego 2018 r. Odwołujący, którym są wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie: SoMag Sp. z o. o. i Pol-Dróg Warszawa Sp. z o. o., wniósł odwołanie wobec czynności wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty ZTiO E. K. oraz zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy ZTiO E. K. oraz wykonawcy Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A. (dalej: „Zaberd S.A.”), ewentualnie zaniechania odrzucenia oferty złożonych przez tych wykonawców. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

- 1) naruszenie art. 24 ust 1 pkt 12, art. 24 ust 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp, ewentualnie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy ZTiO E. K., w sytuacji gdy wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, podał w treści oferty nieprawdziwe informacje mające wpływ zarówno na ocenę spełnienia warunków udziału w postępowaniu jak i ocenę w ramach przyjętych kryteriów oceny ofert (ewentualnie uwzględniając charakter informacji zawartych w Formularzu 2.2. jako treści oferty zaniechanie odrzucenia oferty w trybie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp);
- 2) naruszenie art. 26 ust 3 ustawy Pzp poprzez wezwanie wykonawcy ZTiO E. K. do uzupełnienia wykazu usług pomimo, że złożony w trybie art. 26 ust 1 zawierał nieprawdziwe informacje — co Zamawiający samodzielnie ustalił;
- 3) naruszenie art. 24 ust 1 pkt 12, art. 24 ust 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp, ewentualnie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Zaberd SA, w sytuacji gdy wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu,

podał w treści oferty nieprawdziwe informacje mające wpływ zarówno na ocenę spełnienia warunków udziału w postępowaniu jak i ocenę w ramach przyjętych kryteriów oceny ofert (ewentualnie uwzględniając charakter informacji zawartych w Formularzu 2.2. jako treści oferty zaniechanie odrzucenia oferty w trybie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp);

- 4) naruszenie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy podlegającego wykluczeniu.

Wskazując na powyższe, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej jako obciążonej wadą mającą wpływ na wynik postępowania;
- 2) wykluczenia wykonawcy ZTiO E. K. z postępowania z powodów opisanych w odwołaniu (względnie odrzucenia złożonej przez tego wykonawcę oferty);
- 3) wykluczenia wykonawcy Zaberd SA z postępowania z powodów opisanych w odwołaniu (względnie odrzucenia złożonej przez tego wykonawcę oferty);
- 4) powtórzenia czynności oceny ofert w Postępowaniu z uwzględnieniem przyjętych w SIWZ kryteriów oceny ofert oraz sposobu ich oceny, a w jej wyniku wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Wykazując swój interes prawny Odwołujący wskazał, iż jego oferta znajduje się na pozycji nr 3. W sytuacji zatem wykluczenia z postępowania i uznania oferty wykonawcy ZTiO E. K. i wykonawcy Zaberd S.A., jego oferta będzie uznana za najkorzystniejszą, co potwierdza przedstawiona w odwołaniu symulacja punktacji ofert. Odwołującego, ma on zatem interes prawny w uzyskaniu zamówienia w tym postępowaniu, gdyby bowiem nie czynności

i zaniechania Zamawiającego, które zostały zaskarżone w odwołaniu, to Odwołujący uzyskałby zamówienie, tym samym może ponieść szkodę w postaci utraconych zysków z realizacji umowy zawartej z Zamawiającym.

W uzasadnieniu odwołania, Odwołujący wskazał, iż przedmiot zamówienia obejmuje całoroczne kompleksowe utrzymanie drogi ekspresowej S-3 na odcinku od węzła Świebodzin Północ (z węzłem) km 150+600 do węzła Zielona Góra Północ (bez węzła) km 190+369 administrowanej przez Generalną Dyрекcyję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Zielonej Górze wraz ze wszystkimi elementami. W zakres robót i usług, przewidywanych do wykonania w ramach bieżącego (letniego i zimowego) utrzymania dróg krajowych wchodzi następujące asortymenty robót: bieżące utrzymanie dróg, bieżące utrzymanie obiektów inżynierskich, zimowe utrzymanie dróg. Bieżące utrzymanie to wykonywanie usług utrzymania określonych standardów w szczególności nawierzchni drogi, obiektów mostowych, odwodnienia, barier drogowych, zieleni przydrożnej, czystości. Zimowe

utrzymanie dróg to usługi w szczególności w zakresie odśnieżania, zapobiegania powstawania śliskości, likwidowanie śliskości na drodze.

Odwołujący zauważył, iż Zamawiający w odniesieniu do warunku w zakresie oświadczenia określił, iż uzna, że Wykonawca jest zdolny do należytego wykonania udzielanego zamówienia, gdy wykaże się doświadczeniem, w należywym wykonaniu w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie, 2 usług polegających na letnim utrzymaniu dróg klasy co najmniej GP o wartości łącznej tych usług co najmniej 3.000.000,00 zł brutto, oraz 2 usług polegających na zimowym utrzymaniu dróg klasy co najmniej GP i o wartości łącznej tych usług co najmniej 3.000.000,00 zł brutto, lub 1 usługi polegającej na zimowym i letnim utrzymaniu dróg klasy, co najmniej GP i o wartości tych usług co najmniej 3.000.000,00 zł brutto. Zamawiający doprecyzował w SIWZ, że: jako 1 usługę rozumie wykonanie zadania w okresie jednego sezonu zimowego/letniego w przypadku w pierwszym z ww. wariantów, oraz jednego zadania w okresie roku w drugim wariantcie. Zamawiający wskazał również w SIWZ, iż przez letnie utrzymanie drogi rozumie się wykonywanie usług utrzymania drogi w zakresie, co najmniej utrzymania obiektów mostowych, nawierzchni dróg oraz odwodnienia, a także barier drogowych, zieleni oraz czystości w okresie jednego sezonu letniego, zaś przez zimowe utrzymanie drogi rozumie się wykonywanie usług w zakresie odśnieżania, zapobiegania powstawania śliskości, likwidowanie śliskości na drodze w okresie jednego sezonu zimowego. Zamawiający zdefiniował również okresy trwania poszczególnych sezonów, przyjmując, iż sezon zimowy określa się okres, co najmniej 5 miesięcy w roku, obejmujący okres z przedziału od października do kwietnia, natomiast sezon letni określa się, jako okres, co najmniej 5 miesięcy w roku, obejmujący okres z przedziału od kwietnia do października. W zakresie dotyczącym usług utrzymania, Zamawiający wskazał, że usługi mogą być wykonywane w ramach jednego zamówienia długoterminowego rozliczanego etapami. Wówczas każdy z etapów należy rozumieć jako 1 usługę, o ile wartość i przedmiot odpowiada opisanemu warunkowi. W zakresie dotyczącym uznania usług za wykonane Zamawiający wskazał, że za wykonanie usług należy rozumieć doprowadzenie, co najmniej do wystawienia protokołu odbioru.

Odwołujący podał również, iż w zakresie warunku dotyczącego personelu kluczowego, Zamawiający odniósł się do kwalifikacji oraz doświadczenia 4 osób, w tym osoby proponowanej do pełnienia funkcji Kierownika Utrzymania oraz Kierującej pracami związanymi z utrzymaniem obiektów inżynierskich. W zakresie dotyczącym wymaganego minimalnego doświadczenia Kierownika Utrzymania, Zamawiający wskazał na wymóg posiadania:

- 1) co najmniej 12 miesięcznego doświadczenia (miesiące czynne zawodowo) jako osoba koordynująca prace związane z zimowym utrzymaniem dróg klasy co najmniej GP;
- 2) co najmniej 12 miesięcznego doświadczenia (miesiące czynne zawodowo) jako osoba koordynująca prace związane z letnim utrzymaniem dróg klasy co najmniej GP;
- 3) uprawnień (wymaganych ustawą z dnia 7 lipca 1994 roku Prawo budowlane lub odpowiadające im inne ważne uprawnienia budowlane wydane na mocy wcześniej obowiązujących przepisów) do pełnienia samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie w specjalności drogowej lub mostowej, obejmujących kierowanie robotami budowlanymi.

Odwołujący zauważył, iż Zamawiający wskazuje w SIWZ, że dopuszcza się możliwość wskazania przez Wykonawcę dwóch osób do pełnienia funkcji Kierownika Utrzymania,

z których: jedna musi posiadać co najmniej doświadczenie opisane w pkt 1) i 3), a druga w pkt 2) i 3). Okresy zimowe oraz letnie przy personelu kluczowym zostały zdefiniowane w SIWZ w sposób analogiczny jak w przypadku doświadczenia samego wykonawcy. Zamawiający jednocześnie nie dopuścił łączenia funkcji osób, za wyjątkiem możliwości pełnienia funkcji Kierownika Utrzymania i Osoby kierującej pracami związanymi z utrzymaniem obiektów inżynierskich przez tą samą osobę. Istotną kwestią w kontekście przyjętych

w postępowaniu kryteriów oceny ofert była konieczność podania już w dokumencie składanym wraz z ofertą - w przypadku Kierownika Utrzymania i Osoby kierującej pracami związanymi z utrzymaniem obiektów inżynierskich, okresów i zadań, przy których wykonywaniu doświadczenie zostało nabyte. Zamawiający zdefiniował również, na potrzeby postępowania, elementy składające się na treść oferty, wskazując w pkt: 14.5 SIWZ, iż Ofertę stanowi wypełniony Formularz „Oferta” oraz wypełnione dokumenty: 1) Kosztorysy ofertowe 2.1.a, 2. 1 .b (Tom I, Rozdział 2 IDW); Formularz 2.2. „Informacje dot. doświadczenia Kierownika Utrzymania oraz Osoby kierującej pracami związanymi z utrzymaniem obiektów inżynierskich” (Tom I, Rozdział 2 IDW), przy czym ostatni dokument stanowi treść oferty, z uwagi na zastosowane w postępowaniu kryterium oceny ofert, odnoszące się do doświadczenia personelu kluczowego — które nie mogło ulegać zmianom po terminie składania ofert.

Odwołujący podał również, iż SIWZ przewidywała jako kryteria oceny ofert: Cena - z wagą 60%/ 60 pkt, Jakość - 20 %/ 20 pkt i Doświadczenie - 20 %/20 pkt oraz zawierała szczegółowy opis dotyczący sposobu dokonywania oceny ofert w zakresie kryterium „Doświadczenie”, wskazując, że oferta zostanie oceniona w ramach tego kryterium z uwzględnieniem podkryteriów, tj.: doświadczenie Kierownika Utrzymania (KU) — 10 pkt.,

doświadczenie Osoby kierującej pracami związanymi z utrzymaniem obiektów inżynierskich (M) — 10 pkt. Zamawiający wskazał też na wartości punktowe, jakie uzyskają wykonawcy w ramach tego kryteriów z rozbiem na poszczególne osoby: 0 pkt za zadeklarowanie doświadczenia Kierownika Utrzymania oraz Osoby kierującej pracami związanymi z utrzymaniem obiektów inżynierskich wymaganego przez zamawiającego i określonego w warunku udziału w postępowaniu lub doświadczenia dłuższego, lecz mniej niż o 6 miesięcy; 10 pkt. za zadeklarowanie większego, o minimum 6 miesięcy doświadczenia Kierownika Utrzymania, niż wymagane przez zamawiającego i określone w warunku udziału w postępowaniu, przy czym w przypadku wskazania dwóch osób obie wskazane osoby muszą posiadać większe o minimum 6 miesięcy doświadczenie, niż wymagane aby otrzymać 10 pkt; 10 pkt za zadeklarowanie większego, o minimum 6 miesięcy, doświadczenia Osoby kierującej pracami związanymi z utrzymaniem obiektów inżynierskich niż wymagane przez zamawiającego i określone w warunku udziału w postępowaniu. Weryfikacja zadeklarowanych wartości dotyczących wskazanego personelu kluczowego miała być dokonywana na podstawie oświadczenia Wykonawcy zawartego w Formularzu 2.2. „*Informacje dot. doświadczenia Kierownika Utrzymania oraz Osoby kierującej pracami związanymi z utrzymaniem obiektów inżynierskich*”. Zamawiający określił także w SIWZ sankcje związane z niekompletnym wypełnieniem Wykazu, określając, iż w sytuacji nie złożenia wykazu, wskazania obu/trzech osób z doświadczeniem mniejszym niż punktowane, nie wskazania imion i nazwisk obu/trzech osób, oferta wykonawcy w ramach kryterium oceny ofert „Doświadczenie” otrzyma 0 pkt. Zamawiający wskazał jednocześnie, że w sytuacji wskazania zadania bez określenia parametrów niezbędnych do oceny, czy zadanie to kwalifikuje się by uzyskać punkty, zadanie to nie będzie brane pod uwagę i nie będzie punktowane. SIWZ zawierała wzór Formularza 2.2., według którego wykonawca winien m.in. podać informacje dotyczące osoby pełniącej funkcję Kierownika Utrzymania, wskazanie przy realizacji jakich zadań i w jakim okresie osoba ta zdobyła doświadczenie jako osoba koordynująca prace związane z zimowym/letnim utrzymaniem dróg klasy co najmniej GP. Analogiczny zakres i poziom szczegółowości informacji był wymagany w zakresie pozostałych osób, podlegających ocenie, w ramach kryterium oceny ofert.

Odwołujący wskazał, iż w postępowaniu zostało złożonych ogółem 10 ofert. Jak wynika z danych udostępnionych przez Zamawiającego w trakcie publicznego otwarcia ofert w dniu 10-11-2017 r. Wykonawca ZTiO E. K. zaoferował wykonanie zamówienia za łączną cenę 18 277 386,57 zł. Oferta ta była ofertą najniższą spośród złożonych w postępowaniu. Ceny pozostałych wynosiły od 22 442 997,07 zł do 42 614 448,32 zł, natomiast Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę 26 861 561,17 zł brutto. W postępowaniu w zakresie kryterium oceny „Jakość” każdy z wykonawców zaoferował

jednolite warunki realizacji zamówienia, co powoduje, że kryterium to pozostaje bez wpływu na wynik postępowania.

W ocenie Odwołującego dokonany przez Zamawiającego wybór jest wynikiem zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy ZTiO E. K., z uwagi na niespełnienie przez tego Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia. Wskazuje na to, w ocenie Odwołującego, wykaz złożony w dniu 29.12.2017 r. Wykonawca ten, wraz z ofertą, złożył w powyższym zakresie jedynie wypełniony formularz JEDZ, z którego wynika niepowoływanie się przez Wykonawcę na potencjał podmiotu trzeciego w trybie art. 22a ustawy Pzp i ogólne potwierdzenie spełniania wszystkich warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący zauważył, iż uwzględniając mającą zastosowanie w postępowaniu procedurę określoną w art. 24aa ustawy Pzp, Zamawiający uznając ofertę ZTiO E. K. za najwyższej ocenioną i niepodlegającą odrzuceniu, pismem z dnia 19.12.2017r. wezwał tego wykonawcę w trybie art. 26 ust.1 ustawy Pzp do złożenia wymaganego wykazu usług wraz z poświadczeniami należytego wykonania. Wykonawca pismem z dnia 29.12.2017r. złożył m.in. wykaz usług, zawierający jedną usługę, letniego i zimowego utrzymania dróg klasy GP, o wartości 6 821 749,77 zł wykonaną w okresie od 01.01.2015 do 31.12.2015 r. na rzecz obecnego Zamawiającego oraz poświadczenie należytego wykonania zamówienia. Z dokumentu wystawionego 21.01.2016 r. przez jednostkę organizacyjną Zamawiającego GDDKiA Zielona Góra - Rejon Żary wynika, że zamówienie, na które powołał się wykonawca, obejmowało następujący zakres: *W okresie : 01.01.2015r. — 31.12.2015r. w /w Zakład wykonał prace związane z : zimowym utrzymaniem dróg krajowych klasy GP, bieżącym utrzymaniem dróg krajowych klasy GP (utrzymanie nawierzchni dróg, poboczy, odwodnienia, chodników i ścieżek rowerowych, oznakowania, barier drogowych, zieleni, czystości bieżącym utrzymaniem obiektów inżynierskich na drogach krajowych klasy GP na łączną kwotę : 6 821 749,77zł brutto.* Zdaniem Odwołującego, Zamawiający stwierdził, że wykazana w wykazie pozycja jak i referencje złożone wraz z nią, nie odpowiadają stanowi rzeczywistości i już wówczas winien był, zamiast dokonywać czynności wezwania do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust 3 ustawy Pzp, ocenić że wykonawca, w celu uzyskania zamówienia, podał Zamawiającemu informacje nieprawdziwe i wykluczyć tego wykonawcę z postępowania na podstawie przepisów art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Pzp.. W ocenie Odwołującego, nie może być wątpliwości odnośnie okoliczności, w jakich wykonawca składa wykaz wykonanych usług, mający służyć spełnieniu warunku granicznego udziału w postępowania, gdy wykazana usługa została wykonana przez tego wykonawcę, nie może być mowy o okolicznościach niezawinionych przez Wykonawcę. Treść warunku udziału jest jednoznaczna i nie była poddawana w wątpliwość przez Wykonawcę.

Okolicznością jaka nie może ująć uwagi jest sytuacja gdy wykonawca składając taki nieprawdziwy wykaz ma świadomość, że czyni to przed samym Zamawiającym. Dokument referencyjny, jakim się posługuje także nie odpowiada prawdzie. Odwołujący dodał, iż jak potwierdza jednolite w tym zakresie orzecznictwo KIO, nie ma możliwości zastąpienia informacji nieprawdziwej w trybie art. 26 ust 3 Pzp uzupełnieniem o inną prawdziwą. Odwołujący przywołał także art. 297 Kodeksu karnego oraz wskazał, iż Wykonawca ZTiO E. K. po wezwaniu do uzupełnienia dokumentów, pismem z dnia 18.01.2018 r. nie zakwestionował zasadności wezwania, pomimo, iż Zamawiający w treści uzasadnienia wezwania wprost przedstawił informację o posiadanej wiedzy na temat realizacji zamówienia.

W podsumowaniu zarzutu Odwołujący podniósł, iż w jego ocenie, Zamawiający uzyskując informację od Wykonawcy o treści wykazu usług złożonego w dniu 29.12.2017 r. winien wykluczyć wykonawcę z postępowania w trybie art. 24 ust. 1 pkt 16 względnie pkt 17 ustawy Pzp, a w konsekwencji ofertę tego wykonawcy uznać za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp. Zamawiający, jak wprost wynika z uzasadnienia wezwania do uzupełnienia z dnia 12.01.2018r. nie miał wątpliwości, że wykazana usługa miała inne parametry, niż te które wynikały ze złożonego przez Wykonawcę wykazu, na co wskazuje treść wezwania: *Zamawiający posiada wiedzę, iż wskazane zadanie nie stanowiło 1 usługi, o której mowa w pkt 7.2.3 a) 2) - polegającej na zimowym i letnim utrzymaniu dróg klasy co najmniej GP i o wartości tych usług co najmniej zł brutto. Wykonawca świadczył w roku 2015 usługi na podstawie różnych umów, których przedmiotem był jeden rodzaj usług, to jest odpowiednio: zimowe utrzymanie dróg, letnie utrzymanie dróg. Usługi świadczone w ramach tych umów winny być zatem wyszczególnione w odrębnych pozycjach ze wskazaniem okresu wykonywania usług i wartości każdej z usług. Usługi te stanowiąc będą po 1 z 2 wymaganych do wykazania usług o których mowa w pkt 7.2.3 a) 1) (jednej usługi polegających na letnim utrzymaniu dróg klasy co najmniej GP (...)) oraz 1 usługi polegającej na zimowym utrzymaniu dróg klasy co najmniej GP (...).* W tej sytuacji, zdaniem Odwołującego, czynność Zamawiającego polegającą na wezwaniu wykonawcy do uzupełnienia wykazu usług z dnia 12.01.2018 r. w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, uznać należy za niezgodną z ustawą Pzp. Zamawiający wzywając do uzupełnienia oświadczenia własnego działał w świadomości, że złożony pierwotnie dokument był nieprawdziwy i był w stanie samodzielnie to zweryfikować i zrobił to, co wprost potwierdza treść wezwania do uzupełnienia. Skutkiem wezwania do uzupełnienia Zamawiający z naruszeniem wskazanego przepisu dopuścił do zastąpienia informacji nieprawdziwej prawdziwą.

Odwołujący następnie podał, iż Wykonawca ZTiO E. K. po wezwaniu do uzupełnienia dokumentów pismem z dnia 18.01.2018 r. oświadczył, że: *Jak wskazano w treści pisma z*

dnia 12.01.2018 r., Zamawiający posiada wiedzę o umowach łączących Zamawiającego z Wykonawcą Zakład Transportowy i Ogólnobudowlany E. K., ich zakresie, terminach, wartości oraz sposobie wykonania. W załączonym "wykazie Wykonawca wymienił umowy wykonywane wyłącznie na rzecz Zamawiającego, w związku z czym, zgodnie z treścią § 10 ust. 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U. poz. 1126), Zamawiający powinien wykorzystać posiadane dokumenty w celu potwierdzenia okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 i 3 pzp (por. również wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 20 maja 2014 r., sygn. akt KIO 879/14). Jednocześnie wraz z pismem, Wykonawca ten przedstawił wykaz wykonanych usług zawierający 11 usług, wykonanych na rzecz Zamawiającego. Jednakże uwzględniając warunek udziału w postępowaniu, Wykonawca winien w przypadku zamówienia na usługi letniego utrzymania wykazać się wykonaniem usługi, obejmującej utrzymanie obiektów mostowych, natomiast według Odwołującego, wśród wykazanych w uzupełnionym wykazie usług utrzymania letniego, brak jest dwóch prac obejmujących swoim zakresem utrzymanie obiektów mostowych, o wymaganej wartości dla spełnienia warunku. Uwzględniając zatem wymagane do wykazania ww. warunku wartości usług, jedynie usługi nr 6 i 7 z wykazu mogłyby, zdaniem Odwołującego, spełnić warunki udziału łącznie lub jedna z nich łącznie z którąś z usług wymienionych w pozycjach 8 -11, które jednak nie spełniają warunku udziału w postępowaniu z uwagi na ich niską wartość.

Odwołujący podał, iż przed wniesieniem odwołania zwracał się do Zamawiającego o szczegółowe informacje na temat każdej z wykazanych przez wykonawcę usług. Dodatkowo, wobec faktu, że są to zamówienia publiczne, praktycznie wszystkie konieczne do tej weryfikacji informacje, są potwierdzane w publicznie dostępnych źródłach (strona internetowa Zamawiającego, archiwum przetargów oraz w ogłoszeniach o udzieleniu zamówienia). Jak wynika z informacji uzyskanych od Zamawiającego, zweryfikowanych przez Odwołującego, żadna ze wskazanych pozycji wykazu (6,7), niezbędnych wartościowo do spełnienia warunku, nie obejmowała swoim zakresem utrzymania obiektów mostowych. Nadto Wykonawca uzupełniając dokumenty, inaczej jak w przypadku składanych w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, nie złożył wraz z tym wykazem poświadczeń, odwołując się do wiedzy samego Zamawiającego. Tym bardziej, zdaniem Odwołującego, zadziwiająca jest decyzja Zamawiającego o wyborze oferty tego wykonawcy jako oferty najkorzystniejszej. To Zamawiający w piśmie do Odwołującego z dnia 19.12.2017 r. dla pozycji — odpowiednio 1 i 2 w przypadku Formularza 2.2 oferty Wykonawcy oraz nr 6 i 7 wykazu uzupełnionych usług Wykonawcy, wskazuje: a) *Zadanie pod nazwą: „Roboty, dostawy i usługi w zakresie bieżącego utrzymania dróg administrowanych przez GDDKiA*

Oddział w Zielonej Górze w latach 2013 - 2016 - w podziale na 5 części: Część nr 5 Rejon Żary" była realizowana od 1.01.2013r, do 15.12.2015r. w zakresie części nr 5 Rejon Żary, wskazał wprost: d) Zakres wykonanych prac nie obejmował utrzymywanie obiektów mostowych, oraz analogicznie w zakresie kolejnej pozycji: a) Zadanie pod nazwą „Roboty, dostawy i usługi w zakresie bieżącego utrzymania dróg administrowanych przez GDDKiA O/ Zielona Góra Rejon żary" realizowane było w okresie od 22.12.2015r. do 31.12.2016 r., d) Zakres wykonanych prac nie obejmował utrzymywanie obiektów mostowych. W konsekwencji w ocenie Odwołującego także w tej sytuacji, wobec wyczerpania kwestionowanej w odwołaniu możliwości jednorazowego wezwania wykonawcy do uzupełnienia wykazu usług w trybie art. 26 ust 3 ustawy Pzp, Zamawiający miał obowiązek wykluczyć wykonawcę z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp z powodu niespełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Odwołujący wskazał, iż zgodnie ze złożonym wraz z ofertą Formularzem 2.2., zawierającym informacje dotyczące doświadczenia Kierownika Utrzymania oraz Osoby kierującej pracami związanymi z utrzymaniem obiektów inżynierskich, wykonawca zadeklarował zaangażowanie do wykonania zamówienia w zakresie dotyczącym Kierownika Utrzymania Pana J. S., wykazując dla tej osoby 5 usług w zakresie utrzymania letniego i 2 usługi w zakresie utrzymania zimowego. W ocenie Odwołującego wskazaną osobą Wykonawca nie spełnia warunku udziału w postępowaniu. Pan S. nie spełnia warunku udziału granicznego w postępowaniu bowiem w rzeczywistości osoba ta posiada tylko 1 miesiąc doświadczenia w zakresie pełnienia funkcji Kierownika Utrzymania w zakresie sezonu letniego, obejmującego utrzymanie obiektów mostowych, zamiast wymaganego minimum 12 miesięcy i dlatego powinien być wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp. Tym bardziej, zdaniem Odwołującego, Zamawiający przy ocenie ofert w kryterium doświadczenie, nie powinien przyjąć doświadczenia wynoszącego 18 miesięcy. Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 16 oraz 17 ustawy Pzp wykonawca winien być dodatkowo wykluczony z powodu podania nieprawdziwych informacji. Zgodnie bowiem z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp wykluczeniu podlega wykonawca, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. W ocenie Odwołującego, skoro chodzi o dane, które służą jednocześnie potwierdzeniu spełnienia warunku udziału w postępowaniu, jak do oceny ofert, zastosowanie znajdzie zarówno przesłanka wykluczenia określona w art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp jak w art 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Odnosnie art. 24 ust 1 pkt 17 ustawy Pzp sankcjonuje się bowiem już przypadek podania informacji wprowadzających w błąd w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa, co oznacza, że tym bardziej sankcji podlega

wykonawca który podaje takie dane świadomie i celowo. Jak wynika z danych zawartych w wykazie personelu złożonym w dniu 29.12.2017r. Pan S. jest własnym pracownikiem Wykonawcy, stąd, w ocenie Odwołującego, trudno uznać, że wykonawca nie ma wiedzy o zakresie realizowanych przez tą osobę czynności, a dodatkowo wykazane dla tej osoby usługi były wykonane w ramach zamówień realizowanych przez samego Wykonawcę. Trudno zatem uznać że mógłby on takiej wiedzy składając oświadczenie wiedzy nie posiadać.

Uzasadniając zarzuty dotyczące wykonawcy Zaberd S.A. Odwołujący wskazał, iż Wykonawca ten w złożonej ofercie w Formularzu 2.2. dokonał modyfikacji treści Formularza w zakresie wymaganego doświadczenia Kierownika Utrzymania. Zgodnie z treścią warunku udziału w postępowaniu określonego w SIWZ warunek graniczny udziału dotyczył wyłącznie usług realizowanych przez personel kluczowy na wskazanych wprost w SIWZ klasach dróg, tj. co najmniej GP. W zakresie odnoszącym się do pojęcia drogi klasy co najmniej GP, Odwołujący wskazał, iż zgodnie z ustawą z dnia 21 marca 1985 roku o drogach publicznych (Dz.U. z 2017 r. poz. 2222, ze zm.) drogi publiczne ze względów funkcjonalno-technicznych dzielą się na klasy określone w warunkach technicznych, o których mowa w art. 7 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. z 2017 r. poz. 1332 i 1529), jakim powinny odpowiadać drogi publiczne i ich usytuowanie. Droga klasy GP to droga główna ruchu przyspieszonego - jedna z klas dróg publicznych według podziału wprowadzonego przez Rozporządzenie Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej w sprawie warunków technicznych jakim powinny odpowiadać drogi publiczne i ich usytuowanie (Dz.U. z 1999 r. Nr 43, poz. 430 z późn. zm.). Zgodnie z § 4 powyższego Rozporządzenia: w celu określenia wymagań technicznych i użytkowych wprowadza się następujące klasy dróg oraz ich hierarchię, zaczynając od drogi o najwyższych parametrach: autostrady, oznaczone symbolem „A”, ekspresowe, oznaczone symbolem „S”, główne ruchu przyspieszonego oznaczone symbolem „GP”, główne, oznaczone symbolem „G”, zbiorcze, oznaczone symbolem „Z”, lokalne, oznaczone symbolem „L” i dojazdowe, oznaczone symbolem „D”. Uwzględniając powyższe w zakresie warunku „drogi klasy co najmniej GP” będą znajdować się jedynie drogi klas A,S,GP. W świetle powyższego, nie spełnia warunków udziału w postępowaniu wykazanie się przez personel kierowniczy wykonawcy doświadczeniem uzyskanym przy realizacji usług dla dróg klasy G. Zamawiający w trakcie postępowania nie dokonywał żadnych modyfikacji SIWZ w powyższym zakresie, zatem jego obowiązkiem jest respektowanie od wykonawców doświadczenia na wymaganym minimalnym poziomie. Warunek jest konkretny, jednoznaczny i nie był kwestionowany. Natomiast wykonawca Zaberd S.A. zmienił opis wymaganego doświadczenia dla kierownika Utrzymania w następujący sposób: *W/w osoba zdobyła doświadczenie jako osoba koordynująca*

następujące prace związane z zimowym i letnim utrzymaniem dróg klasy co najmniej GP i G. W ten sposób mogłoby się wydawać, że w istocie warunek graniczny dotyczy dróg klasy minimum G. Dalej wykonawca konsekwentnie przy, wskazanej na stronie 7 oferty, osobie podał jej doświadczenie w pełnieniu funkcji Kierownika Utrzymania dla dróg klasy G. W związku z tym, w ocenie Odwołującego, nie może budzić wątpliwości, że wykonawca nie potwierdził spełniania warunków udziału w postępowaniu, tym bardziej nie może uzyskać punktów kryterium oceny ofert „Doświadczenie”, natomiast wykonawca ten powinien zostać wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, ewentualnie traktując Formularz 2.2. jako treść oferty, wobec braku możliwości jego uzupełnienia, powinno nastąpić odrzucenie oferty, na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp, z uwagi na rolę Formularza 2.2. nie podlega on bowiem uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, Tymczasem jak wynika z załącznika do zawiadomienia o rozstrzygnięciu postępowania, zamawiający uznał że wykonawca spełnia warunki udziału i zasługuje na dodatkową punktację w ramach kryterium oceny ofert w zakresie doświadczenia.

Odwołujący dodał, iż nawet próba uzupełnienia wykazu usług dla Formularza 2.2., która z natury rzeczy mogłaby zostać ewentualnie dokonana jedynie w zakresie warunku granicznego udziału w postępowaniu, prowadziłaby do zmiany kolejności ofert i rozstrzygnięcia postępowania na korzyść Odwołującego.

Odwołujący podał, że również druga z wykazanych w Formularzu 2.2. usług dotycząca utrzymanie dróg wojewódzkich województwa małopolskiego w RDW Nowy Sącz , klasa dróg GP pokazuje brak spełnienia warunku udziału w postępowaniu, bowiem w ramach wskazanego zamówienia na rzecz Rejonu Dróg Wojewódzkich w Nowym Sączu nie występują drogi klasy GP, a jedynie niespełniające warunków drogi klasy G. Winno to skutkować wykluczeniem wykonawcy w trybie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, przy jednoczesnym spełnieniu podstaw wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp. Dodatkowo nie znajdzie w sprawie, wobec podania nieprawdziwych informacji, a także charakteru informacji zawartych w Formularzu 2.2. jako treści oferty, zastosowania procedura uzupełniania z art. 26 ust 3 ustawy Pzp, a nawet gdyby ją zastosować wyłącznie w zakresie dla spełnienia warunku udziału, to skutkowałoby to zmianą pozycji oferty w rankingu, bowiem oferta Zaberda S.A. otrzymałaby 10 pkt mniej, co w świetle przyjętych w postępowaniu kryteriów oceny ofert, skutkowałoby wyborem jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

Pismem z dnia 22 lutego 2018 r. Odwołujący wystąpił o uzupełnienie akt sprawy odwoławczej o załączone dokumenty, stanowiące uzupełniającą korespondencję pomiędzy Zamawiającym a Odwołującym, prowadzoną po wniesieniu odwołania wraz z korespondencją poprzedzającą, tj. o: Wniosek o dostęp do informacji publicznej z dnia

04.12.2017 r., Odpowiedź Zamawiającego na powyższy wniosek z dnia 19.12.2017 r., Zawiadomienie Zamawiającego o zmianie informacji publicznej z dnia 22.02.2018 r., Wniosek odwołującego z dnia 22.02.2018 r. o uzupełniające informacje do protokołu postępowania w trybie art 96 ust. 3 ustawy Pzp.

W dniu 21 lutego 2018 r. swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił Wykonawca ZTiO E. K., który wskazał, iż ma interes w rozstrzygnięciu postępowania odwoławczego na korzyść Zamawiającego, albowiem odwołanie jest skierowane między innymi przeciwko wyborowi jego oferty, jako najkorzystniejszej. Uwzględnienie odwołania przez Izbę spowoduje wzruszenie czynności wyboru oferty Przystępującego przez Zamawiającego, co będzie skutkowało naruszeniem jego interesu ekonomicznego. Oddalenie odwołania przez Krajową Izbę Odwoławczą pozostaje zatem w granicach interesu Przystępującego w rozumieniu art. 185 ust. 2 ustawy Pzp. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania, albowiem w jego ocenie, Zamawiający nie naruszył wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp.

Pismem z dnia 2 marca 2018 r., w uzupełnieniu przystąpienia do postępowania po stronie Zamawiającego, Wykonawca ZTiO E. K. przedstawił swoje stanowisko dotyczące zarzutów zawartych w odwołaniu, dotyczących jego oferty, podając m.in., iż zarzuty odwołania są bezzasadne. Wykonawca podał, iż zarówno bowiem przedłożony pierwotnie wykaz usług, potwierdzających posiadanie wymaganego doświadczenia zawodowego, jak i załączona do wykazu referencja, były dokumentami zawierającymi informacje prawdziwe. Przystępujący faktycznie w okresie od 1 stycznia do 31 grudnia 2015 r. świadczył na rzecz GDDKiA Oddział w Zielonej Górze usługi polegające na letnim i zimowym utrzymaniu dróg krajowych klasy GP o łącznej wartości 6 821 749,77 zł. Usługi te zrealizowane były na podstawie następujących umów: nr Z-15/165/2012 - „Zimowe utrzymanie dróg w latach 2012-2016 na drogach krajowych województwa lubuskiego zarządzanych przez GDDKiA O/Zielona Góra zadanie nr 5 Rejon Żary”, wartość umowy 750 385,34 zł; nr Z-15/269/2012 „Roboty, dostawy i usługi w zakresie bieżącego utrzymania dróg administrowanych przez GDDKiA O/Zielona Góra w latach 2013/2016 w podziale na 5 części: część nr 5 Rejon żary” wartość umowy w 2015 r. wyniosła 5 841 384,44 zł; nr Z14/218/2015 „Roboty i usługi w zakresie bieżącego utrzymania obiektów inżynierskich administrowanych przez GDDKiA O/Zielona Góra Rejon nry”, wartość umowy 229 979,99 zł. Łączna wartość ww. umów wynosi 6 821 749,77 zł brutto i taka też wartość została wskazana w wykazie przedłożonym w toku postępowania. Przystępujący po zakończeniu każdego roku robót występował do Zamawiającego o wystawienie referencji na usługi wykonane w danym roku, w związku z czym do wykazu załączona została referencja wystawiona w dniu 21 stycznia 2016 r. przez

kierownika GDDKiA O/Zielona Góra Rejon Żary. E. K. przyznał, że pismem z dnia 12 stycznia 2018 r. został wezwany przez Zamawiającego do przedłożenia poprawionego wykazu usług. Z treści tego wezwania wynika, że Zamawiający nie miał zastrzeżeń co do prawdziwości przedłożonej informacji, lecz jedynie zakwestionował sposób jej przedstawienia przez Przystępującego i wskazał na konieczność ujęcia w wykazie poszczególnych umów zawartych pomiędzy Zamawiającymi Przystępującym. Przystępujący złożył poprawiony wykaz w wyznaczonym terminie, to jest w dniu 18 stycznia 2018 r. Ponadto ZTiO E. K. wskazał, iż Zamawiający w pkt 7.2. SIWZ przewidział możliwość alternatywnego wykazania doświadczenia zawodowego (na podstawie usług świadczonych w okresie sezonu lub na podstawie usług świadczonych w okresie jednego roku), w związku z czym mógł zakładać, że wykazanie łącznie usług świadczonych w 2015 r. będzie działaniem prawidłowym.

W ocenie Wykonawcy sam fakt wezwania go do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp nie stanowi dowodu na celowe wprowadzenie Zamawiającego w błąd, lecz stanowi element przewidzianej w ustawie Pzp procedury uzupełniania dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Natomiast dla skutecznego wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp koniecznym jest udowodnienie świadomości wykonawcy, że informacja przekazana zamawiającemu jest nieprawdziwa (wyrok KIO z dnia 5 czerwca 2014 r., sygn. akt KIO 1046/14 — Lex 1495621). Wykonawca ten wskazał, iż pomijając brak jakiegokolwiek dowodu na jego celowe działanie w tym zakresie, należy również podkreślić, że musiałby być zupełnie nieracjonalnym próbując wprowadzić Zamawiającego w błąd co do posiadanego doświadczenia zawodowego, mając na względzie, że wszystkie usługi, które Przystępujący wykazywał na potwierdzenie posiadanego doświadczenia zawodowego, były wykonywane na rzecz GDDKiA O/Zielona Góra, który jest również Zamawiającym w niniejszym postępowaniu.

ZTiO E. K. stwierdził, iż również zarzut niewykazania przez niego wymaganego doświadczenia zawodowego w zakresie utrzymania obiektów mostowych jest nietrafiony. Wynika to z tego, iż Zamawiający nie zdefiniował w SIWZ pojęcia „utrzymanie obiektów mostowych”, takiej definicji nie ma również w obowiązujących przepisach prawa. Ustawa z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych (Dz.U. z 2017 r. poz. 2222 ze zm.) zawiera natomiast definicję legalną pojęcia „utrzymanie drogi”, przez które należy rozumieć wykonywanie robót konserwacyjnych, porządkowych i innych zmierzających do zwiększenia bezpieczeństwa i wygody ruchu, w tym także odśnieżanie i zwalczanie śliskości zimowej (§ 4 pkt 20 u.d.p.). Na zasadzie analogii należy zatem, zdaniem Wykonawcy, przyjęć, że przez „utrzymanie obiektów mostowych” należy rozumieć wykonywanie robót konserwacyjnych, porządkowych i innych zmierzających do zwiększenia bezpieczeństwa i wygody ruchu, w

tym także odśnieżanie i zwalczanie śliskości zimowej, dotyczących obiektu mostowego w rozumieniu § 4 pkt 13 u.d.p. Zamawiający nie definiuje również w SIWZ, w jakim zakresie trzeba się wykazać utrzymaniem mostów, ani nie określa ilości, wartości ani charakteru robót jaki trzeba wykonać. Zatem należy wnioskować, że wykonanie jakiegokolwiek usługi z zakresu utrzymania obiektów inżynierskich potwierdza spełnienie wymagań stawianych przez Zamawiającego. W wykazie usług, złożonym w celu wykazania posiadania wymaganego doświadczenia zawodowego, ZTiO E. K. wykazał łącznie 6 usług dotyczących letniego utrzymania dróg klasy GP o łącznej wartości prawie 12 mln. zł, przy wymaganej przez Zamawiającego wartości 3 mln. zł. Wszystkie umowy opisane w wykazie obejmowały utrzymanie obiektów mostowych w rozumieniu wywiedzionej wyżej definicji. Dotyczy to również umów nr Z15/269/2012 oraz Z14/250/2015, zawartych z GDDKiA O/Zielona Góra, które to umowy wprawdzie nie zawierały w nazwie zapisu „utrzymanie obiektów inżynierskich” (tak jak w przypadku pozostałych umów ujętych w wykazie), niemniej jednak obejmowały swoim zakresem również utrzymywanie obiektów mostowych, zlokalizowanych w pasie dróg objętych umową. Stosownie do zapisów § 1 ust. 2 ww. umów, zakres usług objętych umowami wyznaczały: opis przedmiotu zamówienia i specyfikacje techniczne stanowiące załącznik do umowy. W ten sposób zakres umów wyznaczały m.in. formularze cenowe złożone w toku przetargu oraz specyfikacje techniczne, z których część dotyczyła wyłącznie utrzymania obiektów inżynierskich (mostowych). Na dowód swoich twierdzeń ZTiO E. K. załączył: umowę nr Z 15/269/2012, umowę nr Z 14/250/2015, wyciągi: formularza cenowego dotyczącego umowy Z15/269/2012 ze wskazaniem, iż poz. 145, 160 i 161 dotyczą wyłącznie obiektów inżynierskich, formularza cenowego dotyczącego umowy Z14/250/2015 ze wskazaniem, iż poz. 148, 163 i 164 dotyczą wyłącznie obiektów inżynierskich, specyfikacji technicznych M-19.01.04a i M-19.01.04b stanowiących załączniki do umów.

Ponadto ZTiO E. K. wskazał, iż szereg prac przewidzianych w opisie przedmiotu zamówienia i formularzach cenowych Przystępujący wykonywał zarówno na drogach, jak i na obiektach mostowych. Były to takie prace jak: usuwanie krzaków wraz z sztyką korzeniową z wywiezieniem lub rozdrobnieniem na miejscu (poz. 205 i 208 formularzy cenowych); wyrównanie nawierzchni betonem asfaltowym (poz. 1 i 1); remont cząstkowy nawierzchni bitumicznych przy użyciu masy na zimno bez wycinania (poz. 7 i 7); remont cząstkowy nawierzchni emulsją i grysami (poz. 10 i 10); wykonanie oznakowania poziomego cienkowarstwowego (poz. 132 i 135); wykonanie oznakowania poziomego grubowarstwowego (poz. 134 i 138); usuwanie z drogi martwych zwierząt wraz z ich utylizacją oraz zabranie z drogi rannych zwierząt (poz. 185 i 188); oczyszczenie nawierzchni jezdni i chodników na drogach, ulicach, zatokach autobusowych i parkingach, z

piasku i innych zanieczyszczeń wraz z ich utylizacją (poz.186 i 189); ręczne oczyszczenie nawierzchni (poz. 187 i 190); zbieranie zanieczyszczeń organicznych i nieorganicznych z pasa drogowego wraz z ich utylizacją (poz. 188 i 191); chemiczne zwalczanie chwastów na poboczach utwardzonych, na powierzchniach utwardzonych prefabrykatami betonowymi lub kostką kamienną oraz ściekach z prefabrykatów betonowych, z obudów wlotów i wylotów kolektorów i rowach utwardzonych wraz z oczyszczeniem (poz. 198 i 201); usuwanie krzaków wraz z szyjką korzeniową z wywiezieniem lub rozdrobnieniem na miejscu (poz. 205 i 208).

ZTiO E. K. podniósł, iż realizując umowy nr Z15/269/2012 oraz Z14/250/2015 faktycznie wykonywał usługi związane z utrzymaniem obiektów mostowych. Usługi te realizowane były na podstawie pisemnych zleceń, określających w załączniku zakres robót, każdorazowo odbieranych przez Zamawiającego, na podstawie pisemnych protokołów. Na dowód w tym zakresie ZTiO E. K. załączył: zlecenie nr 70/04/2015 wraz z załącznikiem i protokołem odbioru, zlecenie nr 80/05/2015 wraz z załącznikiem i protokołem odbioru, zlecenie nr 59/04/2015 wraz z załącznikiem i protokołem odbioru, zlecenie nr 50/04/2016 wraz z załącznikiem i protokołem odbioru, zlecenie nr 61/04/2016 wraz z załącznikiem i protokołem odbioru, zlecenie nr 75/05/2016 wraz z załącznikiem i protokołem odbioru. Jednocześnie Wykonawca podał, iż wskazane wyżej zlecenia mają charakter przykładowy. W praktyce realizując zadania w zakresie utrzymania dróg realizował jednocześnie zadania polegające na utrzymaniu obiektów mostowych znajdujących się na tych drogach, przy czym w drodze odrębnych umów zawartych z GDDKiA O/Zielona Góra wykonywał również usługi specjalistyczne związane z utrzymaniem obiektów inżynierskich (remonty dylatacji, naprawy konstrukcji, antykorozję itp.). Powyższe, zdaniem Wykonawcy, potwierdza, że posiada on wymagane doświadczenie zawodowe w zakresie utrzymania obiektów mostowych.

Odnosząc się do zarzutu braku wymaganego doświadczenia zawodowego przez osobę proponowaną do pełnienia funkcji Kierownika utrzymania ZTiO E. K. podał, iż jest on niezasadny z przyczyn wcześniej wskazanych. Pan J. S. pełnił bowiem funkcję Kierownika utrzymania przy realizacji usług objętych umowami nr Z 15/269/2012 oraz Z 14/250/2015, dotyczących letniego utrzymania dróg, przy czym — wbrew twierdzeniom Odwołującego — usługi te obejmowały również utrzymanie obiektów mostowych. Okres pełnienia tej funkcji wynoszący ponad 2 lata, pozwolił na przyznanie Przystępującemu maksymalnej ilości punktów w ramach tego kryterium oceny ofert.

Pismem z dnia 2 marca 2018 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której odniósł się do zarzutów odwołania. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w zakresie zarzutów dotyczących oferty złożonej przez Wykonawcę ZTiO E. K. oraz uwzględnił odwołanie w odniesieniu do zarzutów dotyczących oferty Zaberd S.A.

Zamawiający podał m.in. iż w wykazie usług z 29.12.2017 r. ZTiO E. K. nie podał nieprawdy, ale podał niedokładny zakres wykonywanych zadań w okresie od 1.01.2015 r. do 31.12.2015 r., wskazał ogólnie, że wykonywał letnie i zimowe utrzymanie dróg krajowych klasy GP i podał ich wartość jako sumę wykonanych robót. Wykonawca ten nie wskazał, że letnie i zimowe utrzymanie dróg krajowych klasy GP to była jedna usługa czy kilka usług w okresie wskazanym np. 3 letnie zadania utrzymania dróg krajowych klasy GP i 3 zimowe utrzymanie dróg krajowych klasy GP. Zamawiający stanął na stanowisku, że okoliczności będące podstawą wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp w sprawie nie wystąpiły, a mając na uwadze, że to były zadania realizowane dla Zamawiającego, irracjonalnym byłby, jego zdaniem, wniosek, że Uczestnik próbuje oszukać Zamawiającego. Analogicznie, zdaniem Zamawiającego, należy odnieść się do referencji z 21.01.2016 r., które sensu stricto nie stanowią wykazu zadań świadczonych na rzecz GDDKIA Oddział Zielona Góra, ale potwierdzają całościową współpracę z GDDKIA Oddział Zielona Góra w 2015 r. z Wykonawcą i zawierają ogólne sformułowania dotyczące świadczonego przez Wykonawcę zakresu realizowanych zadań. W ocenie Zamawiającego E. K. wykazał wymagane przez SIWZ doświadczenie.

Zamawiający zauważył również, iż informacja publiczna z 19.12.2017 r. jest nieprecyzyjna oraz wewnętrznie sprzeczna i została sprostowana niezwłocznie po podjęciu informacji o pomyłce w dniu 22.02.2018, na co wskazuje: *„Roboty, dostawy i usługi w zakresie bieżącego utrzymania dróg administrowanych przez GDDKIA Oddział w Zielonej Górze w latach 2013-2016 - w podziale na 5 części: Część nr 5 Rejon Żary” dalej „umowa nr 269” według pkt. 1 d udzielonej informacji zawierają roboty na obiektach mostowych a według pkt. 1e już zawierają, analogicznie jak pkt.2d i 2d dla umowy pn. „Roboty, dostawy i usługi w zakresie bieżącego utrzymania dróg administrowanych przez GDDKIA Oddział Zielona Góra Rejon Żary”, dalej „umowa na 250”. Zestawienie prac obejmujących wykonanie robót w ramach w/w umowy pod pozycją nr 6028. wymienia „Wymiana uszkodzonych poręczy” oraz pod. poz. 6029 „Wykonanie lub wymiana wraz montażem balustrad U-11a”.* Zamawiający zauważył, iż spis treści OPZ (str.4) wskazuje, że str. 60 OPZ dotyczy pozycji z przedmiaru robót określonych jako 6028 i 6029, odsyłając do pkt. 94 i 95 OPZ. Strona 60 OPZ pkt. 94 i 95 dla w/w umowy przesądza, że chodzi o poręcze i balustrady na mostach, co wynika z pkt. 94.3 i 95.3, wskazujących na wymagania techniczne jakie muszą zawierać poręcze i balustrady z w/w pkt. OPZ i odnoszące się wprost do obiektów mostowych.

Protokół nr 23/2013 zawiera odbiór prac w Zestawieniu robót w ramach bieżącego utrzymania dróg w miesiącu kwiecień 2013 w zakresie mostów (l.p. 16 poz. z przedmiaru robót nr 6029), a protokół nr 196/2015 zawiera odbiór prac w Zestawieniu wykonanych robót w ramach bieżącego utrzymania dróg w zakresie mostów w (l.p. 3. poz. z przedmiaru robót (nr 6028)). Na mostach w ciągu drogi DK18 i 12 dodatkowo wykonywane były w ramach umowy te same usługi co na samej drodze tj. sprzątnięcie, koszenie, remonty cząstkowe czy oznakowanie poziome. Raport wygenerowany z Systemu Gospodarki Mostowej w dn. 28.02.2018 r. (dalej „Raport”) zawiera umiejscowienie mostów na w/w drogach na poszczególnych km (kolumna 6 tabeli). Przykładowo roboty w ciągu drogi nr DK 12 i 18 na mostach i wiaduktach w ramach realizacji w/w umowy w związku ze zleceniem nr 67/04/2015, protokołem nr 109/2015 i obmiarem Wykonawcy zawierają roboty na obiektach mostowych w zakresie wymienionych km, co można ustalić min. porównując km drogi ze zlecenia z km przypisanych mostom i wiaduktom w Raporcie. W konsekwencji z w/w umowy Wykonawca wykazał swoje doświadczenie w zakresie obiektów mostowych. Na dowód swoich twierdzeń że z umowy pn. „Roboty, dostawy i usługi w zakresie w zakresie bieżącego utrzymania dróg administrowanych przez GDDKIA Oddział w Zielonej Górze w latach 2013-2016 -w podziale na 5 części: Część nr 5 Rejon Żary” zawierały roboty na obiektach mostowych, Zamawiający załączył umowę nr Z15/269/2012 z 28.12.2012 r., OPZ do umowy, Protokół nr 23/2013 oraz zestawienie robót w ramach bieżącego utrzymania dróg w miesiącu kwiecień 2013, protokół nr 196/2015, Zestawienie wykonanych robót w ramach bieżącego utrzymania dróg, zlecenie nr 67/04/2015 wraz z protokołem nr 109/2015 i obmiarem do zlecenia 67/04/2015, protokół nr 89/2015, zestawienie i obmiar do zlecenia 84/05/2015, zlecenie nr 118/06/2015, protokół nr 152/2015, obmiar, zlecenie nr 127/07/2015, protokół 144/2015, księga obmiarów robót, zlecenie nr 90/05/2015, protokół nr 114/2015, księga obmiarów robót, zlecenie nr 16/06/2015 z załącznikiem, protokół nr 155/2015, księga obmiarów robót, zlecenie nr 70/04/2015 z załącznikiem, protokół odbioru nr 108/2015, zlecenie nr 98/05/2015, protokół nr 135/2015, księga obmiarów.

Zamawiający dodał, iż analogicznie sytuacja przedstawia się z umową pn. „Roboty, dostawy i usługi w zakresie bieżącego utrzymania dróg administrowanych przez GDDKIA Oddział Zielona Góra Rejon Żary” w okresie 22.12.2015 r. do 31.12.2016 r. Spis treści OPZ (str.4) wskazuje, że str. 39 do 40 OPZ dotyczy pozycji z przedmiaru robót określonych jako 7022 i 7023 odsyłając do pkt 89 i 90 OPZ. Strony 39 i 40 OPZ dla w/w umowy przesądzają, że chodzi o poręcze i balustrady na mostach, co wynika z pkt. 89.3 i 90.3, wskazujących na wymagania techniczne jakie muszą zawierać poręcze i balustrady z w/w pkt. OPZ i odnoszące się wprost do mostów. Na mostach w ciągu drogi Dk 12 wykonywane były w ramach umowy te same usługi co na samej drodze tj. sprzątnięcie, koszenie, remonty

częstkowe czy oznakowanie poziome. Raport wygenerowany z Systemu Gospodarki Mostowej w dn. 28.02.2018 r. (dalej: „Raport”) zawiera umiejscowienie mostów na w/w drogach na poszczególnych km (kolumna 6 tabeli). Przykładowo roboty w ciągu drogi DK nr 12 na mostach i wiaduktach w ramach realizacji w/w umowy w związku ze zleceniem nr 73/05/2016, protokołem nr 90/2016 i obmiarem Wykonawcy dotyczyły prac utrzymaniowych na mostach i wiaduktach w ciągu drogi DK 12 co wynika z Raportu. W konsekwencji z w/w umowy Wykonawca wykazał swoje doświadczenie w zakresie obiektów mostowych. Na dowód w tym zakresie Zamawiający załączył umowę nr Z14/250/2012 z 22.12.2012 r., OPZ do umowy, zlecenie nr 64/04/2016, protokół nr 83/2016, księgę obmiarów robót, zlecenie nr 61/04/2016, protokół nr 77/2016, księgę obmiarów robót, zlecenie nr 158/09/2016, protokół nr 210/2016, księgę obmiarów robót, zlecenie nr 73/05/2016, protokół nr 90/2016, księgę obmiarów robót oraz Raport wygenerowany z Systemu Gospodarki Mostowej w dn. 28.02.2018 r. Zamawiający dodał, iż powziął informację, że pismem z 19.12.2017 r. podał nieprecyzyjną informację, która mogła wywołać błędne przekonanie o istnieniu podstaw do wniesienia odwołania do KIO, w związku z czym uszczegółowił informację publiczną pismem z 22.02.2018 r. a kolejnym pismem z 26.02.2018 r. przekazał Odwołującemu protokoły odbioru prac, zlecenia wykonania prac oraz obmiary, na dowód czego załączył informację publiczną z dnia 19.12.2017 r., sprostowanie informacji publicznej z dnia 22.02.2018 r. oraz pismo z 26.02.2018 r.

Odnosząc się do zarzutów niespełnienia warunku doświadczenia Kierownika utrzymania Zamawiający podkreślił, iż na posiadane przez niego doświadczenie zostały wskazane tożsame zadania na podstawie umów nr 269 i 250. W związku z powyższym argumentacja odnośnie doświadczenia Kierownika Utrzymania jest tożsama z argumentacją dotyczącą doświadczenia Wykonawcy.

Po zapoznaniu się m.in. z treścią SIWZ, treścią ofert złożonych w postępowaniu, po przeprowadzeniu rozprawy i wysłuchaniu stanowisk i oświadczeń stron oraz uczestnika postępowania, na podstawie zebranego materiału dowodowego, Krajowa Izba Odwoławcza, ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że odwołanie nie zawiera braków formalnych, nie została wypełniona żadna z przesłanek, skutkujących odrzuceniem odwołania, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp oraz, że wpis w prawidłowej wysokości został wniesiony w ustawowym terminie. Tym samym odwołanie podlegało merytorycznemu rozpoznaniu.

Izba stwierdziła, iż Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do skorzystania w przedmiotowym postępowaniu ze środków ochrony prawnej, z uwagi na to, iż została

wypełniona materialnoprawna przesłanka, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący złożył ofertę, która według przyjętych w SIWZ kryteriów oceny ofert, w przypadku uwzględnienia zarzutów odwołania, dotyczących ofert, znajdujących się na pozycji pierwszej i drugiej w rankingu ofert, mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą, co mogłoby skutkować uzyskaniem przez niego zamówienia.

Izba stwierdziła, iż stosownie do art. 185 ust. 3 ustawy Pzp, Wykonawca ZTiO E. K. (dalej również: „Przystępujący”) stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego. Przystąpienie nastąpiło z zachowaniem wymogów określonych w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp, w tym z wykazaniem interesu Przystępującego w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego. Oferta Przystępującego została wybrana, jako najkorzystniejsza. Uwzględnienie odwołania może spowodować wykluczenie wykonawcy z postępowania, a tym samym może uniemożliwić uzyskanie przez tego wykonawcę zamówienia.

Izba zważyła co następuje:

Odwołanie, w zakresie zarzutów, uwzględnionych przez Zamawiającego, tj. zaniechania: wykluczenia wykonawcy Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A. na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12, pkt 16 i pkt 17 ustawy Pzp, ewentualnie odrzucenia oferty tego wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp podlega umorzeniu. Natomiast odwołanie w pozostałym zakresie, z uwagi na niepotwierdzenie się zarzutów, podlega oddaleniu.

Zgodnie z art. 186 ust. 4 ustawy Pzp, *jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, wniesie sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości albo w części, gdy odwołujący nie wycofa pozostałych zarzutów odwołania, Izba rozpoznaje odwołanie.* Przystępujący nie wniósł sprzeciwu. W związku z tym rozstrzygnięcie odwołania w części, której nie dotyczy już spór pomiędzy stronami jest bezcelowe. Natomiast, uwzględniając *uchwałę* Sądu Najwyższego z dnia 17 lutego 2016 r. III CZP 111/15 oraz licznie prezentowane stanowisko Izby, informacja o częściowym umorzeniu postępowania odwoławczego winna być zamieszczona w sentencji orzeczenia.

Nie potwierdziły się zarzuty naruszenia przez Zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp.

Przepis art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp nakłada na zamawiającego obowiązek wykluczenia z postępowania wykonawcy, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i

niedyskryminacyjne kryteria lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów. Oznacza to, że dla jego zastosowania muszą zostać kumulatywnie spełnione wymienione w nim przesłanki, tj. przedstawienie przez wykonawcę nieprawdziwej informacji, która wprowadziła zamawiającego w błąd i w jej wyniku zamawiający uznał, iż wykonawca nie podlega wykluczeniu, przy czym przedstawienie przez wykonawcę nieprawdziwej informacji było wynikiem zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa. Natomiast przepis art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp nakłada na zamawiającego obowiązek wykluczenia z postępowania wykonawcy, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu. Oznacza to, że dla jego zastosowania wymagane jest łączne zaistnienie przesłanek w postaci przedstawienie przez wykonawcę nieprawdziwej informacji, która wprowadziła zamawiającego w błąd, która ma lub może mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu, przy czym przedstawienie informacji jest wynikiem lekkomyślności lub niedbalstwa wykonawcy.

W ocenie Izby zaistnienie ww. przesłanek wymienionych w art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp nie zostało wykazane. W pierwszej kolejności należy stwierdzić, iż obszerny materiał dowodowy zgromadzony w sprawie, wskazuje, iż informacje przedstawione w wykazie złożonym przez Przystępującego na wezwanie Zamawiającego, skierowane do niego na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, nie są niezgodne z rzeczywistością, co już wyłącza możliwość zastosowania tych przepisów, nadto ich przedstawienie nie mogło wprowadzić i nie wprowadziło Zamawiającego w błąd.

Zostało wykazane, iż Przystępujący we wskazanym przez siebie okresie rzeczywiście wykonywał na rzecz Zamawiającego usługi w zakresie letniego i zimowego utrzymania dróg krajowych klasy GP, nadto wartość podanych w wykazie usług dwukrotnie przewyższa minimalną wartość dla potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu w przypadku jednej usługi polegającej na zimowym i letnim utrzymaniu dróg, oraz przekracza łączną wartość dwóch usług polegających na letnim utrzymaniu dróg oraz dwóch usług polegających na zimowym utrzymaniu dróg. Zamawiającym wskazanym w wykazie był obecny Zamawiający, nie można zatem przyjąć, iż informacja ta wprowadziła go w błąd, oraz, że na jej podstawie uznał, że Przystępujący nie podlega wykluczeniu. Przeciwnie, skoro Zamawiający wystosował wezwanie na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia wykazu, to oznacza, że nie uznał, iż wykaz ten potwierdza spełnianie przez tego Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia, w sposób określony w jednym z wariantów, przewidzianych w SIWZ. Nadto, co jest bezsporne, treść wezwania wskazuje, że Zamawiający ma wiedzę o wykonanych na jego rzecz usługach i

sposób sporządzenia wykazu nie tylko nie jest w stanie wprowadzić go w błąd, ale też nie może mieć istotnego wpływu na jego decyzje. Należy również zauważyć, iż uzupełniony przez Przystępującego wykaz wykonanych usług, przedstawiony w rozbiciu na poszczególne umowy, potwierdza zarówno rodzaj jak i wartość usług wskazanych w pierwotnie złożonym wykazie.

Nie ma także podstaw, aby przyjąć, iż sposób przedstawienia informacji jest wynikiem zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa Przystępującego i jest obliczony na wprowadzenie Zamawiającego w błąd. Nie jest sporne, iż odbiorcą usług był obecny Zamawiający. Okoliczność, iż w pierwotnie złożonym wykazie wykonane usługi, Przystępujący ujął w jednej pozycji i wskazał na jeden rok ich wykonywania, także w świetle sposobu sformułowania przez Zamawiającego warunku udziału w zakresie doświadczenia, nie przemawia za tym, aby uznać, iż informacja ta jest nieprawdziwa i, że zamiarem Wykonawcy było wprowadzenie Zamawiającego w błąd. Skoro, jak wyjaśnił Przystępujący, i co nie zostało podważone przez strony, ma on zwyczaj występowania o referencje po zakończeniu każdego roku świadczenia usług na rzecz Zamawiającego, i taka praktyka jest znana Zamawiającemu, to należy uznać, iż nie chodziło mu o wprowadzenie Zamawiającego w błąd, skoro miał świadomość, iż Zamawiający doskonale wie jakie usługi i w jakim zakresie na jego rzecz były wykonywane, lecz o posłużenie się posiadanymi referencjami, a te odnosiły się do usług wykonywanych w danym roku. Nawet zatem, jeśli przyjąć, iż sposób przedstawienia przez Przystępującego informacji jest wynikiem niedbalstwa, to brak wystąpienia pozostałych przesłanek, nie pozwala na przyjęcie, iż wystąpiła podstawa do wykluczenia tego Wykonawcy z postępowania.

W ocenie Izby, nie potwierdził się również zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez wezwanie Przystępującego do uzupełnienia wykazu. Odwołujący naruszenie tego przepisu łączy z twierdzeniem, jakoby Zamawiający samodzielnie ustalił, że wykaz złożony przez tego Wykonawcę na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, zawierał nieprawdziwe informacje i w związku z tym, bez wzywania do uzupełnienia tego dokumentu, powinien wykluczyć Wykonawcę na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp. Tymczasem, należy zgodzić się z Zamawiającym, iż jego zastrzeżenia zawarte w wezwaniu dotyczyły nie treści, lecz sposobu przedstawienia informacji, tj. bez wyodrębnienia poszczególnych umów, co nie pozwalało na przyjęcie, iż Wykonawca, za sprawą tego oświadczenia, wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia. Zamawiający był zatem zobowiązany do wystąpienia do tego Wykonawcy z wezwaniem w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Przepis ten stanowi bowiem, iż w przypadku, gdy wykonawca nie złożył m.in. oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, oświadczenia te lub dokumenty są niekompletne,

zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający jest zobowiązany do wezwania do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielenia wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba, że oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Odwołujący nie wykazał, iż oferta Przystępującego podlega odrzuceniu, bądź, że konieczne jest unieważnienie postępowania.

W ocenie Izby nie znalazł również potwierdzenia zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.

Materiał dowodowy zgromadzony w sprawie wskazuje, że Przystępujący spełnia określone w SIWZ warunki udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia. Z przedłożonej przez Zamawiającego umowy nr Z-14/250/2015 r. z dnia 22 grudnia 2015 r. wynika, iż Przystępujący wykonywał usługi w zakresie letniego utrzymania dróg od dnia jej zawarcia do 31 grudnia 2016 r. Przedmiot umowy obejmował m.in. kwestionowany przez Odwołującego zakres dotyczący utrzymania obiektów mostowych. Wskazuje na to Opis Przedmiotu Zamówienia (OPZ), gdzie w części II, zawierającej opis wykonania robót i usług w tym na obiektach mostowych, np. poz. 89, gdzie jest wskazanie na wymianę uszkodzonych poręczy/balustrad oraz poz. 90, gdzie jest mowa o wykonaniu lub wymianie wraz z montażem na drodze balustrad U-11a. Podobnie z umowy nr Z15/269/2012 z dnia 28 grudnia 2012 r., wynika, że Przystępujący w okresie od 1 stycznia 2013 r. do 31 grudnia 2016 r. wykonywał usługi w zakresie letniego utrzymania dróg. Również w tej umowie przedmiot zamówienia obejmował m.in. kwestionowany przez Odwołującego zakres dotyczący utrzymania obiektów mostowych. Wskazuje na to OPZ, gdzie w rozdziale VI dotyczącym bezpieczeństwa, znajduje się wskazanie na zakres dotyczący wykonania robót i usług na obiektach mostowych. Pkt 94 dotyczy wymiany uszkodzonych poręczy/balustrad, zaś pkt 95 - wykonania lub wymiany wraz z montażem na drodze balustrad U-11a. W każdym z ww. przypadków OPZ zawiera informację, że wymagania techniczne wykonania i odbioru robót przedstawione są w Specyfikacjach Technicznych ze wskazaniem m.in. „M-19.01.04a Balustrady z piaskownikami na obiektach mostowych” i w odniesieniu do jednej z pozycji w OPZ w obydwu przypadkach znajduje się także wskazanie na: „M-19.01.04b Balustrady z przeciągami rurowymi na obiektach mostowych”. Ponadto, w ocenie Izby, skoro w odniesieniu do „utrzymania” chodzi m.in. o sprzątnięcie, koszenie, remonty cząstkowe, czy oznakowania poziome, to nie ma powodu, aby w sytuacji, gdy w ciągu drogi znajdują się także obiekty mostowe, przyjąć w ślad za Odwołującym, że takie usługi nie dotyczyły obiektów mostowych. Odwołujący nie wykazał, iż usługi w tym zakresie w odniesieniu do obiektów mostowych, znajdujących się w ciągu dróg objętych ww. umowami, zostały wyodrębnione i wykonywane w ramach innych umów.

Jak zostało wykazane na rozprawie, Przystępujący na wezwanie, skierowane do niego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, przedłożył wykaz usług zawierający 11 usług wykonanych na rzecz Zamawiającego, z czego usługi wymienione w pozycji 2 i 4 wykazu potwierdzają wymagane w SIWZ doświadczenie wykonawcy w zakresie zimowego utrzymania dróg, natomiast usługi wymienione w pozycji 6 i 7 wykazu, potwierdzają wymagane w SIWZ doświadczenie wykonawcy w zakresie letniego utrzymania dróg, w tym utrzymanie obiektów mostowych. Tym samym Przystępujący potwierdził spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia wykonawcy.

W ocenie Izby za niezasadny należy także uznać zarzut dotyczący braku wymaganego doświadczenia pracownika Przystępującego wskazanego w Formularzu 2.2., zawierającego informacje dotyczące doświadczenia Kierownika utrzymania oraz Osoby kierującej pracami związanymi z utrzymaniem obiektów inżynierskich, proponowanego do pełnienia kluczowych funkcji przy realizacji zadania. Zostało wykazane, min. za sprawą przedłożonych przez Zamawiającego i Przystępującego umów i protokołów odbioru, jak też wykazu przedłożonego przez Odwołującego: *„Zestawienie doświadczenia kierownika utrzymania wskazanego przez ZTiO E. K.”*, iż ww. osoba posiada wymagane doświadczenie, co najmniej w wymiarze przyjętym przez Zamawiającego nie tylko w zakresie badania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, ale też do oceny ofert w kryterium „Doświadczenie”. Z przedłożonych umów, w tym z ww. nr Z14/250/2015 r. z dnia 22 grudnia 2015 r. i nr Z15/269/2012 z dnia 28 grudnia 2012 r. oraz i protokołów odbioru, gdzie jako Kierownik robót, który zgodnie z umową reprezentował wykonawcę w sprawach związanych z wykonaniem umowy i był wyznaczony do koordynacji prac związanych z wykonaniem zamówienia, występował ww. pracownik J. S., a także stanowiska Zamawiającego zaprezentowanego w odpowiedzi na odwołanie i na rozprawie, które Izba uznaje za wiarygodne, z uwagi na to, iż jest spójne ze zgromadzonym w sprawie materiałem dowodowym, wynika, iż letnie utrzymanie dróg obejmowało także utrzymanie obiektów mostowych.

Nie potwierdził się także ewentualny zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść nie odpowiada treści SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, dotyczącego poprawiania przez zamawiającego innych omyłek polegających na niezgodności oferty z treścią SIWZ. Przepis ten odnosi się do treści oferty, jako oświadczenia woli wykonawcy realizacji zamówienia w sposób zgodny z wymaganiami Zamawiającego, określonymi w SIWZ., a nie do tych dokumentów czy oświadczeń wykonawcy, składających się na ofertę, które mają służyć ocenie oferty według przyjętych w SIWZ kryteriów oceny. *Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ występuje wówczas, gdy zaoferowany przez wykonawcę przedmiot zamówienia nie*

odpowiada opisanemu w SIWZ co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych do wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy zamawiającego. (por. m.in. wyrok KIO z dnia 5 stycznia 2015 r., sygn. akt KIO 2670/14).

W związku z tym, nie można zgodzić się z Odwołującym, iż informacje zawarte w formularzu 2.2., dotyczące doświadczenia kluczowych osób, z uwagi na to, że służą do oceny w kryterium oceny ofert, stanowią treść oferty w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Nie przemawia za tym także wskazana przez Odwołującego okoliczność, iż Zamawiający w SIWZ podał, że wykaz składany dla oceny w zakresie kryterium „Doświadczenie” nie należy do rodzaju dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, a tym samym nie stosuje się do niego art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Za chybiony należy uznać zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący wskazuje, iż naruszenie tego przepisu nastąpiło w zakresie wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy podlegającego wykluczeniu, podczas gdy przepis ten dotyczy wystąpienia zamawiającego do wykonawcy w związku z podejrzeniem rażąco niskiej ceny. Przepis ten nie dotyczy wyboru oferty. Na marginesie należy zauważyć, iż nawet, jeżeli przyjąć, iż Odwołujący omyłkowo wskazał ten przepis, a chodziło mu o art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, to z uwagi na to, iż nie potwierdziły się zarzuty dotyczące wykluczenia Przystępującego z postępowania, także taki zarzut należałoby uznać za nieuzasadniony.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp orzekła jak w pkt 1 i 2 sentencji.

O kosztach postępowania Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania i z uwzględnieniem uzasadnionych kosztów zastępstwa prawnego Zamawiającego, na podstawie rachunku, złożonego przed zamknięciem rozprawy, w wysokości określonej w § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. z 2010 r. Nr 41, poz. 238 z późn. zm.).

Przewodniczący: