

**Sygn. akt: KIO 1366/18**

**WYROK**  
**z dnia 25 lipca 2018 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska**

Protokolant: Norbert Sierakowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 lipca 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 lipca br. przez wykonawcę Wrębowa spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Rybniku w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – Polską Grupę Górniczą spółkę akcyjną w Katowicach

przy udziale wykonawcy Carbo-Eco spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Mikołowie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

przy udziale wykonawcy Mifama Opa Carbo spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Mikołowie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Wrębowa spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Rybniku i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy), uiszczoną przez Wrębowa spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Rybniku tytułem wpisu od odwołania;
  - 2.2. zasądza od wykonawcy Wrębowa spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Rybniku na rzecz zamawiającego – Polskiej Grupy Górniczej spółki akcyjnej w Katowicach kwotę 3 750 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące siedemset pięćdziesiąt złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu na rozprawę.

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

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

I. Polska Grupa Górnicza Spółka Akcyjna w Katowicach (zwany dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. „Zakup i zabudowę 3 sztuk podnośników kubekowych B-1000 wraz z rynnami nadawczymi i odbiorczymi dla Oddziału KWK Ruda Ruch Bielszowice”.

Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017, poz. 1579 z późn. zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 9 lipca 2018 r. wykonawca Wrębowa spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Rybniku (dalej: Odwołujący) wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust 1 pkt 12 w związku z art. 24 ust. 4 ustawy, poprzez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy Budoserwis Z.U.H. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Chorzowie i odrzucenia jego oferty z powodu nie potwierdzenia warunków posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ).

Odwołujący uzasadnił swoje zarzuty następująco:

Referencje dołączone do Wykazu wykonanych dostaw złożonego przez Budoserwis Z.U.H. spółkę z o.o., dotyczące pkt. 2 i 4 Wykazu, pomimo weryfikacji, dokonanej na wniosek Zamawiającego, dotyczyły prac mających za przedmiot remonty urządzeń polegających na wymianie ich elementów tj. niezgodne z wymaganiami SIWZ ( co zakwestionował między innymi Zamawiający w piśmie nr 72/EZP/BR/974/18 z dnia 04.06.2018 ). Prace te nie stanowią dostawy wraz z zabudową urządzeń podnośnikowych/przeładunkowych w zakładach przemysłowych na linii produkcyjnej i tym samym, w ocenie Odwołującego, nie odpowiadają warunkom postawionym w SIWZ.

Dokumenty dołączone do Wykazu wykonanych dostaw złożone przez Budoserwis Z.U.H. spółkę z o.o., potwierdzające wykonanie robót wymienionych w pkt. 3 Wykazu, dotyczą wykonania zadania pn. Wykonanie i zabudowa urządzeń nadawczych i odbiorczych zbiornika węgla surowego wraz z wykonaniem robót wykończeniowych dla Węglókoks Kraj spółka z o. o. KWK Bobrek- Piekary, Ruch Bobrek o wartości zamówienia 2.330.358,00 złotych brutto - umowa nr 011701719. Nie spełniają one warunków dostawy wraz z zabudową urządzeń podnośnikowych/przeładunkowych w zakładach przemysłowych na linii produkcyjnej o wartości

nie mniejszej niż 2.000.000,00 złotych brutto, gdyż po wyłączeniu z zakresu umownego robót nie stanowiących stricte dostawy wraz z zabudową urządzeń podnośnikowych/przeładunkowych w zakładach przemysłowych na linii produkcyjnej, wartość robót związanych wyłącznie z zabudową urządzeń jest niższa od wymaganej w SIWZ i wynosi 917.272,50 złotych brutto.

Odwołujący w odwołaniu wymieniał prace, które w jego ocenie, mimo że stanowiły część zamówienia, nie stanowią dostawy wraz z zabudową urządzeń podnośnikowych/przeładunkowych w zakładach przemysłowych na linii produkcyjnej.

W związku z tym, w ocenie Odwołującego, Budoserwis nie wykazał, że wykonał co najmniej jedną dostawę wraz z zabudową urządzeń podnośnikowych/przeładunkowych w zakładach przemysłowych na linii produkcyjnej o wartości nie mniejszej niż 2.000.000,00złotych brutto. Tym samym nie spełniono warunku określonego w specyfikacji, aby co najmniej jedna dostawa wraz z zabudową miała wartość nie mniejszą niż 2.000.000,00 złotych brutto., co determinuje stwierdzenie, że oferent nie wykazał się zdolnością techniczną lub zawodową niezbędną do realizacji umowy.

W konsekwencji Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) ponownej oceny ofert;
- 2) wykluczenie wykonawcy Budoserwis Z.U.H. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Chorzowie (dalej: Budoserwis), i odrzucenie jego oferty z postępowania,
- 3) ponowne przeprowadzenie aukcji elektronicznej.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu. W pierwszej kolejności, w odpowiedzi na odwołanie, wnosil o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych, jako wniesionego z upływem przepisane go terminu. Ponadto, na rozprawie, wnosil o oddalenie odwołania. Podnosił, że wezwał Budoserwis do uzupełnienia wykazów wykonanych/wykonywanych dostaw i w odpowiedzi otrzymał poprawiony i uzupełniony wykaz. Zdaniem Zamawiającego pozycje nr 1 i 3 z wykazu, potwierdzają posiadanie wymaganego doświadczenia. Doświadczenie, potwierdzające spełnienie warunku udziału w postępowaniu przez wykonawców nie musi być identyczne z przedmiotem zamówienia, wystarczy, jeżeli jest zbliżone i Zamawiający za pomocą stawiania takich warunków udziału w postępowaniu rozszerza krąg wykonawców mogących ubiegać się o udzielenie zamówienia. Umowa na dostawę urządzeń może być rozczłonkowana, ale znaczenie ma wykonanie całego zadania inwestycyjnego, zgodnego z

założeniami Zamawiającego. Dlatego dla Zamawiającego niezrozumiałe jest, dlaczego odwołujący na str. 3 odwołania, kwestionuje 10 pozycji z umowy nr 011701719. Przykładowo branża elektryczna oraz dokumentacja podwykonawcza, stanowią integralną część zadania. Zamawiający podnosi, że potraktował równo wykonawców w postępowaniu – dlatego nie kwestionował zakresu dostaw wykonanych przez Odwołującego, gdzie wprost wynika, że również przedmiotem umowy było przykładowo dokumentacja podwykonawcza.

Do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego skutecznie przystąpili wykonawcy: Carbo-Eco spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Mikołowie oraz Mifama Opa Carbo spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Mikołowie, stając się uczestnikami postępowania odwoławczego.

Izba stwierdziła, że Budoserwis nie przystąpił skutecznie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, ponieważ oryginał zgłoszenia przystąpienia wpłynął do Izby 18 lipca.2018 r. (a więc po terminie), natomiast zgłoszenie przystąpienia doręczone pocztą elektroniczną nie zostało przekazane za pomocą elektronicznej skrzynki podawczej, a więc zostało złożone w formie niezgodnej z § 5 rozporządzenia w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań.

II. Izba oddaliła wniosek Zamawiającego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych, stwierdzając, że odwołanie zostało wniesione w terminie. Zamawiający podnosił, że zawiadomienie o aukcji zostało przekazane w formie zgodnej z przepisami, a gdyby jakkolwiek wykonawca został wykluczony, albo jego oferta została odrzucona, to pozostali wykonawcy mogliby się o tym dowiedzieć ze strony internetowej. Jeżeli takich informacji nie było, to należało domniemywać, że nikt nie został wykluczony z postępowania. Nic nie stało też na przeszkodzie, aby wykonawca zapoznał się z protokołem postępowania, bądź dokonał wglądu w inne oferty, co uczynili pozostali wykonawcy, a Odwołujący dopiero złożył wniosek o zapoznanie się z pozostałymi ofertami w dniu 4 lipca 2018 r.

Jednak w ocenie składu orzekającego w niniejszej sprawie, wykonawca nie miał obowiązku dociekać, czy i kiedy Zamawiający podjął określone czynności, i z braku jakichkolwiek informacji na stronie internetowej domniemywać, że żaden z wykonawców nie został wykluczony z postępowania. W konsekwencji nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień

publicznych: jeżeli podniesione przez niego zarzuty by się potwierdziły – wówczas Odwołujący miałby szansę na uzyskanie zamówienia.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, co następuje:

1. Zgodnie z częścią VIII pkt.3 ppkt I SIWZ, Zamawiający wskazał, że wykonawca wykaże się zdolnością techniczną lub zawodową, jeżeli w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych wykonuje, dostawy w zakresie niezbędnym do wykazania wiedzy i doświadczenia tj. dostarczył i zabudował urządzenia podnośnikowe/przeładunkowe w zakładach przemysłowych na linii produkcyjnej o wartości łącznej nie mniejszej niż 3.000,000,00 złotych brutto, w tym co najmniej jedną dostawę wraz z zabudową o wartości nie mniejszej, niż 2 000.000,00 złotych brutto.
2. W „Wykazie wykonanych/wykonywanych dostaw” (dalej: Wykaz), Budoserwis wskazał 4 dostawy, z których jako spełniające warunek Zamawiający uznał dostawy z pozycji 1 – „Modernizacja zbiornika węgla surowego obiekt 2.3 wraz z urządzeniami przylegającymi dla KWK Bielszowice (projekt, zbiorniki, konstrukcje, przenośniki, torkretowanie)” na kwotę 1 082 400 zł oraz z pozycji 3 - „Wykonanie i zabudowa urządzeń nadawczych i odbiorczych zbiornika węgla surowego wraz z wykonaniem robót wykończeniowych dla Węglokoks Kraj Sp. z o.o KWK Bobrek – Piekary, Ruch Bobrek” na kwotę 2 330 358 zł.

3. Odwołujący w odwołaniu kwestionował pozycje 2, 3 i 4 wykazu. Pozycji 2 i 4 Zamawiający nie brał pod uwagę przy ocenie spełniania warunku udziału w postępowaniu. Odnośnie pozycji 3 Wykazu, Odwołujący podnosił, że dokumenty dołączone do Wykazu wykonanych dostaw złożone przez Budoserwis, *nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w postępowaniu odnośnie dostawy wraz z zabudową urządzeń podnośnikowych/przeładunkowych w zakładach przemysłowych na linii produkcyjnej o wartości nie mniejszej niż 2.000.000,00 złotych brutto, gdyż po wyłączeniu z zakresu umownego robót nie stanowiących stricte dostawy wraz z zabudową urządzeń podnośnikowych/przeładunkowych w zakładach przemysłowych na linii produkcyjnej, wartość robót związanych wyłącznie z zabudową urządzeń jest niższa od wymaganej w SIWZ i wynosi 917.272,50 złotych brutto.*

Odwołujący w odwołaniu wymieniał prace, które co prawda były objęte umową, ale do spełnienia warunku w postępowaniu nie powinno się doliczać ich wartości: *W ocenie*

*Odwołującego, nie stanowią dostawy wraz z zabudową urządzeń podnośnikowych/przeładunkowych w zakładach przemysłowych na linii produkcyjnej następujące roboty objęte umową nr 011701719, dotyczące :*

1. wykonania kompletnej dokumentacji powykonawczej (98.000,00 złotych netto),
2. ukończenia branży elektrycznej (240.000,00 złotych netto),
3. ukończenia wykonania konstrukcji stalowej mostu kratowego dla przenośnika nr 12
4. ukończenia wykonania zabezpieczenia antykorozyjnego elementów stalowych, maszyn i urządzeń (95.500,00 złotych netto),
5. od budynku sortowni III poziom 0,0 do stacji przesypowej przy budynku sortowni poziom 9,45m (100.000,00 złotych netto),
6. ukończenia wykonania konstrukcji stalowej mostu kratowego między stacjami przesypowymi o długości przęsła  $L = 8,50$  m dla przenośnika taśmowego nr 11 (75.350,00 złotych netto) ,
7. ukończenia wykonania stacji przesypowej przy budynku sortowni II z płuczką przy osi głównej budynku 13 g- h dla zmiany kierunku transportu z przenośnika nr 12 poziom + 9,45 m (95.000,00 złotych netto),
8. ukończenia wykonania stacji przesypowej na ciągu transportowym mostu z przenośnikiem taśmowych istniejącym nr 10 z podporami słupowymi w osi 13 budynku sortowni II z płuczką poziom + 12,45 m (88.000,00 złotych netto),
9. dostawy i zabudowy wciągnika elektrycznego Balkancar z silnikiem samohamownym udźwig 2 tony wysokość podnoszenia 18 m (57.000,00 złotych netto),
10. wykonania i zabudowy 5-ciu zamknięć z wylotów skośnych zbiorników o wymiarach 1000x1000 oraz 5-ciu podajników taśmowych nr 13A,13B,13C,13D i 13 E (300,000,00 złotych netto).

Oceniając tak ustalony stan faktyczny, Izba stwierdziła, że decyzja Zamawiającego była prawidłowa i nie zaistniały podstawy wykluczenia Budoserwis z postępowania.

Zdaniem składu orzekającego, Odwołujący błędnie zawęży warunek udziału w postępowaniu. Argumentacja Odwołującego w istocie sprowadza się do twierdzenia, że aby wykazać się spełnieniem warunku udziału w postępowaniu, należałoby poprzestać jedynie na dostawie wraz z montażem określonych urządzeń. Tymczasem Zamawiający postawił szerszy warunek – oczekiwał, aby wykonawca dostarczył i zabudował urządzenia podnośnikowe/przeładunkowe w zakładach przemysłowych na linii produkcyjnej. W ocenie Izby, Zamawiający prawidłowo interpretuje postawiony przez siebie warunek w ten sposób, że oprócz dostawy i montażu istotne jest wkomponowanie urządzeń w linię produkcyjną. Niezrozumiałe jest, wobec braku jakiegokolwiek argumentacji w tym zakresie, dlaczego Odwołujący postuluje odjęcie od wartości z poz. 3 Wykazu wartości opracowania

dokumentacji powykonawczej czy wykonania (ukończenia) prac elektrycznych, antykorozyjnych itd. Przykładowo, przykładowo, Odwołujący wskazywał, że powinno się pominąć wartość dostawy i zabudowy wciągnika elektrycznego Balkancar z silnikiem samohamownym udźwig 2 tony wysokość podnoszenia 18 m, lecz nie wskazywał na jakiegokolwiek argumenty, przemawiające za tym, że wskazany wciągnik nie jest urządzeniem podnośnikowym ani przeładunkowym. Odwołujący, aby udowodnić swoje twierdzenia, musiałby wykazać, że wymienione przez niego prace, które uważa za irrelewantne dla spełnienia warunku udziału w postępowaniu, rzeczywiście nie są związane z zabudowaniem określonych urządzeń na linii produkcyjnej. Odwołujący poprzestał na ogólnym stwierdzeniu, że wymienione przez niego prace nie powinny zostać zaliczone do zakresu rzeczowego, potwierdzającego spełnienie warunku udziału w postępowaniu, jednak nie podjął żadnej inicjatywy dowodowej, na poparcie swoich racji. Reasumując, Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia odwołania.

Wobec powyższych okoliczności Izba stwierdziła, że nie doszło do naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 Prawa zamówień publicznych, dlatego orzeczono jak w sentencji.



O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz.972).

**Przewodniczący:**

.....