

sygn. akt: **KIO 744/22**

WYROK
z dnia 6 kwietnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 kwietnia 2022 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 marca 2022 r. przez **Energokon-Plus sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu, ul. Ludwika Mierosławskiego 3; 41-200 Sosnowiec**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Spółka Restrukturyzacji Kopalń S.A., ul. Strzelców Bytomskich 207; 41-914 Bytom**, przy udziale wykonawcy **Recycling Logo Group sp. z o.o. sp. k., ul. Hutnicza 2; 41-709 Ruda Śląska** – zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **Oddała odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża **Energokon-Plus sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu, ul. Ludwika Mierosławskiego 3; 41-200 Sosnowiec** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Energokon-Plus sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu, ul. Ludwika Mierosławskiego 3; 41-200 Sosnowiec**, tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) 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 S.A., prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest *„Likwidacja obiektów budowlanych w rejonie szybów I i II dla Spółki Restrukturyzacji Kopalń S.A. w Bytomiu, Oddział w Rudzie Śląskiej KWK „Pokój I – Śląsk”, Ruch „Śląsk” – znak: ZP-S-0001/21”*.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w BZP z dnia 4 maja 2021 r., pod nr 2021/BZP 00045502/01.

Dnia 10 marca 2022 roku, zamawiający poinformował wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania.

Dnia 15 marca 2022 roku, Energokon-Plus sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu (dalej „Odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od niezgodnych z przepisami ustawy czynności i zaniechań zamawiającego w postępowaniu, polegających na:

- 1) dokonaniu wyboru oferty wykonawcy Recycling Logo Group sp. z o.o. sp. k., ul. Hutnicza 2, 41-709 Ruda Śląska (dalej: „RLG”), jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu,
- 2) zaniechaniu odrzucenia oferty RLG, która została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu z przyczyn wskazanych w uzasadnieniu odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 239 ust. 1 Pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy RLG jako oferty najkorzystniejszej w niniejszym postępowaniu, podczas gdy podmiotowe środki dowodowe złożone w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego nie potwierdziły spełniania przez RLG warunków udziału w postępowaniu,
2. art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) Pzp w zw. z art. 116 ust. 1 i art. 112 ust. 2 pkt 4) Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty RLG, która została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia w odniesieniu do zdolności technicznej lub zawodowej, w sytuacji gdy:
 - a) żadna z robót wymienionych w poz. 1 i 2 wykazu robót budowlanych nie spełnia wymagania opisanego w pkt 8.1.2 ppkt 1 SWZ, tj. wymagania aby wykonawca wykazał się należytych wykonaniem roboty budowlanej w ramach jednej umowy polegającej rozbiórce obiektów przemysłowych o wartości minimum 4 000 000,00 zł brutto,
 - b) wykonawca RLG nie wykonał samodzielnie robót rozbiórkowych wymienionych w poz. 1 i 2 wykazu robót budowlanych, lecz główny przedmiot świadczenia

(tj. kompleksową rozbiórkę obiektów przemysłowych) powierzył w całości lub zasadniczej części podwykonawcom, przez co nie nabył doświadczenia w wykonaniu robót budowlanych polegających na rozbiórce obiektów przemysłowych o wartości 2 439 999,59 zł (poz. 1) i 1 600 000,00 zł (poz. 2).

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) dokonania odrzucenia oferty złożonej przez RLG / ewentualnie: wezwania RLG do uzupełnienia wykazu robót budowlanych wraz z dowodami należytego wykonania robót w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt 8.1.2 ppkt 1 SWZ,
3. powtórzenia czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał, że istnienie interesu w uzyskaniu zamówienia po stronie odwołującego wynika z faktu, iż złożył od ofertę w przedmiotowym postępowaniu, która to oferta nie podlega odrzuceniu, w związku z czym odwołujący ma realną szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia. W wyniku naruszenia przepisów ustawy interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, bowiem zamawiający dokonał wyboru oferty złożonej przez wykonawcę RLG, która z kolei podlega odrzuceniu. Zważywszy na zakres podniesionych zarzutów, odwołujący ma szansę na uzyskanie zamówienia, ponieważ w przypadku uwzględnienia odwołania, Izba może nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego lub nakazać unieważnienie czynności zamawiającego zgodnie z żądaniami odwołującego. Mając na uwadze powyższe, można realnie zakładać, że po ponownym badaniu i ocenie ofert w wyniku wykonania wyroku Izby, zamawiający dokona wyboru oferty odwołującego. W wyniku zasygnalizowanych naruszeń ustawy odwołujący został narażony na szkodę związaną z utratą spodziewanego zysku z tytułu realizacji kontraktu na rzecz zamawiającego, które to zamówienie powinno zostać udzielone odwołującemu. W konsekwencji, odwołujący może nie uzyskać zamówienia i w ten sposób nie osiągnąć zysku, który planował osiągnąć w wyniku realizacji przedmiotowego zamówienia (*lucrum cessans*).

Odwołujący wskazał, iż W wyniku powtórzenia czynności badania i oceny ofert (po wykluczeniu wykonawcy Dominex Sp. z o. o.) Zamawiający zwrócił się do wykonawcy RLG z wezwaniem do przedstawienia podmiotowych środków dowodowych, o których mowa w pkt 9.2 SWZ, w tym wykazu robót budowlanych. W myśl postanowień ujętych w pkt 8.1.2 ppkt 1 SWZ, Zamawiający uzna warunek w zakresie zdolności technicznej i zawodowej 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 w ramach jednej umowy

polegającą rozbiórce obiektów przemysłowych o wartości minimum 4 000 000,00 zł brutto wraz z dowodami określającymi czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie.

W odpowiedzi na wezwanie wykonawca RLG przedłożył wykaz robót budowlanych zawierający dwie pozycje wykonane w ramach oddzielnych zamówień i umów, z których żadna nie miała wartości min. 4 000 000,00 zł brutto.

□ W pozycji 1 wymieniono robotę budowlaną pod nazwą: Rozbiórka 9 obiektów budowlanych ZPMW zlokalizowanych na terenie SRK SA Oddział KWK Krupiński w Suszcu wraz z likwidacją przyłączy, instalacji, urządzeń technicznych oraz pozostałego wyposażenia o wartości 2 439 999,59 zł brutto (umowa e-RU 201900137 z dnia 7 maja 2019 r.);

□ W pozycji 2 wymieniono robotę budowlaną pod nazwą: Likwidacja wybranych obiektów budowlanych wraz z wyposażeniem położonych w rejonie szybu Pułaski dla SRK S.A. w Bytomiu Oddział w Katowicach KWK Wieczorek II Etap I zadania od I do 6 Etap II zadania od 7 do 13 o wartości 1 600 000,00 zł brutto (umowa e-RU 292100004 z dnia 5 stycznia 2021 r.).

Pismem z dnia 10 marca 2022 r. Zamawiający zawiadomił o dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę RLG. W uzasadnieniu Zamawiający stwierdził, że „oferta ww. wykonawcy spełnia wszystkie warunki wymagane przez Zamawiającego określone w SWZ i uzyskała największą liczbę punktów na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w pkt. 21 SWZ”.

II. Zaniechanie odrzucenia oferty RLG

Zdaniem Odwołującego, dokonanie przez Zamawiającego czynności wyboru oferty wykonawcy RLG jako oferty najkorzystniejszej w niniejszym postępowaniu oraz zaniechanie wykluczenia ww. wykonawcy z postępowania odbyło się z naruszeniem przepisów ustawy przytoczonych w petitum odwołania.

Zarzut braku wykazania spełniania przez RLG warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia w odniesieniu do zdolności technicznej lub zawodowej, należy rozpatrywać w dwóch aspektach, tj.:

1) żadna z robót wymienionych w poz. 1 i 2 wykazu robót budowlanych nie spełnia wymagania opisanego w pkt 8.1.2 ppkt 1 SWZ, tj. wymagania aby Wykonawca wykazał się należytych wykonaniem roboty budowlanej w ramach jednej umowy polegającej rozbiórce obiektów przemysłowych o wartości minimum 4 000 000,00 zł brutto;

2) wykonawca RLG nie wykonał samodzielnie robót rozbiórkowych wymienionych w poz. 1 i 2 wykazu robót budowlanych, lecz główny przedmiot świadczenia (tj. kompleksową rozbiórkę obiektów przemysłowych) powierzył w całości lub zasadniczej części podwykonawcom, przez co nie nabył doświadczenia w wykonaniu robót budowlanych polegających na rozbiórce obiektów przemysłowych o wartości 2 439 999,59 zł (poz. 1) i 1 600 000,00 zł (poz. 2).

II. 1. Brak możliwości sumowania wartości kilku odrębnych zamówień na roboty rozbiórkowe

Odwołujący podnosi, że żadna z robót wymienionych w poz. 1 i 2 wykazu robót budowlanych złożonego przez RLG nie spełnia wymagania opisanego w pkt 8.1.2 ppkt 1 SWZ, tj. żadna z nich nie miała wartości min.

4 000 000,00 zł brutto.

W szczególności:

W pozycji 1 wymieniono robotę budowlaną pod nazwą: Rozbiórka 9 obiektów budowlanych ZPMW zlokalizowanych na terenie SRK SA Oddział KWK Krupiński w Suszcu wraz z likwidacją przyłączy, instalacji, urządzeń technicznych oraz pozostałego wyposażenia o wartości 2 439 999,59 zł brutto (umowa e-RU 201900137 z dnia 7 maja 2019 r.);

W pozycji 2 wymieniono robotę budowlaną pod nazwą: Likwidacja wybranych obiektów budowlanych wraz z wyposażeniem położonych w rejonie szybu Pułaski dla SRK S.A. w Bytomiu Oddział w Katowicach KWK Wieczorek II Etap I zadania od I do 6 Etap II zadania od 7 do 13 o wartości 1 600 000,00 zł brutto (umowa e-RU 292100004 z dnia 5 stycznia 2021 r.).

W ocenie Odwołującego, wykładnia postanowień zawartych w pkt 8.1.2 ppkt 1 SWZ nie pozostawia wątpliwości, że dla wykazania spełniania opisanego tam warunku wykonawca RLG powinien był wykazać się należyтым wykonaniem co najmniej jednej roboty budowlanej w ramach jednej umowy polegającej na rozbiórce obiektów przemysłowych o wartości minimum 4 000 000,00 zł brutto.

W świetle wymagań opisanych w pkt 8.1.2 ppkt 1 SWZ Zamawiający nie może uznać za wystarczające doświadczenia w rozbiórce obiektów przemysłowych o wartości minimum 4 000 000,00 zł brutto zdobytego w ramach realizacji kilku odrębnych zamówień. Wartości robót referencyjnych nie można w tym przypadku sumować. Omawiany warunek należało bowiem wykazać w oparciu o doświadczenie w należyтым wykonaniu rozbiórki obiektów przemysłowych w ramach jednej umowy o wartości min. 4 000 000,00 zł brutto.

II. 2. Brak nabycia doświadczenia w realizacji rozbiórki obiektów przemysłowych w sytuacji powierzenia podwykonawcom zasadniczej części zamówienia.

Osobno Odwołujący podnosi, że wykonawca RLG nie wykonał samodzielnie robót rozbiórkowych wymienionych w poz. 1 i 2 wykazu robót budowlanych, lecz główny przedmiot świadczenia (tj. kompleksową rozbiórkę obiektów przemysłowych) powierzył w całości lub zasadniczej części podwykonawcom, przez co nie nabył doświadczenia w wykonaniu robót budowlanych polegających na rozbiórce obiektów przemysłowych o wartości 2 439 999,59 zł (poz. 1) i 1 600 000,00 zł (poz. 2).

Przykładowo, roboty budowlane pod nazwą: Rozbiórka 9 obiektów budowlanych ZPMW zlokalizowanych na terenie SRK SA Oddział KWK Krupiński w Suszcu wraz z likwidacją

przyłączy, instalacji, urządzeń technicznych oraz pozostałego wyposażenia wykonawca RLG realizował na podstawie umowy numer e-RU 201900137 z dnia 7 maja 2019 r. (wartość robót 2 439 999,59 zł brutto). Jednakże, wobec braku własnego zaplecza sprzętowego, na podstawie umowy podwykonawczej z dnia 10 maja 2019 r. wykonawca RLG zdecydował się powierzyć rozbiórkę mechaniczną wszystkich 9 obiektów podwykonawcy Tree Capital Sp. z o. o. (wartość umowy 1 449 782,55 brutto).

Co więcej na stronach internetowych Tree Capital Sp. z o.o. można znaleźć dokument zatytułowany „Poświadczenie należytego wykonania usług” z dnia 11 lutego 2020 r., z którego wynika, że Zamawiający (SRK S.A. Oddział w Suszcu KWK „Krupiński”) potwierdził należyte wykonanie ww. rozbiórki bezpośrednio na rzecz tego podwykonawcy.

Z powyższego wynika, że roboty budowlane pod nazwą: Rozbiórka 9 obiektów budowlanych ZPMW zlokalizowanych na terenie SRK SA Oddział KWK Krupiński w Suszcu wraz z likwidacją przyłączy, instalacji, urządzeń technicznych oraz pozostałego wyposażenia nie zostały wykonane przez RLG, lecz faktycznie roboty te zrealizował wyłącznie podwykonawca (Tree Capital Sp. z o. o.).

Celem ustanowienia i sformułowania przez Zamawiającego warunku zawartego w pkt 8.1.2 ppkt 1 SWZ było zagwarantowanie, aby wykonawca posiadał i wykazał właściwe doświadczenie w precyzyjnie wskazanych okolicznościach. Jednak wykonawca RLG powołał się na wykonanie umowy, której podwykonawcą była firma Tree Capital Sp. z o.o. – w zakresie rozbiórki wszystkich 9 obiektów przemysłowych.

Skoro dla spełnienia warunku wykonawca powinien wykazać się odpowiednim doświadczeniem, o czym wyżej, to wykonawca RLG nie może w pełnym zakresie wskazywać na spełnienie warunku bez polegania na zasobach podmiotu trzeciego (np. Tree Capital Sp. z o. o.), gdyż wykonawca RLG posługując się podwykonawcą nie nabył doświadczenia w zakresie w jakim zamówienie wykonywał podwykonawca.

W przywołanym wykonaniu zamówienia firma Tree Capital Sp. z o. o wykonywała zamówienie w zakresie rozbiórki obiektów przemysłowych (w tym prace polegające na rozbiórce mechanicznej 9 obiektów wraz z fundamentami, zasypaniu zadoleń gruzem porozbiórkowym, zahumusowaniu terenu wraz posianiem trawy, pozyskaniem, pocięciem oraz posegregowaniem stali na poszczególne kategorie złomu). Z kolei udział RLG w tym zamówieniu ograniczał się do pozostałego zakresu, np. transportu i utylizacji odpadów. Dlatego wykonawca RLG nie może samodzielnie wykazywać, że nabył doświadczenie w zakresie rozbiórki obiektów przemysłowych, bo takie doświadczenie uzyskała i posiada tylko firma Tree Capital Sp. z o. o. i doświadczenie to nie emanuje samo z siebie na innych wykonawców, a trzeba je nabyć przez wykonywanie prac danego rodzaju.

Reasumując, skoro zasadniczy element przedmiotu zamówienia pod nazwą: Rozbiórka 9 obiektów budowlanych ZPMW zlokalizowanych na terenie SRK SA Oddział KWK Krupiński w

Suszczu wraz z likwidacją przyłączy, instalacji, urządzeń technicznych oraz pozostałego wyposażenia nie został wykonany przez RLG, lecz faktycznie rozbiórkę obiektów przemysłowych zrealizował podwykonawca (Tree Capital Sp. z o. o.), to RLG nie może twierdzić, że nabył doświadczenie we wspomnianej rozbiórce obiektów przemysłowych.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości. Zamawiający wskazał, co następuje.

Odwołujący powołał się na treść pkt.8.1.2. ppkt. I SWZ który stanowił, iż: *„Zamawiający uzna warunek w zakresie zdolności technicznej i zawodowej jeżeli wykonawca wykaże się: Należytem wykonaniem robót budowlanych w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeśli okres prowadzenia działalności jest krótszy- w tym okresie, w tym co najmniej jedną robotą budowlaną w ramach jednej umowy polegającą na rozbiórce obiektów przemysłowych o wartości minimum 4 000 000,00 zł brutto wraz z dowodami określającymi czy te roboty budowlane zostały wykonane należyście”.*

Odnosząc się do powyższego, wskazania wymaga, iż pismem z dnia 14 maja 2021 r. nr: L.dz.SRK/NZ/1552/21/MF zamawiający działając w oparciu o art. 286 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, dokonał zmiany treści SWZ w wyniku odpowiedzi na pytanie 1. Wskazano, iż zmianie ulega treść ust. 8, pkt. 8.1, ppkt. 8.1.2.poz.1, który otrzymuje brzmienie: *„8.1.2. Zamawiający uzna warunek w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, jeżeli wykonawca wykaże się: 1. należytem wykonaniem robót budowlanych w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, w ramach jednej lub kilku umów polegających na rozbiórce obiektów przemysłowych o łącznej wartości minimum 4 000 000, 00 zł brutto wraz z dowodami określającymi czy te roboty budowlane (...)”.*

Ogłoszenie o zmianie z dnia 14 maja 2021 r. zostało opublikowane, w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2021 /BZP/00054824/01.

Z uwagi na zmianę treści SWZ, podniesiony zarzut, w ocenie zamawiającego, uznać należy za nieuzasadniony.

(dowód: pismo zamawiającego z dnia 14 maja 2021 r., ogłoszenie o zmianie ogłoszenia „Likwidacja obiektów budowlanych I w rejonie szybów I i II dla Spółki Restrukturyzacji Kopalń S.A. w Bytomiu, Oddział w Rudzie Śląskiej KWK „Pokój I- Śląsk”, Ruch „ Śląsk”).

Odnosząc się do zarzutu II, dotyczącego braku nabycia doświadczenia w realizacji rozbiórki obiektów Przemysłowych w sytuacji powierzenia podwykonawcom zasadniczo części zamówienia, zamawiający wskazał, co następuje.

Odwołujący wskazał, iż wykonawca RLG nie wykonał samodzielnie robót rozbiórkowych wymienionych w poz. 1 i 2 wykazu robót budowlanych, lecz główny przedmiot Świadczenia (tj. kompleksową rozbiórkę obiektów przemysłowych) powierzył w całości lub w zasadniczej

części podwykonawcom, przez co nie nabył doświadczenia w wykonaniu robót budowlanych polegających na rozbiórce obiektów przemysłowych o wartości 2 439 999,59 zł (poz. 1) i 1 600 000,00 zł (poz.2). Odwołujący sformułował wniosek, iż w oparciu o dokument odnaleziony na stronie internetowej Tree Capital „Poświadczenie należytego wykonania usług”, iż roboty te faktycznie zostały zrealizowane wyłącznie przez podwykonawcę (Tree Capital.).

W ocenie zamawiającego odwołujący w sposób niewłaściwy buduje przedstawioną argumentację w oparciu o wybiórczo cytowane fragmenty orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej, dodatkowo nie przedstawiając żadnych dowodów na poparcie swoich twierdzeń. Wskazania bowiem wymaga, iż z wyroku z dnia 18 kwietnia 2019 r. KIO 588/19 podkreślono również m.in.: *„Jak Przystępujący wskazał, podział prac przy nasadzeniach/ przesadzeniach polegał na tym, że pracownicy fizyczni pochodzili ze strony przedsiębiorstwa Z.B., a pracownicy „merytoryczni” prac ze strony spółki A.C., która również kupowała sadzonki. Pracownicy przedsiębiorstwa Z.B. W.R. dokonywali m.in. wykopów pod nasadzenia i zasypań, bez których nie da się wykonać nasadzeń i które są istotną częścią nasadzenia - czemu nie da się zaprzeczyć. Wartość poszczególnych prac, w ocenie Izby, jest drugorzędna, ponieważ niekoniecznie przekłada się ona na zaangażowanie sił i środków w ich wykonanie i często zależy np. od kosztu materiałów czy kosztu użycia sprzętu. Zatem należy uznać, że wykonawca ten (W.R. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Z.B. W.R.) faktycznie i realnie uczestniczył w realizacji również tej części zamówienia, a tym samym, nawet jeśli nie wykonał tego elementu prac w całości, może się na takie doświadczenie powołać. Należy przy tym zauważyć, że z samej istoty działania w ramach grupy wynika wykonywanie pewnych prac zespołowo, co nie zawsze będzie identyczne z ich indywidualnym wykonywaniem. Tym samym Izba uznała, że Konsorcjum Z.B. w sposób uprawniony powołało się na doświadczenie przedsiębiorcy W.R. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Z.B. W.R. i orzekła jak w sentencji oddalając odwołanie”.*

Okoliczności związane z nabyciem doświadczenia winny być każdorazowo badane i odnoszone do konkretnego przypadku, a nie - jak chce odwołujący - sprowadzane jedynie do wysuwania jednostronnych, nie popartych żadnymi dowodami automatycznych wniosków.

W tym samym orzeczeniu bowiem wskazano również: *„(...) Natomiast przełożenie owego poglądu ogólnego na daną sytuację faktyczną wymaga już indywidualnej oceny zarówno elementów danego warunku udziału w postępowaniu, jak i konkretnych działań wykonawców podejmowanych przy konkretnej realizacji. W skrócie można to ująć w następujący sposób: dany wykonawca (konsorcjant - czy to lider, czy to partner), żeby wykazać się doświadczeniem, nie musiał wykonywać absolutnie wszystkiego w danym zamówieniu czy danej jego części, na którą się powołuje (byłoby to sprzeczne z zasadami działania konsorcjów), ale jego udział w tym zamówieniu (lub odpowiednio jego części w zależności od*

brzmienia warunku), musi być na tyle istotny, by zarówno ten jego udział, jak i nabyte doświadczenie, były faktyczne i realne, a także w miarę kompleksowe, tj. dotyczyły jak najpełniejszej części tej realizacji.(...)”.

Odwołujący nie wykazał w żaden sposób, aby RLG nie uczestniczył w wykonywaniu prac o których mowa w dokumencie pn. „*Poświadczenie należytego wykonania usług*”. Twierdzenia o braku doświadczenia nie zostały w żaden sposób poparte zarówno argumentami natury merytorycznej, jak też żadnymi dowodami.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 528 ustawy Pzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący na posiedzeniu oświadczył, iż wycofuje zarzut opisany w ust. 2 pkt 1 odwołania.

Odwołujący oświadczył, iż przedmiotem zarzutu opisanego w ust. 2 pkt 2 odwołania, jest tylko poz. 1 wykazu robót budowlanych.

Krajowa Izba Odwoławcza pozostając w zakresie zarzutów odwołania stwierdziła, iż zarzuty odwołującego są bezzasadne. Izba w całości podzieliła argumentację prezentowaną przez zamawiającego i przystępującego. Ponadto Izba wskazuje, co następuje.

Wskazać należy, iż odwołujący całą swoją argumentację ukierunkował na brak możliwości wykazania przez przystępującego, robotą z poz. 1 wykazu, spełnienia warunku udziału w postępowaniu, co do wartości wykonanej roboty. Odwołujący, opierając się o treść

„Poświadczenia należytego wykonania usług” z dnia 11 lutego 2020 roku, wystawionego przez Dyrektora Oddziału KWK „Krupiński” Oddział w Suszcu dla firmy Tree Capital sp. z o.o., wywodził, że skoro w ramach referencyjnej roboty z poz. 1 wykazu, główny przedmiot świadczenia (tj. kompleksową rozbiórkę obiektów budowlanych) wykonywała dla przystępującego spółka Tree Capital (wg. wyliczenia odwołującego ok. 60% wartości całego zamówienia) to przystępujący nie może legitymować się doświadczeniem w realizacji tego zadania na kwotę 2 439 999,59 zł. W konsekwencji, wg. odwołującego, przystępujący nie potwierdził spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej stanowisko odwołującego nie zostało udowodnione.

Okolicznością bezsporną w sprawie jest, że przystępujący w ramach roboty referencyjnej z poz. 1 wykazu, korzystał z usług podwykonawcy – spółki Tree Capital.

Wg. oświadczenia przystępującego spółka ta wspólnie z przystępującym, na zasadach partnerstwa, realizowała przedmiotowe zamówienie, przy zastrzeżeniu, że całością wykonywanych prac kierował przystępujący, organizując cały proces rozbiórkowy. Odwołujący nie zaprzeczył twierdzeniom przystępującego, że usługi dotyczące wyburzania wysokich obiektów budowlanych (budyneków), wymuszają na wykonawcach użycie specjalistycznego sprzętu, jakim są maszyny do wyburzeń o wysokim zasięgu. Przystępujący wskazał, że na rynku nie ma dużo firm oferujących tego typu usługi (3-4 firmy), w związku z czym koszt wynajmu takich maszyn jest wysoki. Ponadto wynajęcie takiej maszyny wiąże się również z zabezpieczeniem osoby (operatora), która posiada odpowiednie uprawnienia do obsługi tego typu urządzeń i wynajem w tym zakresie zawsze odbywa się kompleksowo.

Przystępujący zwrócił również uwagę na fakt, iż referencyjne zamówienie, w związku z długo trwającą procedurą przetargową, należało wykonać w krótkim terminie, co wymusiło na przystępującym wynajęcie dwóch takich maszyn, stąd wysoki koszt świadczenia usługi przez podwykonawcę – spółkę Tree Capital.

Na uwagę zasługuje również fakt, iż w ramach przedmiotowego postępowania przystępujący złożył zamawiającemu „List referencyjny” z dnia 6 listopada 2019 roku, wystawiony przez tego samego zamawiającego, potwierdzający prawidłowe wykonanie całego zamówienia, ze wskazaniem wartości tej roboty, jak w wykazie w poz. 1.

Zamawiający na rozprawie potwierdził powyższe wskazując, iż znane mu były realia wykonywania zleconych prac, albowiem odpowiednie służby zamawiającego nadzorowały te prace.

W ocenie Izby, odwołujący błędnie wywodził, że przystępujący nie mógł wykazywać referencyjną robotą, że potwierdził spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Okoliczność, iż część prac zlecona do wykonania podwykonawcy, wynosiła wartościowo ok. 60 % wartości całego zadania nie może jednoznacznie oznaczać, że wykonawca

przystępujący nie może legitymować się wykonaniem tego zadania w całości. W ocenie Izby podnieść należy, że może się zdarzyć sytuacja, tak jak w przedmiotowym postępowaniu, iż wykonawca zamówienia będzie zmuszony do skorzystania z usług podwykonawcy, którego usługa jest bardzo wysoko wyceniona (bardzo droga), co z kolei może „pochłonąć” znaczną część wynagrodzenia. Jednakże wywodzenie z tego faktu okoliczności, takich jakich chce odwołujący jest niezasadne. Zdaniem Izby, nie wartość podwykonywanych prac ma znaczenie ale faktyczny udział podwykonawcy w kontekście wykonania całego zamówienia. Skoro zatem przystępujący realizował całość prac w charakterze głównego wykonawcy przy współpracy (w ramach jednego z elementów zamówienia) z podwykonawcą, co potwierdzają dowody złożone przez przystępującego (wykaz osób realizujących referencyjne zadanie wraz z przykładowymi kartami przekazania odpadu), to nie sposób twierdzić, jedynie w oparciu o wartość prac wykonanych przez podwykonawcę, iż przystępujący nie wykazał się odpowiednim doświadczeniem w realizacji zadań związanych z wykonywaniem robót rozbiórkowych. W skład tego typu robót wchodzi bowiem szereg innych czynności, w tym nadzór, które poprzez właściwy rozkład procesu budowlanego dają zamierzony efekt gospodarczy.

Odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu, który potwierdzałby okoliczność, że przystępujący nie ma odpowiedniego doświadczenia w realizacji prac rozbiórkowych. Ogólnikowe twierdzenia, oparte jedynie o ww. „Poświadczenie”, nie stanowią wystarczających okoliczności skutkujących uznaniem zarzutów odwołania za zasadne.

Za bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy Izba uznała „inne” referencje wystawione dla przystępującego, w ramach zrealizowanych innych zamówień dla tego samego zamawiającego, gdyż roboty tam wymienione nie były przedmiotem zarzutów odwołania.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący: