

Sygn. akt: KIO 2148/19

WYROK
z dnia 6 listopada 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie 6 listopada 2019 r. w Warszawie w sprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 22 października 2019 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Gama Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jaworznie i ECCP PAX Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jaworznie, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Spółkę Restrukturyzacji Kopalń Spółka Akcyjna z siedzibą w Bytomiu

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 10 000,00 zł (dziesięć tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Katowicach.

.....

Uzasadnienie

Spółka Restrukturyzacji Kopalń Spółka Akcyjna z siedzibą w Bytomiu (dalej Zamawiający) prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm., dalej: Pzp) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą: „Zabezpieczenie przeciwpożarowe byłych terenów składowania odpadów materiałów pogórnich w wyniku ich zagrzania w SRK S.A. Oddział KWK "POKÓJ I" w Rudzie Śląskiej z podziałem na: Etap I - Wykonanie rowów ekranujących odcinających, Etap 2 - Wykonanie rowu ekranującego rozdzielającego”, numer: ZP-P-0003/19, zwane dalej Postępowaniem. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 18 czerwca 2019 r. pod numerem 562331-N-2019. Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W dniu 22 października 2019 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Gama Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jaworznie i ECCP PAX Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jaworznie (dalej Odwołujący), wnieśli odwołanie, w którym zaskarżyli niezgodne z przepisami czynności i zaniechania Zamawiającego, zarzucając mu naruszenie:

1. Art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ZBR Inż-Bud II A. S. z siedzibą w Libiążu i ZBR Inż-Bud II P. S. z siedzibą w Jaworznie (dalej Konsorcjum) w sytuacji, gdy wykonawcy ci nie potwierdzili spełnienia warunku udziału w postępowaniu polegającego na wykonaniu robót budowlanych polegających na robotach ziemnych związanych z zabezpieczeniem przeciwpożarowym na terenach przemysłowych o łącznej wartości minimum 400 000,00 zł brutto.
2. Art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp przez naruszenie zasady prowadzenia postępowania, oceny i badania ofert celem wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z obowiązującymi przepisami, w tym należywym wykonaniem jednej lub kilku robót budowlanych polegających na robotach ziemnych związanych z zabezpieczeniem przeciwpożarowym na terenach przemysłowych o łącznej wartości minimum 400 000,00 zł brutto - referencji.

ponadto z ostrożności procesowej Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

3. Art. 26 ust. 4 Pzp przez zaniechanie zbadania czy wszystkie wymienione w referencji Konsorcjum z dnia 29 listopada 2017 roku roboty budowlane można zaliczyć do robót ziemnych związanych z zabezpieczeniem przeciwpożarowym, co było wskazane w orzeczeniu Krajowej Izby Odwoławczej w wyroku z dnia 12 września 2019 r., sygn. akt: KIO 1671/19.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, za którą uznana została oferta złożona przez Konsorcjum.
2. wykluczenia z postępowania Konsorcjum,
ewentualnie
3. powtórzenie czynności badania ofert przez zbadanie czy wszystkie wymienione w referencji Konsorcjum z dnia 29 listopada 2017 r. roboty budowlane można zaliczyć do robót ziemnych związanych z zabezpieczeniem przeciwpożarowym.

Ponadto Odwołujący wniósł o:

1. dopuszczenie dowodu z opinii biegłego na okoliczność ustalenia, które z prac wymienionych w referencjach mogą być zaliczone do robót budowlanych polegających na robotach ziemnych związanych z zabezpieczeniem przeciwpożarowym na terenach przemysłowych oraz wskazanie ich wartości brutto,
2. zobowiązanie Zamawiającego do udostępnienia harmonogramu rzeczowo-finansowego i dziennika budowy lub dzienników budowy zadania „Roboty budowlane w Oddziale CZOK Część II: Wymiana rurociągu p.poż. DNI 50 od szybu Gigant do zbiornika powierzchniowego p.poż., remont stacji redukcyjnej na poz. 575 m i poz. 825 m”, nr Umowy: SRK/CZOK/57/17 z 20 lipca 2017 r., na okoliczność ilości, wartości i zakresu wykonanych prac przez Konsorcjum.
3. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrot kosztów postępowania, w tym zwrot kosztów zastępstwa prawnego według norm przepisanych.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in.:

W dniu 17 października 2019 r. Zamawiający poinformował, że jako najkorzystniejszą ofertę w postępowaniu wybrał ofertę złożoną przez Konsorcjum. Wybór najkorzystniejszej oferty w postępowaniu został przeprowadzony po raz drugi, gdyż 12 września 2019 r. Krajowa Izba Odwoławcza wydała wyrok w sprawie o sygn. akt: KIO 1671/19, którym unieważniła poprzednią czynność wyboru najkorzystniejszej oferty i nakazała powtórzenie badania i ocenę ofert. W uzasadnieniu orzeczenia Izba stwierdziła, że na podstawie referencji z dnia 29 listopada 2017 roku złożonej przez Konsorcjum nie można było z całą pewnością ustalić,

czy wykonawca spełnił warunek udziału w postępowaniu, nie dało się bowiem ustalić zakresu i wartości robót wykonanych przez jednego z uczestników Konsorcjum. Nadto Izba wskazała, że między Zamawiającym, a Odwołującym istniał spór, co do tego czy roboty związane z budową rurociągu można zaliczyć do robót ziemnych. Tej okoliczności Izba nie oceniała w postępowaniu KIO 1671/19 (jako nieujawniona wcześniej, nie mogła być objęta odwołaniem) i miała ona znaleźć odzwierciedlenie w ponownej czynności Zamawiającego, aby wykonawcy mogli podjąć decyzję, czy zgadzała się ze stanowiskiem Zamawiającego, czy będą je kwestionować w ramach środków ochrony prawnej.

Zamawiający powtarzając czynność oceny i wyboru ofert 4 października 2019 roku wezwał Konsorcjum do złożenia wyjaśnień i do uzupełnienia oferty. Jednak wyjaśnienia wykonawcy dotyczące referencji wydanej w oparciu wykonaną umowę nr SRK/Czok/57/17 z 20 lipca 2017 r. i dodatkowe dokumenty w dalszym ciągu nie pozwalały ustalić zakresu i wartości robót wykonanych przez członka Konsorcjum, a to z następujących powodów:

1. Pismem z dnia 7 października 2019 r. Konsorcjum wskazało, że ZBR Inż-Bud II P. S. w ramach umowy nr SRK/Czok/57/17 z 20 lipca 2017 r. wykonał roboty o wartości 608 210,00 zł brutto. Złożyło także dodatkowe referencje.
2. Spółka Restrukturyzacji Kopalń S.A. Oddział w Czeladzi CZOK w dniu 14 października 2019 r. wystawiła referencje dla Konsorcjum wykonawców, gdzie liderem był ZBR Inż-Bud II, a członkami byli Ranbis Przedsiębiorstwo Wielobranżowe i Nowrem Group Sp. z o.o. Referencje dotyczyły robót budowlanych o wartości 390 000 zł, wykonanych w oparciu umowę nr SRK/Czok/57/17 z dnia 20 lipca 2017 r.
3. W opinii (protokole) sporządzonym przez Zamawiającego 15 października 2019 r., w pozycji ad. 2 pkt 2 Zamawiający wymienił roboty budowlane, które uznał za roboty ziemne związane z zabezpieczeniem przeciwpożarowym na terenach przemysłowych, które w jego ocenie wykonał ZBR Inż-Bud II A.S.. Zamawiający ustalił wartość tych robót na 414 695,14 zł.

Ww. dokumenty były ze sobą sprzeczne. Z referencji, które dotyczyły trzech podmiotów, oraz dodatkowych wyjaśnień przeprowadzonych przez Zamawiającego nie można było wywnioskować (w sytuacji gdy tylko jeden z konsorcjantów, dla których wystawiono referencje, wziął udział w obecnym postępowaniu), który z podmiotów wykonał prace i w jakim zakresie.

Odnosząc się do wyjaśnień Konsorcjum dotyczących załączanych i zmienianych kosztorysów, Odwołujący wskazał, że na stronie BIP Zamawiającego został opublikowany zamieszczony link do przetargu pt. Wymiana rurociągu DNI 50, który odwoływał się do materiałów postępowania, w tym do przedmiaru robót zamieszczonego przez Zamawiającego. Przedstawiony przez Konsorcjum kosztorys, zarówno ten złożony w ramach

postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą 9 września 2019 roku, jak i ten poprawiony, były niezgodne z przedmiarem robót ogłoszonym na oficjalnej stronie internetowej Zamawiającego.

Dowody:

1. Kosztorys złożony w dniu 9 września 2019 roku na rozprawie przed KIO.
2. Kosztorys złożony na wezwanie Zamawiającego do wyjaśnień w 14 października 2019 r.
3. Kosztorys zamieszczony na stronie Spółki Restrukturyzacji Kopalń S.A.
4. Kosztorys inwestorski Zamawiającego z cenami dla poszczególnych zadań.

Z powyższego wynika, że zakres i wartość prac wyznaczał kosztorys ogłoszony na stronie BIP Zamawiającego, a nie zmieniane dokumenty, które przedstawiło Konsorcjum. Ze wszystkich prac, wymienionych w kosztorysach wskazanych jako dowody w punktach 3 i 4, tylko prace z pozycji 1, 5, 9, 10 można było zaliczyć do robót ziemnych związanych z zabezpieczeniem przeciwpożarowym na terenach przemysłowych. Były to:

- w pozycji 1 - tyczenie geodezyjne o wartości 3 332,39 zł,
- w pozycji 5 - roboty ziemne o wartości 51 139,81 zł,
- w pozycji 9 - wymiana gruntu o wartości 16 381,48 zł,
- w pozycji 10 - mechaniczne plantowanie terenu o wartości 3.016,84 zł.

Suma brutto wymienionych robót to 90 860,00 zł.

Nie tylko prac związanych z budową rurociągu nie można było zaliczyć do robót ziemnych, ale też wszystkich tych poza wymienionymi wyżej, ponieważ roboty ziemne z uwagi na ich charakter i specyfikę przedmiarowania można podzielić na trzy podstawowe grupy:

1. Roboty ziemne podstawowe - makroniwelację, wykopy szerokoprzestrzenne pod obiekty budowlane, wykopy wąskoprzestrzenne pod rowy i instalacje, wykopy liniowe pod drogi, nasypy, zasypki i podsypki z zagęszczeniem, niwelację i ostateczne kształtowanie terenu.
2. Roboty ziemne wykończeniowe - wyrównanie dna wykopów szerokoprzestrzennych, wykopy pod ławy i stopy fundamentowe, profilowanie nasypów i wyrównywanie skarp, zagęszczanie skarp i podłoża, mikroniwelację, kształtowanie małej architektury, układanie ziemi roślinnej lub darni w terenie i na skarpach budowli ziemnej.
3. Roboty ziemne przygotowawcze i porządkowe - usunięcie darniny i ziemi roślinnej, wycinanie starodrzewu, karczowanie pni i krzewów, wytyczanie budowli ziemnych, odprowadzenie wód opadowych, czasowe obniżenie poziomu wód gruntowych, spulchnianie gruntu spoistego, roboty ziemne porządkowe.

Zazwyczaj roboty ziemne wykończeniowe, przygotowawcze i porządkowe oraz niezmechanizowana część robót podstawowych stanowią ok. 10% ogólnej wielkości robót

ziemnych.

Nawet przy uwzględnieniu jednej z dodatkowych referencji Konsorcjum, na kwotę 59 040.00 zł brutto, nie został spełniony warunek dotyczący łącznej wartości robót minimum 400 000,00 zł brutto.

Zamawiający zaniechał przeprowadzenia opisanego wyżej badania mimo, że został do tego zobowiązany wyrokiem KIO 1671/19.

Zamawiający 5 listopada 2019 r. złożył pisemną odpowiedź na odwołanie wskazując m.in.: Zgodnie z wyrokiem KIO 1671/19 Zamawiający wezwał Konsorcjum do złożenia wyjaśnień dotyczących rozbieżności, co do zakresu wykonanych prac objętych referencjami (to jest co do treści złożonych dokumentów), a żądaniem przez Zamawiającego wykonania jednej lub kilku robót budowlanych polegających na robotach ziemnych związanych z zabezpieczeniem przeciwpożarowym na terenach przemysłowych o łącznej wartości minimum 400 000,00 zł brutto.

W odpowiedzi z 7 października 2019 roku Konsorcjum przesłało przedmiary i kosztorysy robót wykonanych podczas realizacji umowy numer SRK/Czok/57/17 z 20 lipca 2017 roku dla SRK S.A. Oddział w Czeladzi Centralny Zakład Odwadniania Kopalń, referencje potwierdzające wykonanie robót na rzecz następujących przedsiębiorstw: SKANSKA S.A. z siedzibą w Zabrze, PUPH „PROGEO” Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach oraz ON-SERVICE Sp. z o.o. z siedzibą w Trzebini. Po przeanalizowaniu nadesłanych dokumentów, Zamawiający ze względu na niemożliwość określenia wartości robót ziemnych wykonanych podczas realizacji umowy numer SRK/Czok/57/17 oraz sprzeczności w przedstawionych kosztorysach i przedmiarach, po raz kolejny wezwał Konsorcjum do uzupełnienia dokumentacji w taki sposób, aby było możliwe stwierdzenie spełnienia lub niespełnienia warunku w zakresie doświadczenia.

W efekcie Konsorcjum przesłało referencje wystawione przez SRK S.A. Oddział w Czeladzi, Centralny Zakład Odwadniania Kopalń oraz wyjaśnienie, co do nieścisłości w przedstawionych poprzednio dokumentach. Referencje te w sposób nie budzący wątpliwości obejmowały roboty wymagane przez Zamawiającego na potrzeby potwierdzenia spełnienia warunku w zakresie doświadczenia podmiotu ubiegającego się o realizację zadania.

W odniesieniu do zakresu robót jaki wykonał wykonawca ZBR Inż-Bud II A. S. jako lider konsorcjum wykonującego umowę numer SRK/Czok/57/17 podmiot ten oświadczył, że wykonał wszystkie roboty budowlane w ramach umowy, za wyjątkiem remontu stacji redukcyjnej (wykonanego przez uczestnika konsorcjum - PW „RANBIS” S.C.) oraz przewiertu sterowanego, zgrzewania i wyciągania rur (wykonanego na zlecenie przez wykonawcę ZRB

Janicki). Roboty te wyceniono sumarycznie na kwotę 203 590,00 zł brutto przy całkowitej wartości zamówienia 811 800,00 zł. Na potwierdzenie powyższych okoliczności Konsorcjum złożyło następujące dokumenty:

1. Porozumienie wykonawcze zawarte 20 lipca 2017 roku pomiędzy ZBR Inż-Bud II A.S., a PW „RANBIS” S.C., w którym określono szczegółowy zakres prac do wykonania przez strony,
2. fakturę wystawioną przez PW „RANBIS” S.C. na kwotę 190 000 zł brutto,
3. fakturę wystawioną przez ZRB J. na kwotę 13 590,00 zł brutto.

Przedstawione dokumenty nie budziły wątpliwości, co do zakresu wykonanych prac i wysokości udziału przedsiębiorstwa ZBR Inż-Bud II A. S.. Ponadto Konsorcjum wyjaśniło, że trzeci uczestnik konsorcjum wykonującego umowę numer SRK/Czok/57/17 wycofał się z prac ze względu na realizację innych zamówień, w związku z czym nie został ujęty w Porozumieniu wykonawczym.

W odniesieniu do referencji wystawionych przez SRK S.A., Oddział w Czeladzi CZOK Zamawiający wyjaśnił, że uwzględniały one jedynie roboty ziemne wykonane przy realizacji umowy. Mając na uwadze wymienione wyżej – porozumienie i faktury, Zamawiający uznał, że całość robót ujętych w spornych referencjach wykonało przedsiębiorstwo ZBR Inż-Bud II A. S..

Zamawiający nie uwzględnił wszystkich z podanych w referencji robót, a jedynie te które odpowiadały charakterowi prac do wykonania przy realizacji zadania czyli:

1. roboty ziemne wykonywane koparkami przedsiębiornymi - wartość 102 951,45 zł,
2. pełne umocnienie ścian wykopów - wartość 75 271 zł,
3. podłoża pod kanały i obiekty z materiałów sypkich gr. 20 cm i 30 cm - wartość 145 528,72 zł,
4. wymiana gruntu - wartość 23 114,08 zł,
5. mechaniczne plantowanie terenu spychaczami gąsienicowymi - wartość 2 229,69 zł
6. podbudowa pod powierzchnię z płyt betonowych - wartość 6 559,55 zł.

Wartość robót uznanych przez Zamawiającego za odpowiadające wymogom SIWZ - 414 695,14 zł, stanowiła sumę kwot z referencji przedstawionych przez Konsorcjum w uzupełnionych dokumentach. Zamawiający wziął pod uwagę jedynie te referencje, które nie budziły wątpliwości, co do spełnienia warunków określonych w SIWZ tj..

- referencje wystawione przez PUPH „PROGEO” Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach,
- referencje wystawione przez SRK S.A. Oddział w Czeladzi CZOK z zastrzeżeniem uwag wskazanych powyżej (co do charakteru uwzględnionych prac).

Zamawiający wziął pod uwagę jedynie roboty spełniające wymagania zawarte w SIWZ, to jest roboty budowlane polegające na robotach ziemnych zgodnie z Rozporządzeniem

Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 roku w sprawie wykazu robót budowlanych związanych z zabezpieczeniem przeciwpożarowym na terenach przemysłowych. Załącznik do w/w Rozporządzenia określa roboty ziemne jako: roboty wykopaliskowe, podsypywanie gleby, niwelowanie i równanie terenu budowy, kopanie rowów, usuwanie skał, wysadzanie itp. Argument Odwołującego, co do niemożności zaliczenia prac wykonanych przez przedsiębiorstwo ZBR Inż-Bud II A. S. do robót ziemnych związanych z zabezpieczeniem przeciwpożarowym był wobec powyższego niezasadny.

Odwołujący w przytoczonym w odwołaniu podziale robót ziemnych z uwagi na charakter i specyfikę przedmiaru nie podał wykładni prawnej stanowiącej podstawę tego podziału. Zamawiający nie określił zakresu w jakim wykonywane roboty ziemne miały być związane z zabezpieczeniem przeciwpożarowym nie chcąc ograniczać konkurencji. W ocenie Zamawiającego rurociąg przeciwpożarowy niewątpliwie stanowił element zabezpieczenia przeciwpożarowego i wszelkie roboty ziemne wykonane przy jego budowie lub wymianie można było uznać za spełniające warunki określone w SIWZ.

Biorąc pod uwagę powyższe całkowicie niecelowe byłoby korzystanie z opinii biegłego na okoliczność ustalenia, które z prac wymienionych w referencjach Konsorcjum mogły być zaliczone do robót budowlanych polegających na robotach ziemnych związanych z zabezpieczeniem przeciwpożarowym na terenach przemysłowych.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu, treść SIWZ, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone podczas rozprawy, Izba zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że Odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 Pzp, stanowiącego, że „Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy”, przysługiwało uprawnienie do wniesienia odwołania.

Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała złożone odwołanie, uznając, że nie zasługuje ono na uwzględnienie.

Zarzut nr 1, tj. zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp przez zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum w sytuacji, gdy nie potwierdziło ono spełnienia warunku udziału w postępowaniu polegającego na wykonaniu robót

budowlanych polegających na robotach ziemnych związanych z zabezpieczeniem przeciwpożarowym na terenach przemysłowych o łącznej wartości minimum 400 000,00 zł brutto nie potwierdził się.

Zgodnie z punktem 5.3. SIWZ określającym warunki udziału w postępowaniu:

„1. Zamawiający uzna warunek w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże się:

(...)

- b) należyтым wykonaniem robót budowlanych w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - jedną lub kilkoma robotami budowlanymi polegającymi na robotach ziemnych związanych z zabezpieczeniem przeciwpożarowym na terenach przemysłowych o łącznej wartości minimum 400 000,00 zł brutto wraz z dowodami określającymi czy te roboty budowlane zostały wykonane należyście”.

Zamawiający nie zdefiniował, ani nie doprecyzował sposobu rozumienia słowa „związanych” w przytoczonym warunku udziału w postępowaniu. Z tego względu słowo to należało interpretować zgodnie z jego językowym znaczeniem tj. jako mające związek, mające coś wspólnego z kimś lub z czymś.

Obowiązkiem zamawiających jest ustanawianie warunków udziału w postępowaniu zgodnie z zasadą proporcjonalności, co oznacza między innymi, że warunki mają być adekwatne do przedmiotu zamówienia. Przedmiotem zamówienia w postępowaniu jest, zgodnie z treścią Załącznika nr 2 do SIWZ, „wykonanie robót budowlanych w zakresie zabezpieczenia przeciwpożarowego byłych terenów składowania odpadów materiałów pogórnich w rejonie byłej hałdy, znajdujących się na obszarze SRK S.A. Oddział w Rudzie Śląskiej, Kopalnia Węgla Kamiennego Pokój I. Prace winny być wykonane zgodnie z Dokumentacją pracy badawczo – usługowej pn.: Projekt techniczny awaryjnego zabezpieczenia przeciwpożarowego terenów składowania odpadów materiałów pogórnich w wyniku ich zagrzania w SRK SA Oddział KWK Pokój I w Rudzie Śląskiej przy ul. Niedurnego 13 na działce 2704/234 wykonaną przez Główny Instytut Górnictwa w Katowicach oraz Uwarunkowaniami techniczno – organizacyjnymi stanowiącymi załącznik do Umowy. Zgodnie z powyższymi wytycznymi zakres zadania obejmuje 2 etapy:

Etap 1 – Wykonanie rowów ekranujących odcinających,

Etap 2 – Wykonanie rowu ekranującego rozdzielającego”.

Interpretacja warunku udziału w postępowaniu z punktu 5.3.1. lit. b SIWZ z uwzględnieniem przedmiotu zamówienia prowadzi do wniosku, że wykonawcy biorący udział w postępowaniu mieli obowiązek wykazać się realizacją jednej lub kilku robót budowlanych o łącznej wartości

minimum 400 000,00 zł brutto, polegających na wykonaniu robót ziemnych na terenach przemysłowych z uwzględnieniem faktu, że te roboty ziemne miały mieć związek z zabezpieczeniem przeciwpożarowym. Jak już wspomniano charakter tego związku nie został przez Zamawiającego doprecyzowany, zatem przyjęć należy, iż dopuszczalne było wykazanie się robotami ziemnymi (z poszanowaniem treści warunku udziału w postępowaniu) w dowolny, racjonalny sposób związanymi z zabezpieczeniem przeciwpożarowym.

Odwołujący wskazywał, że Zamawiający postąpił nieprawidłowo uznając, że na potwierdzenie spełnienia przedmiotowego warunku przez Konsorcjum mogło ono wykazać się zrealizowaniem robót związanych z budową rurociągu przeciwpożarowego. W ocenie Izby nie ulega wątpliwości, że tego rodzaju rurociąg, stanowi element infrastruktury przeciwpożarowej zatem roboty ziemne związane z jego budową są tym samym robotami związanymi z zabezpieczeniem przeciwpożarowym w rozumieniu SIWZ.

Na podstawie dokumentacji z postępowania, w szczególności dokumentów dotyczących oceny przez Zamawiającego spełniania przez Konsorcjum warunków udziału w postępowaniu Izba doszła do przekonania, że zarzut nr 1 odwołania jest nieuzasadniony. Zamawiający najpierw ustalił – przez odpowiednie wezwania do wyjaśnień skierowane do Konsorcjum, szczegółowy zakres robót wynikający ze złożonych przez Wykonawcę referencji, a następnie w odpowiedni sposób dokonał kwalifikacji tych robót przez pryzmat warunku udziału określonego w punkcie 5.3.1. lit. b SIWZ. W ocenie Izby Zamawiający prawidłowo ustalił, że łączna wartość robót ziemnych związanych z zabezpieczeniem przeciwpożarowym na terenach przemysłowych wykonanych przez Konsorcjum w ramach zadań, których dotyczyły sporne referencje wynosiła 414 695,14 zł.

Z powyższych względów zarzut nr 1 odwołania został oddalony.

Wobec powyższych ustaleń, co do działań Zamawiającego w ramach oceny spełniania przez Konsorcjum warunków udziału w postępowaniu, Izba uznała za niezasadny także zarzut nr 3 odwołania, tj. zarzut naruszenia „art. 26 ust. 4 Pzp przez zaniechanie zbadania czy wszystkie wymienione w referencji Konsorcjum z dnia 29 listopada 2017 roku roboty budowlane można zaliczyć do robót ziemnych związanych z zabezpieczeniem przeciwpożarowym, co było wskazane w orzeczeniu Krajowej Izby Odwoławczej w wyroku z dnia 12 września 2019 r., sygn. akt: KIO 1671/19”. Wbrew stanowisku Odwołującego Zamawiający w należyty sposób zbadał przedmiotowe referencje.

Izba ustaliła, że Zamawiający po unieważnieniu czynności wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty Konsorcjum (w wyniku orzeczenia KIO 1671/19) dwukrotnie wystosował do Konsorcjum wezwania do wyjaśnień dotyczących złożonych przez Wykonawcę dokumentów, za każdym razem wskazując jako podstawę prawną czynności art. 26 ust. 4

Pzp („Zamawiający wzywa także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1”). W wezwaniu z 4 października 2019 r. Zamawiający wskazał, że „działając na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych wzywa do wyjaśnienia pozycji 1 tabeli Załącznika nr 6 do oferty "Doświadczenie Wykonawcy" przesłanego na wezwanie Zamawiającego. Z dołączonych referencji na potwierdzenie należytego wykonania przedstawionej roboty budowlanej nie wynika jednoznacznie na jaką kwotę zostały wykonane roboty ziemne w zakresie realizacji zadania, jak również nie wynika, który z konsorcjantów roboty te wykonał. Zgodnie z powyższym Zamawiający zwraca się do Państwa o wyjaśnienie dokumentów oraz wykazanie dowodów w przedmiotowym zakresie”. W odpowiedzi Konsorcjum złożyło wyjaśnienia wraz z dowodami, ale ze względu na kolejne wątpliwości co do ich treści Zamawiający wystosował ponowne wezwanie na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp: „W nawiązaniu do otrzymanego pisma z dnia 07.10.2019 r. Zamawiający działając na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych wzywa do złożenia wyjaśnienia rozbieżności w przedłożonych dokumentach, tj. braku poz. 6 z kosztorysu ofertowego przedłożonego jako dowód na rozprawie KIO w dniu 09.09.2019 r. w sprawie o sygnaturze 1671/19 (Wykopy z załadunkiem ręcznym i transportem na odległość do 1 km - grunt kt. III) w przedstawionej książce przedmiarów, co uniemożliwia dokonanie oceny oferty pod kątem spełnienia warunków udziału w postępowaniu”. W odpowiedzi na powyższe wezwanie Konsorcjum złożyło kolejne wyjaśnienia wraz z odpowiednimi dowodami. Dokumentacja postępowania potwierdza, że Zamawiający dokonał prawidłowej oceny tych dowodów, czego wyrazem było m. in. ustalenie przez niego wspomnianej wyżej wartości robót ziemnych (414 695,14 zł).

Zarzut nr 2 nie potwierdził się.

Odwołujący sformułował stawiany Zamawiającemu zarzut jako naruszenie „art. 7 ust. 1 i ust. 3 ZamPubU poprzez naruszenie zasady prowadzenia postępowania, oceny i badania ofert celem wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z obowiązującymi przepisami, w tym należywym wykonaniem jednej lub kilku robót budowlanych polegających na robotach ziemnych związanych z zabezpieczeniem przeciwpożarowym na terenach przemysłowych o łącznej wartości minimum 400 000,00 zł brutto - referencji”.

W pierwszym rzędzie stwierdzić należy, że obowiązkiem Odwołującego było określenie zarzutu w sposób jednoznaczny. O ile brak podstaw do przyjęcia, że Odwołujący celowo w niejasny sposób sformułował zarzut, o tyle niewątpliwym jest, iż z przytoczonego wyżej zdania, można się co najwyżej domyślać jakiego rodzaju działania bądź zaniechania

Zamawiającego kwestionował Odwołujący. Przepisy stanowiące podstawę prawną zarzutu brzmia:

- art. 7 ust. 1 Pzp: „Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości”,
- art. 7 ust. 3 Pzp: „Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy”.

Izba nie dopatrzyła się w czynnościach Zamawiającego żadnych przejawów naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a wybór najkorzystniejszej oferty został dokonany zgodnie z przepisami Pzp. Tym samym, wobec braku stwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego dyspozycji ww. przepisów Pzp zarzut nr 2 został oddalony.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów 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).

.....