

**WYROK**

**z dnia 16 lipca 2019 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Ewa Sikorska**

**Protokolant: Piotr Cegłowski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 lipca 2019 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 lipca 2019 r. przez **MWM Elektro Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Trzebini** w postępowaniu prowadzonym przez **Kopalnię Soli „Wieliczka” Spółka Akcyjna w Wieliczce**

przy udziale wykonawcy **Demetrix Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa w Piekarach Śląskich**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **zamawiającego**

**orzeka:**

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża **MWM Elektro Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Trzebini** i
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **MWM Elektro Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Trzebini** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od **MWM Elektro Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Trzebini** na rzecz **Kopalni Soli „Wieliczka” Spółka Akcyjna w Wieliczce** kwotę **202 zł 10 gr** (słownie: dwieście dwa złote dziesięć groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu dojazdu na posiedzenie Izby,
3. oddala wniosek **Demetrix Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa w Piekarach Śląskich** o zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego poniesionych z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 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 **Krakowie**.

.....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – Kopalnia Soli „Wieliczka” SA w Wieliczce – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest wykonanie modernizacji stacji wentylatorów przy szybie Wilson w Kopalni Soli „Wieliczka”.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 roku, poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 1 lipca 2019 roku wykonawca MWM Elektro Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Trzebini (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego, polegających na:

1) dokonaniu wyboru oferty złożonej przez Demetrix Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Piekarach Śląskich (dalej: „Demetrix” lub „przystępujący”) w sytuacji, gdy wykonawca ten winien podlegać wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy P.z.p., a złożona przez niego oferta winna zostać uznana za odrzuconą w oparciu o przepis art. 24 ust. 4 ustawy P.z.p.;

2) zaniechaniu wykluczenia Demetrix z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 lub pkt 17 ustawy P.z.p., gdyż wykonawca ten celowo lub wskutek rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, iż spełnia warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt VI.1.3 ppkt [b] specyfikacji istotnych warunków zamówienia (s.i.w.z.) bądź - wskutek lekkomyślności lub niedbalstwa - przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, a - w konsekwencji - zaniechanie uznania oferty Demetrix za odrzuconą w oparciu o przepis art. 24 ust. 4 ustawy P.z.p.;

ewentualnie, na wypadek przyjęcia przez KIO, iż brak było na tym etapie podstaw do wykluczenia Demetrix z postępowania i odrzucenia jego oferty:

3) dokonaniu wyboru oferty złożonej przez Demetrix, mimo iż wykonawca ten nie wykazał, iż spełnia warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt VI.1.3 ppkt [b] s.i.w.z.;

[4] zaniechaniu zamawiającego wezwania Demetrix do uzupełnienia dokumentów potwierdzających, iż wykonawca ten spełnia warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt VI.1.3 ppkt [b] s.i.w.z., mimo, że przedłożone przez Demetrix dokumenty nie potwierdzały, iż Demetrix spełnia ten warunek;

[5] zaniechanie wyboru, jako najkorzystniejszej oferty odwołującego, która jest ofertą najkorzystniejszą w świetle kryteriów oceny ofert określonych przez zamawiającego w s.i.w.z. i nie podlega odrzuceniu.

W tym stanie rzeczy odwołujący zarzuca:

[a] naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 16 lub pkt 17 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy P.z.p., poprzez ich bezpodstawne niezastosowanie i - w konsekwencji - zaniechanie wykluczenia Demetrix z Postępowania, mimo że wykonawca ten celowo lub wskutek rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, iż spełnia warunek udziału w Postępowaniu, o którym mowa w pkt VI.1.3 ppkt [b] s.i.w.z. bądź przedstawił - w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa - informacje wprowadzające zamawiającego w błąd, iż nie podlega wykluczeniu i spełnia warunki udziału w postępowaniu, które to informacje miały istotny wpływ na decyzje zamawiającego w postępowaniu oraz zaniechanie zastosowania art. 24 ust. 4 ustawy P.z.p. i uznania oferty Demetrix za odrzuconą;

ewentualnie (na wypadek uznania przez KIO, że brak było na tym etapie podstaw do wykluczenia Demetrix z postępowania):

[b] naruszenie art. 7 ust. 1 i ust. 3 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 P.z.p., poprzez ich błędne zastosowanie w sprawie, a - konsekwencji - błędne przyjęcie, że Demetrix wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt VI.1.3 ppkt b s.i.w.z. i dokonanie wyboru wykonawcy, który nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu;

[c] naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p., poprzez zaniechanie jego zastosowania, a - w konsekwencji - zaniechanie wezwania Demetrix do uzupełnienia dokumentów, o którym mowa w pkt VIII.7.4 s.i.w.z., mimo, iż „Wykaz robót” i referencje z dnia 16.07.2015 roku, złożone zamawiającemu, nie potwierdzały, iż Demetrix spełnia warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt VI.1.3 ppkt b s.i.w.z.

Odwołujący wnosi o dopuszczenie dowodów wnioskowanych w treści odwołania oraz na rozprawie, a także uwzględnienie odwołania oraz:

[A] nakazanie unieważnienia czynności wyboru oferty Demetrix, jako najkorzystniejszej oferty w postępowaniu;

[B] nakazanie zamawiającemu wykluczenia Demetrix z udziału w postępowaniu;

ewentualnie (na wypadek przyjęcia przez KIO, iż brak było podstaw do wykluczenia Demetrix):

[C] nakazanie zamawiającemu wezwanie Demetrix do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt VI.1.3 ppkt b s.i.w.z.;

[D] nakazanie zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert złożonych w postępowaniu;

[E] obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania wraz z kosztami zastępstwa radcowskiego, które będą wynikać z faktury VAT, która zostanie złożona do akt postępowania podczas rozprawy.

Odwołujący podniósł, że ma interes we wniesieniu odwołania, gdyż - gdyby zamawiający nie naruszył przepisów ustawy P.z.p., oferta odwołującego winna być uznana za ofertę najkorzystniejszą w postępowaniu i odwołujący miałby szansę na osiągnięcie korzyści ekonomicznych z realizacji niniejszego zamówienia. Tymczasem, wskutek naruszeń, których dopuścił się zamawiający, wskazanych w *petitum* odwołania, oferta odwołującego nie została wybrana, a odwołujący poniesie z tego tytułu szkodę. Tak więc jedynym środkiem prawnym, przy pomocy którego można usunąć stan niezgodności z prawem, jest wniesienie niniejszego odwołania, co przesądza, że obie przesłanki z art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p. zostały spełnione.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z pkt VI.1.3 ppkt b s.i.w.z., o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunek dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej, polegający na wykonaniu w okresie ostatnich 5 lat, przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie: co najmniej jednej roboty budowlanej obejmującej zakresem budowę lub przebudowę obiektów budowlanych bądź obiektów podstawowych na powierzchni zakładu górniczego o wartości łącznej nie mniejszej niż 2 mln zł brutto.

Demetrix dołączył do oferty oświadczenia, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu i nie podlega wykluczeniu (s. 21 i s. 24 oferty Demetrix).

W dniu 23.05.2019 roku Demetrix został wezwany przez zamawiającego - w trybie określonym w art. 26 ust. 2 ustawy P.z.p. - do złożenia dokumentów potwierdzających, że Demetrix spełnia warunki udziału w postępowaniu (w tym warunek określony w pkt VI.1.3 ppkt b s.i.w.z.) i nie podlega wykluczeniu.

W dniu 27.05. 2019 roku Demetrix złożył u zamawiającego, celem wykazania m.in., że spełnia warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt VI.1.3 ppkt b s.i.w.z. i nie podlega wykluczeniu następujące dokumenty:

[a] wykaz robót z dnia 27.05.2019 roku, w którym wskazał na wykonanie przez konsorcjum w składzie: [1] Termowent Technology; [2] Demetrix Sp. z o.o. Sp. k. oraz [3] ABB Sp. z o.o. w okresie od dnia 15.05.2014 roku do 16.07.2015 roku robót budowlanych w ramach zadania:

Modernizacja i rozbudowa stacji wentylatorów głównych przy Szybie nr III na terenie KWK Krupiński JSW S.A. o wartości 2 583 000,00 PLN brutto;

[b] referencję z dnia 16.07.2015 roku, w której wskazano, że konsorcjum firm: [1] Termowent Technology; [2] Demetrix Sp. z o.o. i [3] ABB Sp. z o.o. od maja 2014 roku realizuje zadanie inwestycyjne pod nazwą: Modernizacja i rozbudowa stacji wentylatorów głównych przy Szybie nr HI na terenie KWK Krupiński JSW S.A, zgodnie z umową nr 031400314 z dnia 15.05.2014 roku; wystawca referencji wskazał, że do dnia jej wystawienia wykonano m. in. roboty budowlane o wartości netto 2 100 000,00 PLN netto;

W dniu 10.06.2019 roku zamawiający zwrócił się do Demetrix - w trybie art. 26 ust. 4 ustawy P.z.p. - o udzielenie wyjaśnień w zakresie zakresu robót budowlanych, wykonanych w ramach inwestycji wskazanej w wykazie robót. Zamawiający wskazał m. in. w wezwaniu, że „z uwagi na fakt, że przedłożone przez Państwa dokumenty nie wskazują jednoznacznie, że Państwo [Demetrix i Termowent Technology P. J.] wykonali roboty budowlane łącznie na kwotę 2 mln PLN brutto oraz że roboty zostały prawidłowo ukończone, zwracamy się o złożenie stosownych wyjaśnień, celem potwierdzenia wymaganych zapisami SIWZ informacji. Prosimy o wskazanie, jakie roboty i o jakiej wartości zostały przez Państwa zrealizowane oraz potwierdzenie, że roboty te zostały ukończone [np. poprzez przedstawienie protokołów odbioru robót].

W dniu 13.06.2019 roku Demetrix udzielił wyjaśnień, w których określił podział robót pomiędzy członkami konsorcjum oraz stwierdził, że: w zakresie wartości zrealizowanych robót, wykonawca potwierdza, że wartość wykonanych robót opiewa na wartość wskazaną w wykazie zamówień{...}. Co do prawidłowego zakończenia robót, Demetrix wskazał, że: roboty zostały prawidłowo ukończone, na co wskazuje przedstawiony zamawiającemu dokument referencyjny(...). Demetrix złożył również zamawiającemu protokoły odbioru robót, które wskazał w wykazie robót, obejmujące następujące pozycje i następujących wartościach:

[a] protokół z 3.12.2014 roku, obejmujący: Prace przygotowawcze i adaptacyjne związane z budową kanału [m. in. wzmocnienie gruntów] na kwotę 360 000,00 PLN netto;

[b] protokół z 30.01.2015 roku, obejmujący: Wykonanie kanału wentylacyjnego - część naziemna na kwotę 360 000,00 PLN netto;

[c] protokół z 31.03.2015 roku, obejmujący: Zmianę podparcia belek podtrzonowych, przebudowę fundamentów budynku nadszybia na kwotę 360 000,00 PLN netto;

[d] protokół z 30.04.2015 roku, obejmujący: Prace przygotowawcze związane z budową stacji wentylatorów nr 4 i nr 5 wraz z robotami ziemnymi - zgodnie z pozycją II pkt 3 harmonogramu rzeczowo-finansowego na kwotę 320 000,00 PLN netto;

[e] protokół z 29.06.2015 roku, obejmujący: Wykonanie fundamentów wentylatorów i silników napędowych - zgodnie z pozycją V pkt 11 harmonogramu rzeczowo-finansowego na kwotę 600 000,00 PLN netto;

[f] protokół z 30.06.2015 roku, obejmujący: Wykonanie dolnej [betonowej] części obudowy wentylatorów nr 4 i nr 5 - zgodnie z pozycją V pkt 5 harmonogramu rzeczowo-finansowego na kwotę 100 000,00 PLN netto;

Łączna wartość robót budowlanych objętych protokołami odbioru dołączonymi przez Demetrix do pisma z dnia 13.06.2019 roku wynosiła 2 100 000,00 PLN netto i była tożsama z wartością wskazaną w referencji z dnia 16.07.2015 roku.

W dniu 25.06.2019 roku zamawiający przesłał wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu informację o wyborze oferty Demetrix, z czego wynika, że zamawiający uznał, że roboty wskazane przez Demetrix w Wykazie robót potwierdzają, iż Demetrix spełnia warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt VI.1.3 ppkt b ustawy P.z.p.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy P.z.p., poprzez ich bezpodstawne niezastosowanie i - w konsekwencji - zaniechanie wykluczenia Demetrix z postępowania, mimo, że wykonawca ten celowo lub wskutek rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, iż spełnia warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt VI.1.3 ppkt b s.i.w.z. bądź przedstawił - w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa - informacje wprowadzające zamawiającego w błąd, że nie podlega wykluczeniu i spełnia warunki udziału w postępowaniu, które miały istotny wpływ na decyzje zamawiającego w postępowaniu oraz zaniechanie zastosowania art. 24 ust. 4 ustawy P.z.p. i uznania oferty Demetrix za odrzuconą, odwołujący podniósł, że Demetrix przedstawił zamawiającemu nieprawdziwe informacje odnośnie przedmiotu robót budowlanych, ujętych w wykazie robót i w referencji z dnia 16.07.2015 roku, które wprowadziły zamawiającego w błąd, czego efektem jest wybór oferty Demetrix z naruszeniem przepisów ustawy P.z.p.

Odwołujący podkreślił, że informacją nieprawdziwą jest informacja, jakoby roboty budowlane wykonane w ramach inwestycji wskazanej w „Wykazie robót” polegały na budowie lub przebudowie kompletnych obiektów budowlanych (bądź obiektów podstawowych), podczas gdy faktycznie wykonano wyłącznie ich fragmenty, a więc budowa/przebudowa nie została ukończona, ich ukończenie Demetrix jednoznacznie potwierdził zarówno w wykazie robót, jak i w wyjaśnieniach z dnia 13.06.2019 roku.

Celem wykazania, iż w ramach inwestycji przywołanej w wykazie robót wykonano wyłącznie fragmenty budowy/przebudowy obiektów budowlanych (bądź obiektów

podstawowych) odwołujący przywołał opis przedmiotu zamówienia oraz harmonogram finansowo-rzeczowy dla tej inwestycji, z których jednoznacznie wynika, że żadna z przywołanych robót nie stanowi samodzielnego obiektu budowlanego (bądź obiektu podstawowego), a przywołane roboty polegały wyłącznie na wykonaniu fragmentów (etapów) robót polegających na budowie/przebudowie obiektów budowlanych lub obiektów podstawowych. Zakres przedmiotowy robót budowlanych realizowanych na inwestycji, która została wskazana w wykazie robót polegał natomiast na wykonaniu robót budowlanych „pod klucz”.

W ocenie odwołującego, nie sposób uznać, jakoby Demetrix, jako bezpośredni wykonawca robót, mógł nie wiedzieć, iż roboty, które przywołał jako odpowiadające warunkowi udziału w postępowaniu z pkt VI.1.3 ppkt b s.i.w.z. nie polegały na wykonaniu całości robót składających się na budowę/przebudowę obiektów budowlanych (obiektów podstawowych), co uzasadnia przypisanie mu celowego działania w zakresie wprowadzenia zamawiającego w błąd, co do spełnienia warunku udziału w postępowaniu i uzasadnia zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy P.z.p.. Nawet natomiast, gdyby faktycznie Demetrix nie miał takiej wiedzy, świadczy to wyłącznie o tym, iż składając oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, wykaz robót i referencję z dnia 16.07.2015 roku nie dochował należytej staranności, co uzasadnia zastosowanie normy określonej w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy P.z.p. Z uwagi na to, iż zamawiający pominął, iż Demetrix przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, doszło do naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 lub pkt 17 ustawy p.z.p., co czyni odwołanie zasadnym i celowym.

Z ostrożności procesowej, na wypadek, gdyby KIO uznała, iż nie ma podstaw do formułowania zarzutu przedstawienia nieprawdziwych informacji (czemu odwołujący co do zasady przeczy), odwołujący podniósł zarzut dokonania wyboru oferty wykonawcy, który nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, co stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 i ust. 3 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy p.z.p..

W zakresie zarzutu naruszenie art. 7 ust. 1 i ust. 3 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. poprzez ich błędne zastosowanie w sprawie, a - konsekwencji - błędne przyjęcie, że Demetrix wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt VI.1.3 ppkt b s.i.w.z. i dokonanie wyboru wykonawcy, który nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, odwołujący podkreślił, iż ocena zamawiającego, co do tego, iż Demetrix wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt VI.1.3 ppkt b s.i.w.z. była błędna i - w konsekwencji - zamawiający dokonał wyboru oferty Demetrix w sposób sprzeczny z przepisami P.z.p., gdyż wybrał wykonawcę, który nie wykazał, iż legitymuje się doświadczeniem niezbędnym - zdaniem zamawiającego - do należytej realizacji



zamówienia. Dokonał zatem wyboru w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równej pozycji wykonawców w postępowaniu oraz naruszył art. 7 ust. 3 ustawy P.z.p., gdyż dokonał wyboru w sposób sprzeczny z przepisami PZP, w szczególności normą

Odwołujący stwierdził, że zamawiający pominął, iż roboty budowlane, o których mowa w wykazie robót i referencji z dnia 16.07.2015 roku nie stanowią - jak zamawiający wymagał w pkt VI.1.3 ppkt b s.i.w.z - budowy lub przebudowy obiektów budowlanych bądź obiektów podstawowych na powierzchni zakładu górniczego o wartości łącznej nie mniejszej niż 2 mln zł [brutto] tj. nie spełniają warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający dokonał błędnej oceny charakteru robót, które ujęto w wykazie robót i w referencji z dnia 16.07.2015 roku, gdyż pominął następujące okoliczności:

[a] po pierwsze, robota ujęta w protokole z 3.12.2014 roku, obejmująca: Prace przygotowawcze i adaptacyjne związane z budową kanału [m. in. wzmocnienie gruntów] na kwotę 360 000,00 PLN netto nie stanowi budowy lub przebudowy obiektu budowlanego bądź obiektu podstawowego, gdyż jest wyłącznie elementem (fazą) budowy obiektu budowlanego w postaci kanału wentylacyjnego, a budowa tego obiektu budowlanego nie została ukończona;

[b] po drugie, robota ujęta w protokole z 30.01.2015 roku, obejmująca: Wykonanie kanału wentylacyjnego - część naziemna na kwotę 360 000,00 PLN netto nie stanowi budowy lub przebudowy obiektu budowlanego bądź obiektu podstawowego, gdyż jest wyłącznie elementem [fazą] budowy obiektu budowlanego w postaci kanału wentylacyjnego, a budowa tego obiektu nie została ukończona;

[c] po drugie, robota ujęta w protokole z 31.03.2015 roku, obejmująca: Zmianę podparcia belek podtrzonowych, przebudowę fundamentów budynku nadszybia na kwotę 360 000,00 PLN netto nie stanowi budowy lub przebudowy obiektu budowlanego bądź obiektu podstawowego, gdyż jest wyłącznie elementem (fazą) przebudowy obiektu podstawowego w postaci budynku nadszybia, a przebudowa tego obiektu budowlanego nie została ukończona;

[d] po trzecie, robota ujęta w protokole z 30.04.2015 roku, obejmująca: Prace przygotowawcze związane z budową stacji wentylatorów nr 4 i nr 5 wraz z robotami ziemnymi - zgodnie z pozycją U pkt 3 harmonogramu rzeczowo- finansowego na kwotę 320 000,00 PLN netto nie stanowi budowy lub przebudowy obiektu budowlanego bądź obiektu podstawowego, gdyż jest wyłącznie elementem (fazą) budowy obiektu podstawowego w postaci stacji wentylatorów, a budowa tego obiektu nie została ukończona;

[e] po czwarte, robota ujęta w protokole z 29.06.2015 roku, obejmująca: Wykonanie fundamentów wentylatorów i silników napędowych - zgodnie z pozycją V pkt 11 harmonogramu rzeczowo-finansowego na kwotę 600 000,00 PLN netto nie stanowi budowy

lub przebudowy obiektu budowlanego bądź obiektu podstawowego, gdyż jest wyłącznie elementem [fazą] budowy obiektu podstawowego w postaci stacji wentylatorów, a budowa tego obiektu nie została ukończona;

[f] po piąte, robota ujęta w protokole z 30.06.2015 roku, obejmująca: Wykonanie dolnej [betonowej] części obudowy wentylatorów nr 4 i nr 5 - zgodnie z pozycją V pkt 5 harmonogramu rzeczowo-finansowego na kwotę 100 000,00 PLN netto nie stanowi budowy lub przebudowy obiektu budowlanego bądź obiektu podstawowego, gdyż jest wyłącznie elementem [fazą] budowy obiektu podstawowego w postaci stacji wentylatorów, a budowa tego obiektu nie została ukończona.

W ocenie odwołującego, z powyższego wynika, że Demetrix nie wykonał w ramach inwestycji przywołanej w wykazie robót żadnej roboty budowlanej polegającej na budowie lub przebudowie obiektu budowlanego lub obiektu podstawowego, gdyż wszystkie roboty, które zostały wykonane stanowią wyłącznie elementy budowy lub przebudowy obiektów, które miały być wykonane w ramach tej inwestycji. Demetrix mógłby przywołać te roboty celem wykazania warunku udziału w Postępowaniu wyłącznie w przypadku, gdyby wykonał budowę/przebudowę kompletnych obiektów przewidzianych do realizacji w ramach tej inwestycji tj. np. zakończył przebudowę budynku nadszybia [a nie jedynie jej element tj. przebudowę fundamentów budynku nadszybia] lub np. budowę budynku stacji wentylatorów (a nie jedynie jej element tj. roboty ziemne konieczne do budowy stacji wentylatorów). Z uwagi jednak na to, że realizacja inwestycji wskazanej w wykazie robót została przerwana Demetrix nie zakończył wykonania żadnego z przywołanych obiektów budowlanych i obiekty te nigdy nie powstały. Demetrix zdążył bowiem wykonać jedynie ich elementy (fazy), które jednak nie stanowią samodzielnych obiektów budowlanych lub obiektów podstawowych. W konsekwencji, żaden z realizowanych w ramach inwestycji przywołanej w wykazie robót obiektów nie został odebrany przez Specjalistyczny Urząd Górniczy w Katowicach i żaden nie został dopuszczony do użytkowania. Z tego względu należało przyjąć, iż Demetrix nie wykazał, iż spełnia warunek udziału w Postępowaniu, o którym mowa w pkt VI.1.3 ppkt b s.i.w.z., gdyż nie ukończył żadnego obiektu budowlanego lub obiektu podstawowego, który realizował w ramach inwestycji określonej w wykazie robót. Zgodnie natomiast z pkt VI.1.3 ppkt b s.i.w.z., zamawiający wymagał wykonania co najmniej jednej roboty budowlanej polegającej na budowie lub przebudowie obiektów budowlanych lub obiektów podstawowych o określonej wartości tj. kompletnego wykonania robót składających się na budowę lub przebudowę tych obiektów, a nie wyłącznie ich fragmentów, elementów, czy faz.

Odwołujący zwrócił w tym zakresie uwagę na cztery aspekty:

Po pierwsze, wynika to z językowego brzmienia pkt VI.1.3. ppkt b s.i.w.z., w którym mowa o budowie lub przebudowie obiektów budowlanych bądź obiektów podstawowych, a nie również o wykonaniu fragmentu, elementu, czy fazy budowy lub przebudowy takich obiektów, co oznacza, iż budowa i przebudowa muszą polegać na wykonaniu wszystkich robót składających się na gotowy obiekt budowlany lub obiekt podstawowy.

Po drugie, w pkt VIII.4 s.i.w.z zamawiający wprost wskazał, że wymaga załączenia dowodów określających czy robota została wykonana należycie, w szczególności informacji o tym czy robota została wykonana zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończona. Z tego wynika, że wykonawca musi się legitymować realizacją robót budowlanych, które prowadziły do powstania gotowego obiektu budowlanego (bądź obiektu podstawowego) po budowie lub przebudowie tj. takiego, który został odebrany przez Specjalistyczny Urząd Górniczy i uzyskał pozwolenie na użytkowanie. Zakończenie robót budowlanych w rozumieniu prawa budowlanego oznacza uzyskanie pozwolenia na użytkowanie obiektu budowlanego lub obiektu podstawowego. Tymczasem, efektem robót ujętych w Wykazie robót nie jest budowa lub przebudowa obiektu budowlanego (bądź obiektu podstawowego), który zostałby odebrany przez Specjalistyczny Urząd Górniczy i uzyskałby pozwolenie na użytkowanie. Obiekty te nigdy bowiem nie powstały, więc nie mogły zostać odebrane przez Specjalistyczny Urząd Górniczy i uzyskać pozwolenia na użytkowanie.

Po trzecie, zamawiający zapytał Demetrix w dniu 10.06.2019 roku, jakie roboty i o jakiej wartości zostały zrealizowane i poprosił o potwierdzenie, że zostały one ukończone. Odwołujący podkreślił, iż gdyby zamawiający akceptował w ramach warunku określonego w pkt VI.1.3 ppkt [b] s.i.w.z. doświadczenie w postaci wykonania jakichkolwiek robót budowlanych tj. nawet polegających na wykonaniu fragmentów obiektów budowlanych, to nie zwróciłby się do Demetrix z żądaniem wyjaśnień w zakresie tego, jakie roboty zostały wykonane i czy zostały ukończone, gdyż nie miało by to znaczenia w świetle przedłożonych dokumentów, z których wynikało, że wykonano roboty budowlane o odpowiedniej wartości. Zamawiający zwrócił się natomiast o wyjaśnienia, gdyż z treści dokumentów nie wynikało, jakie obiekty ukończono, wobec czego żądanie wyjaśnień sprowadzało się do tego, by Demetrix sprecyzował jakie kompletne obiekty budowlane wykonał [ukończył] w ramach inwestycji ujętej w wykazie robót.

Po czwarte, w ocenie odwołującego nie sposób przyjąć, jakoby z pkt VI.1.3 ppkt b s.i.w.z. wynikała możliwość legitymowania się nawet nieukończonymi robotami tj. polegającymi na wykonaniu fragmentu budowy lub przebudowy obiektu budowlanego lub obiektu podstawowego, gdyż byłoby to rażąco nieproporcjonalne z przedmiotem zamówienia. W jego ramach bowiem wykonawca jest obowiązany wykonać kompletne obiekty budowlane

a nie tylko ich fragmenty np. kompletny budynek nadszybia, czy kompletny budynek stacji wentylatorów (por. pkt III.3.3.6 ppkt c s.i.w.z.) i dyfuzorów (por. pkt 111.3.3.6 ppkt e s.i.w.z.), a nie wyłącznie ich fragmenty. Odwołujący podkreślił, iż gdyby zaakceptować możliwość uczestnictwa w postępowaniu podmiotu, który legitymuje się doświadczeniem wyłącznie w zakresie realizacji fragmentów obiektów budowlanych (np. samego fundamentu budynku nadszybia), to zamawiający nie miałby żadnej gwarancji, że wykonawca jest w stanie wykonać kompletny obiekt budowlany, który zostanie odebrany przez Specjalistyczny Urząd Górniczy i uzyska pozwolenie na jego użytkowanie, co przeczy istocie warunku udziału w postępowaniu, którą jest przecież zapewnienie zamawiającemu gwarancji należytej realizacji zamówienia.

W ocenie odwołującego, z tych przyczyn należało uznać, iż roboty wskazane w „Wykazie robót” nie spełniają warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt VI.1.3 ppkt b s.i.w.z. Z uwagi natomiast na to, iż zamawiający uznał odmiennie i dokonał wyboru oferty Demetrix, doszło do naruszenia zasad określonych w art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. i do naruszenia art. 7 ust. 3 ustawy P.z.p., gdyż zamawiający dokonał wyboru oferty w sposób sprzeczny z ustawą P.z.p.. Wybrał bowiem ofertę, złożoną przez wykonawcę, który nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, czym naruszył również art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p.

W zakresie zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 P.z.p. poprzez zaniechanie jego zastosowania, a — w konsekwencji - zaniechanie wezwania Demetrix do uzupełnienia dokumentów potwierdzających, iż wykonawca ten spełnia warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt VI.1.3 ppkt b s.i.w.z., odwołujący podkreślił, iż zarzut ten jest konsekwencją zasadności zarzutu, odnośnie błędnego przyjęcia, iż Demetrix spełnia warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt VI.1.3 ppkt b s.i.w.z. i dokonania wyboru oferty Demetrix w sposób sprzeczny z warunkami określonymi w s.i.w.z. ([tj. mimo, iż Demetrix nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu z pkt VI.1.3 ppkt b s.i.w.z.). Odwołujący podkreślił, iż zamawiający powinien przyjąć, iż dokumenty, które Demetrix przedstawił nie wykazują, iż Demetrix spełnia warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt VI.1.3 ppkt b s.i.w.z., a - w konsekwencji - winien wezwać Demetrix do uzupełnienia dokumentów potwierdzających, że spełnia on warunek udziału w postępowaniu w postaci „zdolności technicznych i zawodowych” tj. wykazu robót, o których mowa w pkt VI.1.3 ppkt b s.i.w.z. i referencji potwierdzających należyte wykonanie robót wskazanych w wykazie. Zgodnie bowiem z art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p., jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do

udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 8 lipca 2019 roku zamawiający wniósł o:

- 1) oddalenie odwołania w całości ze względu na bezzasadność przedstawianych zarzutów,
- 2) obciążenie odwołującego kosztami postępowania oraz zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego zwrotu kosztów według spisu, który zostanie przedstawiony na rozprawie.

Zamawiający oświadczył, że uznaje za prawidłowe i podtrzymuje czynności podjęte w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie modernizacji stacji wentylatorów przy szybie Wilson w Kopalni Soli „Wieliczka”.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy P.z.p., zamawiający stwierdził, że zarzut naruszenia tych przepisów jest bezzasadny.

W pierwszej kolejności zamawiający podniósł, że odwołujący konstruuje odwołanie w oparciu o błędne przekonanie, że zamawiający miał wymagać, aby w ramach wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, wykonawcy mieli wykazać się realizacją robót budowlanych obejmujących wykonanie „kompletnych obiektów” i „samodzielnego obiektu budowlanego bądź obiektu podstawowego” oraz na podstawie nieznanego oparcia w s.i.w.z. założenia, że zamawiający miał wymagać „wykonania co najmniej jednej roboty budowlanej polegającej na budowie lub przebudowie obiektów budowlanych lub obiektów podstawowych o określonej wartości tj. kompletnego wykonania robót składających się na budowę lub przebudowę tych obiektów. a nie wyłącznie ich fragmentów, elementów. czy faz”. Tymczasem wymagania takiego nie sformułowano w s.i.w.z.. Jednocześnie odwołujący błędnie zakłada że wykonanie robót budowlanych będących elementem większej całości nie może zostać zakwalifikowane jako wykonanie robót budowlanych.

Zamawiający podkreślił, że w zakresie warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, jako minimum wymagał wyłącznie „co najmniej jednej roboty budowlanej obejmującej zakresem budowę lub przebudowę obiektów budowlanych bądź obiektów podstawowych na powierzchni zakładu górniczego o wartości nie mniejszej niż 2 mln zł (brutto) wraz z podaniem jej wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotu, na rzecz którego robota

została wykonana, oraz załączeniem dowodów określających czy ta robota została wykonana należycie”,

W ocenie zamawiającego, zapis s.i.w.z. w sposób jednoznaczny – co wynika już z jego literalnego brzmienia – nie ogranicza w żaden sposób charakteru wykonanych robót budowlanych a w szczególności tak, jak chciałby rozumieć to odwołujący. Z treści s.i.w.z. wprost wynika, że zamawiający wymagał wykonania szeroko rozumianych „robót budowlanych”, przy czym roboty te miały być wykonane w zakresie obejmującym „obiekty budowlane lub obiekty podstawowe na powierzchni zakładu górniczego”.

W ocenie zamawiającego co do zasady czy to samodzielnie czy w konsorcjum, w ramach większej inwestycji lub pojedynczych obiektów, ukończonych w całości lub nie, lecz przy tym o określonej minimalnej wartości, w zakresie prac realizowanych i odebranych przez Inwestora (innego zamawiającego) jest całkowicie wystarczające do ustalenia spełnienia przez tego wykonawcę wymagania w zakresie wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej,

W przedmiotowej sprawie przystępujący w zakresie inwestycji obejmującej budowę lub przebudowę obiektów budowlanych bądź obiektów podstawowych na powierzchni zakładu górniczego wykazał się wykonaniem robót budowlanych o wymaganej w s.i.w.z. wartości.

Zamawiający celowo określił wymagania w zakresie warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej w sposób szeroki wiedząc, w oparciu o swoje doświadczenie, że planowana inwestycja jest na tyle specyficzna i rynek wykonawców na tyle ograniczony, że wygórowane warunki udziału w postępowaniu istotnie ograniczyłyby dostęp podmiotów potencjalnie zdolnych do realizacji inwestycji do udziału w postępowaniu i złożenia oferty, a wręcz mogłyby wskazywać tylko jeden podmiot. W ocenie zamawiającego właśnie takie działanie mogłoby naruszać zasady wyrażone w art. 7 ustawy P.z.p., a nie działanie które rzeczywiście w sprawie zostały podjęte.

Odwołujący twierdzi, że wykonawca Demetrix „mógłby przywołać te roboty celem wykazania warunku udziału w postępowaniu wyłącznie w przypadku, gdyby wykonał budowę/przebudowę kompletnych obiektów przewidzianych do realizacji w ramach tej inwestycji tj. np. zakończył przebudowę budynku nadszybia (a nie jedynie jej element tj. przebudowę fundamentów budynku nadszybia) lub np. budowę budynku stacji wentylatorów (a nie jedynie jej element tj. roboty ziemne konieczne do budowy stacji wentylatorów)”. Twierdzenie to nie znajduje oparcia w zapisach s.i.w.z. Zamawiający nie stawiał dodatkowych wymogów ponad wyraźnie wskazane. Co więcej, dopuszczając wykazanie robót budowlanych w szerokim zakresie, zamawiający nie zakładał, że roboty budowlane muszą być odebrane przez Specjalistyczny Urząd Górniczy w Katowicach, a jedynie przez podmiot, który zlecał

wykonanie robót (s.i.w.z. pkt. VI 11.7.4). W sytuacji kiedy przystępujący wykonał prawidłowo swoją część robót, uzależnienie możliwości powoływania się na ich prawidłowe wykonanie, od okoliczności, za które odpowiedzialność ponoszą inne podmioty (np. inni wykonawcy w ramach konsorcjum czy Inwestor) nie znajduje uzasadnienia i jest sprzeczne z zasadami wynikającymi z orzeczenia Trybunał Sprawiedliwości w sprawie Esaprojekt.

W niniejszej sprawie przystępujący wykazał wykonanie robót budowlanych w ramach zadania: Modernizacja i rozbudowa stacji wentylatorów głównych przy Szybie nr III na terenie KWIC Krupiński JSW S.A., czemu nie przeczy sam odwołujący, kwestionując przy tym -- w ocenie zamawiającego bezpodstawnie - „charakter robót”. W piśmie z dnia 13 czerwca 2019 r. znak SHP/PW/366/06/2019 (w aktach sprawy) przystępujący przedstawił protokoły odbioru robót, potwierdzające prawidłowe ich wykonanie, w zakresie mającym znaczenie dla zamawiającego i odpowiadającym wymogom postawionym w s.i.w.z.

Zamawiający podkreślił, że nawet gdyby przyjąć - czemu zamawiający przeczy - że warunki udziału w postępowaniu zostały sformułowane nieostro i nieprecyzyjnie i można by zastanawiać się czy proponowana przez odwołującego restrykcyjna i zawężająca interpretacja jest uzasadniona, to byłaby ona niezgodna ze stanowiskiem Izby wyrażonym w orzeczeniu KIO 1525/15, w którym stwierdzono, że nieostre sformułowanie warunku udziału w postępowaniu oznacza wręcz rezygnację z konkretyzacji danego warunku. a zatem zgodę na jego szeroką interpretację. Izba we wskazanym orzeczeniu zauważyła, że warunek, który nie jest ściśle określony przez zamawiającego stwarza pole do interpretacji, przy czym nie może być to wykładnia ścisła, ale raczej - wobec braku precyzji po stronie zamawiającego - nie może być dokonywana na niekorzyść wykonawcy. A zatem, nawet jeśli zamawiający przychyliłby się do restrykcyjnej interpretacji zapisów s.i.w.z. proponowanej przez odwołującego, to w świetle cytowanego orzeczenia, postąpiłby wadliwie i dopuściłby się obrazy przepisów ustawy P.z.p.

Zamawiający wskazał - wbrew twierdzeniu odwołującego, jakoby niemożliwym było zaakceptować możliwość uczestnictwa w postępowaniu podmiotu, który legitymuje się doświadczeniem wyłącznie w zakresie realizacji fragmentów obiektów - że nie istnieje wymóg, który obligowałby do samodzielnego wykonania wszelkich robót w ramach danej inwestycji przez jeden podmiot. Przeciwnie, co do zasady wykonanie robót budowlanych w ramach poszczególnych inwestycji możliwe jest w ramach konsorcjum i co więcej jest to sytuacja bardzo często spotykana w praktyce. Oznacza to, że różne podmioty wykonują fragmenty robót budowlanych w ramach większej inwestycji, a każdy z nich nabywa doświadczenie niezależnie od pozostałych. Znajduje to potwierdzenie w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości, który w sprawie C-387/14 Esaprojekt uznał m.in., „że wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie, tzw. konsorcjum, realizując określone zamówienie na podstawie

umowy cywilnoprawnej na dostawy, usługi czy roboty budowlane, uzyskują faktyczne doświadczenie przy jego realizacji adekwatnie do faktycznie wykonanych przez nich prac w trakcie realizacji kontraktu” (Małgorzata Stręciwilk, Uzupełnianie dokumentów przez wykonawców i uznawanie doświadczenia zdobytego w ramach konsorcjum (wyrok TS ws. Esaprojekt) Opublikowano: LEX/el. 2019).

Wykonawca Demetrix realizował jako członek konsorcjum roboty budowlane w ramach zadania „Modernizacja i rozbudowa stacji wentylatorów głównych przy szybie nr III na terenie KWIK Krupiński JSW S.A. w latach 2014-2015. W ramach tych prac zostały wykonane i odebrane roboty budowlane w zakresie przekraczającym wymogi stawiane przez zamawiającego w odwołaniu. Jak ustalono w wyniku wyjaśnień w toku postępowania, roboty te zostały wykonane przez wykonawcę Demetrix, należało więc uznać że w zakresie wykonanych przez siebie robót Wykonawca ten nabył niezbędnego doświadczenia.

W tym stanie rzeczy zarzut odwołującego, jakoby wykonawca Demetrix miał przedstawić nieprawdziwe informacje odnośnie przedmiotu robót budowlanych nie znajduje podstaw i jest bezzasadny. Ponadto, kwestia świadomości wykonawcy może odnosić się tylko do wyraźnie sformułowanych wymogów s.i.w.z. a nie ich (błędnego) rozumienia przez innego wykonawcę – odwołującego.

Z uwagi na powyższe okoliczności, w ocenie zamawiającego, zarzut „naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy P.z.p. jest bezzasadny.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 22 ust. 1 ustawy P.z.p., zamawiający podniósł, że nie doszło do naruszenia tych przepisów i także te zarzuty są bezzasadne.

W ocenie zamawiającego wykonawca Demetrix wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu, nie doszło więc do naruszenia tego przepisu ani ogólnych zasad postępowania.

Stanowisko zamawiającego wobec zarzucanej przez odwołującego „błędnej oceny charakteru robót”, którą jak się wydaje należy rozumieć w ten sposób, że w ocenie odwołującego wykonanie części prac (robót budowlanych) w ramach większej inwestycji, które to części zostały odebrane, nie oznacza wykonania robót budowlanych w zakresie wskazanym przez zamawiającego w s.i.w.z, zostało przedstawione i szczegółowo uzasadnione w pkt I powyżej i z uwagi, na fakt że odwołujący powtarza te same zastrzeżenia zachowują one w pełni aktualność do zarzutu naruszenia art. 7 ust. i 3 w zw. z art. 22 ust. 1 ustawy P.z.p..

Odnosząc się do aspektów wskazanych przez odwołującego, w pierwszej kolejności zamawiający podkreśla, że wbrew twierdzeniu odwołującego, właśnie samo językowe



brzmienie s.i.w.z. wskazuje, że nie został postawiony wymóg „wykonania wszystkich robót składających się na gotowy obiekt budowlany lub podstawowy”, ponieważ takiego sformułowaniu nie ma w s.i.w.z.. Dlatego też w świetle powołanego wyżej wyroku KIO 1525/15 nie jest możliwa jego interpretacja na niekorzyść wykonawcy Demetrix, którego wątpliwość miałyby dotyczyć,

Co do drugiego aspektu przedstawionego przez odwołującego, jak wynika z dokumentów zebranych w sprawie, roboty budowlane 1341 zostały prawidłowo wykonane i odebrane przez podmiot na rzecz którego były wykonywane, co potwierdzają protokoły przedstawione przez Wykonawcę Demetrix wraz z pismem z dnia 13 czerwca 2019 r. znak SHP/PW/366/06/2019 (w aktach sprawy). Zamawiający nie stawiał żadnych dodatkowych wymagań i uznał je za wystarczające z przyczyn wskazanych w pkt I powyżej.

Wymaga przy tym dodatkowo podkreślenia, że zamawiający nie wymagał - ani nie wynika z brzmienia s.i.w.z., żeby zamawiający miał wymagać - informacji o prawidłowym wykonaniu całej inwestycji, budynku, budowli etc. lub że „wykonawca musi się legitymować realizacją robót budowlanych, które prowadziły do powstania gotowego obiektu budowlanego (bądź obiektu podstawowego) po budowie lub przebudowie tj. takiego, który został odebrany przez Specjalistyczny Urząd Górniczy”. Zamawiający wymagał jedynie dowodów w zakresie roboty budowlanej, która mogła mieć węższy zakres. Ponadto, zgodnie z pkt VIII 7.4 s.i.w.z., zamawiający wymagał przedstawienia dowodów w postaci referencji bądź innych dokumentów wystawionych przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane a nie Specjalistycznego Urzędu Górniczego, który to wymóg dodatkowo formułuje odwołujący.

Zamawiający podkreślił, że kwestia decyzji Inwestora co do przebiegu, ewentualnej zmiany czy rezygnacji na określonym etapie z realizacji prac, która mogłaby mieć wpływ na ukończenie całej inwestycji, nie ma znaczenia w ocenie prawidłowości prac już wykonanych.

A właśnie tej oceny ze strony podmiotu na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane zgodnie z pkt VIII. 7.4 s.i.w.z. oczekiwał zamawiający.

Zamawiający zaznaczył, że z punktu widzenia zamawiającego sam fakt dokonania wyboru wykonawcy przez innego zamawiającego we wcześniejszym postępowaniu stanowi niejako dodatkowe potwierdzenie kompetencji tego wykonawcy, natomiast kwestię tego, czy i w jaki sposób dojdzie do pozyskania „gwarancji, że wykonawca jest w stanie wykonać kompletny obiekt budowlany” oraz gwarancji należytej realizacji zamówienia, ustawodawca pozostawił w gestii właśnie zamawiającego.

Odnosząc się do trzeciego aspektu, zamawiający wyjaśnił, że istotnie w dniu 10 czerwca 2019 r. skierował do Wykonawcy Demetrix pismo (w aktach sprawy) w celu uzyskania

wyjaśnień, jednak wyjaśnienia te nie były pozyskiwane w takim w zakresie jak przedstawia to odwołujący. Zamawiający sformułował prośbę o wyjaśnienia w następujący sposób: „Z uwagi na fakt, że przedłożone przez Państwa dokumenty nie-wskazują jednoznacznie, że Państwo (Demetrix i Termowent Technology P. J.) wykonali roboty budowlane łącznie na kwotę 2 mln zł brutto oraz że roboty zostały prawidłowo ukończone, zwracamy się o złożenie stosownych wyjaśnień celem potwierdzenia wymaganych zapisami SIWZ informacji. Prosimy o wskazanie jakie roboty i o jakiej wartości zostały przez Państwa zrealizowane oraz o potwierdzenie, że roboty te zostały ukończone (np: poprzez przedstawienie protokołów odbioru robót).

Podstawowa wątpliwość zamawiającego dotyczyła zatem kwestii, czy to wykonawca Demetrix był tym członkiem konsorcjum, który wykonał roboty budowlane powołane w referencjach, czy też być może wykonał je inny członek tego konsorcjum. Natomiast na potwierdzenie prawidłowego ukończenia robót w części wykonanej - jak wynika tak z s.i.w.z., jak i z samego pisma - zamawiający uznawał protokoły odbioru robót - jak wynika z pkt VIII 7.4) s.i.w.z. - ze strony podmiotu na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane,

W ocenie zamawiającego, nie ma żadnych podstaw żeby z brzmienia sformułowań tego pisma, tak jak czyni to odwołujący, wysnuwać wniosek, jakoby „żądanie wyjaśnień sprowadzało się do tego, by Demetrix sprecyzował jakie kompletne obiekty budowlane wykonał (ukończył) w ramach inwestycji ujętej w wykazie robót”.

W czwartym aspekcie odwołujący zarzuca, że wymogi jakie zostały określone w niniejszym postępowaniu są nieproporcjonalne. Odwołujący pomija jednak, że to właśnie do podstawowych obowiązków i uprawnień zamawiającego należy określenie treści warunków udziału w postępowaniu. To zamawiający decyduje, jaki minimalny poziom m.in. zdolności technicznych i zawodowych jest w jego ocenie wystarczający do realizacji zamówienia. Ustawodawca ogranicza przy tym swobodę i dowolność w kształtowaniu warunków udziału, z uwagi na fakt, że każdy taki warunek prowadzi do ograniczenia dostępu do udziału w postępowaniu oraz do ograniczenia konkurencji. Ograniczenia takie są dopuszczalne jedynie wyjątkowo, więc w niniejszej sprawie zamawiający nie wprowadził dodatkowych, rygorystycznych wymagań jakie z treści s.i.w.z. próbuje wyprowadzić odwołujący, właśnie z uwagi na fakt, że jako nadrzędne zasady systemu zamówień publicznych przyjęto zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców - art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. Tymczasem właśnie takie postępowanie zamawiającego odwołujący uznaje za naruszenie tych zasad.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 7 ust. 3 i zapisanej w tym przepisie zasady legalizmu działań zamawiającego, zamawiający podniósł, że zasada ta stanowi, że zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy, co

oznacza nakaz udzielenia zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu z poszanowaniem przepisów ustawy, tzn. z wykonawcą, który uczestniczył w postępowaniu prowadzonym w prawidłowym trybie, został poddany procedurze weryfikacji podmiotowej pod kątem spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz który złożył niepodlegającą odrzuceniu, najkorzystniejszą ofertę. Jak wynika z okoliczności przedstawionych w odpowiedzi na odwołanie, wszystkie te wymogi zostały w niniejszej sprawie spełnione, zatem zarzut ten jest bezzasadny,

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p., który – jak podnosi odwołujący - „jest jedynie konsekwencją zasadności zarzutu, odnośnie błędnego przyjęcia, że Demetrix spełnia warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt VI. 1,3 ppkt b s.i.w.z. j dokonania wyboru oferty Demetrix w sposób sprzeczny z warunkami określonymi w s.i.w.z.”, zamawiający podniósł, że zasadniczy zarzut odwołującego jest bezzasadny, co zostało wykazane powyżej, więc w konsekwencji również zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 jest bezzasadny.

Zamawiający podniósł także, że w postępowaniu nie było przesłanek i podstaw do zastosowania tego przepisu w zakresie wskazanym przez odwołującego, ponieważ spełnienie warunków udziału w postępowaniu zostało wykazane przez wykonawcę Demetrix. Obowiązek zastosowania art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. aktualizuje się w sytuacji, gdy złożone oświadczenia lub dokumenty świadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, co w niniejszej sprawie nie miało miejsca, wobec czego, wbrew twierdzeniu odwołującego, nie było podstaw do jego zastosowania.

Przystępujący do postępowania odwoławczego wykonawca Demetrix poparł stanowisko zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania.

**Izba ustaliła, co następuje:**

W ogłoszonym przez zamawiającego w dniu 27.03.2019 roku złożono trzy oferty tj.:

- 1) Demetrix Sp. z o.o. Sp. k. - 12.343.050,00 PLN brutto;
- 2) OPA-ROW Sp. z o.o. - 17.672.124,19 PLN brutto;
- 3) MWM Elektro Sp. z o.o. - 13.520.160,00 PLN brutto;

W dniu 25.06.2019 roku zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty, za którą uznał ofertę Demetrix, informując równocześnie, że otrzymała ona 100 punktów, a oferta odwołującego - 91,29 pkt. Oferta OPA-ROW Sp. z o.o. została natomiast odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy P.z.p. tj. z uwagi na to, iż wykonawca ten nie wyraził zgody na przedłużenie terminu związania ofertą oraz przedłużenie ważności wadium.

Zgodnie z pkt VI.1.3 ppkt b s.i.w.z., o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunek dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej, polegający na wykonaniu w okresie ostatnich 5 lat, przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie: co najmniej jednej roboty budowlanej obejmującej zakresem budowę lub przebudowę obiektów budowlanych bądź obiektów podstawowych na powierzchni zakładu górniczego o wartości łącznej nie mniejszej niż 2 mln zł (brutto).

Demetrix dołączył do oferty oświadczenia, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu i nie podlega wykluczeniu (s. 21 i s. 24 oferty Demetrix).

W dniu 23.05.2019 roku Demetrix został wezwany przez zamawiającego - w trybie określonym w art. 26 ust. 2 ustawy P.z.p. - do złożenia dokumentów potwierdzających, że Demetrix spełnia warunki udziału w postępowaniu (w tym warunek określony w pkt VI.1.3 ppkt b s.i.w.z.) i nie podlega wykluczeniu (Dowód: wezwanie z dnia 23.05.2019 roku)

W dniu 27.05. 2019 roku Demetrix złożył u zamawiającego, celem wykazania m.in., że spełnia warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt VI.1.3 ppkt b s.i.w.z. i nie podlega wykluczeniu następujące dokumenty:

1) wykaz robót z dnia 27.05.2019 roku, w którym wskazał na wykonanie przez konsorcjum w składzie: [1] Termowent Technology; [2] Demetrix Sp. z o.o. Sp. k. oraz [3] ABB Sp. z o.o. w okresie od dnia 15.05.2014 roku do 16.07.2015 roku robót budowlanych w ramach zadania: Modernizacja i rozbudowa stacji wentylatorów głównych przy Szybie nr III na terenie KWK Krupiński JSW S.A. o wartości 2 583 000,00 PLN brutto;

2) referencję z dnia 16.07.2015 roku, w której wskazano, że konsorcjum firm: [1] Termowent Technology; [2] Demetrix Sp. z o.o. i [3] ABB Sp. z o.o. od maja 2014 roku realizuje zadanie inwestycyjne pod nazwą: Modernizacja i rozbudowa stacji wentylatorów głównych przy Szybie nr III na terenie KWK Krupiński JSW S.A, zgodnie z umową nr 031400314 z dnia 15.05.2014 roku; wystawca referencji wskazał, że do dnia jej wystawienia wykonano m. in. roboty budowlane o wartości netto 2 100 000,00 PLN netto (Dowód: pismo Demetrix z dnia 27.05.2019 roku)

W dniu 10.06.2019 roku zamawiający zwrócił się do Demetrix- w trybie art. 26 ust. 4 ustawy P.z.p. - o udzielenie wyjaśnień w zakresie zakresu robót budowlanych, wykonanych w ramach inwestycji wskazanej w wykazie robót. Zamawiający wskazał m. in. w wezwaniu, że „z uwagi na fakt, że przedłożone przez Państwa dokumenty nie wskazują jednoznacznie, że Państwo [Demetrix i Termowent Technology P. J.] wykonali roboty budowlane łącznie na kwotę 2 mln PLN brutto oraz że roboty zostały prawidłowo ukończone, zwracamy się o złożenie

stosownych wyjaśnień, celem potwierdzenia wymaganych zapisami SIWZ informacji. Prosimy o wskazanie, jakie roboty i o jakiej wartości zostały przez Państwa zrealizowane oraz potwierdzenie, że roboty te zostały ukończone (np. poprzez przedstawienie protokołów odbioru robót) (Dowód: wezwanie do udzielenia wyjaśnień z dnia 10.06.2019 roku).

W dniu 13.06.2019 roku Demetrix udzielił wyjaśnień, w których określił podział robót pomiędzy członkami konsorcjum oraz stwierdził, że: w zakresie wartości zrealizowanych robót, wykonawca potwierdza, że wartość wykonanych robót opiewa na wartość wskazaną w wykazie zamówień(...). Co do prawidłowego zakończenia robót, Demetrix wskazał, że: roboty zostały prawidłowo ukończone, na co wskazuje przedstawiony zamawiającemu dokument referencyjny(...). Demetrix złożył również zamawiającemu protokoły odbioru robót, które wskazał w wykazie robót, obejmujące następujące pozycje i następujące wartości:

[a] protokół z 3.12.2014 roku, obejmujący: Prace przygotowawcze i adaptacyjne związane z budową kanału [m. in. wzmocnienie gruntów] na kwotę 360 000,00 PLN netto;

[b] protokół z 30.01.2015 roku, obejmujący: Wykonanie kanału wentylacyjnego - część naziemna na kwotę 360 000,00 P\*LN netto;

[c] protokół z 31.03.2015 roku, obejmujący: Zmianę podparcia belek podtrzonowych, przebudowę fundamentów budynku nadszybia na kwotę 360 000,00 PLN netto;

[d] protokół z 30.04.2015 roku, obejmujący: Prace przygotowawcze związane z budową stacji wentylatorów nr 4 i nr 5 wraz z robotami ziemnymi - zgodnie z pozycją II pkt 3 harmonogramu rzeczowo-finansowego na kwotę 320 000,00 PLN netto;

[e] protokół z 29.06.2015 roku, obejmujący: Wykonanie fundamentów wentylatorów i silników napędowych - zgodnie z pozycją V pkt 11 harmonogramu rzeczowo-finansowego na kwotę 600 000,00 PLN netto;

[f] protokół z 30.06.2015 roku, obejmujący: Wykonanie dolnej [betonowej] części obudowy wentylatorów nr 4 i nr 5 - zgodnie z pozycją V pkt 5 harmonogramu rzeczowo-finansowego na kwotę 100 000,00 PLN netto;

Łączna wartość robót budowlanych objętych protokołami odbioru dołączonymi przez Demetrix do pisma z dnia 13.06.2019 roku wynosiła 2 100 000,00 PLN netto i była tożsama z wartością wskazaną w referencji z dnia 16.07.2015 roku.

**Izba zważyła, co następuje:**

Odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p.

Istotą sporu jest wykładnia treści pkt VI.1.3 ppkt b s.i.w.z., zgodnie z którym, o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunek dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej, polegający na wykonaniu w okresie ostatnich 5 lat, przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie: co najmniej jednej roboty budowlanej obejmującej zakresem budowę lub przebudowę obiektów budowlanych bądź obiektów podstawowych na powierzchni zakładu górniczego o wartości łącznej nie mniejszej niż 2 mln zł (brutto).

Odwołujący stoi na stanowisku, iż wskazany wyżej warunek należy interpretować w taki sposób, iż wykonawca ma wykazać, że we wskazanym okresie wykonał robotę budowlaną polegającą na wykonaniu całości budowy lub przebudowy kompletnych obiektów budowlanych bądź obiektów podstawowych na powierzchni zakładu górniczego. Z kolei zamawiający twierdzi, iż warunek będzie spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że wykonał roboty budowlane, przy czym roboty te miały być wykonane w zakresie obejmującym „obiekty budowlane lub obiekty podstawowe na powierzchni zakładu górniczego.

W ocenie Izby sporny warunek udziału w postępowaniu został tak skonstruowany, iż nie pozwala na jednoznaczną wykładnię pozwalającą przyznanie pełnej racji jednej bądź drugiej stronie sporu, co – zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Izby – oznacza, że zastosowanie się przez wykonawcę (przystępującego) do przyjętej przez niego wykładni nie może obciążać go negatywnymi skutkami w sytuacji, gdy inny uczestnik postępowania dokona odmiennej wykładni warunku.

Przyjmowana przez odwołującego wykładnia opiera się o utożsamienie sformułowania „obejmująca” ze słowem „polegająca na”. W ocenie Izby za taką interpretacją wskazanego przepisu może przemawiać rozumienie słowa „obejmująca”, która oznacza „zawierająca”, „mieszcząca”. Odwołujący dodatkowo stoi na stanowisku, iż pojęcia „budowa” i „przebudowa” winny być rozumiane w takim znaczeniu, jakie nadaje im ustawa z dnia 7 lipca 1994 roku – Prawo budowlane (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1186), a ukończenie budowy/przebudowy robót wskazanych przez przystępującego winno być potwierdzone czynnością ich odebrania przez Specjalistyczny Urząd Górniczy w Katowicach.

Z kolei przeciwko takiemu rozumieniu wskazanego warunku przemawiają takie okoliczności, jak fakt, że zamawiający w s.i.w.z. nie wskazał, że wykonawca musi wykazać się wykonaniem „kompletnych obiektów” czy „samodzielnego obiektu budowlanego” ani też, iż

„kompletnym wykonaniem robót składających się na budowę lub przebudowę tych obiektów”. Ponadto – wbrew stanowisku odwołującego – zamawiający nie wymagał, aby budowa/przebudowa została ukończona i odebrana przez Specjalistyczny Urząd Górniczy. Zamawiający wymagał natomiast przedstawienia dowodów w postaci referencji bądź innych dokumentów wystawionych przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane (pkt VIII.7.4 s.i.w.z.).

W ocenie Izby wskazany wyżej warunek mógł być zatem interpretowany również jako wykonanie pewnego zakresu robót wykonywanych w ramach budowy lub przebudowy wskazanych obiektów. W ocenie Izby, roboty wskazane przez przystępującego w wykazie robót ten warunek spełniają.

Izba nie podziela stanowiska odwołującego, jakoby zasadność zarzutu potwierdzało skierowane do przystępującego wezwanie z dnia 10 czerwca 2019 r. dotyczące złożenia stosownych wyjaśnień. Brzmienie wezwania jednoznacznie wskazuje na wątpliwości zamawiającego w zakresie podmiotów wykonujących wykazane przez przystępującego roboty. Zamawiający nie zakwestionował przy tym charakteru wskazanych robót. Z kolei wezwanie dotyczące wykazania, że roboty zostały prawidłowo zakończone również nie wskazuje na konieczność wykazania zakończenia budowy/przebudowy obiektu budowlanego, ale robót wykazanych przez przystępującego w wykazie.

W sytuacji, w której możliwe są różne interpretacje zapisów s.i.w.z., zachodzi niejednoznaczność s.i.w.z. Z kolei niejednoznaczność postanowień s.i.w.z. nie może powodować negatywnych skutków dla wykonawców, a wszelkie wątpliwości zamawiający powinien rozstrzygać na korzyść wykonawcy - tak orzekła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku o sygn. akt KIO 643/12 z dnia 16 kwietnia 2012 roku: "Badanie i ocenę ofert powinien zamawiający prowadzić z uwzględnieniem zasady, iż wszelkiego rodzaju niedopowiedzenia, niejasności, niedoprecyzowania, zawarte w postanowieniach SIWZ należy interpretować na korzyść wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. To zamawiającego obciąża obowiązek takiego przygotowania postępowania, aby postanowienia SIWZ były jednoznacznie i nie budziły wątpliwości w toku prowadzonej procedury" Z kolei Sąd Okręgowy w Gdańsku w wyroku z 10 lipca 2015 r., sygn. akt. I C 2/15 stwierdził, że "Doprecyzowanie zamówienia następuje poprzez przygotowanie przez zamawiającego Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia - jednego z podstawowych dokumentów, niezbędnych dla przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego obligatoryjna treść została wskazana przez ustawodawcę w art. 36 ustawy P.z.p. (m. in. co do opisu przedmiotu świadczenia oraz sposobu obliczenia ceny). To na podstawie informacji w niej zawarł. wykonawcy przygotowują swe oferty. Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia od

momentu jej udostępnienia jest wiążąca dla zamawiającego i jest on obowiązany do przestrzegania warunków w niej umieszczonych, natomiast dla oferenta jest ona wiążąca od momentu złożenia oferty (art. 701 § 4 k.c). Należy jednak podkreślić, że dla oparcia i wyprowadzenia konsekwencji prawnych z postanowień specyfikacji, winny być one jasne i precyzyjne i nie powinny nasuwać wątpliwości interpretacyjnych. Jeżeli zaś takowe się pojawią, w ocenie Sądu winny być one rozstrzygane na korzyść wykonawców, którzy nie mogą ponosić negatywnych konsekwencji niezastosowania się do niewłaściwie sformułowanych, niejasnych postanowień specyfikacji.”

Wskazując na powyższe, Izba nie dopatrzyła się w czynnościach zamawiającego naruszenia przepisów prawnych wskazanych przez odwołującego i uznała odwołanie za bezzasadne i podlegające oddaleniu.

Izba postanowiła oddalić wniosek przystępującego o zasądzenie na jego rzecz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika. W myśl § 5 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. z 2018 r., poz. 972), w przypadku odrzucenia albo oddalenia odwołania przez Izbę:

1) Izba zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego koszty, o których mowa w § 3 pkt 2;

2) jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił po stronie zamawiającego, wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości albo w części, gdy zamawiający uwzględnił część zarzutów, a odwołujący nie wycofał pozostałych zarzutów odwołania, Izba zasądza od odwołującego na rzecz wnoszącego sprzeciw koszty, o których mowa w § 3 pkt 2.

Z powyższego wynika, że koszty wynagrodzenia pełnomocnika należą się przystępującemu jedynie w sytuacji oddalenia odwołania rozpoznawanego w wyniku wniesienia przez przystępującego wykonawcę sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego odwołania w całości lub w części. W rozpoznawanym przypadku okoliczności takie nie miały miejsca.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy P.z.p., czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....