

WYROK
z dnia 30 listopada 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 listopada 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 listopada 2020 r. przez wykonawcę **Dominex sp. z o.o. w Świętochłowicach**

w postępowaniu prowadzonym przez **Spółkę Restrukturyzacji Kopalń S.A. w Bytomiu**

przy udziale wykonawcy **M. C., prowadzącej w Czerwionce – Leszczynach działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe FOXMET M. C.**, zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

przy udziale wykonawcy **Energokon-Plus sp. z o.o. w Sosnowcu**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

orzeka:

1. **umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów dotyczących zaniechania wykluczenia z udziału w postępowaniu wykonawcy M. C., prowadzącej w Czerwionce – Leszczynach działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe FOXMET M. C., zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez ww. wykonawcę i czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części II zamówienia,**
2. **w pozostałym zakresie oddala odwołanie,**
3. **kosztami postępowania obciąża wykonawcę Dominex sp. z o.o. w Świętochłowicach i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10.000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Dominex sp. z o.o. w Świętochłowicach tytułem wpisu od odwołania.**

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Spółka Restrukturyzacji Kopalń S.A. w Bytomiu – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „likwidacja bocznicy kolejowej wraz z infrastrukturą SRK S.A. w Bytomiu Oddział w Katowicach KWK „Boże Dary – Mysłowice – Wesola I” Ruch KWK „Boże Dary” Część I ,Część II”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 31 lipca 2020 r., poz. 568813-N-2020.

13 listopada 2020 r. zamawiający przesłał wykonawcy Dominex sp. z o.o. w Świętochłowicach, zwanemu dalej „odwołującym”, zawiadomienie o wyborze jako najkorzystniejszej oferty w części I złożonej przez wykonawcę L. W., prowadzącego w Żorach działalność gospodarczą pod nazwą L. W., Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe Complex, zwanego dalej „wykonawcą Complex” oraz w części II – oferty złożonej przez wykonawcę M. C., prowadzącą w Czerwionce – Leszczynach działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe FOXMET M. C., zwaną dalej „przystępującym Foxmet”.

Wobec:

- 1) czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części I i II,
- 2) zaniechania czynności wykluczenia wykonawcy Complex z udziału w postępowaniu,
- 3) zaniechania czynności odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Complex w części I zamówienia,
- 4) zaniechania czynności wykluczenia przystępującego Foxmet z udziału w postępowaniu,
- 5) zaniechania czynności odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego Foxmet w części II zamówienia,

odwołujący wniósł 18 listopada 2020 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 24 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia z udziału w postępowaniu wykonawców Complex oraz Foxmet, pomimo, że wykonawcy nie wykazali spełnienia warunków udziału w postępowaniu dla części I i II,
- 2) art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Complex z udziału w postępowaniu pomimo, iż wykonawca ten w wyniku lekkomyślności, rażącego niedbalstwa lub zamierzonego działania wprowadził zamawiającego w błąd co do spełnienia warunków udziału w postępowaniu, które to informacje miały istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego,

- 3) art. 89 ust 1 pkt 5 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Complex i Fomxet, pomimo iż wykonawcy ci podlegali wykluczeniu z postępowania,
- 4) art. 7 ust 1 ustawy Pzp przez niezapewnienie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, poprzez zaniechania obligatoryjnych działań przez zamawiającego, który to zarzut jest konsekwencją powyższych zarzutów i w konsekwencji dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty podlegającej odrzuceniu.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części I i II zamówienia,
- 2) wykluczenia z postępowania wykonawcy Complex oraz Foxmet w całości,
- 3) odrzucenia oferty wykonawcy Complex oraz Foxmet w całości,
- 4) powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, że zgodnie z przywołanym przez siebie pkt 6 załącznika nr 2 do SIWZ wykonawcy zobligowani byli, w okresie realizacji zamówienia, do zatrudnienia na podstawie umowy o pracę - w rozumieniu przepisów ustawy Kodeks pracy - operatorów sprzętu budowlanego tj. m.in. operatorów koparek , operatorów ładowarek, itd.). Odwołujący wywiódł, że jak wynika ze złożonego przez wykonawcę Complex dokumentu - wykaz osób, podstawą dysponowania przez tego wykonawcę operatorem koparki i operatorem ładowarki jest umowa cywilno-prawna, a zatem umowa określona przepisami ustawy Kodeks Cywilny. W związku z tym odwołujący zarzucił, że wykonawca Complex nie spełnił warunków stawianych wykonawcom przez zamawiającego, gdyż umowa cywilnoprawna, nie tylko znajduje uregulowanie w innej niż kodeks pracy ustawie, ale stanowi zupełnie odmienny typ umowy niż umowa o pracę, w tym odmiennie określa przedmiot, czy też prawa i obowiązki stron. Dlatego też, zdaniem odwołującego, wykonawca ten podlegał wykluczeniu z udziału w postępowaniu.

Odwołujący podniósł także, że z informacji posiadanych przez niego wynika, że wykonawca Complex nie brał udziału w demontażu torowisk na terenie KWK Anna w Pszowie w roku 2017, na który to udział wskazuje pan K. W. w referencjach z dnia 18 grudnia 2017 r. Odwołujący nie przeczył, że w 2017 r. na zlecenie prywatnego inwestora, firma Wabud K. W. demontowała torowiska, jednakże ma wiedzę, że firma ta nie podzlecała zakresu swoich prac wykonawcy Complex. Zdaniem odwołującego o nierzetelności referencji świadczy także wadliwe określenie na tym dokumencie wartości wynagrodzenia netto oraz brutto, otrzymanego rzekomo przez Comlex. Od 01.01.2017 r. do 31.10.2019 r. w krajowym systemie podatkowym obowiązywała zasada odwróconego obciążenia wartością podatku VAT. Według odwołującego Complex hipotetycznie realizujący na zlecenie głównego wykonawcy firmy Wabud (który podpisał umowę z Inwestorem) demontaż torowiska, powinien zostać rozliczony w oparciu o mechanizm odwróconego obciążenia. W takim

przypadku do rozliczenia podatku jest zobowiązany nabywca usług, czyli Wabud, który otrzyma od podwykonawcy Complex fakturę z kwotą netto, bez podatku VAT. Odwołujący nadmienia, iż fakt zgłoszenia lub nie, inwestorowi powierzenia prac podwykonawcy, pozostaje bez wpływu na posiadanie statusu podwykonawcy w rozumieniu ustawy o VAT (z 01.12.2016 r.). Status podwykonawcy wynika bowiem bezpośrednio z zawartych pisemnych umów, a w przypadku ich braku - świadczą o tym statusie okoliczności i charakter wykonywanych usług. Sama wartość wynagrodzenia wskazana w referencjach przez Wabud, zdaniem odwołującego, klasyfikuje podmiot Complex jako podwykonawcę robót budowlanych. Odwołujący argumentował, że wykonawca Complex wprowadził zamawiającego w błąd co do spełnienia warunków udziału w postępowaniu i w związku z tym w oparciu o przepis art. 24 ust. 1 pkt 16, 17 ustawy Pzp podlegał wykluczeniu z udziału w postępowaniu.

Odwołujący podniósł także, że w zakresie spełnienia warunków dotyczących doświadczenia (pkt 5.3 lit a SIWZ), wykonawca Complex, w dokumencie „Doświadczenie wykonawcy” powołuje się na referencje dotyczące likwidacji bocznicy kolejowej wraz z infrastrukturą wystawione na inny podmiot. Argumentował, że w dokumencie „doświadczenie wykonawcy” w pkt 2 tabeli w pozycji „nazwa inwestora” wskazuje podmiot Foxmet sp. z o.o. z siedzibą w Czerwionce - Leszczynach. Z kolei z przedłożonej przez wykonawcę kopii referencji z dnia 2 grudnia 2019 r. wynika, iż inwestorem jest Spółka Restrukturyzacji Kopalń S.A., natomiast Foxmet Sp. z o.o. jest jedynie wykonawcą demontażu torowiska.

Nadto, zdaniem odwołującego, sprzeczne z przepisami ustawy Pzp jest powoływanie się przez wykonawcę Complex, dopiero w odpowiedzi na wezwanie do przedłożenia dokumentów, na zasoby podmiotu trzeciego w zakresie zdolności technicznych lub zawodowych, podczas gdy na zasoby innych podmiotów w tym zakresie Complex nie powoływał się w ofercie. Według odwołującego taka zmiana jest niedopuszczalna. Odwołujący wskazał, że w swej ofercie wykonawca Complex jako podmiot na zasoby którego powołuje się celem wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, wskazał podwykonawcę Zakład Usług Specjalistycznych R. S. i to jedynie w zakresie wywozu podkładów kolejowych i udostępnienia samochodu ciężarowego.

Odwołujący zarzucił, że w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, wykonawca Complex nie tylko zmienił podmiot trzeci na zasoby, którego powoływał się w ofercie w zakresie wywozu podkładów kolejowych i udostępnienia samochodu ciężarowego, ale także rozszerzył zakres udziału podmiotu trzeciego o zdolności techniczne i zawodowe, co było niedopuszczalne. Owe zobowiązanie, mówiące o oddaniu PHU Complex zasobów w postaci zdolności technicznej lub zawodowej (referencje), w imieniu Foxmet sp. z o.o. podpisała w dniu 2 listopada 2020 r. Pani M. C. . Jak już wskazano powyżej, z treści oferty wynika, że podmiotem, na którego zasób celem spełnienia warunków udziału w postępowaniu Complex

się powołuje, jest firma ZUS R. S., o którym to wykonawca wspominał jeszcze w piśmie z dnia 21.10.2020 r., a nie Foxmet sp. z o.o. Zdaniem odwołującego nie wiadomo zatem na jakiej podstawie firma Foxmet udziela referencji oraz deklaruje udział przy likwidacji bocznic jako podwykonawca, wówczas, gdy zgodnie z wyjaśnieniami Complex z dnia 21.10.2020 r. współpraca firm miała polegać jedynie na odbiorze i zagospodarowaniu kruszywa torowego, co nie jest klasyfikowane jako pod wykonawstwo.

Zdaniem odwołującego w niniejszym przypadku doszło do naruszenia przepisów ustawy Pzp, przez złożenie przez wykonawcę Complex w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego tak naprawdę odrębnej, nowej oferty. Wykonawca Complex ponownie złożył załącznik nr 1 do oferty, tj. oświadczenie wykonawcy w trybie art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, datowane na 02.11.2020 r., w którym wskazuje podwykonawcę Foxmet sp. z o.o., jako podmiot, na zasoby którego powołuje się celem spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Jako zatem, iż zobowiązanie podmiotu trzeciego tj. Foxmet sp. z o.o. nie zostało przez Complex załączone do oferty, lecz ponad 3 miesiące od jej złożenia, uznać należy, iż nie spełnił on warunków udziału w postępowaniu, a tym samym podlegał wykluczeniu.

Według odwołującego za niespójną uznać również należy treść oświadczeń Zakładu Usług Specjalistycznych R. S.. Podmiot ten nie został zadeklarowany w ramach zdolności technicznej lub zawodowej, lecz jako podmiot odbierający podkłady i udostępniający pojazd ciężarowy. Według odwołującego niezrozumiała jest zmiana „aktualnej sytuacji rynkowej”, na którą w swym oświadczeniu z dnia 30 października 2020 r. Zakład Usług Specjalistycznych R. S. się powołuje, skutkująca koniecznością wycofania się ze współpracy z wykonawcą Complex. Oświadczenie Zakładu Usług Specjalistycznych R. S. z dnia 31 października 2020 r., a co za tym idzie zmiana podwykonawcy w zakresie zasobów na którego Complex się powoływał w dacie składania ofert, dziwi również o tyle, że w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny z dnia 21 października 2020 r. wykonawca Complex nadal powoływał się na zasoby firmy R. S. przy realizacji niniejszego zamówienia.

Biorąc pod uwagę treści oferty wykonawcy Complex, odwołujący wywiódł, iż wymóg udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia tj. wcześniejszej likwidacji bocznic kolejowej o wartości nie mniejszej niż 450.000,00 zł brutto, wykonawca ten winien spełnić samodzielnie, przedkładając zarazem na tę okoliczność stosowne dowody.

W dalszej części odwołania odwołujący podniósł, że w piśmie z dnia 21.10.2020 r. wykonawca Complex powołuje się na posiadanie („własność”) 1 sztuki koparki kołowej/gąsienicowej z osprzętem, nie wskazując przy tym ani na markę ani na model koparki, tym bardziej nie informując zamawiającego, czy owa koparka jest na podwoziu kołowym czy gąsienicowym. Wykonawca Complex nie przedstawił żadnych dowodów na potwierdzenie, że koparką taką dysponuje, pomimo iż był do tego zobowiązany, albowiem wymóg

dysponowania koparką był określony w SIWZ jako konieczny (pkt 5.3 lit b SIWZ). Odwołujący podkreślał, iż do tej pory na rynku maszyn wyburzeniowych/ budowlanych, żaden z producentów nie przeznaczył do sprzedaży fabrycznie nowej koparki z wymiennym podwoziem. Układ jazdy koparki jest całkowicie inny na podwoziu gąsienicowym w stosunku do podwozia kołowego. Dostosowanie takiej maszyny do wymiany podwozia z kołowego na gąsienicowe i odwrotnie potrwałoby co najmniej 2 miesiące oraz generowałoby olbrzymie koszty wymiany układu sterowania maszyną. Powyższe niezdecydowanie wykonawcy Complex w kwestii koparki dowodzić może, iż nie jest on w posiadaniu żadnej maszyny budowlanej, skoro nie przedłożył zamawiającemu żadnych konkretnych informacji na potwierdzenie spełnienia wymogu SIWZ pkt 5.3 lit b).

W uzasadnieniu zarzutów dotyczących przystępującego Foxmet odwołujący podniósł, że zgodnie z pkt 6 załącznika nr 2 do SIWZ wykonawcy zobligowani byli, w okresie realizacji zamówienia, do zatrudnienia na podstawie umowy o pracę, w rozumieniu przepisów ustawy Kodeks pracy - operatorów sprzętu budowlanego tj. m.in. operatorów koparek , operatorów ładowarek, itd.). Odwołujący argumentował, że jak wynika ze złożonego przez Foxmet dokumentu - wykaz osób, podstawą dysponowania przez tego wykonawcę operatorem koparki i operatorem ładowarki jest umowa cywilno-prawna, a zatem umowa określona przepisami ustawy Kodeks Cywilny. W związku odwołujący zarzucił, że przystępujący Foxmet (podobnie jak wykonawca Complex) nie spełnił warunków stawianych wykonawcom przez zamawiającego w tym zakresie, gdyż umowa cywilnoprawna, nie tylko znajduje uregulowanie w innej niż kodeks pracy ustawie, ale stanowi zupełnie odmienny typ umowy niż umowa o pracę, z odmiennymi prawami i obowiązkami każdej ze stron.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. W odpowiedzi i w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca M. C., prowadząca w Czerwionce – Leszczynach działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe FOXMET M. C. . Wniosła o oddalenie odwołania w zakresie dotyczącym części II zamówienia.

Do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego, zachowując termin ustawy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść odwołującego zgłosił przystąpienie wykonawca Energokon-Plus sp. z o.o. w Sosnowcu. Wniósł o uwzględnienie odwołania.

W trakcie posiedzenia Izby, przed otwarciem rozprawy, odwołujący oświadczył, że cofa odwołanie w części dotyczącej zaniechania wykluczenia z udziału w postępowaniu

przystępującego Foxmet, zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez ww. wykonawcę i czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części II zamówienia.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), ofertę wykonawcy Complex, wezwania zamawiającego kierowane do wykonawcy Complex w toku postępowania, odpowiedzi wykonawcy Complex na ww. wezwania wraz z załącznikami, zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej z 13 listopada 2020 r., jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dokumenty złożone przez strony i uczestników postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze w części dotyczącej zaniechania wykluczenia z udziału w postępowaniu przystępującego Foxmet, zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez ww. wykonawcę i czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części II zamówienia.

W trakcie posiedzenia Izby w dniu 30 listopada 2020 r., przed otwarciem rozprawy, odwołujący oświadczył, że cofa odwołanie w ww. częściach. Zgodnie z art. 187 ust. 8 ustawy Pzp, *odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy; w takim przypadku Izba umarza postępowanie odwoławcze*. W przywołanym przepisie ustawodawca przyznał odwołującemu prawo do cofnięcia w całości środka ochrony prawnej. Skoro zatem wykonawca może cofnąć odwołanie w całości, to na zasadzie wnioskowania *a maiori ad minus*, należy uznać, że odwołujący może zrezygnować z popierania jedynie części odwołania. W orzecznictwie Izby nie jest kwestionowana możliwość skutecznego cofnięcia odwołania w części. Odwołujący oświadczył, że nie popiera już tych zarzutów, wobec powyższego postępowanie odwoławcze w tej części podlegało umorzeniu. Dostrzec należy, że Izba związana jest oświadczeniem odwołującego o cofnięciu części odwołania, czego skutkiem wynikającym wprost z art. 187 ust. 8 ustawy Pzp jest obowiązek umorzenia przez Izbę postępowania odwoławczego w zakresie wycofanych zarzutów.

Rozstrzygnięcie w przedmiocie zarzutów, które okazały się niesporne jest bezcelowe. Jednocześnie jednak informacja o częściowym umorzeniu postępowania odwoławczego musi znaleźć odzwierciedlenie w sentencji orzeczenia, a nie w uzasadnieniu. W art. 196 ust. 4 ustawy Pzp, określającym w sposób wyczerpujący elementy treści uzasadnienia wyroku wydanego przez Izbę nie ma bowiem żadnej wzmianki o możliwości zamieszczenia w uzasadnieniu wyroku jakiegokolwiek rozstrzygnięcia. Na powyższe zwrócono uwagę w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 17 lutego 2016 r. III CZP 111/15. Sąd ten uznał za

wadliwą praktykę Izby orzekania w uzasadnieniu wyroku a nie w jego sentencji o części zarzutów i żądań zawartych w odwołaniu.

Co do konieczności zamieszczenia w sentencji wyroku informacji o częściowym umorzeniu postępowania odwoławczego podzielono także stanowisko opisane szeroko i wyczerpująco w wyroku KIO z 24 września 2018 r. sygn. akt KIO 1817/18.

W dalszej ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis.

Izba stwierdziła, że odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp. Oferta odwołującego w części I została sklasyfikowana na miejscu drugim, za ofertą wykonawcy Complex. Odwołujący domagał się nakazania zamawiającemu wykluczenia z udziału w postępowaniu wykonawcy Complex i odrzucenia jego oferty w części I. Ustalenie, że zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy Pzp zaniechał czynności wykluczenia z udziału w postępowaniu wykonawcy Complex, względnie zaniechał czynności odrzucenia jego oferty, skutkować będzie koniecznością nakazania zamawiającemu wykonania zaniechanych czynności, czego efektem może być uzyskanie zamówienia przez odwołującego. Powyższe wyczerpuje dyspozycję art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Oddalono wniosek zamawiającego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 6 w zw. z art. 180 ust. 2 ustawy Pzp. Zamawiający w trakcie posiedzenia Izby wniósł o odrzucenie odwołania wskazując, że odwołanie jest niedopuszczalne, gdyż wniesiono je w postępowaniu o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 i dotyczy zaniechań czynności odrzucenia oferty wykonawcy Complex i zaniechania wykluczenia go z udziału w postępowaniu, a zaniechania te nie mieszczą się w katalogu, o którym mowa w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp, *Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że w postępowaniu o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie dotyczy innych czynności niż określone w art. 180 ust. 2.* Przepis art. 180 ust. 2 ustawy Pzp stanowi, że *jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności:*

- 1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę;
- 2) określenia warunków udziału w postępowaniu;

- 3) wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia;
- 4) odrzucenia oferty odwołującego;
- 5) opisu przedmiotu zamówienia;
- 6) wyboru najkorzystniejszej oferty.

Zdaniem Izby zarzuty przedstawione w odwołaniu podlegały rozpoznaniu jako wniesione wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Jak wskazano bowiem w uchwale Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 17 listopada 2017 r. sygn.. akt III CZP 58/17 *Zarzuty odwołania od wyboru najkorzystniejszej oferty, o którym mowa w art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) mogą obejmować także zaniechanie wykluczenia wykonawcy, który złożył ofertę wybraną przez zamawiającego lub zaniechanie odrzucenia oferty, która powinna podlegać odrzuceniu. Wobec powyższego wniosek zamawiającego podlegał oddaleniu.*

Ustalono, że przedmiotem zamówienia jest: „*Likwidacja bocznicy kolejowej wraz z infrastrukturą SRK S.A. w Bytomiu Oddział w Katowicach KWK „Boże Dary – Mysłowice – Wesola I” Ruch KWK „Boże Dary” Część I , Część II*”. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia oraz jego zakres wraz z uwarunkowaniami techniczno-organizacyjnymi zawiera załącznik nr 2 do SIWZ. (por. pkt 3.1. i 3.2. SIWZ).

Ustalono, że zamawiający w pkt 5.3.1. SIWZ opisał warunki udziału w postępowaniu następująco:

Zamawiający uzna warunek w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże się:

a) dysponowaniem osobami skierowanymi przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnymi za kierowanie robotami budowlanymi: osoby dozoru Wykonawcy nadzorujące prace związane z likwidacją bocznicy kolejowej wraz z infrastrukturą SRK S.A. w Bytomiu Oddział w Katowicach KWK „Boże Dary – Mysłowice – Wesola I” Ruch KWK „Boże Dary” muszą posiadać stosowne uprawnienia zgodne z wymogami przepisów ustawy Prawo budowlane dla części I i części II:

– kierownik budowy uprawnienia budowlane w specjalności inżynierskiej – kolejowej, aktualne zaświadczenie o przynależności do Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa min. 1 osoba w zakresie danej części

– operatorzy sprzętu budowlanego – minimum 1 osoba w zakresie danej części (operatorzy koparek kołowych lub gąsienicowych minimum klasy III),

– operatorzy sprzętu budowlanego np. ładowarki kołowe jednonaczyniowe - minimum 1 osoba w zakresie danej części, (operatorzy ładowarek jednonaczyniowych).

b) dysponowaniem potencjałem technicznym w zakresie sprzętu niezbędnego do realizacji zadania objętego zamówieniem

Część I:

koparki dwudrogowej lub koparki kołowej/gąsienicowej z osprzętem - min. 1 szt

Część II:

koparki dwudrogowej lub koparki kołowej/gąsienicowej z osprzętem -min. 1 szt

c) należywym wykonaniem robót budowlanych w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, w ramach jednej lub kilku umów polegających na wykonaniu robót modernizacyjnych lub remontowych lub rozbiórkowych bocznic/bocznicy kolejowej wraz z infrastrukturą o wartości nie mniejszej niż: dla części I – 450 000,00 zł brutto, dla części II - 450 000,00 zł brutto wraz z dowodami określającymi czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie.

Ustalono ponadto, że zamawiający w pkt 5.4. SIWZ wskazał:

1. Wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych.

2. Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów, musi udowodnić zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia.

W dalszej kolejności ustalono, że zamawiający w pkt 6 SIWZ opisał oświadczenia składane przez wykonawcę do oferty. Wśród nich w pkt 1 wymienił: *Oświadczenie Wykonawcy o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 12 - 22 oraz art. 24 ust. 5 pkt. 1 ustawy Pzp - załącznik nr 1 do druku „FORMULARZ OFERTOWY”.*

Ustalono również, że zamawiający w pkt 8 SIWZ opisał *oświadczenia i dokumenty niezbędne do przeprowadzenia postępowania, które na wezwanie zamawiającego składa wykonawca, którego oferta zostanie najwyżej oceniona.*

Zamawiający żąda od Wykonawców oświadczeń i dokumentów potwierdzających:

A. Spełnianie warunków udziału w postępowaniu:

1. Wykaz osób, skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia

publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami - wzór dokumentu.

2. Wykaz narzędzi, wyposażenie zakładu i urządzeń technicznych dostępnych Wykonawcy w celu wykonania zamówienia publicznego wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami - wzór dokumentu.
3. Wykaz robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty, miejsca wykonania i podmiotów na rzecz których roboty te zostały wykonane z załączeniem dowodów określających, czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, w szczególności informacji o tym czy roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone, przy czym dowodami, o których mowa są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – inne dokumenty - wzór dokumentu.
4. Jeżeli Wykonawca, wykazując spełnianie warunków udziału w postępowaniu, polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów, w celu oceny, czy Wykonawca będzie dysponował zasobami tych podmiotów, obowiązany jest złożyć zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia wraz z informacjami dotyczącymi:
 - 1) zakresu dostępnych Wykonawcy zasobów innego podmiotu,
 - 2) sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu przez Wykonawcę, przy wykonaniu zamówienia,
 - 3) zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia,
 - 4) czy podmiot, na zdolnościach którego Wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia zrealizuje roboty budowlane lub usługi, których wskazane zdolności dotyczą.Zobowiązanie podmiotu udostępniającego swoje zdolności - wzór dokumentu.

(...)

D. Podwykonawcy

1. Zamawiający żąda wskazania przez Wykonawcę części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom i podania przez Wykonawcę firm podwykonawców - wzór dokumentu.

Ustalono także, że w załączniku nr 2 do SIWZ, zatytułowanym „szczegółowy opis przedmiotu zamówienia i jego zakres wraz z uwarunkowaniami techniczno – organizacyjnymi”, Zamawiający w pkt 6 wskazał:

1. *Wykonawca lub podwykonawca zobowiązany jest w okresie realizacji zamówienia do zatrudnienia na podstawie umowy o pracę w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 26 czerwca 1974r. - Kodeks pracy następujących osób wykonujących powierzone czynności w zakresie realizacji zamówienia:*
 - *operatorzy sprzętu budowlanego – (operatorzy koparek kołowych lub gąsienicowych minimum klasy III),*
 - *operatorzy sprzętu budowlanego np. ładowarki kołowe jednonaczyniowe - (operatorzy ładowarek jednonaczyniowych).*
 - *pracowników budowlanych biorących bezpośredni udział w robotach rozbiórkowych za wyjątkiem kierownika budowy oraz pracowników obsługujących środki transportu.*
2. *Wykaz pracowników wykonujących czynności w trakcie realizacji zamówienia związanych z przedmiotem umowy będzie stanowił załącznik do umowy.*

W dalszej kolejności ustalono, że do upływu terminu składania ofert swoją ofertę złożył m.in. wykonawca Complex w zakresie części I.

Ustalono, że wykonawca Complex załączył do swej oferty oświadczenie w którym wskazał, że celem wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu polega na zasobie Zakładu Usług Specjalistycznych R. S., Żory w zakresie: *wywóz podkładów kolejowych, udostępnienie samochodu ciężarowego.*

Ustalono również, że pismem z dnia 8 października 2020 r. zamawiający działając na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wezwał wykonawcę Complex do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Ustalono ponadto, że w odpowiedzi na ww. wezwanie, wykonawca Complex złożył wyjaśnienia z dnia 12 października 2020 r. W wyjaśnieniach wskazał m.in., że do wykonania prac zostanie użyty sprzęt, który jest w jego posiadaniu (koparki gąsienicowe, koparki kołowe, ładowarki itp.).

W dalszej kolejności ustalono, że pismem z dnia 16 października 2020 r. zamawiający wezwał wykonawcę Complex do złożenia dodatkowych wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Ustalono ponadto, że w odpowiedzi na ww. wezwanie, wykonawca Complex złożył dodatkowe wyjaśnienia z dnia 21 października 2020 r. W wyjaśnieniach tych wskazał m.in., że wpływ na obniżenie kosztów pracy ma czynnik: współpraca z firmą Foxmet sp. z o.o. we zakresie odbioru i zagospodarowania kruszywa torowego. Oświadczył też, że zamierza wykonać przedmiot zamówienia z udziałem

podwykonawcy w zakresie usług transportowych (wywóz podkładów) – Zakładu Usług Specjalistycznych R. S. . Wykonawca Complex oświadczył też, że do wykonania prac zostanie użyty sprzęt, który jest w jego posiadaniu (koparki gąsienicowe, koparki kołowe, ładowarki itp.).

W dalszej kolejności ustalono, że zamawiający pismem z dnia 26 października 2020 r., działając na podstawie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp wezwał wykonawcę Complex do złożenia oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu:

Pkt 8A SIWZ:

- 1. Wykaz osób, skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami.*
- 2. Wykaz narzędzi, wyposażenie zakładu i urządzeń technicznych dostępnych Wykonawcy w celu wykonania zamówienia publicznego wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami.*
- 3. Wykaz robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty, miejsca wykonania i podmiotów na rzecz których roboty te zostały wykonane z załączeniem dowodów określających, czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, w szczególności informacji o tym czy roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone, przy czym dowodami, o których mowa są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – inne dokumenty.*
- 4. Zobowiązanie podmiotu udostępniającego swoje zdolności.*

Z pkt 8.D SIWZ. Oświadczenie wykonawcy o zamiarze powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy składane na podstawie art. 36 b ust. 1 ustawy Pzp.

Ustalono, że w odpowiedzi na ww. wezwanie wykonawca Complex przy piśmie z dnia 2 listopada 2020 r. złożył m.in. wykaz osób. W wykazie osób oświadczył, że realizację przedmiotu zamówienia wykona z udziałem m.in. P. W., operatora sprzętu budowlanego - koparkoładowarki, którym dysponuje na podstawie umowy cywilnoprawnej, oraz K. W., operatora sprzętu budowlanego – ładowarki kołowej, koparki, którym dysponuje na podstawie umowy cywilnoprawnej.

Przy piśmie z dnia 2 listopada 2020 r. wykonawca Complex złożył także wykaz robót. W wykazie tym powołał się na następujące zasoby:

- 1) rozbiórkę torowisk, demontaż podkładów, rozebranie rozjazdów, wykonane w KWK Anna w Pszowie, na rzecz Firmy Wabud K. W., w okresie od września 2017 r. do listopada 2017 r., o wartości 1.049.190 zł brutto,
- 2) likwidację bocznicy kolejowej wraz z infrastrukturą w KWK Kazimierz Juliusz w Sosnowcu., wykonaną przez Foxmet sp. z o.o. w okresie od października do grudnia 2019 r., o wartości 553.063,95 zł brutto.

Do wykazu załączono referencje z 18 grudnia 2017 r. wystawione przez Firmę Wabud K. W., w których oświadcza, że P.H.U Complex wykonała na terenie KWK Anna w Pszowie prace rozbiórkowe o wartości 853.000 zł netto, brutto 1.049.190 zł.

Do wykazu załączono też referencje SRK Kopalń S.A. z 2 grudnia 2019 r. w których zaświadcza, że Foxmet sp. z o.o. zrealizowała likwidację obiektów budowlanych wraz z wyposażeniem oraz likwidację przyłączy i urządzeń przesyłowych integralnie związanych z obiektami, w tym m.in. bocznice kolejową.

Do pisma z 2 listopada 2020 r. załączono także zobowiązanie Foxmet sp. z o.o. z 2 listopada 2020 r., w których zobowiązuje się oddać wykonawcy Complex zasoby zdolności technicznej i zawodowej (referencje) i deklaruje udział jako podwykonawcy przy wykonaniu likwidacji bocznicy kolejowej wraz z infrastrukturą w zakresie części 1.

Do pisma z 2 listopada 2020 r. załączono także wycofanie zobowiązania do udostępnienia zasobów z dnia 30 października 2020 r. pochodzące od Zakładu Usług Specjalistycznych R. S. . W oświadczeniu tym podmiot ten wskazuje, że wycofuje uprzednie oświadczenie o oddaniu jego zasobów, gdyż z uwagi na aktualną sytuację rynkową zmuszony jest podjąć decyzje o reorganizacji wcześniej przedsięwziętych zamierzeń gospodarczych, wobec powyższego nie weźmie udziału w realizacji zamówienia jako podwykonawca Complex.

Ustalono również, że przy piśmie z dnia 2 listopada 2020 r. wykonawca Complex złożył wykaz sprzętu, w którym wskazał, że dysponuje koparką kołową / gąsienicową z osprzętem – 1 szt., będącą jego własnością.

Ustalono również, że zamawiający pismem z dnia 13 listopada 2020 r. zawiadomił odwołującego o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Complex w zakresie części I zamówienia.

Izba zważyła, co następuje.

Odwołanie, w zakresie rozpatrywanym merytorycznie, nie zasługiwało na uwzględnienie.

Stosownie do art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, *zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.*

Zgodnie z art. 24 ust. 1 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się:

12) wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia,

16) wykonawcę, 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, zwane dalej "kryteriami selekcji", lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów;

17) wykonawcę, 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.

Zgodnie z art. 22a ustawy Pzp:

1. Wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych.

2. Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów, musi udowodnić zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia.

3. Zamawiający ocenia, czy udostępniane wykonawcy przez inne podmioty zdolności techniczne lub zawodowe lub ich sytuacja finansowa lub ekonomiczna, pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz bada, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13-22 i ust. 5.

4. W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

(...)

6. Jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuacja ekonomiczna lub finansowa, podmiotu, o którym mowa w ust. 1, nie potwierdzają spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tych podmiotów podstawy wykluczenia, zamawiający żąda, aby wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego:

1) zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami lub

2) zobowiązał się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia, jeżeli wykaże zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuację finansową lub ekonomiczną, o których mowa w ust. 1.

Art. 87 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Art. 56 ust. 3 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/WE z 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE stanowi, że jeżeli informacje lub dokumentacja złożone przez wykonawców są lub wydają się niekompletne lub błędne, lub gdy brakuje konkretnych dokumentów, instytucje zamawiające mogą – chyba że przepisy krajowe wdrażające niniejszą dyrektywę stanowią inaczej – zażądać, aby wykonawcy złożyli, uzupełnili, doprecyzowali lub skompletowali te informacje lub dokumentację w odpowiednim terminie, pod warunkiem pełnego poszanowania zasad równego traktowania i przejrzystości

Art. 63 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/WE z 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE w akapicie 2 stanowi, że instytucja zamawiająca sprawdza, zgodnie z art. 59, 60 i 61, czy podmioty, na których zdolności wykonawca zamierza polegać, spełniają odpowiednie kryteria kwalifikacji, i czy istnieją podstawy wykluczenia na mocy art. 57. Instytucja zamawiająca wymaga, aby wykonawca zastąpił podmiot, który nie spełnia stosownego kryterium kwalifikacji lub wobec którego istnieją obowiązkowe podstawy wykluczenia.

Chybiony okazał się zarzut dotyczący niewykazania przez wykonawcę Complex warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 5.3.1 lit. a SIWZ.

Zgodnie ze wskazanym warunkiem, zamawiający wymagał od wykonawców wykazania się dysponowaniem osobami skierowanymi przez Wykonawcę do realizacji

zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnymi za kierowanie robotami budowlanymi: osoby dozoru Wykonawcy nadzorujące prace związane z likwidacją bocznicy kolejowej wraz z infrastrukturą SRK S.A. w Bytomiu Oddział w Katowicach KWK „Boże Dary – Mysłowice – Wesola I” Ruch KWK „Boże Dary” muszą posiadać stosowne uprawnienia zgodne z wymogami przepisów ustawy Prawo budowlane dla części I i części II:

m.in.

– operatorzy sprzętu budowlanego – minimum 1 osoba w zakresie danej części (operatorzy koparek kołowych lub gąsienicowych minimum klasy III),

– operatorzy sprzętu budowlanego np. ładowarki kołowe jednonaczyniowe - minimum 1 osoba w zakresie danej części, (operatorzy ładowarek jednonaczyniowych).

Wykonawca Complex celem wykazania ww. warunku złożył w dniu 2 listopada 2020 r. wykaz osób, w którym wymienił m.in. operatora koparkoładowarki pana P. W. oraz operatora ładowarki kołowej, koparki pana K. W., którymi dysponuje na podstawie umów cywilnoprawnych.

Zdaniem Izby wykonawca Complex tym samym wykazał spełnienie spornego warunku udziału w postępowaniu.

Odwołujący powołując się na wskazaną w wykazie osób podstawę dysponowania ww. osobami wskazał, że powyższe miało być niezgodnie z pkt 6 załącznika nr 2 do SIWZ, „szczegółowy opis przedmiotu zamówienia i jego zakres wraz z uwarunkowaniami techniczno – organizacyjnymi”. Zamawiający w pkt 6 ww. załącznika wskazał:

1. Wykonawca lub podwykonawca zobowiązany jest w okresie realizacji zamówienia do zatrudnienia na podstawie umowy o pracę w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 26 czerwca 1974r. - Kodeks pracy następujących osób wykonujących powierzone czynności w zakresie realizacji zamówienia:

– operatorzy sprzętu budowlanego – (operatorzy koparek kołowych lub gąsienicowych minimum klasy III),

– operatorzy sprzętu budowlanego np. ładowarki kołowe jednonaczyniowe - (operatorzy ładowarek jednonaczyniowych).

– pracowników budowlanych biorących bezpośredni udział w robotach rozbiórkowych za wyjątkiem kierownika budowy oraz pracowników obsługujących środki transportu.

2. Wykaz pracowników wykonujących czynności w trakcie realizacji zamówienia związanych z przedmiotem umowy będzie stanowił załącznik do umowy.

Jak wynikało z przywołanego ust. 1 postanowienia SIWZ, obowiązek zatrudnienia wskazanych osób na podstawie umowy o pracę wyraźnie i jednoznacznie powiązано z etapem realizacji zamówienia. Ponadto w ust. 2 powołanego postanowienia również jednoznacznie wskazano, że wykaz pracowników będzie stanowił załącznik do umowy.

Powyższe znajdowało też potwierdzenie w postanowieniach wzoru umowy w sprawie zamówienia publicznego. W § 5 wzoru umowy zamawiający przewidział, co następuje:

Pracownicy Wykonawcy

1. Wykonawca lub podwykonawca w okresie realizacji zamówienia zatrudni na podstawie umowy o pracę w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 26 czerwca 1974r.- Kodeks pracy osoby wykonujące powierzone czynności w zakresie realizacji każdej Części zamówienia, a szczególnie

- operatorzy sprzętu budowlanego – (operatorzy koparek kołowych lub gąsienicowych minimum klasy III),*
- operatorzy sprzętu budowlanego np. ładowarki kołowe jednonaczyniowe - (operatorzy ładowarek jednonaczyniowych).*
- pracowników budowlanych biorących bezpośredni udział w robotach rozbiórkowych za wyjątkiem kierownika budowy oraz pracowników obsługujących środki transportu.*

2. Wykonawca w terminie do 10 dni kalendarzowych, licząc od dnia zawarcia niniejszej umowy, jest zobowiązany do przedstawienia Zamawiającemu oświadczenia potwierdzającego sposób zatrudnienia tych osób (tj. na podstawie umowy o pracę), a także oświadczenia tych osób, że są zatrudnione na podstawie umowy o pracę- w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 26 czerwca 1974r.- Kodeks pracy, przez cały okres realizacji przedmiotu zamówienia.

Jak wynikało z powyższego, również postanowienia wzoru umowy wprost łączyły obowiązek zatrudnienia wskazanych osób na podstawie umowy o pracę z etapem realizacji umowy.

Zdaniem Izby odwołujący formułując zarzuty odwołania pomylił postanowienia SIWZ zawierające warunki udziału w postępowaniu z opisem sposobu realizacji zamówienia. Pierwsze postanowienia stanowią warunek dopuszczający wykonawców do złożenia oferty i muszą być spełnione na moment ofertowania. W tym zakresie zaś zamawiający nie stawiał żadnych ograniczeń co do podstawy prawnej dysponowania operatorami sprzętu. Z kolei zaś pkt 6 załącznika nr 2 do SIWZ ewidentnie odnosił się do etapu realizacji umowy. Wymogi zawarte w tym postanowieniu wykonawca będzie musiał spełnić dopiero w momencie zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Kierując się powyższymi rozważaniami zarzut uznano za chybiony.

Bezzasadny okazał się także zarzut dotyczący zaniechania wykluczenia z udziału wykonawcy Complex z powodu podania w wykazie robót niezgodnej z rzeczywistością informacji, jakoby firma Complex w 2017 r. na zlecenie Wabud, K. W. brała udział w demontażu torowisk, podkładów i rozjazdów na terenie KWK Pszów.

Zgodnie z warunkiem udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 5.3.1 lit. c SIWZ, wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia zobowiązani byli wykazać się *należyтым wykonaniem robót budowlanych w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, w ramach jednej lub kilku umów polegających na wykonaniu robót modernizacyjnych lub remontowych lub rozbiórkowych bocznic/bocznicy kolejowej wraz z infrastrukturą o wartości nie mniejszej niż: dla części I – 450 000,00 zł brutto, dla części II - 450 000,00 zł brutto*

Celem wykazania ww. warunku wykonawca Complex przy piśmie z dnia 2 listopada 2020 r. złożył wykaz robót. W wykazie tym powołał się na swe doświadczenie wynikające z wykonania roboty określonej jako rozbiórka torowisk, demontaż podkładów, rozebranie rozjazdów, wykonanej w KWK Anna w Pszowie na rzecz Firmy Wabud K. W., w okresie od września 2017 r. do listopada 2017 r., o wartości 1.049.190 zł brutto. Do wykazu załączono referencje z 18 grudnia 2017 r. wystawione przez Firmę Wabud K. W., w których podmiot ten zaświadcza, że P.H.U Complex wykonała na terenie KWK Anna w Pszowie prace rozbiórkowe o wartości 853.000 zł netto, brutto 1.049.190 zł.

Odwołujący w treści odwołania oświadczył jedynie, że ma wiedzę, jakoby firma Wabud K. W., pomimo udzielenia referencji firmie Complex, jednak nie podzlecała jej zakresu swoich prac na ww. inwestycji. Na uwagę zasługiwał fakt, że odwołujący na potwierdzenie swoich twierdzeń nie przedstawił Izbie żadnego dowodu. Zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp, strony są zobowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. W myśl przepisu art. 6 KC w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp, *ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne*. Nie ulegało wątpliwości, że ciężar dowodu, iż wykonawca Complex złożył zamawiającemu niezgodne z rzeczywistością oświadczenia spoczywał w analizowanej sprawie na odwołującym. To on bowiem z faktu tego wywodził skutek prawny w postaci konieczności wykluczenia wykonawcy Complex z udziału w postępowaniu. Zdaniem Izby odwołujący ciężaru tego nie udźwignął. Niewystarczające okazało się złożenie w charakterze dowodu zawiadomienia o możliwości popełnienia przestępstwa, jakie odwołujący w dniu 17 listopada 2020 r. złożył do Prokuratury Rejonowej w Bytomiu. Podkreślenia wymagało, że do ww. zawiadomienia nie załączono żadnych dowodów, które mogłyby być przedmiotem jakichkolwiek ustaleń przez Izbę. Konsekwencją nieudowodnienia zarzutu była zaś konieczność jego oddalenia jako bezzasadnego. W związku z powyższym - w braku dowodu przeciwnego – należało uznać, że wykonawca Complex wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 5.3.1 lit. c SIWZ.

W dalszej kolejności należało odnieść się do zarzutu niedopuszczalnej zmiany podmiotu trzeciego, na zasoby którego wykonawca Complex powołał się celem wykazania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 5.3.1 lit. c SIWZ.

Rzeczywiście dopiero w wykazie robót z dnia 2 listopada 2020 r. wykonawca Complex powołał się na zasób doświadczenia podmiotu trzeciego - firmy Foxmet w postaci likwidacji bocznicy kolejowej wraz z infrastrukturą w KWK Kazimierz Juliusz w Sosnowcu., wykonanej na rzecz SRK S.A. w okresie od października do grudnia 2019 r., o wartości 553.063,95 zł brutto.

Faktem jest też, że w dokumentach i oświadczeniach złożonych przez wykonawcę Complex wraz z ofertą, wykonawca ten nie wskazał, że celem wykazania warunku z pkt 5.3.1 lit. c SIWZ będzie polegał na zasobach jakichkolwiek podmiotów trzecich. Złożył wprawdzie oświadczenie, że celem wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu polega na zasobie Zakładu Usług Specjalistycznych R. S., Żory. Dostrzeżenia wymagało jednak, że opisując przekazywany zasób wskazał jedynie na „*wywóz podkładów kolejowych i udostępnienia samochodu ciężarowego*”, które nie łączyły się z warunkiem udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 5.3.1 lit. c SIWZ. Z powyższego należało wnioskować, że w pozostałym zakresie wykonawca Complex zamierzał samodzielnie wykazywać spełnienie warunków udziału w postępowaniu.

W tej sytuacji, wobec pierwotnej deklaracji o samodzielnym spełnianiu warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 5.3.1 lit. c SIWZ, niedopuszczalnym było późniejsze powołanie się w tym zakresie na zasób doświadczenia wykonawcy Foxmet. W wyroku w sprawie Esaprojekt. 4 maja 2017 r. Trybunał Sprawiedliwości UE w wyroku w sprawie o sygn. akt C -387/14 (Esaprojekt przeciwko Województwu Łódzkiemu) wyraził pogląd, że *artykuł 51 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi w związku z art. 2 tej dyrektywy należy interpretować w ten sposób, że stoi on na przeszkodzie temu, by po upływie terminu zgłoszeń do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykonawca przekazał instytucji zamawiającej, w celu wykazania, że spełnia on warunki uczestnictwa w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, dokumenty, których nie zawierała jego pierwotna oferta, takie jak umowa zamówienia zrealizowanego przez podmiot trzeci oraz jego zobowiązanie do oddania do dyspozycji tego wykonawcy zdolności i środków niezbędnych do realizacji rozpatrywanego zamówienia.* (wyrok dostępny na stronie internetowej UZP https://www.uzp.gov.pl/__data/assets/pdf_file/0020/34652/Orzeczenie_C-387_14.pdf).

Wyrok ten zapadł na tle przepisów poprzedniej dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania

zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. U. 2004 L 134, s. 114). Jednakże, wyrok ten powinien być wskazówką wyznaczającą dopuszczalność poprawiania i uzupełniania ofert także obecnie, pod rządami dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/WE z 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE. Dostrzeżenia wymagało, że omawiany wyrok został wydany na tle zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, które w dalszym ciągu pozostały głównymi zasadami dyrektywy 2014/24/WE (por. art. 18 ust. 1 dyrektywy 2014/24/WE i art. 2 dyrektywy 2004/18/WE). Nie uległy także zmianie zasady uzupełniania i wyjaśniania dokumentów (art. 51 dyrektywy 2004/18/WE i art. 56 ust. 3 dyrektywy 2014/24/WE).

Przepis art. 63 dyrektywy 2014/24/WE stanowi wyjątek od zasady, jaką jest niezmiennalność ofert, w tym pod względem podmiotowym, wywodzona konsekwentnie przez Trybunał w kolejnych wyrokach z zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji oraz przejrzystości i która została wyraźnie wyartykułowana nie tylko w art. 7 ust. 1 Pzp, ale także w art. 87 ust. 1 zd. 2 Pzp. Co więcej, w art. 56 ust. 3 nowej dyrektywy wskazano wyraźnie, że jeżeli informacje lub dokumentacja złożone przez wykonawców są lub wydają się niekompletne lub błędne, lub gdy brakuje konkretnych dokumentów, instytucje zamawiające mogą – chyba że przepisy krajowe wdrażające niniejszą dyrektywę stanowią inaczej – zażądać, aby wykonawcy złożyli, uzupełnili, doprecyzowali lub skompletowali te informacje lub dokumentację w odpowiednim terminie, pod warunkiem pełnego poszanowania zasad równego traktowania i przejrzystości. Jak wynika z przywołanego przepisu, wszelkie próby poprawiania lub uzupełniania ofert prawodawca unijny w dalszym ciągu reglamentuje i uzależnia od pełnego poszanowania zasad równego traktowania i przejrzystości.

Z wyroku tego wynika, że wykonawca, który pierwotnie zamierzał samodzielnie wykazać spełnianie warunku nie może następnie wprowadzać, celem wykazania warunku, nowego podmiotu trzeciego, gdyż stanowi to o niedopuszczalnej zmianie oferty.

Jednakże, powyższe nie prowadziło jeszcze do wniosku, że wykonawca Complex nie wykazał warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 5.3.1 lit. c SIWZ. Jak wcześniej wskazano, wykonawca Complex wykazał samodzielne spełnianie ww. warunku w udziału w postępowaniu przez przedstawienie referencji firmy Wabud K. W. . W tej sytuacji zasób wiedzy i doświadczenia wykonawcy Foxmet nie był mu potrzebny celem wykazania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 5.3.1 lit. c SIWZ. Kierując się powyższymi rozważaniami zarzut podlegał zatem oddaleniu.

Chybiony okazał się zarzut zaniechania wykluczenia wykonawcy Complex z powodu niewykazania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 5.3.1. lit. b SIWZ. Zgodnie z tym warunkiem zamawiający wymagał od wykonawców wykazania się dysponowaniem potencjałem technicznym w zakresie sprzętu niezbędnego do realizacji

zadania objętego zamówieniem w części I: koparki dwudrogowej lub koparki kołowej/gąsienicowej z osprzętem - min. 1 szt.

Wykonawca Complex, wezwany do wykazania warunku, w dniu 2 listopada 2020 r. złożył wykaz sprzętu, w którym oświadczył, że dysponuje koparką kołową / gąsienicową z osprzętem – 1 szt., będącą jego własnością.

Jak wynikało z powyższego, rzeczywiście wykonawca Complex nie sprecyzował w wykazie czy dysponuje koparką kołową czy gąsienicową. Jednakże niezależnie od tego, którą z koparek wykonawca dysponuje, warunek należało uznać za spełniony. Aby wykazać spełnienie warunku konieczne było bowiem dysponowanie 1 sztuką koparki kołowej lub 1 sztuką koparki gąsienicowej. Dodatkowo na uwagę zasługiwał fakt, że wyjaśnieniach składanych zamawianemu w toku postępowania w dniach 12 października i 21 października 2020 r. wykonawca Complex dwukrotnie oświadczył zamawiającemu, że dysponuje zarówno koparkami kołowymi, jak i gąsienicowymi. Co istotne, w odniesieniu do obu rodzajów koparek wykonawca posłużył się liczbą mnogą. Ponadto oświadczył, że ten sprzęt zostanie użyty do wykonania prac w ramach realizacji zamówienia. W tej sytuacji przejawem zbytniego formalizmu byłoby nakazywanie zamawiającemu wystosowania do wykonawcy kolejnego wezwania do składania dodatkowych wyjaśnień w tym zakresie. Kierując się powyższymi rozważaniami, zarzut uznano za bezzasadny.

Stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie.* Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 2 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do oddalenia części odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 1 i 3 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło odpowiednio umorzenia części postępowania odwoławczego i kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (pkt 2 sentencji) i formalnym (pkt 1, 3 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, *Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Z ww. przepisu wynika, że powodem uwzględnienia odwołania może być stwierdzenie jedynie kwalifikowanego naruszenia ustawy Pzp, a mianowicie takiego, które wywiera lub może

wywrzeć istotny wpływ na wynik postępowania. W analizowanej sprawie, w zakresie rozpatrywanym merytorycznie, nie stwierdzono żadnych naruszeń ustawy Pzp, co musiało skutkować oddaleniem odwołania. Wobec powyższego, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 2 sentencji.

Odnosnie części postępowania odwoławczego, która podlegała umorzeniu, na podstawie art. 192 ust. 1 zd. 2 w zw. z art. 187 ust. 8 zd. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego*. Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, *strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6*. Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „*obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)*” Jarosław Jerzykowski, *Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych*, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. *Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI*.

Jak wynika z postanowienia Sądu Okręgowego w Gliwicach z 20 lipca 2016 r. sygn. akt X Ga 280/16 – w przypadku rozstrzygnięcia, w którym część odwołania wniesionego do Krajowej Izby Odwoławczej zostaje oddalona, zaś część uwzględniona zasada odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego oznacza obowiązek stosunkowego rozdzielenia kosztów postępowania odwoławczego w takiej części, w jakiej odwołanie odniosło skutek. Identyczny pogląd wyrażono w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 22 stycznia 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 1992/15, w postanowieniu Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 3 października 2013 r. sygn. akt X Ga 286/13, wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 29 listopada 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 880/16, wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu z 17 listopada 2016 r. sygn. akt X Ga 653/16, postanowieniu Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 12 grudnia 2017 r. sygn. akt XXIII Ga 1886/17.

W niniejszej sprawie Izba – co wynika z sentencji orzeczenia – odwołanie, w zakresie rozpatrywanym merytorycznie, okazało się bezzasadne. Kosztami postępowania obciążono zatem w całości odwołującego. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego w wysokości 10.000 zł.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1 oraz § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady

Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: