

WYROK

z dnia 19 listopada 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Młacka
Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 października 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 02 listopada 2021 r. przez Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia

Konsorcjum: Recycling Logo Group Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa, Dominex Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (ul. Hutnicza 2, 41-709 Ruda Śląska) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Spółka Restrukturyzacji Kopalń S.A. (ul. Strzelców Bytomskich 207, 41-914 Bytom)

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: Zakład Robót Górniczych GÓRREM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa, Developer i Recykling Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością J. R. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą BUDREM J. R. (ul. Ks. Ludwika Tunkla 120, 41-707 Ruda Śląska) zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2a) oraz nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert z udziałem oferty Odwołującego

2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego Spółka Restrukturyzacji Kopalń S.A. (ul. Strzelców Bytomskich 207, 41-914 Bytom) i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: Recycling Logo Group Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa, Dominex Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (ul. Hutnicza 2, 41-709 Ruda Śląska) tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3600 złotych (trzy tysiące sześćset złotych) tytułem kosztów wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego

2.2. zasądza od Zamawiającego Spółka Restrukturyzacji Kopalń S.A. (ul. Strzelców Bytomskich 207, 41-914 Bytom) na rzecz Odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: Recycling Logo Group Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa, Dominex Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (ul. Hutnicza 2, 41-709 Ruda Śląska) kwotę 13600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania w postaci wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 oraz 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019r. - 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:

Sygn. akt: KIO 3219/21

UZASADNIENIE

Zamawiający Spółka Restrukturyzacji Kopalń S.A. prowadzi postępowanie, którego przedmiotem 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”.

Objawienie o zamówieniu zostało opublikowane przez Zamawiającego w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2021/BZP 00184408/01 z dnia 2021-09-17.

Odwołujący Recycling Logo Group sp. z o.o. wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez niezgodne z przywołanym przepisem wykluczenie Odwołującego z postępowania będące wynikiem błędnego przyjęcia, że Odwołujący 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, podczas gdy Odwołujący takiego wprowadzenia Zamawiającego w błąd się nie dopuścił,
- art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, w sytuacji gdy Odwołujący nie podlega wykluczeniu z postępowania,
- art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp poprzez niezapewnienie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, jak również naruszenie zasady przejrzystości postępowania, co było konsekwencją naruszenia przez Zamawiającego wskazanych wyżej przepisów prawa, a co z kolei skutkowało odrzuceniem oferty Odwołującego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności Zamawiającego polegających na wykluczeniu Odwołującego i odrzuceniu jego oferty, zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Zamawiający określił warunek w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, zgodnie z którym Wykonawca powinien wykazać 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 ramach jednej lub kilku umów polegających na zasypaniu szybów o łącznej wartości minimum 1 000 000 zł brutto wraz z dowodami określającymi czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie (pkt 8.1.2 lit a SWZ).

29 września 2021 r. Zamawiający poinformował wykonawców o zmianie przywołanego postanowienia SWZ wskazując, że dla spełnienia rzeczzonego warunku wykonawca musi wykazać 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 ramach jednej lub kilku umów polegających na zasypaniu szybów o łącznej wartości minimum 500 000 zł brutto wraz z dowodami określającymi czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie.

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

7 października 2021 r. Zamawiający w trybie art. 274 ust. 2 ustawy Pzp wezwał Odwołującego do złożenia aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków

dowodowych wskazanych w pkt 9.2 SWZ, w tym m.in. wykazu robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty i miejsca wykonania oraz podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane zostały wykonane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - inne odpowiednie dokumenty; zgodnie z załącznikiem nr 3 do SWZ.

Odwołujący przedłożył Zamawiającemu żądane dokumenty, w tym m.in. wykaz robót obejmujący doświadczenie wykonawcy wraz z dokumentami potwierdzającymi ich wykonanie.

Celem wykazania spełnienia warunku określonego w pkt 8.1.2 a SWZ Odwołujący powołał się na zasoby podmiotu trzeciego - Trakt Sp. z o.o., który na rzecz Zamawiającego w 2017 r. realizował zadanie pn. „Zasyp rury szybowej szybu Jan wraz z likwidacją budynku wieży szybu Jan w SRK S. A. Oddział KWK Centrum w Bytomiu”. Wraz z wykazem robót, Odwołujący przedstawił Zamawiającemu porozumienie wykonawcze z 28 kwietnia 2017 r. oraz fakturę Vat nr FV/439/06/2017, z których to dokumentów wynikał zakres prac zrealizowanych przez Trakt Sp. z o.o. w ramach tego zadania. Odwołujący przedłożył Zamawiającemu także protokół końcowy odbioru robót, z którego wynikało, że roboty w ramach rzeczowego zamówienia zostały przez Trakt Sp. z o.o. wykonane należycie.

14 października 2021 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełniania dokumentów w zakresie doświadczenia i przedstawienia innej roboty budowlanej w zakresie kompleksowej likwidacji szybu, zgodnie z wymaganiami ujętymi w SWZ.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego Odwołujący podniósł, że wezwanie Zamawiającego jest bezpodstawne i niezrozumiałe w świetle zapisów SWZ. Odwołujący powołał się na wyrok KIO z dnia 4 maja 2021 r. o sygnaturze akt KIO 675/21.

28 października 2021 r. Odwołujący otrzymał zawiadomienie o wykluczeniu go z postępowania przetargowego (na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp) i o odrzuceniu jego oferty (art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a ustawy Pzp).

W uzasadnieniu tych czynności Zamawiający wskazał, że z przedstawionych przez Odwołującego dokumentów wynika, iż firma Trakt Sp. z o.o., na zasoby której Odwołujący dla wykazania spełnienia warunku określonego w pkt 8.1.2. a SWZ się powołuje, nie posiada doświadczenia w zakresie kompleksowej likwidacji szybu o wartości 1 000 000 zł, gdyż w ramach zadania wskazanego w wykazie robót Trakt Sp. z o.o. realizowała zamówienia jedynie w zakresie: uzyskania 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, wywiezienie całości gruzu.

W związku z powyższym Zamawiający uznał, że Odwołujący podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu, w oparciu o przepis art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. W konsekwencji Zamawiający na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a ustawy Pzp odrzucił ofertę Odwołującego.

Z takim stanowiskiem Zamawiającego nie zgodził się Odwołujący wskazując, że zaskarżone czynności Zamawiającego zostały dokonane z rażącym naruszeniem przepisów ustawy Pzp.

W argumentacji Odwołujący podniósł, że z porozumienia wykonawczego z 28 kwietnia 2017 r. zawartego pomiędzy konsorcjantami OPA Expert Sp. z o.o., Rudpol-OPA sp. z o.o. oraz Trakt Sp. z o.o., a dotyczącego realizacji zadania pn. „Zasyp rury szybowej szybu Jan wraz z likwidacją budynku wieży szybu Jan w SRK S.A. Oddział KWK „Centrum” w Bytomiu” wynika, że firma Trakt Sp. z o.o. w ramach tego zadania realizowała na rzecz SRK S.A. prace polegające na „zapewnieniu materiału zasypowego wraz z dostawą przepalanej hałdy pogórnictwa o granulacji 10-100 mm wraz z badaniami laboratoryjnymi i obsługą fizyczną

zasypywania i nadzorem”. Łączna wartość wykonanych przez Trakt Sp. z o.o. w ramach tego zadania prac wyniosła 450 000 zł netto (553 500 zł brutto).

Firma Trakt Sp. z o.o. po zrealizowaniu na rzecz SRK S.A. prac w ramach przywołanego zamówienia wystawiła Zamawiającemu fakturę Vat nr FV/439/06/2017 obejmującą „zasyp rury szybowej szybu Jan wraz z likwidacją budynku wieży szybu Jan SRK S.A. Oddział KWK Centrum w Bytomiu zgodnie z porozumieniem wykonawczym z dnia 28 kwietnia 2017 r.” na kwotę 553 500 zł brutto.

Zamawiający nie składał żadnych zastrzeżeń do tej faktury, nie wnosił również o korektę jej treści. Zamawiający uiszczył na rzecz Trakt Sp. z o.o. całość wynagrodzenia z niej wynikającego. Zdaniem Odwołującego, działanie Zamawiającego potwierdza, że Trakt Sp. z o.o. w ramach rzeczzonego zadania realizował prace polegające na zasypie szybu. Gdyby było inaczej, Zamawiający musiałby zwrócić się do Trakt Sp. z o.o. o dokonanie korekty faktury w tym zakresie. Skoro tego nie uczynił i wynagrodzenie wypłacił, uznać należy, iż zakres prac Trakt Sp. z o.o. wskazanych na fakturze, a wynikający z porozumienia wykonawczego z dnia 28 kwietnia 2017 r., nie budził wątpliwości Zamawiającego.

W opinii Odwołującego Zamawiający błędnie przyjął, iż zakres obowiązków Trakt Sp. z o.o. ograniczał się jedynie do uzyskania pozwolenia na użytkowanie drogi dojazdowej do szybu, dzierżawy terenu, zapewnienia materiału zasypowego oraz wywiezienia gruzu z terenu rozbiórki, a co za tym idzie, iż jego prace nie obejmowały zasypu szybu.

Odwołujący wskazał także, że przedmiotowe referencje były już przedmiotem oceny Krajowej Izby Odwoławczej w toku postępowania KIO 675/21. Przywołane postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą dotyczyło innego od niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jednakże jego przedmiot częściowo pokrywał się z przedmiotem niniejszego postępowania. W toku postępowania KIO 675/21 Izba uznała, iż przedmiotowe referencje dokumentują realizację przez Trakt sp. z o.o. zadania polegającego na zasypie szybu o wartości brutto 553 500 zł.

Odwołujący wskazał także, że Zamawiający przyjął, iż dla wykazania spełnienia warunków udziału w niniejszym postępowaniu wykonawca powinien posiadać doświadczenie w zakresie realizacji robót budowlanych polegających na „kompleksowej likwidacji szybu”. Nie wiadomo jednak na jakiej podstawie Zamawiający nakłada na wykonawców taki obowiązek. Z treści pkt 8.1.2 a SWZ wynika, iż Zamawiający uzna warunek w zakresie doświadczenia za spełniony jeżeli wykonawca wykaże się uprzednim wykonaniem robót budowlanych polegających na „zasypaniu szybów o łącznej wartości min. 500 000 zł brutto”. Zapisy SWZ nie wspominają o kompleksowej likwidacji szybów, która swoim zakresem obejmuje większy niż zasyp szybów zakres prac.

W związku z tym, przyjęcie przez Zamawiającego, że robota budowlana wskazana przez Odwołującego nie spełnia wymogów SWZ, albowiem firma Trakt Sp. z o. o, na zasoby której

powołuje się Odwołujący, nie posiada doświadczenia w zakresie kompleksowej likwidacji szybów, uznać należy za całkowicie bezpodstawne. Obowiązek posiadania przez wykonawców doświadczenia w tym zakresie nie wynika z SWZ.

Zamawiający przyjął także, że wykonawcy biorący udział w postępowaniu zobligowani są do posiadania doświadczenia w zakresie wykonania robót budowlanych polegających na zasypaniu szybów o łącznej wartości 1 000 000 zł brutto. Odwołujący zauważył, że Zamawiający zapomniał, że zmienił postanowienia SWZ w tym zakresie, obniżając minimalną wartość rzeczonych robót budowlanych do kwoty 500 000 zł brutto.

Odwołujący wskazał także, że w niniejszej sprawie brak jest jakichkolwiek podstaw do przyjęcia wprowadzenia Zamawiającego w błąd.

Dla zastosowania sankcji wykluczenia na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp należy ustalić, że wykonawca przekazał w postępowaniu informacje nieprawdziwe, czyli że istnieje sprzeczność pomiędzy treścią dokumentu złożonego przez wykonawcę, a rzeczywistością. Zamawiający nie wykazał natomiast, aby taka sytuacja miała miejsce w niniejszej sprawie. Odwołujący dla potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu przedłożył Zamawiającemu stosowne dokumenty, których treści Zamawiający nie obalił. Z dokumentów tych wynika jednoznacznie, iż Trakt sp. z o.o., na zasoby którego Odwołujący się powołuje, posiada doświadczenie polegające na zasypywaniu szybów w kwocie wymaganej przez Zamawiającego. Wobec powyższego, uznać należy że stan błędu po stronie Zamawiającego

nie tylko nie powstał, ale i powstać nie mógł.

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający jako podstawę prawną decyzji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania wskazał art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W uzasadnieniu decyzji Zamawiający wskazał, że z przedstawionych przez Odwołującego dokumentów wynika, iż Trakt sp. z o.o., na zasoby której powołał się Odwołujący dla wykazania spełnienia warunku określonego w pkt. 8.1.2.a SWZ, nie posiada doświadczenia w zakresie kompleksowej likwidacji szybu o wartości 1 000 000 zł, gdyż w ramach zadania wskazanego w wykazie robót, Trakt sp. z o.o. realizowała zamówienia jedynie w zakresie: uzyskanie 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, wywiezienie całości gruzu.

W konsekwencji Zamawiający na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Prawo zamówień publicznych odrzucił ofertę Odwołującego.

Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, 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.

W treści uzasadnienia o wykluczeniu wykonawcy z postępowania, Zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek powyższego artykułu. Nie wyjaśnił w żaden sposób, z czego wynika wprowadzenie Zamawiającego w błąd. Zamawiający nie wykazał sprzeczności pomiędzy złożonymi dokumentami a rzeczywistością.

Nie jest sporne pomiędzy stronami, że w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, Odwołujący powołał się na zasoby podmiotu trzeciego - spółki pod firmą Trakt sp. z o.o.

Przedstawił dokumenty w postaci porozumienia wykonawczego z 28 kwietnia 2017 roku zawartego pomiędzy stronami konsorcjum, z którego wynikał podział obowiązków.

Z paragrafu 2 tego porozumienia wynikał podział rzeczowy robót do wykonania przez poszczególne strony w ramach kontraktu. Z § 2 pkt 4 wynikał zakres robót przypisany Trakt sp. z o.o., obejmujący: uzyskanie 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 pogórnicznej wraz z badaniami laboratoryjnymi i obsługą fizyczną zasypywania i nadzorem, wywiezienie całości gruzu z terenu rozbiórki.

Z powyższego dokumentu wynika zatem, że to właśnie Trakt sp. z o.o. miała zajmować się obsługą fizyczną zasypywania i nadzorem. Zamawiający nie wykazał, aby dokument tego porozumienia, czy jego treść była nieprawdziwa. Nie wykazał, że istnieje sprzeczność pomiędzy treścią dokumentu złożonego przez Odwołującego, a rzeczywistością. Nie wykazał także, aby Trakt sp. z o.o. nie wykonywała prac opisanych w powyższym porozumieniu.

Nie jest trafny argument Zamawiającego, że treść porozumienia jest sprzeczna z protokołem odbioru robót przedstawionym przez Odwołującego. Treść porozumienia nie jest sprzeczna z tym protokołem. Fakt, że to przedstawiciele Opa Expert sp. z o.o. (konsorcjanta) podpisali

Protokół odbioru robót, nie stanowi o jakiegokolwiek sprzeczności obu dokumentów. Sam fakt, że tylko jeden z konsorcjantów podpisał protokół odbioru, nie stanowi dowodu na okoliczność, że Trakt sp. z o.o. (członek konsorcjum) nie wykonywała prac określonych w treści porozumienia. Zamawiający w trakcie rozprawy nie potrafił udzielić odpowiedzi na pytanie, dlaczego inni konsorcjanci nie uczestniczyli w podpisaniu protokołu odbioru i czy świadczy to automatycznie o tym, że również nie uczestniczyli w realizacji prac.

Przede wszystkim bezsporne pomiędzy stronami jest, że Trakt sp. z o.o. uczestniczyła w pracach konsorcjum. Mimo to, nie brała udziału w podpisywaniu protokołu odbioru prac. Oznacza to, że podmiot, który brał udział w realizacji prac, mógł nie uczestniczyć w podpisywaniu protokołu odbioru prac.

W ocenie Izby nie można zatem przyjąć wniosku, że skoro Trakt sp. z o.o. nie brała udziału w podpisywaniu protokołu odbioru, to oznacza, że nie brała udziału w pracach. Zwłaszcza biorąc pod uwagę, że do zadań Trakt sp. z o.o. w ramach konsorcjum nie należała obsługa administracyjna kontraktu.

W konsekwencji, argumentacja Zamawiającego jest całkowicie bezzasadna. Na pewno z faktu, że Trakt sp. z o.o. nie uczestniczyła w podpisywaniu protokołu odbioru nie można wysnuć wniosku, że Trakt sp. z o.o. nie realizowała prac w postaci zasypywania szybu. Podniesiony przez Zamawiającego argument nie dowodzi, że Odwołujący wprowadził Zamawiającego w błąd.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie stwierdził, że Odwołujący przedstawił dokumenty, które nie są wystarczające do uznania, że Odwołujący wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu, bowiem nie wykazał, że podmiot, na którego zasoby się powołuje (Trakt sp. z o.o.) wykonywał roboty polegające na zasypaniu szybów, a jedynie prace o charakterze pomocniczym w ramach wykonania umowy, której przedmiotem był zasyp szybu.

Odnosząc się do powyższych twierdzeń, przede wszystkim należy podnieść, że Zamawiający nie przedstawił żadnego dokumentu na potwierdzenie swojej tezy. Ponadto nie wyjaśnił, na czym takie prace pomocnicze miałyby polegać i na czym opierał swoją wiedzę i ocenę.

Tymczasem z treści Porozumienia wynika nie tylko podział prac, ale także podział wynagrodzenia, zgodnie z którym dwaj konsorcjanci otrzymać mieli wynagrodzenie w łącznej wysokości 327 tys. zł netto, zaś Trakt sp. z o.o. otrzymać miała wynagrodzenie w wysokości 450 tys. zł netto (co także potwierdza faktura złożona Zamawiającemu jako dowód). Trudno uznać za wiarygodny argument Zamawiającego, że Trakt sp. z o.o. wykonywała jedynie prace pomocnicze w sytuacji, gdy otrzymała najwyższe wynagrodzenie. Trudno uznać, aby Opa Expret sp. z o.o. jako konsorcjant i jako podmiot, który rzekomo wykonywał wszystkie prace, zgodziła się na to, by inny podmiot (Trakt sp. z o.o.), który miał wykonywać jedynie prace pomocnicze, uzyskał najwyższe wynagrodzenie.

Co więcej, w treści złożonej przez Odwołującego faktury VAT wpisano, że prace zostały wykonane zgodnie z Porozumieniem. Lider Konsorcjum, jak również Zamawiający nie zakwestionowali opisu faktury, a wynagrodzenie zostało wypłacone. Powyższa okoliczność potwierdza stanowisko Odwołującego. Powyższy dokument w postaci faktury VAT potwierdzać może jedynie, że Trakt sp. z o.o. realizowała prace wymienione w Porozumieniu. Złożenie przez Odwołującego takiego dokumentu, który został przyjęty i zaakceptowany przez Zamawiającego nie może zostać uznane za wprowadzenie Zamawiającego w błąd.

Zamawiający nie wykazał zatem swoich twierdzeń. Twierdzenia Zamawiającego są zatem bezpodstawne, nieoparte żadnymi dowodami, a Zamawiający nie wykazał, aby złożone przez Odwołującego dokumenty na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu były nieprawdziwe, zawierały dane nieprawdziwe, a zatem aby w jakikolwiek sposób wprowadzały Zamawiającego w błąd.

Powyższe okoliczności mają istotne znaczenie. Wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych niesie daleko idące konsekwencje dla wykonawcy. Zgodnie z art. 111 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych: Wykluczenie wykonawcy następuje, w przypadku, o którym mowa w art. 109 ust. 1 pkt 8, na okres 2 lat od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia. Oznacza to, że wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych oznacza wykluczenie tego wykonawcy z innych postępowań na okres 2 lat.

Tym bardziej istotne znaczenie ma przedstawienie przez Zamawiającego okoliczności, argumentów i dowodów, z których wynika, że wykonawca wprowadził go w błąd. W niniejszym postępowaniu Zamawiający w żaden sposób nie przedstawił uzasadnienia w tym zakresie. Tworzone dodatkowo w trakcie rozprawy argumenty nie tylko są nietrafne - zawierają niepoparte niczym hasła (jak wskazane powyżej „prace pomocnicze”, jakie miała wykonywać Trakt sp. z o.o.), ale nie zostały przedstawione Odwołującemu w uzasadnieniu decyzji o wykluczeniu Odwołującego tak, aby miał możliwość wyjaśnić, czy odnieść się do nich w odwołaniu.

Bez znaczenia pozostają zatem dokumenty składane przez Przystępującego do niniejszego postępowania odwoławczego. Jak wskazano powyżej, Zamawiający nie przedstawił Odwołującemu dokumentów, które miałyby wykazać, że Odwołujący wprowadził Zamawiającego w błąd co do faktu, że Trakt sp. z o.o. wykonywała prace, które wynikają z porozumienia i które zawierają zasypywanie szybu.

Zamawiający w trakcie rozprawy z udziałem stron stwierdził, że Odwołujący nie udzielił Zamawiającemu wyjaśnień, które utwierdziłyby go w przekonaniu, że Trakt sp. z o.o. wykonywała prace polegające na zasypaniu szybu. Tymczasem Zamawiający o takie wyjaśnienia nie wnosił. Ponownie należy zauważyć, że treść złożonych na wezwanie Zamawiającego dokumentów w postaci Porozumienia, czy w postaci faktury, wskazywała na wykonywanie przez Trakt sp. z o.o. prac polegających na zasypaniu szybu. To Zamawiający nie przedstawił żadnego dokumentu, który przeczyłby powyższej okoliczności. A w niniejszym postępowaniu przedstawienie takiego dokumentu nie powinno być utrudnione, bowiem prace były realizowane na rzecz tego właśnie Zamawiającego.

W świetle powyższego, za bezzasadne należy uznać także stanowisko wyrażone w trakcie rozprawy, że Odwołujący nie przedstawił wszystkich dokumentów i dowodów, jak np. wykazu osób szerszego niż przedstawiony przez Przystępującego na obecnym etapie. Odwołujący, jak wskazano powyżej, złożył na wezwanie Zamawiającego dokumenty, które w jego ocenie potwierdzały spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Nie został wezwany przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień w konkretnym zakresie, czy też dokumentów potwierdzających np. okoliczności dotyczące osób realizujących zamówienie.

Podkreślić należy także fakt, że przedmiotem orzekania Izby są te dokumenty, które zostały przedstawione przez strony wzajemnie w trakcie badania i oceny ofert. Przedstawione przez Przystępującego na rozprawie dowody nie mogą stanowić podstawy orzekania Izby, bowiem Izba dokonuje oceny decyzji Zamawiającego. Zamawiający nie przedstawił Odwołującemu żadnych dokumentów, także tych, którymi w trakcie rozprawy dysponował Przystępujący. Zamawiający nie wzywał także Odwołującego do złożenia jakichkolwiek wyjaśnień w zakresie wykonywanych prac przez Trakt sp. z o.o., osób, które brały udział przy realizacji prac, czy treści innych dokumentów. Odwołujący nie miał zatem możliwości odniesienia do treści jakichkolwiek dokumentów na etapie badania i oceny ofert, jak również nie miał możliwości złożenia wyjaśnień (zaprzeczając treściom wywodzonym z dokumentów złożonych przez Przystępującego i składał dodatkowe dokumenty dopiero w trakcie rozprawy z udziałem stron, gdy dokumenty te zostały mu przedłożone). Decyzja Zamawiającego nie zapadła jednak w oparciu o całkowite wyjaśnienie przez Zamawiającego wszystkich okoliczności na etapie badania i oceny ofert. Tym bardziej, w sytuacji, gdy Zamawiający zamierza wykluczyć wykonawcę na podstawie artykułu, który niesie za sobą daleko idące negatywne konsekwencje dla wykonawcy, wszelkie okoliczności powinny zostać odpowiednio wyjaśnione na etapie badania i oceny ofert, a decyzja Zamawiającego powinna być odpowiednio uzasadniona i udokumentowana.

Niezależnie od powyższego, za bezzasadną należy uznać argumentację Przystępującego zawartą w jego piśmie procesowym: „Przystępujący przeprowadził badanie rynku transportu przedmiotowych kruszyw w okresie realizacji Inwestycji Jan. Zgodnie ze stanowiskiem firmy spedycyjnej Koor-Trans, szacunkowy koszt transportu materiału zasypowego na trasie: składowisko kruszywa Trakt (Gliwice, ul. Pszczyńska) - szyb Jan (Bytom, ul. Łużycka) w okresie realizacji Inwestycji Jan kształtował się w przedziale 9-11 zł/tonę netto. I dalej: „(...) Uwzględniając fakt iż cennik pochodzi z roku 2019, a Inwestycja Jan realizowana była w 2017 roku, gdy ceny były niższe, do obliczeń przyjęto cenę uśrednioną 5,00 zł/tonę netto.” Przystępujący nie był uczestnikiem konsorcjum realizującym zamówienie. Obliczenia Przystępującego stanowią jedynie jego przypuszczenia oraz własne, niepoparte dowodami kalkulacje. Ponadto Przystępujący przyjął, jak wynika z powyżej przytoczonego cytatu, uśrednione, a nie rzeczywiste ceny. Trudno uznać przypuszczenia Przystępującego za jakikolwiek dowód w sprawie, w szczególności, że Odwołujący przedstawił dokument w postaci Porozumienia pomiędzy konsorcjantami, z którego jednoznacznie wynikał podział prac.

Co istotne, Zamawiający w żaden sposób (także na pytanie Przewodniczącej w trakcie rozprawy z udziałem stron) nie odniósł się do okoliczności, że z treści dokumentu Porozumienia wprost wynikał zakres prac wskazujący, że Trakt sp. z o.o. wykonywać miała obsługę fizyczną zasypywania i nadzór. Z całą pewnością Zamawiający nie wykazał zatem, że Odwołujący wprowadził Zamawiającego w błąd przedstawiając dokumenty, z których wynikało, że Trakt sp. z o.o. wykonywać miała taki zakres prac.

Przystępujący w trakcie rozprawy z udziałem stron stwierdził, że Porozumienie zawiera podział zadań, ale nie odpowiada to faktycznemu podziałowi prac. Nie przedstawiono jednak dowodów, z których jednoznacznie wynikałoby, że Trakt sp. z o.o. nie wykonywała prac wskazanych w treści Porozumienia. Co więcej, z treści Porozumienia nie wynika również, aby inny podmiot zrealizował takie prace.

Bez znaczenia pozostaje także argument Zamawiającego, że w uprzednio prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu, Zamawiający dokonał wykluczenia wykonawcy z postępowania ze względu na brak spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Okoliczność, że wykonawca nie odwołał się od decyzji Zamawiającego, zdaniem Zamawiającego potwierdza, że Trakt sp. z o.o. nie wykonywała prac związanych z zasypywaniem szybu. Powyższy argument jest również bezzasadny.

Przede wszystkim, jak wykazywał Odwołujący, uprzednio prowadzone przez Zamawiającego postępowanie obejmowało inny przedmiot zamówienia opisany w treści warunku. Wówczas Zamawiający oczekiwał, że wykonawcy wykażą, że posiadają doświadczenie w zakresie kompleksowej likwidacji szybu o wartości 1 000 000 złotych. Zamawiający zawarł także definicję kompleksowej likwidacji szybu.

W niniejszym postępowaniu Zamawiający oczekiwał, że wykonawcy wykażą, że posiadają doświadczenie w zakresie zasypywania szybu o wartości 500 000 złotych.

Zamawiający w trakcie rozprawy z udziałem stron potwierdził, że kompleksowa likwidacja szybu obejmuje zakres szerszy niż samo zasypywanie szybu.

Skoro zatem przedmiot doświadczenia jest inny niż w uprzednio prowadzonym postępowaniu, a wykonawca np. uznał, że nie posiada doświadczenia w kompleksowej likwidacji szybu lub w realizacji takiego zadania o wartości 1 000 000 zł, wówczas stanowi to uzasadnienie, dlaczego nie wnosił odwołania od podjętej wówczas decyzji Zamawiającego. Obecnie przedmiot doświadczenia (wbrew stanowisku Zamawiającego w decyzji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania i odrzuceniu jego oferty) obejmuje jedynie zasypywanie szybu, nie zaś kompleksową likwidację szybu, zatem treść warunku jest inna, co oznacza, że nie można porównać obu postępowań i wyciągać jednakowych wniosków wobec Odwołującego.

Niezależnie od powyższego, sam fakt, że wykonawca w innym postępowaniu, obejmującym inną treść warunku, nie wniósł odwołania wobec czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu go z postępowania i odrzuceniu jego oferty, nie świadczy o tym, że Odwołujący wprowadził Zamawiającego w błąd w niniejszym postępowaniu co do okoliczności realizacji prac przez Trakt sp. z o.o.

Takie wnioskowanie jest bezpodstawne i zbyt daleko idące. Nie jest obowiązkiem wykonawcy wnoszenie odwołania, nawet w sytuacji, gdy nie zgadza się z decyzją Zamawiającego. Natomiast obowiązkiem Zamawiającego jest każdorazowo wykazanie i kompleksowe uzasadnienie podstaw i okoliczności podjętej decyzji, zwłaszcza, gdy tak jak w niniejszym postępowaniu, pociągać może daleko idące, negatywne konsekwencje dla wykonawcy.

Istotna jest także okoliczność, podniesiona przez Odwołującego w treści odwołania, że Zamawiający w treści pisemnej decyzji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania i odrzuceniu jego oferty wskazywał na okoliczności nie odnoszące się do warunku udziału w niniejszym postępowaniu. Zamawiający wskazywał na wartość opisaną w treści warunku - 1 000 000 zł, a także na zakres wymaganego doświadczenia - kompleksowa likwidacja szybu. Tymczasem Zamawiający w niniejszym postępowaniu oczekiwał, że Wykonawcy wykażą się doświadczeniem w zakresie zasypywania szybu, a wartość prac określona została na 500 000 złotych. Okoliczność ta ma istotne znaczenie, gdyż na etapie badania i oceny ofert Zamawiający mógł odnosić ocenę spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez Odwołującego do wskazanych w decyzji wartości.

Zamawiający w trakcie rozprawy z udziałem stron przyznał, że doszło do jego omyłki w

powyższym zakresie, jednak zarówno w treści decyzji, jak i w trakcie rozprawy z udziałem stron Zamawiający nie wykazał, aby Odwołujący wprowadził Zamawiającego w błąd co do faktu, że Trakt sp. z o.o. wykonywała prace odpowiadające opisanym w treści warunku w niniejszym postępowaniu.

W konsekwencji niezasadnego wykluczenia Odwołującego na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych należało uznać, że nie jest zasadne odrzucenie Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt lit. a ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający odrzuca ofertę jeżeli została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania. Skoro Zamawiający nie wykazał ziszczenia przesłanek art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, to nie wykazał podstawy do wykluczenia Odwołującego z postępowania, co oznacza, że wykluczenie Odwołującego było bezzasadne. A skoro tak, to nie zaistniały podstawy do odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający w treści odpowiedzi na odwołanie wnosił o to, „aby w razie uznania przez Izbę zasadności unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego, Izba nie unieważniała czynności odrzucenia oferty Odwołującego, z uwagi na spełnienie się przesłanki odrzucenia tej oferty określonej w art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b PZP (tj. jako oferty wykonawcy niespełniającego warunków udziału w postępowaniu).”

Podkreślić należy, że Zamawiający w treści decyzji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania i odrzuceniu jego oferty nie wskazał jako podstawy art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający nie wskazał jako podstawy swojej decyzji okoliczności, że Odwołujący nie spełnia warunku udziału w postępowaniu. Skoro Zamawiający ani w podstawie faktycznej, ani prawnej nie wskazał jednoznacznie na fakt wykluczenia Odwołującego z uwagi na brak spełnienia warunku udziału w postępowaniu oraz nie wskazał jako podstawy odrzucenia oferty Odwołującego art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Prawo zamówień publicznych, to nie może na obecnym etapie powoływać się na te okoliczności i ten artykuł.

Jak wskazano powyżej, decyzja Zamawiającego powinna być należycie uzasadniona i przedstawiać wszelkie podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania, czy odrzucenia jego oferty. Wykonawca nie może domniemywać podstaw wykluczenia go z postępowania, czy odrzucenia jego oferty. Jeśli jakieś podstawy wykluczenia wykonawcy nie znalazły się w treści decyzji Zamawiającego, to uniemożliwia to wykonawcy zaskarżenie decyzji Zamawiającego w tym zakresie, a w konsekwencji nie może stanowić podstawy orzekania

Izby. Zgodnie z artykułem 555 ustawy Prawo zamówień publicznych, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Zamawiający nie może również na etapie złożenia odpowiedzi na odwołanie rozszerzać podstawy swojej decyzji poprzez formułowanie nowych podstaw wykluczenia wykonawcy z postępowania, czy odrzucenia jego oferty. Stroną w postępowaniu o udzielenie zamówienia jest wykonawca, zatem to on powinien otrzymać od Zamawiającego informację o decyzji Zamawiającego.

Skoro Odwołujący nie mógł zapoznać się z decyzją Zamawiającego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Prawo zamówień publicznych, nie zawarł w odwołaniu zarzutu w zakresie tego przepisu. Skoro tak, to nie stanowiło to przedmiotu odwołania. W konsekwencji, podnoszona przez Zamawiającego nowa, nieuwzględniona i niewyartykułowana przez Zamawiającego podstawa odrzucenia oferty Odwołującego, nie może stanowić podstawy orzekania Izby.

Mając powyższe a uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 oraz art. 574, 575 ustawy z 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) oraz w oparciu o przepisy §5 pkt 1 oraz §5 pkt 2b), §7 ust. 1 pkt 1)

, zaliczając w poczet kosztów postępowania uiszczony przez Odwołującego wpis od odwołania oraz koszty z tytułu

zastępstwa procesowego pełnomocnika Odwołującego.

Przewodniczący: