

WYROK
z dnia 4 maja 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 kwietnia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 marca 2021 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenia zamówienia **[1] Dominex Sp. z o.o. [pełnomocnik], [2] Recycling Logo Group Sp. z o.o. Sp. k., [3] Trakt Sp. z o.o. z siedzibą pełnomocnika w Świętochłowicach** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Spółkę Restrukturyzacji Kopalń S.A. z siedzibą w Bytomiu**

przy udziale wykonawcy **GRANI-TEC D. P. i D. A. S.C. z siedzibą w Rybniku** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenia zamówienia **[1] Dominex Sp. z o.o. [pełnomocnik], [2] Recycling Logo Group Sp. z o.o. Sp. k., [3] Trakt Sp. z o.o. z siedzibą pełnomocnika w Świętochłowicach** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenia zamówienia **[1] Dominex Sp. z o.o. [pełnomocnik], [2] Recycling Logo Group Sp. z o.o. Sp. k., [3] Trakt Sp. z o.o. z siedzibą pełnomocnika w Świętochłowicach** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 oraz z 2020 r. poz. 288, 875, 1492, 1517, 2275 i 2320 oraz z 2021 r. poz. 464) w związku z art. 92 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2020 oraz z 2020 r. poz. 1086) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający Spółka Restrukturyzacji Kopalń Spółka Akcyjna z siedzibą w Bytomiu, ul. Strzelców Bytomskich 207, 41-914 Bytom [dalej zamawiający] wszczął postępowanie na roboty budowlane w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Likwidacja szybu wentylacyjnego Południowy wraz z przynależną infrastrukturą w SRK S.A. Oddział KWK „Makoszowy” w Zabrze Zadanie 1 – Likwidacja szybu wentylacyjnego Południowy, Zadanie 2 – Rozbiórka wieży szybowej szybu Południowy, Zadanie 3 – Rozbiórka budynku wciągarki szybu Południowy, Zadanie 4 – Wykonanie płyty zamykającej szyb Południowy«.

19.03.2020 r. zostało zamieszczone ogłoszenie o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nrem BZP 524750-N-2020.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 oraz z 2020 r. poz. 1086) [dalej SPzp] i – w zakresie środków ochrony prawnej – zgodnie z przepisami ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 oraz z 2020 r. poz. 288, 875, 1492, 1517, 2275 i 2320) [dalej NPzp] na podstawie art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2020 oraz z 2020 r. poz. 1086).

25.02.2021 r. zamawiający poinformował o wykluczeniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia [1] Dominex Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Świętochłowicach, ul. Metalowców 3C, 41-600 Świętochłowice [pełnomocnik], [2] Recycling Logo Group Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Rudzie Śląskiej ul. Hutnicza 2, 41-709 Ruda Śląska, [3] Trakt Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gliwicach, ul. Jasna 31B, 44-122 Gliwice, gdyż zamawiający błędnie przyjął, że ten podmiot nie spełnia warunków udziału w postępowaniu – art. 24 ust. 1 pkt 12 SPzp.

02.03.2021 r. wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia [1] Dominex Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Świętochłowicach, ul. Metalowców 3C, 41-600 Świętochłowice [pełnomocnik], [2] Recycling Logo Group Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Rudzie Śląskiej ul. Hutnicza 2, 41-709 Ruda Śląska, [3] Trakt Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gliwicach, ul. Jasna 31B, 44-122 Gliwice [dalej odwołujący], zgodnie z art. 515 ust.

1 pkt 1 lit. a NPzp, wniósł do Prezesa KIO odwołanie na wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu.

Odwołujący sformułował zarzut naruszenia przez zamawiającego:

- 1) art. 24 ust. 1 pkt 12 SPzp przez błędne przyjęcie, że odwołujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, podczas gdy w toku postępowania odwołujący wykazał, że spełnia wszystkie określone SIWZ warunki udziału w postępowaniu, co skutkowało bezpodstawnym wykluczeniem odwołującego z udziału w postępowaniu;
- 2) art. 26 ust. 3 SPzp w zw. z art. 22a ust. 6 SPzp, przez zaniechanie wezwania Odwołującego do zastąpienia podmiotu trzeciego – na zasoby, którego odwołujący powołuje się w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu – innym podmiotem lub podmiotami albo zobowiązania się przez odwołującego do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia.

Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania w całości;
- 2) unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu;
- 3) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Argumentacja odwołującego

25.02.2021 r. Odwołujący otrzymał zawiadomienie o wykluczeniu go z postępowania przetargowego z uwagi na niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, tj. w oparciu o treści przepisu art. 24 ust. 1 pkt 12 SPzp.

Dowód: zawiadomienie z 25.02.2021 r.

Zgodnie z treścią postanowień SIWZ zamawiający uzna warunek w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże się należytych wykonaniem robót budowlanych w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, w tym co najmniej jedną robotą budowlaną lub robotami w ramach jednej umowy lub kilku umów dotyczących: – likwidacji szybu wraz z wyposażeniem o łącznej wartości minimum 800 000,00 zł brutto, – wykonania robót rozbiórkowych obiektów budowlanych o łącznej wartości minimum 80 000,00 zł brutto, wraz z dowodami określającymi czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie (pkt 5.3 ppkt 1 lit b SIWZ).

Pkt 5.3 ppkt 1 lit b SIWZ brzmi:

»Warunki udziału w postępowaniu:

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

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 tym co najmniej jedną robotą budowlaną lub robotami w ramach jednej umowy lub kilku umów dotyczących:

- likwidacji szybu wraz z wyposażeniem o łącznej wartości minimum 800 000,00 zł brutto
 - wykonania robót rozbiórkowych obiektów budowlanych o łącznej wartości minimum 80 000,00 zł brutto
- wraz z dowodami określającymi czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie«.

Odwołujący w ofercie oświadczył, że celem wykazania spełnienia wskazanych wyżej warunków udziału w postępowaniu będzie polegał na zasobach innych podmiotów.

Dowód: oświadczenie uczestnika Konsorcjum Recycling Logo Group Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Rudzie Śląskiej – załącznik nr 1 do druku Formularz ofertowy.

22.10.2020 r. zamawiający w trybie art. 26 ust. 2 SPzp wezwał odwołującego do złożenia aktualnych oświadczeń i dokumentów dla wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu określonych w SIWZ, w tym do złożenia zobowiązania podmiotu udostępniającego swoje zdolności.

Dowód: wezwanie do złożenia dokumentów z 22.10.2020 r.

W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, odwołujący złożył zamawiającemu żądane dokumenty, w tym wykaz robót obejmujący doświadczenie wykonawcy wraz z referencjami.

Dowód: pismo odwołującego z 27.10.2020 r. wraz z załącznikami.

15.01.2021 r. zamawiający wezwał odwołującego, na podstawie art. 26 ust. 4 SPzp do złożenia wyjaśnień w zakresie robót ujętych przez odwołującego w złożonym zamawiającemu wykazie robót pod pozycją nr 5 oraz 7. W zakresie roboty nr 7 zamawiający na podstawie art. 26 ust. 3 SPzp wezwał odwołującego także do ewentualnego uzupełnienia oferty w tym względzie. Co więcej, zamawiający podniósł, że wskazane przez odwołującego pod pozycją 1-4 roboty nie spełniają warunków udziału

w postępowaniu, gdyż nie dotyczą likwidacji szybu wraz z wyposażeniem oraz robót rozbiórkowych obiektów budowlanych.

Pomimo, stwierdzenia, że odwołujący złożył dokumenty, które nie potwierdzają dysponowania przez wykonawcę niezbędnymi zasobami, zamawiający zaniechał wezwania odwołującego do uzupełnienia oferty w tym względzie w trybie art. 26 ust. 3 w zw. z art. 22a ust. 6 SPzp.

Dowód: wezwanie z 15.01.2021 r.

W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, odwołujący udzielił zamawiającemu stosownych wyjaśnień w żądanym zakresie tj. dotyczącym robót wymienionych przez odwołującego pod pozycją 4 oraz 7 wykazu robót.

Dowód: odpowiedź na wezwanie zamawiającego z 20.01.2021 r.

Kolejnym wezwaniem z 2.02.2021 r. zamawiający zobowiązał odwołującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień w zakresie roboty ujętej w wykazie robót pod poz. 7, czemu też odwołujący uczynił zadość 5.02.2021 r.

Dowód: wezwanie z 2.02.2021 r.

pismo odwołującego z 5.02.2021 r.

W konsekwencji, zamawiający uznał, że wymienione przez odwołującego w wykazie robót w pozycjach 1-4 roboty nie dotyczą likwidacji szybu wraz z wyposażeniem, a zatem nie spełniają warunków określonych w pkt 5.3.1 lit. b SIWZ.

Z takim stanowiskiem zamawiającego nie zgadza się odwołujący. Odwołujący podnosi, że z referencji wystawionych na rzecz wykonawcy Sevitel Sp. z o.o., na którego zasoby powołuje się odwołujący w tym zakresie (poz. 1-4 wykazu robót) wynika wprost, że wykonawca Sevitel Sp. z o.o. brał udział w pracach obejmujących likwidację szybu wraz z wyposażeniem. Z referencji złożonych zamawiającemu wynika, że wykonawca Sevitel Sp. z o.o. realizował prace polegające na likwidacji pomostu oraz wymianie dźwigarów w ramach zadania pn. *Wymiana elementów zbrojenia szybowego dla Węgłokoks Kraj Sp. z o. o. KWK Bobrek-Piekary Ruch Piekary w podziale na zadania: Zadanie 1 Szyb „Julian IV”, Zadanie nr 2 Szyb „Julian II”, na łączną kwotę 325 849,50 zł netto (referencje z 12.01.2017 r.), jak również prace polegające na wymianie zbrojenia i wyposażenia szybu w ramach umowy pn. *Wymiana zbrojenia wyposażenia szybu III w JSW S,A, KWK Knurów-Szczygłowice Ruch Szczygłowice*, o wartości netto 599 000,00 zł (referencje 19.02.2019 r.). Wszystkie te prace swoim zakresem spełniają warunek udziału w postępowaniu określony przez zamawiającego w pkt 5.3.1 lit. b SIWZ, bo wymiana elementów szybu oraz jego wyposażenia wymaga ich uprzedniej likwidacji. Powyższe dokumenty*

potwierdzają zatem, że wykonawca Sevitel. Sp. z o.o. ma stosowne doświadczenie niezbędne dla spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa na wstępie.

Dowód: referencje z 12.01.2017 r.

Nie mogą również zasługiwać na uwzględnienie twierdzenia zamawiającego w zakresie w jakim wskazuje, że wymieniona przez odwołującego pod pozycją nr 7 wykazu robota nie spełnia warunku udziału w postępowaniu. Jak bowiem wynika z porozumienia wykonawczego z 28.04.2017 r. zawartego pomiędzy konsorcjantami OPA Expert Sp. z o.o., Rudpol-OPA sp. z o.o. oraz Trakt Sp. z o.o., a dotyczącego realizacji zadania pn. »Zasyp rury szybowej szybu Jan wraz z likwidacją budynku wieży szybu Jan w SRK S.A. Oddział KWK „centrum” w Bytomiu«. Wykonawca Trakt Sp. z o.o. w ramach tego zadania realizował prace polegające na zapewnieniu materiału zasypowego wraz z dostawą przepalanej hałdy pogórnicy o granulacji 10-100 mm wraz z badaniami laboratoryjnymi i obsługą fizyczną zasypywania i nadzorem. Łączna wartość wykonanych przez wykonawcę Trakt Sp. z o.o. w ramach tego zadania prac wyniosła 450 000 zł netto (553 500 zł brutto). Prace te zostały wykonane należyście, czemu zamawiający nie zaprzecza. Nie ulega zatem wątpliwości, że wskazane wyżej prace w postaci zasypywania i nadzoru obejmowały swym zakresem likwidację szybu, dlatego też nie można zgodzić się z twierdzeniami zamawiającego, że roboty wskazane w wykazie robót pod poz. 7 nie spełniały rzeczoności warunku SIWZ.

Dowód: porozumienie wykonawcze z 28.04.2017 r.,

- faktura VAT nr FV/439/06/2017.

Wobec tego, wbrew twierdzeniom zamawiającego, odwołujący należyście wykazał się spełnieniem warunku udziału w postępowaniu. Złożone przez odwołującego dokumenty w postaci referencji oraz porozumienia wykonawczego, jak również faktury VAT nr FV/439/06/2017 potwierdzają posiadanie przez odwołującego doświadczenia w zakresie wykonania robót obejmujących likwidację szybu wraz z wyposażeniem na łączną kwotę 1 049 000 zł netto (1 290 270 zł brutto).

Nie można zgodzić się z twierdzeniami zamawiającego, że niedopuszczalne jest powoływanie się na umowy, gdzie jedna umowa obejmuje prace związane z likwidacją szybu, a druga likwidację wyposażenia. Zgodnie z postanowieniami pkt 5.3.1 SIWZ „Zamawiający uzna warunek w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże się należytych wykonaniem robót budowlanych w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, w tym co najmniej jedną robotą budowlaną lub robotami w ramach jednej umowy lub kilku umów obejmujących likwidację szybu wraz

z wyposażeniem”. Skoro zatem zamawiający w SIWZ przewidział możliwość powoływania się dla wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu na roboty wykonane w ramach kilku umów niedopuszczalne jest ograniczenie przez zamawiającego stawianych w tym względzie wymagań do jednej umowy.

Twierdzenia zamawiającego w tym względzie nie mogą zasługiwać na uwzględnienie również dlatego, że z dokumentacji projektowej dotyczącej przedmiotowego zamówienia wynika, że prace mają obejmować wyłącznie likwidację szybu, a nie likwidację szybu wraz z wyposażeniem.

Niezależnie od powyższego, jeżeli zamawiający uznał, że roboty wskazane przez odwołującego nie spełniają warunków udziału w postępowaniu, określonego w pkt 5.3.1 lit. b SIWZ, zamawiający – przed wykluczeniem odwołującego z postępowania w oparciu o treści art. 24 ust. 1 pkt 12 SPzp, zobowiązany do skorzystania z dyspozycji art. 26 ust. 3 SPzp w zw. z art. 22a ust. 6 SPzp, wzywając odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, jeśli dokumenty te zawierały błędy lub budziły wątpliwości zamawiającego.

Czynność wezwania wykonawcy na podstawie art. 26 ust. 3 SPzp nie może być pominięta przed wykluczeniem wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia, ze skutkiem odrzucenia jego oferty. Czynność ta jest traktowana w ustawie jako obligatoryjna, a nie uzależniona od woli zamawiającego (tak m.in. wyrok KIO 726/20).

W wezwaniu z 15.01.2021 r. zamawiający nie uwzględnił również art. 22a ust. 6 SPzp, przewidującego m.in. możliwość zastąpienia podmiotu trzeciego wskazanego w ofercie, którego zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuacja ekonomiczna lub finansowa nie potwierdzają spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, innym podmiotem lub podmiotami albo zobowiązania się przez wykonawcę do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia.

Jeżeli z kolei, wykonawca w ofercie powołuje się na zasoby podmiotu trzeciego, które okażą się niewystarczające dla wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu zamawiający zobowiązany jest wezwać wykonawcę, w trybie art. 26 ust 3 SPzp do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków określonych przez zamawiającego powołując się w wezwaniu na art. 22a ust. 6 SPzp, tj. zobowiązany jest wskazać w wezwaniu na możliwość uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu nowego podmiotu trzeciego albo zobowiązania się przez wykonawcę do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia przy jednoczesnym wykazaniu zdolności technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej, wykazywanej pierwotnie przez powołanie się na potencjał podmiotu trzeciego.

Brak w wezwaniu z 15.01.2021 r. wezwania do uzupełnienia braków w trybie art. 26 ust. 3 SPzp wraz z powołaniem się na treść art. 22a ust. 6 SPzp stanowi naruszenie przepisów ustawy SPzp oraz bezpośrednio godzi w interes odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia.

W związku z tym należy uznać, że czynność wezwania odwołującego była czynnością niepełną. Wezwanie nie uwzględniało bowiem możliwości zmiany podmiotu trzeciego.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu 2.03.2021 r. (art. 514 ust. 2 NPzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom 3.03.2021 r. (art. 524 NPzp).

05.03.2021 r. wykonawca P. D., A. D. prowadzący wspólnie działalność gospodarczą pod firmą GRANI-TEC D. P., D. A. spółka cywilna, ul. Raciborska 271, 44-273 Rybnik złożył Prezesowi KIO pismo o zgłoszeniu przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania po stronie zamawiającego. Przystępujący przekazał kopie przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu (art. 525 ust. 1 i 2 NPzp).

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy 15.04.2021 r. (art. 521 i art. 522 NPzp). Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania zamówieniowego przedstawionej przez zamawiającego, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że odwołanie nie jest zasadne.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki posiadania interesu w uzyskaniu rozpoznawanego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba stwierdza, że nie zachodzą przesłanki, których zaistnienie skutkowałoby odrzuceniem odwołania.

Izba postanowiła dopuścić jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia SIWZ oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

Izba wzięła pod uwagę dowody złożone przez zamawiającego:

- 1) dowód nr 1 – list referencyjny i pismo Spółki Restrukturyzacji Kopalń Oddział w Rudzie Śląskiej na wykazanie, że odwołujący nie brał udziału w realizacji zadania 1b – likwidacja szybu IV (zasypanie szybu), bo wykonywała te roboty firma GÓRREM;
- 2) składa dowód nr 2 – faktura na wartość brutto 553 500,00 zł za zasyp rury szybowej szybu Jan i protokół odbioru końcowego zasypu rury szybowej szybu Jan wraz z likwidacją budynku wieży szybu Jan spółki Dominex (odwołującego).

W ocenie Izby zarzut pierwszy naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 SPzp – przez błędne przyjęcie, że odwołujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, podczas gdy w toku postępowania odwołujący wykazał, że spełnia wszystkie określone w SIWZ warunki udziału w postępowaniu, co skutkowało bezpodstawnym wykluczeniem odwołującego z udziału w postępowaniu – nie może zostać uwzględniony.

Art. 24 ust. 1 pkt 12 SPzp brzmi »Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się [...] 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«.

Izba stwierdza, że zamawiający ustanowił w tytule 5 [5. KWALIFIKACJA PODMIOTOWA art. 22 ustawy Pzp] część 5.3 ust. 1 pkt 1 lit. b tiret pierwsze SIWZ warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej zgodnie z art. 22 ust. 1b pkt 3 SPzp, który to przepis brzmi »Warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć [...] zdolności technicznej lub zawodowej«. Natomiast postanowienie części 5.3 ust. 1 pkt 1 lit. b tiret pierwsze SIWZ brzmi: »Zamawiający uzna warunek w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże się [...] należytych wykonaniem robót budowlanych w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, w tym co najmniej jedną robotą budowlaną lub robotami w ramach jednej umowy lub kilku umów dotyczących [...] likwidacji szybu wraz z wyposażeniem o łącznej wartości minimum 800 000,00 zł brutto – wraz z dowodami określającymi czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie«.

Na wykazanie spełnienia warunku (zdolności technicznej lub zawodowej) odwołujący złożył wykaz 7 robót, cyt. z protokołu:

- »1. Remont wyciągu – bez związku z warunkiem.
2. Wymiana elementów zbrojenia szybowego – bez związku z warunkiem.
3. Kompleksowa obsługa wyciągów szybowych – bez związku z warunkiem.
4. Wymiana zbrojenia i wyposażenia szybu – bez związku z warunkiem.
5. Likwidacja szybu IV z przynależną infrastrukturą w Kopalni Śląsk [...].
6. Rozbiórka budynku za 110 000 zł – zaliczona jako spełnienie drugiej części warunku.
7. Zasyp szybów za 755 000 zł [...]«.

Ze względu na możliwość wykazania spełnienia przedmiotowego warunku były brane pod uwagę tylko wykonane roboty wskazane w punktach 5 i 7, gdyż roboty wykazane w pkt 1-4 i 6 nie dotyczyły likwidacji szybu wraz z wyposażeniem. Chociaż roboty wymienione w pkt 1-4 ogólnie były związane z robotami szybowymi, to jednak nie były likwidacjami szybu wraz z wyposażeniem, czego wymagał zamawiający w SIWZ.

Izba stwierdza, że z dowodu nr Z1 złożonego przez zamawiającego wynika, że żaden z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia będących obecnie odwołującym nie wykonywał likwidacji szybu. W zakresie likwidacji szybu IV z przynależną infrastrukturą w Kopalni Śląsk, cyt. »Firma Recycling Logo Group Sp. z o.o. Sp. K., ani jej podwykonawca DOMINEX Sp. z o.o. nie brali udziału w realizacji Zadania 1b – likwidacja szybu IV (zasypanie szybu), które wykonywała firma GÓRREM Sp. z o.o. Sp. K. wraz z podwykonawcą BUDREM« [w brzmieniu dosłownym – przyp. Izba].

Ponadto z dowodu Z2 złożonego przez zamawiającego »faktura za „zasyp rury szybowej szybu Jan [...]« wynika, że wartość brutto robót wynosiła 553 500,00 zł, a więc wykazana robota nie osiągnęła wymaganej wartości minimum 800 000,00 zł brutto. W związku z tym także i na podstawie ostatniej z wykazanych robót nie można uznać, że odwołujący spełnił przedmiotowy warunek udziału w postępowaniu.

Także Izba podkreśla, że zgodnie z zacytowanym postanowieniem części 5.3 ust. 1 pkt 1 lit. b tiret pierwsze SIWZ zamawiający wymagał wykazania przez wykonawcę wykonania co najmniej jednej roboty dotyczącej likwidacji szybu wraz z wyposażeniem o łącznej wartości minimum 800 000,00 zł brutto. Dlatego nie można doliczyć do wartości roboty dotyczącej likwidacji szybu wartości żadnej innej roboty nie dotyczącej likwidacji szybu, a wartości takich innych robót próbował doliczyć odwołujący aby spełnić przedmiotowy warunek.

Także godne wskazania jest zdaniem Izby, że na sumaryczną wartość wykazywanych robót budowlanych dotyczących likwidacji szybu nie ma wpływu liczba umów, na których podstawie wykonawca dokona likwidacji szybu wraz z wyposażeniem. Jednak odwołujący nie wykazał, że inne roboty (poza pozycjami 5 i 7) dotyczyły likwidacji szybu, dlatego

wartości robót wymienionych w pozycjach 1-4 i 6 nie można dodać do wartości robót dotyczących likwidacji szybu. Ponadto zamawiający wykazał, że odwołujący w pozycji 5 nie wykonywał robót dotyczących likwidacji szybu, a wartość roboty dotyczącej likwidacji szybu wymienionej w pozycji 7 jest mniejsza niż wymagana przez zamawiającego w SIWZ.

Izba również zauważa, że bez znaczenia jest czy liderem konsorcjum jest podmiot najbardziej doświadczony w zakresie likwidacji szybów, czy inny podmiot. Ważne jest aby samodzielni wykonawcy lub wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia wykazali, że spełniają wszystkie warunki udziału w postępowaniu, a odwołujący w rozpoznawanym postępowaniu nie wykazał spełnienia rozpoznawanego warunku zdolności technicznej lub zawodowej.

Dlatego Izba uważa, że nie można uznać, że odwołujący spełnił warunek zdolności technicznej lub zawodowej udziału w postępowaniu postawiony w części 5.3 ust. 1 pkt 1 lit. b tiret pierwsze SIWZ i w związku z tym Izba nie może uwzględnić zarzutu pierwszego naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 SPzp.

W ocenie Izby zarzut drugi naruszenia art. 26 ust. 3 SPzp w zw. z art. 22a ust. 6 SPzp – przez zaniechanie wezwania odwołującego do zastąpienia podmiotu trzeciego, na którego zasoby odwołujący powołuje się w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, innym podmiotem lub podmiotami albo zobowiązania się przez odwołującego do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia – nie może zostać uwzględniony.

Art. 22a ust. 6 SPzp brzmi »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. 26 ust. 3 SPzp brzmi »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«.

Izba stwierdza, że zamawiający wystosował 15.01.2021 r. do odwołującego »Wezwanie do wyjaśnienia i uzupełnienia oferty«. Zamawiający na wstępie podał podstawę prawną wezwania, cyt. »Działając na podstawie art. 26 ust. 4 oraz ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający wzywa do wyjaśnienia i uzupełnienia oferty w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej«. W części II wezwania [nazwanej przez zamawiającego pkt II] zamawiający przytoczył brzmienie postanowienia części 5.3 pkt 1 lit. b SIWZ [nazwanej przez zamawiającego pkt 5.3.1 lit. b SIWZ]. Ponadto w części II ust. 1 wezwania z 15.01.2021 r. zamawiający poinformował odwołującego, że roboty wykazane w pozycjach 1-4 wykazu robót nie spełniają warunków udziału w postępowaniu szczegółowo opisanych w pkt 5.3 ppkt 1 lit. b SIWZ, gdyż nie dotyczą likwidacji szybu wraz z wyposażeniem oraz robót rozbiórkowych obiektów budowlanych. Dalej zamawiający w części II ust. 2 wezwania oświadczył obecnemu odwołującemu, że cyt. »Wykazana robota w poz. 5 realizowana na rzecz SRK S.A. Oddział „Pokój I-Śląsk” Ruch Śląsk dotycząca Likwidacji szybu IV wraz z przynależną infrastrukturą odpowiada zakresowi i minimalnej kwocie warunku określonego w pkt 5.3 ppkt 1 lit. b SIWZ, jednakże przedmiotowa robota składała się z 28 Zadań z czego tylko Zadanie 1 i 1b dotyczyło likwidacji szybu.

Jak wynika z dołączonych przez Państwa referencji robotę współrealizował jako uczestnik konsorcjum Recycling Logo Group sp. z o.o. sp.k. w zakresie 21 zadań na łączną kwotę 1 976 000,00 zł netto.

Z uwagi na fakt, iż jako uczestnik konsorcjum Wykonawca może posługiwać się tylko doświadczeniem (referencjami) w zakresie robót, które faktycznie realizował jako członek konsorcjum (por. wyrok TSUE z 4 maja 2017 r., C-387/14, wyrok KIO z 26 maja 2017 r. KIO 905/15, 925/17, KIO 933/17) Zamawiający na podstawie załączonego dokumentu nie może stwierdzić, czy Wykonawca Recycling Logo Group sp. z o.o. sp.k. realizował zadania dotyczące likwidacji szybu a tym samym nie może stwierdzić, czy wskazana robota spełnia warunek udziału w postępowaniu.

W związku z powyższym Zamawiający działając na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp wzywa Państwa do złożenia stosownych wyjaśnień w ww. zakresie oraz do przedstawienia dowodu potwierdzającego realizowany zakres zamówienia.

4. Wykazana robota pod pozycją 7 realizowana na rzecz SRIC S.A. oddział KWK Centrum, dotycząca Zasypania rury szybowej szybu Jan wraz z likwidacją budynku wieży szybu Jan.

Zgodnie z opisem ujętym w wykazie przedmiotowa robota realizowana przez Trakt Sp. z o.o. swoim zakresem obejmowała zasypanie rury szybowej wraz z likwidacją budynku wieży szybu. Z uwagi na brak dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie zadania Zamawiającego nie może stwierdzić, czy wykazana robota spełnia warunek postawiony

przez Zamawiającego w pkt 5.3 ppkt 1 lit. b SIWZ w zakresie porównywalności oraz rzetelności wykonania.

W związku z powyższym Zamawiający działając na podstawie art. 26 ust. 3 SPzp wzywa Państwa do uzupełnienia oferty o dokument potwierdzający należyte wykonanie zadania z pozycji 7 wykazu.

W przypadku jednak, gdyby wykazana robota budowlana nie spełniała warunku, Zamawiający działając na podstawie art. 26 ust. 3 SPzp wzywa do uzupełnienia oferty o wykazanie innej roboty spełniającej warunek udziału w postępowaniu w zakresie likwidacji szybu wraz z wyposażeniem o łącznej wartości minimum 800 000,00 zł brutto, wraz z dokumentem potwierdzającym należyte jej wykonanie.

Zamawiający informuje, że nie złożenie w/w dokumentów w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie skutkować będzie wykluczeniem Państwa z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 12 ustawy Pzp, a tym samym Państwa oferta zostanie odrzucona« [cytat w brzmieniu oryginalnym – przyp. Izba].

Pismem z 20.01.2021 r. odwołujący złożył wyjaśnienia, na których podstawie zamawiający w dalszym ciągu nie był w stanie określić zakresu robót wykonanych przez poszczególne podmioty, a zwłaszcza wykonanie tych robót nie zostało potwierdzone referencjami.

Również Izba stwierdza, że w celu wykazania spełniania przedmiotowego warunku odwołujący nie powoływał się na poleganie na zdolnościach technicznych lub zawodowych innych podmiotów, do czego odwołujący był uprawniony zgodnie z art. 22a ust. 1 SPzp, który to przepis brzmi »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«. W związku z tym odwołujący nie może domagać się aby zamawiający zastosował się do art. 22a ust. 6 SPzp, który to przepis brzmi »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«.

W związku z tym Izba stwierdza, że zamawiający właściwie zastosował się do art. 26 ust. 3 SPzp oraz podstawnie nie zastosował wezwania zgodnie z art. 22a ust. 6 SPzp.

Dlatego Izba nie może przychylić się do zarzutu drugiego naruszenia art. 26 ust. 3 SPzp w zw. z art. 22a ust. 6 SPzp i zarzut drugi nie może zostać uwzględniony.

Zamawiający – podczas prowadzenia postępowania – nie naruszył wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Z tych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych oraz na podstawie § 2 ust. 2 pkt 1, § 5 ust. 1 i 2 lit. b oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), zaliczając w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Przewodniczący: