

Sygn. akt: KIO 3678/21

WYROK

z dnia 13 stycznia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Osiecka

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 stycznia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 grudnia 2021 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Zakład Robót Górniczych Górrem Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Rudzie Śląskiej, Developer i Recykling Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zabrze oraz J. R. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą BUDREM J. R. z siedzibą w Chorzowie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Spółka Restrukturyzacji Kopalń Spółka Akcyjna z siedzibą w Bytomiu**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Recycling Logo Group Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Rudzie Śląskiej oraz Dominex Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Świętochłowicach**

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie.**
- 2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.**

Stosownie do art. 579 i art. 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) 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

Spółka Restrukturyzacji Kopalń Spółka Akcyjna z siedzibą w Bytomiu, dalej „Zamawiający”, prowadzi w trybie podstawowym postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Likwidacja górniczego wyciągu szybowego szybu „Witczak” w ramach zadania – zasypanie i nakrycie szybu płytą przykrywającą” dla Spółki Restrukturyzacji Kopalń S.A. Oddział KWK „Centrum”*. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), dalej „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 17 września 2021 r. pod numerem 2021/BZP 00184408/01.

W dniu 20 grudnia 2021 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Zakład Robót Górniczych Górrem Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Rudzie Śląskiej, Developer i Recykling Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zabrze oraz J. R. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą BUDREM J.R. z siedzibą w Chorzowie, dalej „Odwołujący”, wnieśli odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 109 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 118 ustawy Pzp, § 9 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz art. 16 ustawy Pzp przez jego niezastosowanie i zaniechanie wykluczenia Konsorcjum RLG z postępowania, pomimo że wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Recykling Logo Group Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Rudzie Śląskiej oraz Dominex Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Świętochłowicach, dalej „Konsorcjum RLG” wprowadzili Zamawiającego w błąd w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, bowiem podmiot udostępniający zasoby – Trakt sp. z o.o., wbrew twierdzeniom Konsorcjum RLG, nie wykonywał prac polegających na zasypie szybu podczas realizacji zamówienia „Zasyp rury szybowej szybu Jan wraz z likwidacją budynku wieży szybu Jan w SRK S.A. Oddział KWK Centrum w Bytomiu”, co powinno w konsekwencji powodować wykluczenie Konsorcjum RLG z postępowania i odrzucenie jego oferty,

2. ewentualnie, na wypadek nieuwzględnienia zarzutu 1, art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) w zw. z art. 118 ustawy Pzp, § 9 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz art. 16 ustawy Pzp przez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum RLG z postępowania, podczas gdy Konsorcjum RLG nie wykazało spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania potencjałem technicznym i zawodowym, bowiem podmiot udostępniający zasoby – Trakt sp. z o.o. nie wykonywał prac polegających na zasypie szybu podczas realizacji zamówienia „Zasyp rury szybowej szybu Jan wraz z likwidacją budynku wieży szybu Jan w SRK S.A. Oddział KWK Centrum w Bytomiu”, a tym samym oferta Konsorcjum RLG nie wykazała spełnienia warunków udziału w postępowaniu, co w konsekwencji powinno skutkować odrzuceniem oferty Konsorcjum RLG.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości, nakazanie Zamawiającemu: unieważnienie czynności zaproszenia wykonawców do aukcji elektronicznej, ewentualnie, na wypadek przeprowadzenia przez Zamawiającego aukcji elektronicznej przed rozstrzygnięciem odwołania przez KIO, nakazanie Zamawiającemu unieważnienia aukcji elektronicznej, nakazanie Zamawiającemu przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu, wykluczenie Konsorcjum RLG i odrzucenie jego oferty, i ponowne zaproszenie pozostałych wykonawców do aukcji elektronicznej.

Do postępowania odwoławczego w dniu 22 grudnia 2021 r. przystąpili po stronie Zamawiającego wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Recycling Logo Group Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Rudzie Śląskiej oraz Dominex Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Świętochłowicach, dalej również „Przystępujący”, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Przystępujący pismem z dnia 10 stycznia 2022 r. złożył stanowisko pisemne, wnosząc o odrzucenie, ewentualnie oddalenie odwołania w całości.

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 zasługuje na oddalenie.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania, w szczególności z: protokołu postępowania o udzielenie zamówienia, ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ofert wykonawców, zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniu, piśmie procesowym Przystępującego, a także oświadczenia i stanowiska stron

oraz uczestnika postępowania odwoławczego wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 11 stycznia 2022 r. wraz z przedłożonymi dowodami.

Izba ustaliła, co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest likwidacja górniczego wyciągu szybowego szybu „Witczak” w ramach zadania – zasypanie i nakrycie szybu płytą przykrywającą” dla Spółki Restrukturyzacji Kopalń S.A. Oddział KWK „Centrum”.

Zgodnie z pkt 8.1.2 lit. a specyfikacji warunków zamówienia, dalej „SWZ”, Zamawiający wymagał, w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, aby wykonawca wykazał się należytym 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 zasypaniu szybów o łącznej wartości minimum 1 000 000,00 zł brutto wraz z dowodami określającymi czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie.

Następnie pismem z dnia 29 września 2021 r. Zamawiający zmienił powyższy warunek w sposób następujący: Zamawiający uzna warunek w zakresie zdolności technicznej i zawodowej jeżeli wykonawca wykaże się należytym 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 zasypaniu szybów o łącznej wartości minimum 500 000,00 zł brutto wraz z dowodami określającymi czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie.

Pismem z dnia 30 września 2021 r. Zamawiający wyjaśnił, że w zakresie zdolności technicznej i zawodowej uzna warunek za spełniony jeśli wykonawca w ramach jednej lub kilku umów wykonał prace polegające na zasypaniu szybów o łącznej wartości minimum 500 000,00 zł brutto.

Izba ustaliła, że Konsorcjum RLG w celu wykazania spełnienia powyższego warunku udziału w postępowaniu powołało się na zasoby podmiotu trzeciego, tj. spółki Trakt Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gliwicach, dalej „Trakt”, w zakresie doświadczenia dotyczącego realizacji zamówienia publicznego pn. „Zasyp rury szybowej szybu Jan wraz z likwidacją budynku wieży szybu Jan” wykonanego dla SRK S.A. Oddział KWK Centrum w Bytomiu, dalej „Inwestycja Jan”. W odpowiedzi na wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych Konsorcjum RLG przedłożyło dodatkowo: porozumienie wykonawcze, dalej „Porozumienie”, zawarte przez w dniu 28 kwietnia 2017 r. przez konsorcjum wykonawców w składzie: Trakt, Opa Ekspert Sp. z o.o., dalej „Opa

Ekspert”, oraz Rudpol-Opa Sp. z o.o., dalej „Rudpol Opa”, protokół odbioru końcowego dla Inwestycji Jan z dnia 30 czerwca 2017 r. oraz fakturę VAT wystawioną przez Trakt na rzecz Opa Ekspert w dniu 7 lipca 2017 r.

Izba ustaliła, że Zgodnie z §2 Porozumienia: 1. Strony zobowiązują się do wykonania swojego zakresu przedmiotowego prac na warunkach określonych w Kontrakcie. Każda ze stron realizować będzie we własnym zakresie elementy Kontraktu określone w ust. 2, 3 i 4 niniejszego paragrafu. 2. OPA EKSPERT Sp. z o.o. realizować będzie zamówienie w zakresie przedmiotowym: • zapewnienie kruszywa mineralnego wraz z dostawą i badaniami laboratoryjnymi do likwidacji szybu Jan w rejonie poziomów technologicznych oraz przygotowanie instalacji do zasypywania szybu; • nadzór i dozór nad likwidacją szybu Jan oraz wykonanie płyty zabezpieczającej; likwidacja wieży szybowej szybu Jan; • nadzór budowlany nad likwidacją wieży szybowej, 3. Rudpol-OPA Sp. z o.o. realizować będzie zamówienie w następującym zakresie przedmiotowym: • prace formalno-prawne związane z przygotowaniem kontraktu, w tym zabezpieczenie wadium i sprawy organizacyjne; • prace porządkowe i dokumentacyjne po zakończeniu likwidacji. 4. TRAKT Sp. z o.o. realizować będzie zamówienie w następującym zakresie przedmiotowym: • sprawy związane z uzyskaniem pozwolenia na użytkowanie drogi dojazdowej do szybu Jan na czas zasypywania szybu oraz dzierżawa terenu na czas zasypywania szybu i likwidacji wieży szybowej; • zapewnienie materiału zasypowego wraz z dostawą z przepalanej hałdy pogórnictwa o granulacji 10-100 mm wraz z badaniami laboratoryjnymi i obsługą fizyczną zasypywania i nadzorem; • wywiezienie całości gruzu z terenu rozbiórki.

Stosownie do §3 Porozumienia: 1. Rozliczenia finansowe między Partnerami nastąpią po zakończeniu prac wynikających z Kontraktu, ich odbiorze i otrzymaniu zapłaty. 2. Strony uzgadniają, że wynagrodzenie z tytułu Kontraktu przypada poszczególnym stronom w następujących kwotach : 1.1 OPA EKSPERT i Rudp01-OPA: 327 000,00 zł netto 1.2 TRAKT: 450 000,00 zł netto. Wynagrodzenie, o którym mowa wyżej powiększone zostanie o podatek VAT. 3. Pełnomocnik jest uprawniony do wystawienia faktury na całość wynagrodzenia przysługującego z Kontraktu. Zapłata części wynagrodzenia przypadającego Członkowi jest dokonywana przez Pełnomocnika w ciągu 40 dni od otrzymania faktury VAT Członka. Końcowe rozliczenie nastąpi po zakończeniu Kontraktu. 4. Każda ze stron niniejszej umowy ponosi koszty związane z realizowanymi robotami proporcjonalnie do ilości osób zatrudnionych przez każdą ze stron niniejszej Umowy, które korzystać będą z łaźni, markowni i izby opatrunkowej w miesięcznym okresie rozliczeniowym. Koszty ponoszone przez Pełnomocnika będą refakturowane na Członka zgodnie z powołaną wyżej zasadą, a należności z tytułu refaktur będą kompensowane przez Pełnomocnika z najbliższym wynagrodzeniem należnym Członkowi, na co Członek wyraża zgodę.

Stosownie do §4 Porozumienia: 1. *Strony potwierdzają, że w imieniu Stron Umowy działa OPA EKSPERT jako Pełnomocnik.* 2. *W każdym przypadku, w którym Kontrakt wskazuje na obowiązek działania przez „Wykonawcę”, do odbioru i składania oświadczeń w imieniu Stron upoważniony jest OPA EKSPERT działający jako Pełnomocnik.*

W dniu 14 października 2021 r. Zamawiający wezwał Konsorcjum RLG do uzupełnienia dokumentów dotyczących spełniania warunku udziału w postępowaniu i przedstawienia innej roboty budowlanej. W dniu 19 października 2021 r., w odpowiedzi na ww. pismo Zamawiającego, Konsorcjum RLG wskazało, że wezwanie jest *niezrozumiałe i bezpodstawne*. W opinii Konsorcjum RLG, Trakt należyście wykonał roboty w ramach Inwestycji Jan, na potwierdzenie czego przedłożył dodatkowo wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 maja 2021 r., sygn. akt KIO 675/21.

W dniu 28 października 2021 r. Zamawiający wykluczył Konsorcjum RLG z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp. Od tej czynności odwołanie złożyło Konsorcjum RLG. KIO wyrokiem z dnia 19 listopada 2021 r. o sygn. KIO 3219/21, uwzględniła odwołania i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp oraz nakazała powtórzenie czynności badania i oceny ofert z udziałem oferty Odwołującego.

Zamawiający w dniu 14 grudnia 2021 r. zaprosił wykonawców, w tym Konsorcjum RLG, do aukcji elektronicznej.

Uwzględniając powyższe, Izba zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania. Izba nie uwzględniła wniosku Przystępującego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 5 ustawy Pzp. Izba uznała, że odwołanie nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 5 ustawy Pzp, zgodnie z którym Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub, w przypadku uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Zdaniem Przystępującego, zarzuty podniesione przez Odwołującego zmierzają do podważenia ustaleń faktycznych oraz oceny prawnej dokonanej przez KIO w sprawie o sygn. akt KIO 3219/21. Odwołujący kwestionuje czynności Zamawiającego, które zostały już wykonane zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 19 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3219/21.

Według Przystępującego, Odwołujący powołując się na te same okoliczności, które były już rozpatrywane przez KIO, wnosi o wykluczenie Konsorcjum RLG i odrzucenie jego oferty.

Izba nie podzieliła powyższej argumentacji uznając, że skład orzekający w sprawie KIO 3219/21 odniósł się w zasadzie do niedostatecznej treści informacji o wykluczeniu Przystępującego stwierdzając zaniechanie wykazania okoliczności zobowiązujących do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. Jednocześnie KIO nie uwzględniła dowodów składanych przez Odwołującego (wówczas przystępującego po stronie Zamawiającego) uznając, że dokumenty te powinny być przedstawione Konsorcjum RLG na etapie postępowania, a nie w trakcie postępowania odwoławczego. Tym samym KIO nie oceniała podstaw wykluczenia Konsorcjum RLG z postępowania na podstawie dokumentów załączonych do odwołania. KIO uznała, że Zamawiający nienależycie uzasadnił swoją czynność i nie wykazał podstaw jej podjęcia. Dlatego też nakazała powtórzenie czynności badania i oceny ofert, nie przesądzając przy tym wyniku takiej oceny w odniesieniu do oferty Konsorcjum RLG.

W drugiej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonych w odwołaniu czynności.

Dalej, Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż w niniejszym postępowaniu nie doszło do naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym, na podstawie art. 554 ust. 1 ustawy Pzp, rozpoznawane odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Izba uznała, że nie potwierdziły się zarzuty naruszenia przez Zamawiającego przepisów wskazanych w odwołaniu.

Zgodnie z art. 16 ustawy Pzp Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny. Stosownie do art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o

udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych. Jak stanowi art. 118 ust. 1 ustawy Pzp wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotów udostępniających zasoby, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków prawnych. Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu. Stosownie do § 9 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, jeżeli wykonawca powołuje się na doświadczenie w realizacji robót budowlanych, dostaw lub usług, wykonywanych wspólnie z innymi wykonawcami, wykaz, o którym mowa w ust. 1 pkt 1, dotyczy robót budowlanych, w których wykonaniu wykonawca ten bezpośrednio uczestniczył.

Izba wskazuje, że spór koncentrował się wokół warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej. Odwołujący podnosił, że Konsorcjum RLG powołując się na doświadczenie Traktu uzyskane w ramach Inwestycji Jan próbowało wykazać, że spełnia warunki udziału w postępowaniu dotyczące wykonania prac polegających na zasypie szybu. W ocenie Odwołującego Trakt nie zrealizował takich prac w toku wykonywania Inwestycji Jan, a zatem Konsorcjum RLG wprowadziło Zamawiającego w błąd w powyższym zakresie.

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazywał, że jedynie Opa Ekspert zapewniło osoby oraz sprzęt niezbędny do wykonania prac zasypowych w ramach Inwestycji Jan, Trakt natomiast nie uczestniczył w wykonaniu takich prac. Celem wykazania swoich twierdzeń Odwołujący powołał się na: złożenie wyłącznie przez Opa Ekspert wykazu pracowników wykonujących czynności w trakcie realizacji zamówienia, złożenie wyłącznie przez Opa Ekspert oświadczenia o zapewnieniu pracownikom odzieży ochronnej, hełmów, środków ochrony osobistej, złożenie wyłącznie przez Opa Ekspert oświadczenia o spełnieniu wymagań dotyczących urządzeń i sprzętu, zwrócenie się wyłącznie przez Opa Ekspert o przeprowadzenie szkolenia dla osób, które miały wykonywać czynności na terenie zakładu górniczego, zawarcie przez Opa Ekspert umowy z podmiotem, który zapewnił nadzór nad wykonaniem robót budowlanych oraz z podmiotem, który zapewnił sprzęt do wykonania robót budowlanych.

W ocenie składu orzekającego z powyższym stanowiskiem nie sposób się zgodzić. Uszło bowiem uwadze Odwołującego, że zgodnie z §4 Porozumienia, strony potwierdziły, że

w imieniu stron umowy działa Opa Ekspert jako pełnomocnik. Wskazano także, że w każdym przypadku, w którym kontrakt wskazuje na obowiązek działania przez „Wykonawcę”, do odbioru i składania oświadczeń w imieniu stron upoważniony jest Opa Ekspert działający jako pełnomocnik. Zatem składanie oświadczeń wyłącznie przez Opa Ekspert w toku realizowania Inwestycji Jan, nie potwierdza, że wyłącznie ww. podmiot wykonywał prace polegające na zasypie szybu. Opa Ekspert składało oświadczenia w imieniu wykonawcy, którym było konsorcjum składające się z trzech podmiotów, tj. Opa Ekspert, Rudpol Opa oraz Trakt, ponieważ należało to do jego obowiązków wynikających z Porozumienia zawartego przez ww. członków konsorcjum. Oznacza to, że składając oświadczenia opisane przez Odwołującego, Opa Ekspert realizowało jedynie swoje obowiązki wynikające z Porozumienia.

Skład orzekający nie podzielił również argumentacji Odwołującego jakoby zawarcie umowy z p. S. A. przez Opa Ekspert świadczyło o wykonywaniu prac zasypowych jedynie przez Opa Ekspert. Przeczą temu postanowienia Porozumienia, zgodnie z którymi Opa Ekspert było zobowiązane do: zapewnienia kruszywa mineralnego wraz z dostawą i badaniami laboratoryjnymi do likwidacji szybu Jan w rejonie poziomów technologicznych oraz przygotowanie instalacji do zasypywania szybu; nadzoru i dozoru nad likwidacją szybu Jan oraz wykonanie płyty zabezpieczającej; likwidacji wieży szybowej szybu Jan oraz nadzoru budowlanego nad likwidacją wieży szybowej (§2 ust. 2 Porozumienia). Niewątpliwie zawarcie umowy z p. S. A. było podyktowane koniecznością zapewnienia nadzoru, zgodnie z obowiązkami Opa Ekspert, wynikającymi z Porozumienia. Zresztą zakres prac wykonywanych przez p. S. A. nie mógł obejmować prac zasypowych, skoro zgodnie z fakturą nr 24/17, na którą powoływał się Odwołujący, w nazwie usługi lub towaru podano pełnienie funkcji kierownika budowy oraz opracowanie technologii i organizacji robót rozbiórkowej wieży szybowej, co koreluje z obowiązkiem wynikającym z §2 ust. 2 Porozumienia. Załączone zaś do odwołania pozostałe faktury mogą świadczyć jedynie o kosztach poniesionych przez Opa Ekspert w związku z likwidacją wieży szybowej, do czego był także zobligowany na mocy Porozumienia.

Odnosząc się do argumentacji Odwołującego, że szkolenie (zgodnie z § 14 ust. 1 i 2 rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 28 czerwca 2002 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy, prowadzenia ruchu oraz specjalistycznego zabezpieczenia przeciwpożarowego w podziemnych zakładach górniczych) przeszły jedynie osoby pracujące w Opa Ekspert należy wskazać, że dokumenty załączone do odwołania przeczą powyższej tezie i wskazują, że nie tylko osoby z ramienia Opa Ekspert brały udział w robotach zasypowych. Z załącznika nr 12 do odwołania wynika, że do oferty dotyczącej realizacji Inwestycji Jan załączono wykaz 6 osób zatrudnionych na umowę o pracę zawierający

następujące osoby: K. D., I. K., S. S., D. S., A. K., J. K.. Zgodnie zaś z pismem Opa Ekspert z kwietnia 2017 r. wymienione w piśmie osoby posiadają niezbędne kwalifikacje do realizacji zamówienia, w tym uprawnienia i ukończone kursy. Opa Ekspert wymieniło 8 osób, tj.: S. R., M. K., K. D., I. K., S. S., D. S., A. K., J.K.. Natomiast stosownie do pisma z dnia 9 maja 2017 r. Opa Ekspert zwróciło się o przeszkolenie 12 osób na potrzeby realizacji Inwestycji Jan, tj. J. B., K. D., S. S., A. K., D. S., W. B., M. K., K. G., F. K., D. H., S. R. oraz Z. S.. W powyższym oświadczeniu znalazły się nazwiska kilku osób, które nie pojawiły się w wykazie osób składanym pierwotnie do oferty. W tej sytuacji Izba uznała, że Odwołujący nie wykazał, że czynności zasypowe były realizowane jedynie przez pracowników Opa Ekspert.

Ponadto, Odwołujący podnosił, że w żadnej pozycji Książki zasypu nie wpisał się przedstawiciel ani pracownik Traktu. Jest to jednak oczywiste ze względu na fakt, że to do obowiązków Opa Ekspert należało składanie oświadczeń w imieniu wykonawcy oraz sprawowanie dozoru. Adnotacje widniejące w książce zasypu nie mogą więc stanowić potwierdzenia, że to jedynie Opa Ekspert wykonała prace zasypowe w ramach Inwestycji Jan.

Izba nie podzieliła także argumentacji Odwołującego, że w innym postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego, Zamawiający dokonał już oceny doświadczenia Trakt i uznał, że Trakt nie wykonywał prac polegających na zasypie szybu Jan. Należy podkreślić, że w ramach postępowania pn. *Likwidacja szybika wentylacyjnego „Ryża”* Zamawiający wymagał, aby wykonawcy posiadali doświadczenie w kompleksowej likwidacji szybu o wartości 1000 000 zł, podczas gdy w niniejszym postępowaniu Zamawiający wymagał, aby wykonawcy posiadali doświadczenie polegające na zasypywaniu szybów o wartości minimum 500 000,00 zł brutto. Kompleksowa likwidacja szybu stanowi szerszy zakres robót, gdyż jak tłumaczył Przystępujący, a Odwołujący nie zaprzeczył, obejmuje m.in likwidację naczyń wyciągowych, wyzbrojenie szybu, budowę tam i korków, zasyp rury szybowej oraz budowę płyty zamykającej. Tymczasem przedmiot niniejszego postępowania ogranicza się wyłącznie do wykonania prac polegających na zasypie i budowie płyty. Skoro Zamawiający wymagał wykazania się aktualnie jedynie doświadczeniem w zasypywaniu szybu, nie zaś kompleksową likwidację szybu, to nie sposób porównywać obu postępowań i oceniać jednakowo zdolność wykonawcy.

Odnosząc się do oświadczenia Opa Ekspert z dnia 26 listopada 2020 r. należy wskazać za Przystępującym, że zostało złożone kilka lat po wykonaniu Inwestycji Jan. Odwołujący nie wykazał, że w trakcie tego okresu Opa Ekspert kwestionowało prawidłowe wykonania przez Trakt Porozumienia, a także wystawioną przez Trakt fakturę. Gdyby Opa Ekspert faktycznie zrealizowało prace zasypowe, winno domagać się wynagrodzenia za wykonanie przedmiotowych prac. Tymczasem to Trakt otrzymał większą część

wynagrodzenia, zgodnie z do §3 ust. 1 Porozumienia. Gdyby zaś to Trakt wykonywał jedynie prace pomocnicze z pewnością nie otrzymałby najwyższego wynagrodzenia. W takiej sytuacji zapewne Opa Ekspert nie zgodziłby się na otrzymanie mniejszego wynagrodzenia niż podmiot realizujący jedynie prace pomocnicze. Zresztą stosownie do treści przedłożonej faktury VAT prace zostały wykonane zgodnie z Porozumieniem, wynagrodzenie zostało uiszczone, a Opa Ekspert oraz Zamawiający nie zakwestionowali opisu tejże faktury.

W ocenie Izby procedura wykazania naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp powinna być przeprowadzana indywidualnie w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, pomiędzy wykonawcą, którego dane okoliczności dotyczą, a zamawiającym. W przypadku gdy zamawiający nie poweźmie przekonania o podstawach do wykluczenia wykonawcy, a spór powstanie na etapie postępowania odwoławczego, obowiązek dowiedzenia tych okoliczności w postępowaniu odwoławczym spoczywa na stronach i uczestnikach postępowania, którzy z danych okoliczności wywodzą skutki prawne, zgodnie z zasadą z art. 534 ust. 1 ustawy Pzp, a także z art. 6 Kodeksu cywilnego. Odwołujący winien zatem dowieść przede wszystkim, że kwestionowana przez niego decyzja Zamawiającego, tj. zaniechanie wykluczenia wykonawcy jest nieprawidłowa. Ze swojej strony zaś Zamawiający winien dowodzić, że jest ona uzasadniona. Tymczasem Odwołujący całą swoją argumentację oparł o informacje, na podstawie których nie można uznać, że mamy do czynienia z informacjami wprowadzającymi w błąd. Odwołujący, na którym spoczywał ciężar wykazania, nie uprawdopodobnił, że doszło do wprowadzenia w błąd Zamawiającego.

Izba uznała również za bezzasadny zarzut ewentualny, tj. zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego z powodu niewykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez wykonawcę. Odwołujący podnosił, że Trakt nie wykonał prac polegających na zasypie szybu Jan, stwierdzał, że wykonywał to Opa Ekspert, tym samym, sam fakt, że Trakt uczestniczył jako konsorcjant w realizacji Inwestycji Jan, nie oznacza, że nabył on doświadczenie w zakresie wykonania wszystkich elementów zamówienia. Wskazać należy, że z przedstawionych dowodów przez Odwołującego nie wynika, aby Trakt nie wykonał prac polegających na zasypie szybu Jan, o czym mowa powyżej, tym samym za niezasadne Izba uznała powielanie pełnej argumentacji w przedmiotowym zakresie.

Pozostałe zarzuty odwołania Izba również uznała za niezasadne stwierdzając, iż Zamawiający prawidłowo ocenił zdolność Przystępującego, a postępowanie prowadzone jest z zachowaniem zasad wynikających z art. 16 ustawy Pzp. Nie doszło więc do naruszenia przepisów wskazanych przez Odwołującego w odwołaniu.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy 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 od odwołania

(Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: