

WYROK

z dnia 12 września 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Klaudia Ceyrowska  
po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 września 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 sierpnia 2019 r. przez wykonawców

wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Gama spółka z ograniczoną

odpowiedzialnością w Jaworznie i ECCP PAX spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Jaworznie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - Spółka Restrukturyzacji Kopalń spółka akcyjna w Bytomiu

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia A. S., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ZBR "INŻ-BUD II" A. S. w Libiążu i P. S., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ZBR "INŻ-BUD II" w Jaworznie, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu - Spółce Restrukturyzacji Kopalń spółka akcyjna w Bytomiu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia A. S., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ZBR "INŻ-BUD II" A. S. w Libiążu i P. S., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ZBR "INŻ-BUD II" w Jaworznie w trybie art. 26 ust. 3 lub 4 Prawa zamówień publicznych.

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego - Spółkę Restrukturyzacji Kopalń spółka akcyjna w Bytomiu i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych, zero groszy), uiszczoną przez wykonawców Gama spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Jaworznie i ECCP PAX spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Jaworznie tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od zamawiającego - Spółki Restrukturyzacji Kopalń spółka akcyjna w Bytomiu na rzecz wykonawców Gama spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Jaworznie i ECCP PAX spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Jaworznie kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych, zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu 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.

## Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 1671/19

I. Spółka Restrukturyzacji Kopalń spółka akcyjna w Bytomiu (dalej: Zamawiający), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. "Zabezpieczenie przeciwpożarowe byłych terenów składowania odpadów materiałów pogómiczych w wyniku ich zagrzania w SRK S.A. Oddział KWK "POKÓJ I" w Rudzie Śląskiej z podziałem na: ETAP 1 - Wykonanie rowów ekranujących odcinających, ETAP 2 - Wykonanie rowu ekranującego rozdzielającego".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 18 czerwca 2019 r., poz. 56233 I-N-2019. Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 28 sierpnia 2019 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Gama spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Jaworznie i ECCP PAX spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Jaworznie (dalej: Odwołujący) wnieśli odwołanie, w którym zarzucili Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 91 Prawa zamówień publicznych poprzez nieuzasadniony i bezpodstawny wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ZBR Inż. Bud II A. S. i Partner ZBR Inż. Bud II P. S. (dalej: Konsorcjum ZBR).

2. art. 26 ust. 4 Prawa zamówień publicznych przez zaniechanie wezwania Konsorcjum do wyjaśnienia rozbieżności między zakresem 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 na potwierdzenie spełnienia warunku określonego w pkt. 5.3 warunki udziału w postępowaniu ppkt 1 b SIWZ oraz w pkt 8.A ppkt 3 SIWZ.

ponadto z ostrożności procesowej Odwołujący zarzucali Zamawiającemu naruszenie:

3. art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie jego zastosowania polegające na niewzwaniu Konsorcjum ZBR do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu - zdolności techniczne i za wędę we - w zakresie poświadczającym, że Konsorcjum ZBR wykaże się: należyтым 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.

4. art. 7 ust. 3 Prawa zamówień publicznych poprzez naruszenie zasady prowadzenia postępowania, oceny i badania ofert celem wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z obowiązującymi przepisami, w tym należyтым 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.

Odwołujący uzasadnił swoje zarzuty następująco:

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający uznał ofertę Konsorcjum ZBR za najkorzystniejszą, podczas gdy wykonawca ten nie potwierdził, że spełnia warunki udziału w postępowaniu. Pierwszy powód, tj. okoliczność, której Zamawiający nie sprawdził, wynika z załączonego do odwołania SIWZ i przedmiaru prac dla zadania, obejmującego roboty budowlane dla oddziału

CZOK, które wskazują szczegółowy zakres prac. Nie pozwala on stwierdzić, iż prace te były wartości co najmniej 400. tys. zł.

Drugi powód, to fakt, iż referencja z dnia 29 listopada 2017 r. na potwierdzenie wykonania tego zamówienia dotyczy trzech podmiotów, z których tylko jeden bierze udział w obecnym postępowaniu i nie wskazuje, który z podmiotów jaki zakres prac wykonywał.

Zatem z referencji z dnia 29 listopada 2017 r. nie wynika, że jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o uzyskanie przedmiotowego zamówienia wykonał cały zakres usług obejmujących roboty ziemne związane z zabezpieczeniem przeciwpożarowym, czy też wykonał je inny z konsorcjantów (członków konsorcjum, realizującego zamówienie, którego dotyczy referencja), a także i co najważniejsze, wartość tych robót w - całości i na danego wykonawcę nie przekracza kwoty 400 tys. zł. Zatem ze złożonej referencji, w ocenie Odwołującego, nie wynika zakres usługi oraz jej wartość wykonana przez Konsorcjum.

Druga ze złożonych przez Konsorcjum referencji - poświadczenie o wykonanym zamówieniu nr 25 z dnia 21 maja 2015 r. przez P. S. ZBR Inż.-Bud II nie dotyczy wykonania robót budowlanych na terenach przemysłowych i nie dotyczy instalacji p.poż., a dotyczy jedynie zwykłych prac wodno-kanalizacyjnych. Zatem, druga z referencji nie mogła być w ogóle wzięta pod uwagę przez Zamawiającego, a pierwsza z nich zawiera rozbieżność w stosunku do zapisów SIWZ, których Zamawiający nie wyjaśnił.

W związku z powyższym Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

a) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, za którą uznana została oferta złożona przez Konsorcjum ZBR,

b) powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie Konsorcjum ZBR do wyjaśnienia rozbieżności między zakresem 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,

c) zwrócenia się do o dodatkowe informacje dotyczące treści referencji (poświadczeń) z dnia z dnia 21 maja 2015r.. w przypadku powzięcia przez Zamawiającego wiedzy o niewykazaniu spełnienia przez Konsorcjum warunku w zakresie zdolności technicznych lub zawodowych w oparciu o referencje z dnia 29 listopada 2017r.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia A. S., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą

ZBR "INŻ-BUD II" A. S. w Libiążu i P. S., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą ZBR "INŻ-BUD II" w Jaworznie (dalej również: Przystępujący).

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych - jeżeli podniesione przez niego zarzuty by się potwierdziły - wówczas Odwołujący miałby szansę na uzyskanie zamówienia.

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

Izba ustaliła, co następuje:

1. Zamawiający w pkt. 5.3. ppkt 1 b SIWZ określił warunki udziału w postępowaniu w zakresie - zdolności technicznej lub zawodowej - wskazując, że Zamawiający uzna warunek w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże się: należyłym 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 należycie.
2. Konsorcjum ZRB złożyło dwa dokumenty (referencje) na potwierdzenie spełnienia warunku opisanego w pkt. 5.3. ppkt 1 b SIWZ - zdolność techniczna lub zawodowa. Jedna z tych referencji nie dotyczyła robót na terenach przemysłowych i Zamawiający nie brał jej pod uwagę (co potwierdził oświadczeniem do protokołu), pozytywnie oceniając spełnienie warunków udziału w postępowaniu przez Przystępującego. Druga z referencji z dnia 29 listopada 2017 r. została uznana przez Zamawiającego za wystarczające potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W dokumencie tym jego wystawca stwierdzał, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: 1) ZBR INŻ.-BUD w Jaworznie, 2) Ranbis Przedsiębiorstwo Wielobranżowe w Mysłowicach, 3) Nowrem Group sp. z o.o. w Jaworznie wykonali na rzecz Spółki Restrukturyzacji Kopalń S.A. roboty budowlane w zakładzie CZOK, polegające na wymianie rurociągu p.poż DN 150 od szybu Gigant do zbiornika powierzchniowego p.poż. remont stacji redukcyjnej na poz. 575m i poz. 825m. Roboty te obejmowały:
  - 1) Roboty ziemne z wymianą gruntu.
  - 2) Rozbiórkę elementów konstrukcji betonowych zbrojonych.
  - 3) Przewiert urządzeniem do wiercenia poziomego,
  - 4) Mechaniczne plantowanie terenu.
  - 5) Wykonanie nawierzchni z asfaltu, płyt betonowych i żużlowo gruntowych,
  - 6) Kompleksowa wymiana rurociągu stalowego DN 150mm na nowy z rur poliestrowych 0150 mm na odcinku od szybu Gigant do zbiornika powierzchniowego.
  - 7) Kompleksowy remont stacji redukcyjnych p.poż zabudowanych na poziomie 575 m i poz. 825 m,
  - 8) Dokumentacja geodezyjna powykonawcza.

Wartość brutto wykonanych robót wynosi 811.000,00 zł.

Odwolujący na tej podstawie argumentował, że z dokumentu, potwierdzającego należyte wykonanie robót nie wynika, w jakim stopniu jeden z wykonawców, biorących udział w niniejszym postępowaniu, wykonał roboty, objęte zakresem wskazanym przez Zamawiającego w opisie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, zarówno w odniesieniu do zakresu tych prac, jak i wymaganej wartości.

Zamawiający twierdził, że oceniając spełnienie warunku udziału w postępowaniu, oparł się o zakres prac wymienionych w referencjach i oświadczeniu Przystępującego. Dlatego przyjął, że spełnia warunek udziału w postępowaniu. Oprócz prac wymienionych przez Odwołującego w poz. 1, 5, 6, 9, i 10 Przystępujący zgodnie z referencjami wykonał kompleksową wymianę rurociągu stalowego oraz kompleksowy remont. Są to prace dot. rurociągu przeciwpożarowego, a więc również wchodzą w zakres prac na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Oceniając tak ustalony stan faktyczny, Izba przyznała rację Odwołującemu - rzeczywiście na podstawie referencji z dnia 29 listopada 2017 r. nie można z całą pewnością ustalić, czy wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu: nie da się bowiem stwierdzić, jaki zakres robót wykonał jeden z uczestników konsorcjum, i o jakiej wartości.

Zgodnie z wyrokiem Trybunału Sprawiedliwości UE w sprawie o sygn. akt C -387/14

(Esaprojekt przeciwko Województwu Łódzkiemu), jeżeli „wykonawca polega na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem, doświadczenie to należy oceniać w zależności od konkretnego zakresu udziału tego wykonawcy, a więc jego faktycznego wkładu w prowadzenie działań, które były wymagane od tej grupy w ramach danego zamówienia publicznego. (...) Wykonawca nabywa realne doświadczenie nie przez sam fakt bycia członkiem grupy wykonawców i bez względu na to, jaki miał w tę grupę wkład, lecz wyłącznie poprzez bezpośredni udział w realizacji przynajmniej jednej z części zamówienia, do którego całościowego wykonania zobowiązana jest ta grupa wykonawców. Wynika z tego, że wykonawca nie może polegać, do celów wymaganego przez instytucje zamawiającą doświadczenia, na realizacji świadczeń przez innych członków grupy wykonawców, w których realizacji faktycznie i konkretnie nie brał udziału”. Zatem można oczywiście polegać na doświadczeniu uzyskanym w ramach umowy wykonanej w ramach konsorcjum, ale tylko w zakresie, w jakim wykonawca prace rzeczywiście wykonywał. W sytuacji, gdy przykładowo przedmiotem zamówienia były roboty instalacyjne sanitarne i elektryczne, a wykonywali je dwaj wykonawcy w ramach konsorcjum - jeden wykonawca prace sanitarne, a drugi elektryczne, to mogą się powoływać na nabyte doświadczenie, ale tylko dla robót, które były wykonywane przez danego wykonawcę: wykonawca prac instalacyjnych sanitarnych nie może się powoływać na doświadczenie, uzyskane w wyniku wspólnej realizacji umowy, w zakresie prac elektrycznych. Dlatego w niniejszym postępowaniu Zamawiający powinien ustalić zakres prac, jaki został wykonany przez uczestnika konsorcjum w ramach umowy, potwierdzonej referencją z dnia 29 listopada 2017r., a który to wykonawca jest obecnie jednym w wykonawców wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia w przedmiotowym postępowaniu.

Przystępujący na rozprawie złożył fakturę, wystawioną przez P. S.a, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ZBR Inż. Bud II P. S., jednak jak wynika z jej wartości, obejmuje ona pełen zakres prac wykonanych w ramach umowy, w związku z wykonaniem której wystawiono referencję z dnia 29 listopada 2017 r. Stąd można wnosić, że została ona wystawiona przez ZBR Inż jako pełnomocnika konsorcjum.

Nie ma wątpliwości, że całość prac została wykonana należycie. Jednak na podstawie dokumentów złożonych przez Przystępującego nie da się ustalić, kto (który z uczestników konsorcjum) wykonał roboty w zakresie, wymaganym na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, w którym wniesiono rozpatrywane odwołanie. Można to potwierdzić za pomocą, przykładowo, umowy konsorcjum, regulującej zasady współpracy między podmiotami tworzącymi konsorcjum, bądź dokumentacji wzajemnych rozliczeń. Zatem Zamawiający powinien wyjaśnić, w trybie art. 26 ust. 4 Prawa zamówień publicznych, czy ZRB Inż. wykonał w ramach poprzedniej umowy roboty, wymagane na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, zarówno co do ich zakresu, jak i wartości.

Na rozprawie okazało się, że pomiędzy Zamawiającym a Odwołującym istnieje spór co do tego, czy roboty związane z budową rurociągu można zaliczyć do robót ziemnych. Tej okoliczności Izba nie oceniała w niniejszym postępowaniu (jako nieujawniona wcześniej, nie mogła być objęta odwołaniem), i powinna ona znaleźć odzwierciedlenie w ponowionej czynności Zamawiającego, aby wykonawcy mogli podjąć decyzję, czy zgadzają się ze stanowiskiem Zamawiającego, czy będą je kwestionować w drodze środków ochrony prawnej.

W konsekwencji Izba stwierdziła, że doszło do naruszenia art. 26 ust. 4 Prawa zamówień publicznych. Reasumując, Zamawiający powinien wezwać Przystępującego do wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Prawa zamówień publicznych w opisanym wyżej zakresie, i w zależności od złożonych wyjaśnień, ewentualnie wezwać do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych. Dlatego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5

Przewodniczący: