

Sygn. akt: KIO 2249/15

WYROK

z dnia 9 listopada 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Szafraniec

Protokolant: Dawid Wypych

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 października i 4 listopada 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 października 2015 r. przez wykonawcę: **Kopex – Przedsiębiorstwo Budowy Szybów S.A. w Bytomiu (41-900), ul. Katowicka 18** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Kopalnię Soli „Wieliczka” S.A. w Wieliczce (32-020), ul. Park Kingi 1**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **DEX-BUD 2 spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp.k., Pawlikowice 210, 32-020 Wieliczka** oraz **Przedsiębiorstwo Produkcyjno Górnicze „ROW-JAS” sp. z o.o. w Jastrzębiu-Zdroju (44-330), ul. Kasztanowa 2** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu: Kopalni Soli „Wieliczka” S.A. w Wieliczce unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz czynności wykluczenia wykonawcy: Kopex – Przedsiębiorstwo Budowy Szybów S.A. w Bytomiu z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a następnie powtórzenie czynności oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz badania i oceny ofert,**

2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego: **Kopalnię Soli „Wieliczka” S.A. w Wieliczce** i:
- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **Kopex – Przedsiębiorstwo Budowy Szybów S.A. w Bytomiu** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od zamawiającego: **Kopalni Soli „Wieliczka” S.A. w Wieliczce** na rzecz wykonawcy: **Kopex – Przedsiębiorstwo Budowy Szybów S.A. w Bytomiu** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 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 Krakowie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania: „Wykonanie przebudowy szybu Paderewski” zostało wszczęte przez Kopalnię Soli „Wieliczka” S.A. w Wieliczce, zwaną dalej Zamawiającym. Ustalona przez Zamawiającego wartość zamówienia, zgodnie z informacją zawartą w doręczonym Prezesowi Izby piśmie z dnia 19 października 2015 r., przekraczała kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (2015/S 105-191355) w dniu 3 czerwca 2015 r.

W dniu 16 października 2015 r. odwołanie wniósł wykonawca: Kopex – Przedsiębiorstwo Budowy Szybów S.A. w Bytomiu, zwany dalej Odwołującym.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie:

- 1) *„art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 poprzez bezpodstawne wykluczenie Odwołującego z postępowania i odrzucenie jego oferty z uwagi na błędne przyjęcie, że Odwołujący nie potwierdził warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia, gdyż nie wykazał wykonania w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert co najmniej jednej inwestycji polegającej na budowie budynków o wartości nie mniejszej niż 1.000.000,00 zł brutto, przy czym pojęcia «budowa» i «budynek» należy rozumieć w sposób zdefiniowany w przepisach ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane, podczas gdy z przedstawionych dokumentów wynika, że wartość wykonanych budynków w rozumieniu definicji prawa budowlanego (art. 3 pkt 2 Prawa budowlanego) przekracza wymaganą kwotę,*
- 2) *art. 26 ust. 1 oraz § 1 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form w jakich dokumenty te mogą być składane (Dz. U. z 2013 r. poz. 231) poprzez bezpodstawne odmówienie wiarygodności dokumentom potwierdzającym wartość wykonanych robót,*
- 3) *art. 26 ust. 3 poprzez naruszenie obowiązku prawidłowego wezwania wykonawcy do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku posiadania wiedzy i doświadczenia poprzez nie poinformowanie wykonawcy o istocie zastrzeżeń Zamawiającego do złożonych dokumentów, w szczególności o nie poinformowaniu*

wykonawcy w wezwaniu do uzupełnienia oferty z jakiego względu Zamawiający uważa, że dokumenty złożone wraz z ofertą i późniejsze wyjaśnienie ich treści nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w postępowaniu.”

Odwołujący twierdził również, że: „Wskazane naruszenia przepisów spowodowały, że Zamawiający bezzasadnie wykluczył Wykonawcę z postępowania i odrzucił jego ofertę oraz wybrał ofertę Przedsiębiorstwa Produkcyjno Górniczego ROW-JAS Spółka z o.o. z siedzibą w Jastrzębiu Zdroju jako najkorzystniejszą przez co naruszony został przepis art. 7 Ust. 3 Ustawy, podczas gdy bezzasadnie odrzucona oferta KOPEX PBSz jest ofertą korzystniejszą przy zastosowaniu przyjętych przez Zamawiającego kryteriów oceny ofert.”

Zdaniem Odwołującego wykazał on spełnianie warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia. Twierdził on, że każdy z wykazanych przez niego obiektów (wieża szybowa, maszyny wyciągowe, budynek warsztatów oraz budynek sprzężarek) spełnia kryteria ustawowej definicji budynku, a ich łączna wartość przekracza określony w opisie warunku próg wartości jednego miliona złotych brutto. Świadczyć o tym miały przedstawiony wraz ze złożoną przez niego ofertą wykaz, załączone do niego dokumenty (referencje oraz poszczególne protokoły odbioru), jak również składane Zamawiającemu w toku postępowania o udzielenie zamówienia wyjaśnienia oraz uzupełnienia dokumentów i oświadczeń. Odwołujący stał na stanowisku, że Zamawiający, wbrew składanym przez niego wyjaśnieniom, nie zaliczył na poczet wartości budynku warsztatów i budynku sprzężarek wskazywanej odrębnie wartości wykonania i dostawy instalacji i sieci. Zwracał uwagę na fakt, że umowy z podwykonawcami złożone Zamawiającemu w odpowiedzi na wezwanie z dnia 17 września 2015 r., zostały Zamawiającemu przedstawione jedynie w celu udokumentowania wykonania odpowiednich instalacji i sieci w dwóch powołanych budynkach, nie zaś w celu poświadczenia wartości tych prac. Co do wartości rozstrzygającą miała być bowiem wartość ustalonego i wypłaconego Odwołującemu wynagrodzenia w ramach realizacji wskazywanej w wykazie umowy. W tym kontekście Odwołujący uznał, że *„Wbrew przedstawionym dokumentom i poświadczeniom Zamawiający arbitralnie zakwestionował wykazaną protokołami odbioru wartość wykonanych przez KOPEX PBSz budynków warsztatów i sprzężarek i dokonał arbitralnego, nieprawidłowego wyliczenia wartości obydwu wymienionych budynków przy prawidłowym uznaniu, że na wartość budynków składają się także zabudowane w nich sieci i instalacje. Wartość budynków powinna zostać ustalona w oparciu o kwoty wskazane przez Wykonawcę i potwierdzone przez odbiorcę robót.”*

Uwzględniając podniesione zarzuty, Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz czynności wykluczenia go

z udziału w postępowaniu, jak i czynności uznania złożonej przez niego oferty za odrzuconą, a następnie dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert.

W dniu 19 października 2015 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: DEX-BUD 2 spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp.k. w Pawlikowicach oraz Przedsiębiorstwo Produkcyjno Górnicze „ROW-JAS” sp. z o.o. w Jastrzębiu-Zdroju, zwani dalej łącznie Przystępującym, doręczyli Prezesowi Izby zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Skład orzekający Izby wykluczył to, aby spełniona została którakolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania ustanowionych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału dowodowego, z uwzględnieniem stanowisk stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, przysługiwało prawo wniesienia odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Zamawiającego.

Izba postanowiła zaliczyć w poczet materiału dowodowego dokumenty przekazane na wezwanie Prezesa Izby przez Zamawiającego i poświadczony za zgodność z oryginałem, a także te, które Strony i Przystępujący przedstawili w toku rozprawy przed Izbą.

Mając na celu ocenę zasadności zarzutów podnoszonych w odwołaniu Izba ustaliła, że zgodnie z pkt VI.1.2) Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) Zamawiający wymagał, aby wykonawcy wykazali się należytem wykonaniem „*co najmniej jednej inwestycji polegającej na budowie budynków o wartości nie mniejszej niż 1 000 000,00 złotych brutto. Pojęcia «budowa» i «budynek» należy rozumieć w sposób zdefiniowany w przepisach ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane*”. Zgodnie z pkt VII.1.2) SIWZ w celu potwierdzenia spełnienia tak opisanego warunku, Zamawiający oczekiwał przedstawienia mu wykazu, w którym wskazane zostałyby wartość wykazywanej pracy, przedmiot, data wykonania oraz podmiot, na rzecz którego robota została wykonana. Wraz z wykazem złożone miały być też dowody potwierdzające należyte wykonanie wykazywanej pracy.

Odwołujący do złożonej przez siebie Zamawiającemu oferty załączył wykaz obejmujący wskazanie na jedną pracę, określoną jako „*Pogłębianie szybu «Janina VI» z wykonaniem dwustronnego wlotu szybowego i zabudową infrastruktury*”, a zrealizowaną na rzecz Tauron

Wydobycie S.A., Zakład Górniczy Janina w Libiążu. Jako na wartość tejże pracy wskazano na kwotę 28 893 453,99 zł brutto. Wraz z wykazem złożony został list referencyjny potwierdzający wykonanie usługi „*terminowo, solidnie, z zachowaniem wszelkich stawianych przez nas wymagań*”. Ponadto Odwołujący przedstawił kolejne, podpisane przez przedstawicieli ówczesnego Zamawiającego (Tauron Wydobycie S.A., Zakład Górniczy Janina w Libiążu), protokoły odbioru realizowanych w ramach powołanego zadania prac wraz z wyszczególnieniem ich wartości – oznaczone zostały one odpowiednio następującymi sygnaturami: 1/04/2014 poświadczający odbiory robót dokonane w okresie od 1 do 30 kwietnia 2014 r., 1/03/2014 poświadczający odbiory robót dokonane w okresie od 1 do 31 marca 2014 r., 1/02/2014 poświadczający odbiory robót dokonane w okresie od 1 do 28 lutego 2014 r., 1/01/2014 poświadczający odbiory robót dokonane w okresie od 1 do 31 stycznia 2014 r., 1/12/2013 poświadczający odbiory robót dokonane w okresie od 1 do 30 grudnia 2013 r. oraz 1/11/2013 poświadczający odbiory robót dokonane w okresie od 1 do 29 listopada 2013 r.

W ocenie Zamawiającego z treści złożonych mu przez Odwołującego dokumentów nie wynikało, jaka była wartość usługi polegającej na budowie budynków, dlatego też pismem z dnia 1 września 2015 r. wezwał Odwołującego do wyjaśnienia, jaka była to wartość.

Odwołujący pismem z dnia 7 września 2015 r. wyjaśnił, że w kryteria „*budynku*” spełniają „*bezpośrednio z nazwy*” budynek warsztatów oraz budynek sprężarek wraz z sieciami i instalacjami, a nadto za budynki uznać należy również wieżę szybową z budynkiem nadszuby oraz maszyny wyciągowe. Wyjaśnił ponadto, że „*załączone do oferty protokoły zawierają szczegółowe informacje o terminach i wartości wykonanych robót oraz potwierdzenie przedstawicieli zamawiającego należytego ich wykonania*”. Przedstawił on przy tym Zamawiającemu zestawienie wartości: wykonanie budynku warsztatów – 337 302,90 zł brutto, wykonanie budynku sprężarek 656 820,00 zł brutto, wykonanie i dostawa sieci i instalacji – 492 000,00 zł brutto, wykonanie fundamentów, dostawa i montaż wieży szybowej – 2 842 252,02 zł brutto, wykonanie fundamentów, dostawa i montaż maszyn wyciągowych – 3 164 408,70 zł brutto. Odwołujący podkreślił przy tym, że budynki warsztatów i sprężarek zostały wykonane w ramach jednej inwestycji, a łączna wartość robót uwzględnia wykonanie sieci i instalacji.

Pismem z dnia 17 września 2015 r. Zamawiający poinformował Odwołującego, że ten w jego ocenie nie wykazał spełniania warunku dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia – uznał on bowiem, że wartość robót polegających na budowie budynków warsztatów i sprężarek nie przekracza wartości jednego miliona złotych brutto, zaś roboty polegające

na wykonaniu i dostawie sieci i instalacji, wykonaniu wieży szybowej oraz montażu maszyn wyciągowych nie polegają na budowie budynku. Mając to na uwadze Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia wykazu oraz odpowiednich dowodów poświadczających należyte wykonanie wykazywanej pracy.

W odpowiedzi na powołane wezwanie, Odwołujący w piśmie z dnia 22 września 2015 r. wyjaśnił, że w ramach wykazanej Zamawiającemu pracy zrealizowany został szereg różnych sieci i instalacji, w które wyposażone miały być budynki warsztatów i sprzężarek – na potwierdzenie ich wykonania przedstawił dwie umowy z podwykonawcami wraz z wyszczególnieniem kwot mających stanowić równowartość wynagrodzenia wypłaconego podwykonawcom za wykonanie poszczególnych sieci i instalacji. Podkreślił raz jeszcze, że przedstawione przez niego wcześniej wartości (wykonanie budynku warsztatów – 337 302,90 zł brutto, wykonanie budynku sprzężarek 656 820,00 zł brutto) nie obejmowały wynagrodzenia za wykonanie instalacji w budynkach.

Zamawiający uznał, że Odwołujący wskazuje na dwa różne źródła ustalenia wartości wykazywanej pracy – z jednej strony wskazywać on miał, zdaniem Zamawiającego, na referencje i protokoły załączone do oferty, z drugiej zaś strony odwoływał się on do umów o podwykonawstwo, które miały nie być ze sobą spójne, przez co budziły uzasadnione wątpliwości Zamawiającego. Mając to na uwadze, Zamawiający pismem z dnia 25 września 2015 r. wezwał Odwołującego do wyjaśnienia tej rozbieżności.

Odwołujący, w odpowiedzi na to wezwanie, w piśmie z dnia 29 września 2015 r. wyjaśnił, że wskazane przez niego w piśmie z dnia 7 września 2015 r. wartości, które wynikać miały z załączonych do oferty protokołów odbioru, po zsumowaniu przekraczają wartość progową jednego miliona złotych brutto – podkreślał, że do przywoływanej przez Zamawiającego wartości prac polegających na wykonaniu budynków warsztatów i sprzężarek doliczyć należy, wyróżnianą już, kwotę 492 000,00 zł brutto. Zaznaczał, że źródłem informacji o wartości wykonanych robót może być list referencyjny oraz protokoły – istotne jest bowiem wynagrodzenie należne i wypłacone przez ówczesnego zamawiającego, tj. przez Tauron Wydobywanie S.A. Wyjaśnił również, że różnica między wartościami określonymi na podstawie protokołów odbioru, a tymi, które wynikają z umów z podwykonawcami, wynika z faktu doliczenia do tej drugiej kwoty wartości kosztów bezpośrednich, pośrednich, jak również uwzględnieniu odpowiedniej marży.

Pismem z dnia 6 października 2015 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o wykluczeniu go na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp z udziału w postępowaniu oraz uznaniu złożonej przez niego oferty za odrzuconą. Uzasadniając tę decyzję,

Zamawiający stwierdził, że Odwołujący nie rozwiął zgłaszanych przez niego wątpliwości, za nieprzekonujące uznał argumenty mające uzasadniać różnicę między wynagrodzeniem należnym podwykonawcom, a tym, które Odwołujący wywodził z protokołów. Opierając się o analizę przedstawionych mu umów z podwykonawcami, Zamawiający ustalił, że łącznie uzyskali oni wynagrodzenie w kwocie 967 974,81 zł brutto, i to ta właśnie kwota, miała zdaniem Zamawiającego odzwierciedlać rynkową wartość budynków warsztatów i sprzęzarek wraz ze znajdującymi się w nich sieciami i instalacjami.

Wobec powołanych czynności Zamawiającego Odwołujący wniósł odwołanie.

Izba, kierując się przepisem art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, odwołanie wniesione przez Odwołującego rozpoznała w granicach zarzutów w nim zawartych i popieranych w toku postępowania odwoławczego.

Skład orzekający Izby, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu i podlegających kognicji Izby, doszedł do przekonania, że część ze sformułowanych przez Odwołującego zarzutów znajduje oparcie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie, jako takie, zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności, Izba uznała zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp za podniesiony po terminie. Uwzględniając ustaloną przez Zamawiającego wartość zamówienia, za odpowiedni na kwestionowanie powołanego wezwania należało uznać, zgodnie z przepisem art. 182 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp, termin 10 dni od dnia przesłania Odwołującemu tegoż wezwania. Tymczasem wezwanie to zamknięte zostało w piśmie z dnia 17 września 2015 r., zaś odpowiedź na nie doręczono Zamawiającemu w dniu 22 września 2015 r. – bezsprzecznym jest zatem, że zostało ono przesłane Odwołującemu przed tą datą. Mając to na uwadze, uznać należało, że w dniu wniesienia do Prezesa Izby rozpoznawanego odwołania, tj. w dniu 16 października 2015 r., zarzuty odnoszące się powołanego wezwania musiały zostać uznane za spóźnione.

Jednym z twierdzeń, mających przemawiać w ocenie Odwołującego, za uznaniem, że wykazał on spełnianie warunków udziału w postępowaniu, a tym samym przesądzającym o uwzględnieniu odwołania, było wyrażone przez Odwołującego przekonanie, że zrealizowane w ramach wykazanej pracy wieżę szybową z budynkiem nadszycia oraz maszyny wyciągowe uznać należało za budynki w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 1409).

Stosownie do podstawowej zasady wynikającej z art. 6 k.c., znajdującej swe odzwierciedlenie w art. 190 ust. 1 ustawy Pzp, ciężar dowodu w zakresie okoliczności faktycznych spoczywa na tym, który ze swoich twierdzeń wywodzi skutek prawny. W rozpoznawanej sprawie takim obowiązkiem dowodowym w rozpoznawanej sprawie obciążony był Odwołujący. Tym samym to on winien udowodnić, że kwestionowane przez niego czynności Zamawiającego zostały dokonane wbrew przepisom ustawy Pzp przywołanym w odwołaniu.

Kierując się powołaną zasadą, Izba przyjęła, że to na Odwołującym ciążył obowiązek wykazania, że tak wieża szybowa z budynkiem nadszybia, jak i maszyny wyciągowe, mogły zostać uznane za budynek. I to w sytuacji, gdy prawdziwość tych twierdzeń kwestionowała strona przeciwna, a dodatkowo przedstawiła ona odnoszące się do powołanych obiektów budowlanych odpowiednie decyzje administracyjne, które klasyfikowały rzeczony obiekt jako budowle, nie zaś budynki. Odwołujący nie kwestionował tego, że przedstawione w toku rozprawy przed Izbą decyzje Dyrektora Specjalistycznego Urzędu Górniczego (nr 57 z dnia 10 września 2013 r. oraz nr 32 z dnia 17 czerwca 2014 r.) odnosiły się do obiektów, na które powoływał się m.in. w piśmie z dnia 7 września 2015 r., jak i też w samym odwołaniu. Nie podjął próby wykazania, że decyzje te zostały w odpowiedniej procedurze uchylone lub zmienione w istotnym dla rozstrzygnięcia zakresie. Są one dokumentami urzędowymi, w których w sposób jednoznaczny zostało przesądzone przez uprawniony do tego organ administracyjny, że dwa sporne obiekty uznać należy za budowle, a zatem taki obiekt budowlany, który nie jest budynkiem lub obiektem małej architektury (zgodnie z art. 3 pkt 3) ustawy Prawo budowlane). Odwołujący ze swej strony ograniczył się jedynie do oparcia swego stanowiska wyłącznie o formułowane przez siebie twierdzenia, które miała wzmacniać jego polemika z argumentacją strony przeciwnej odnoszącą się do zdjęć przedstawionych przez Przystępującego. W świetle powyższego Izba nie znalazła powodów, dla których odmówić miałyby wiarygodności dowodom przedstawionym przez Zamawiającego i Przystępującego, dlatego też przyjęła, że powołane obiekty (wieża szybowa z budynkiem nadszybia, jak i maszyny wyciągowe) nie mogły zostać uznane za budynki w rozumieniu przepisów ustawy Prawo budowlane, a zatem za obiekty budowlane, które są trwale związane z gruntem, wydzielone z przestrzeni za pomocą przegród budowlanych oraz posiadają fundamenty i dach (art. 3 pkt 2) ustawy Prawo budowlane).

W kontekście twierdzeń Odwołującego, odnoszących się do budynków warsztatów i sprzężarek, zauważenia wymagało to, że zgodnie z przepisem art. 26 ust. 2a ustawy Pzp, to wykonawca na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym

jest zobowiązany wykazać nie później niż na dzień składania ofert, spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, i brak podstaw do wykluczenia z powodu niespełniania warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp. Z powołanym tu przepisem koresponduje w sposób oczywisty art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp, zgodnie z którym z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zatem to na wykonawcy, na etapie postępowania o udzielenie zamówienia, spoczywa ciężar dowodzenia, iż spełnia on warunki opisane przez Zamawiającego i to on ponosi konsekwencje (w postaci wykluczenia go z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia) nie wypełnienia tego obowiązku. Pamiętać przy tym należy, że dokumentem, za pomocą którego wykonawca zobowiązany jest wykazać spełnianie warunku dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia zgodnie z przepisami Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U. z 2013 r. poz. 231), jest odpowiedni wykaz, będący oświadczeniem wykonawcy, poparty odpowiednimi dowodami (np. poświadczenia, referencje), które potwierdzać będą, że wykazane prace zostały wykonane należyście. Na tych też dokumentach, w głównej mierze, winien oprzeć się Zamawiający.

W rozpoznawanej sprawie, z całokształtu dokumentów i oświadczeń przedstawionych przez Odwołującego w toku postępowania o udzielenie zamówienia Zamawiającemu, w ocenie Izby, wynika wyraźne oświadczenie złożone przez Odwołującego, że istotnymi dla przesądzenia o spełnieniu przez tegoż wykonawcę warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia są budynki warsztatów i sprzężarek, a ich wartość, po uwzględnieniu wyraźnie określonej wartości wykonania i dostawy sieci i instalacji, w które te dwa budynki miały zostać wyposażone, przekracza zakreśloną w opisie warunku wartość progową, tj. kwotę jednego miliona złotych brutto. Co istotne dla Zamawiającego nie było wątpliwym to, że na poczet wartości budynków zaliczyć należy również, co do zasady, wartość odpowiednich sieci i instalacji umożliwiających użytkowanie tych budynków. Nie było również sporne między Stronami to, że wykazana przez Odwołującego praca została przez niego wykonana w sposób należyty, co Odwołujący potwierdził odpowiednim listem referencyjnym, jak również to, że powołane dwa obiekty budowlane mogą zostać uznane za budynki w rozumieniu ustawy Prawo budowlane. Spornym była jedynie łączna wartość obu budynków. Zamawiający kwestionował bowiem możliwość zaliczenia, wskazanej przez Odwołującego po raz pierwszy w sposób wyraźny w piśmie z dnia 7 września 2015 r., kwoty 492 000,00 zł brutto (i później konsekwentnie tak określanej w kolejnych pismach kierowanych do Zamawiającego, jak również w samym odwołaniu), na ogólną sumę wartości

budynków warsztatów i sprzęzarek. Co również istotne, Zamawiający nie kwestionował tego, że ze złożonych wraz z ofertą protokołów odbioru wynika to, że wartość prac polegających na wykonaniu i dostawie sieci i instalacji ustalona winna być na kwotę wskazaną przez Odwołującego. Zamawiający nie przedstawił w toku postępowania odwoławczego żadnych dowodów, które przemawiać miałyby za prezentowanym przez niego stanowiskiem. Ograniczył się on jedynie do kwestionowania twierdzenia Odwołującego, zgodnie z którym powołaną kwotę 492 000,00 zł brutto zaliczyć należało na poczet wartości budynków warsztatów i sprzęzarek. Z oświadczeń złożonych Zamawiającemu przez Odwołującego w sposób wyraźny wynika, że tak właśnie powinno się stać, tymczasem takie wyraźne oświadczenie Odwołującego Zamawiający uznał za niewiarygodne, czemu dał wyraz w uzasadnieniu czynności wykluczenia tego wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Źródłem wątpliwości Zamawiającego była w głównej mierze treść dwóch umów z podwykonawcami, które przedstawił mu wraz z pismem z dnia 22 września 2015 r. i ustalone na podstawie tych właśnie umów kwoty wynagrodzenia wypłacone przez Odwołującego jego podwykonawcom za zrealizowanie budynków warsztatów i sprzęzarek wraz z odpowiednimi instalacjami i sieciami. W ocenie Izby treść tych umów nie mogła jednak zostać uznana za rozstrzygającą o tym, w jakiej wysokości wynagrodzenie otrzymał za wykonanie kompletnych budynków warsztatów i sprzęzarek Odwołujący, a to ta właśnie wartość była istotna w rozpoznawanej sprawie. Odwołujący w celu wykazania spełnienia warunku dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia powołał się na realizację konkretnej umowy zawartej przez niego ze spółką Tauron Wydobycie S.A. i to wynagrodzenie ustalone na podstawie tej właśnie umowy w zamian za wykonanie dwóch istotnych dla wykazania spełnienia warunku budynków winno zostać uznane przez Zamawiającego za istotne. Nie został przedstawiony Izbie żaden dowód, z którego wynikałoby, że strony tejże umowy ustaliły łączną wartość kompletnych budynków (wraz z odpowiednimi sieciami i instalacjami) na kwotę mniejszą od progowej w opisie warunku wartości jednego miliona złotych brutto. Nie przedstawiono zatem żadnego dowodu, który pozwoliłby uznać, że złożone Zamawiającemu w toku postępowania o udzielenie zamówienia przez Odwołującego oświadczenia były nieprawdziwe, czy choćby niewiarygodne. Kierując się tym przekonaniem, Izba uznała, że zostało w toku postępowania odwoławczego wykazane, że Zamawiający wykluczył Odwołującego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia nie mając ku temu uzasadnionych powodów, dopuścił się zatem naruszenia przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp, a w konsekwencji również art. 24 ust. 4 oraz art. 7 ust. 3 ustawy Pzp. Uzyskał on bowiem od Odwołującego wyraźne oświadczenie o łącznej wartości istotnych dla oceny spełnienia warunku budynków, bezpodstawnie jednak (w świetle zebranego w sprawie materiału dowodowego), kierując się jedynie własnymi wątpliwościami nieznajdującymi pokrycia w przedstawionych

mu dokumentach i oświadczeniach, odmówił wiarygodności tym właśnie oświadczeniom i dokumentom.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy 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 (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Izba wzięła w szczególności pod uwagę przepis § 3 pkt 2) lit. a) i b) powołanego rozporządzenia, zgodnie z którym uzasadnione koszty strony postępowania odwoławczego ustala się na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy, przy czym wynagrodzenie pełnomocnika nie może być wyższe niż 3 600 zł. Mając na uwadze fakt, iż Odwołujący przedłożył odpowiedni rachunek, Izba uwzględniła zgodnie z § 5 ust. 2 pkt 1) powołanego rozporządzenia jego wniosek o obciążenie Zamawiającego poniesionymi przez niego kosztami wynagrodzenia pełnomocnika (3 600 zł) oraz wpisu (15 000 zł).

Przewodniczący: