

WYROK

z dnia 15 listopada 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Emil Kuriata

Daniel Konicz

Protokolant: Piotr Kur

po rozpoznaniu na rozprawie **14 listopada 2019 r.** w Warszawie odwołania wniesionego **17 października 2019 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Valard Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Przedsiębiorstwo Badawczo-Wdrożeniowe Olmex S.A. z siedzibą w Wójtowie**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Rozbudowa stacji 400/110 kV Pasikurówice w związku z wprowadzeniem linii 400 kV i wymianą transformatora 400/110 kV* (nr postępowania 2019/WNP-0096 11:14 23.10.2019)

prowadzonym przez zamawiającego: **Polskie Sieci Elektroenergetyczne S.A. z siedzibą w Konstancinie-Jeziornie**

przy udziale wykonawcy: **Przedsiębiorstwo Budownictwa Elektroenergetycznego ELBUD w Katowicach sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach** – zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:

- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** tytułem wpisu od odwołania,
- 2) zasądza od **Odwołującego** na rzecz **Zamawiającego** kwotę **3600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uzasadnionych kosztów strony obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika.

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 Warszawa-Praga w Warszawie**.

Uzasadnienie

Zamawiający Polskie Sieci Elektroenergetyczne S.A. z siedzibą w Konstancinie-Jeziornie prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp”, „pzp”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane pn. *Rozbudowa stacji 400/110 kV Pasikowice w związku z wprowadzeniem linii 400 kV i wymianą transformatora 400/110 kV* (nr postępowania 2019/WNP-0096 11:14 23.10.2019).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 3 kwietnia 2019 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2019/S_066 pod poz. 155628.

Wartość tego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

7 października 2019 r. Zamawiający przesłał wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu drogą elektroniczną zawiadomienie o rozstrzygnięciu postępowania – wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Budownictwa Elektroenergetycznego ELBUD w Katowicach sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach {dalej również w skrócie: „Elbud Katowice” lub „Elbud”}.

17 października 2019 r. Valard Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Przedsiębiorstwo Badawczo-Wdrożeniowe Olmex S.A. z siedzibą w Wójtowie wspólnie ubiegający się o zamówienie {dalej: „Odwołujący” lub „Konsorcjum Valard”} wnieśli w formie pisemnej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od powyższej czynności, a także od zaniechania wykluczenia Elbudu oraz zaniechania wezwania go do złożenia wyjaśnień.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {lista zarzutów}:

1. Art. 7 ust. 3 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12, 16 i 17 oraz art. 26 ust. 3 i 4 – przez udzielenie zamówienia wykonawcy, który został wybrany z naruszeniem tych przepisów ustawy pzp.
2. Art. 24 ust. 1 pkt 16 w zw. z art. 7 ust. 1 – przez zaniechanie wykluczenia Elbudu z postępowania, pomimo tego, że w wyniku zamierzonego działania, a co najmniej rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu z rozdziału VI pkt 2 ppkt 2.1 lit. a) Część I

SIWZ, wskazując w Wykazie robót na zakończenie prac na SE Dobrzeń, podczas gdy są one w toku.

3. Art. 24 ust. 1 pkt 17 w zw. z art. 7 ust. 1 – przez zaniechanie wykluczenia Elbudu z postępowania, pomimo tego, że w wyniku co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa, przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, które to informacje mogły mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego co do tego, że spełnia warunki udziału z rozdziału VI pkt 2 ppkt 2.1 lit. a) Część I SIWZ, wskazując w Wykazie robót na zakończenie prac na SE Dobrzeń, podczas gdy są one w toku.
4. Art. 26 ust. 4 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 – przez zaniechanie wezwania Elbud do udzielenia wyjaśnień dotyczących zakresu, jaki Elbud faktycznie wykonał w ramach robót budowlanych i projektów SE Narew oraz SE Dobrzeń, wskazanych w złożonym przez Elbud Wykazie robót oraz w Wykazie projektów, pomimo tego, że z dokumentów tych wynika, że Elbud nie wykonywał tych projektów samodzielnie (SE Narew wspólnie z PBE Elbud Warszawa sp. z o.o. oraz SE Dobrzeń wspólnie z Energo-System S.A.), co budzi wątpliwości co do tego, czy Elbud wykazał wykonanie zakresu robót budowlanych i projektów określonych w rozdziale VI pkt 2 ppkt 2.1 lit. a) i b) Część I SIWZ.
5. [ewentualnie] Art. 26 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 – przez zaniechanie wezwania Elbud do uzupełnienia Wykazu robót oraz Wykazu projektów w zakresie potwierdzającym spełnianie przez Elbud warunków udziału w postępowaniu określonych w rozdziale VI pkt 2 ppkt 2.1 lit. a) i b) Część I SIWZ.

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

1. Unieważnienia wyboru oferty Elbudu jako najkorzystniejszej.
2. Wykluczenia Elbudu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12, 16 i 17 pzp i w konsekwencji odrzucenie jego oferty na podstawie art. 24 ust. 4 pzp.
3. Wezwania Elbudu na podstawie art. 26 ust. 4 pzp do udzielenia wyjaśnień dotyczących zakresu, jaki Elbud faktycznie i konkretnie wykonał w ramach realizacji robót budowlanych i projektów SE Narew oraz SE Dobrzeń wskazanych w jego Wykazie robót oraz w Wykazie projektów.
4. [ewentualnie] Wezwania Elbudu w trybie art. 26 ust. 3 pzp do uzupełnienia Wykazu robót oraz Wykazu projektów w zakresie potwierdzającym spełnianie przez Elbud warunków udziału w postępowaniu określonych w rozdziale VI pkt 2 ppkt 2.1 lit. a) i b) Część I SIWZ.
5. Powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

Odwołujący sprecyzował zarzuty przez podanie następujących okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania.

{ad pkt 2. i 3. listy zarzutów}

W odwołaniu zacytowano następujące postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia {dalej również: „specyfikacja”, „SIWZ” lub „s.i.w.z.”}.

Z rozdziału VI SIWZ dotyczącego warunków udziału w postępowaniu i podstaw wykluczenia:

1. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu określone przez Zamawiającego oraz nie podlegają wykluczeniu w oparciu o podstawy wskazane w pkt 5 poniżej.

2. Zamawiający określa następujące warunki udziału w postępowaniu Wykonawca wykaże, że:

2.1. W zakresie zdolności technicznej lub zawodowej:

a) W okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, Wykonawca wybudował lub zmodernizował co najmniej 3 pola o napięciu 220 kV lub wyższym na rozdzielni napowietrznej (AIS, tzn. Air Insulated Switchgear) prądu przemiennego na synchronicznym obszarze ENTSO-E Europy kontynentalnej sieci przesyłowej o napięciu 220 kV lub wyższym. Za budowę, modernizację pola na rozdzielni napowietrznej prądu przemiennego uznane zostanie dokonanie wymiany (zabudowy) co najmniej (łącznie): wyłącznika, przekładników prądowych i napięciowych (także kombinowanych) oraz automatyki zabezpieczeniowej. Zakres prac obejmuje również uruchomienie pola.

W związku z zastrzeżeniem przez Zamawiającego kluczowej części zamówienia którą Wykonawca zobowiązany jest wykonać samodzielnie (Rozdział X pkt 1 części I SIWZ – zgodnie z art 36 a ustawy), Zamawiający informuje, iż niedopuszczalnym jest powołanie się przez Wykonawcę na zasoby podmiotu trzeciego – zgodnie z art 22a ustawy, w celu wykazania spełnienia warunku opisanego powyżej.

b) W okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie Wykonawca wykonał co najmniej jeden zrealizowany lub odebrany projekt wykonawczy na budowę lub modernizację obejmujący co najmniej 3 pola o napięciu 220 kV lub wyższym na rozdzielni napowietrznej (AIS, tzn. Air Insulated Switchgear) prądu przemiennego na synchronicznym obszarze ENTSO-E Europy kontynentalnej sieci przesyłowej o napięciu 220 kV lub wyższym.

Projekt wykonawczy powinien być wykonany w oparciu o polską normę PN-EN 61936-1 oraz: PN-EN 50522 lub normę europejską EN 61936-1 oraz EN 50522, lub być

„równoważny”, z uwzględnieniem, że jeżeli Wykonawca powołuje się na fakt wykonania projektu wykonawczego „równoważnego”, tj. w oparciu o rozwiązania równoważne rozwiązaniom wynikającym z ww. norm, zobowiązany jest wówczas ten fakt wykazać Zamawiającemu w sposób i w formie nie budzących wątpliwości.

Za budowę, modernizację pola na rozdzielni napowietrznej prądu przemiennego uznane zostanie dokonanie wymiany (zabudowy) co najmniej (łącznie): wyłącznika, przekładników prądowych i napięciowych (także kombinowanych) oraz automatyki zabezpieczeniowej. Zakres prac obejmuje również uruchomienie pola.

c) pkt 7

Rozruch – (w tym przypadku rozumiany jako uruchomienie stacji elektroenergetycznej) należy przez to rozumieć co najmniej sprawdzenie poprawności montażu urządzeń, parametryzacja i wprowadzenie nastawień, podłączenie zasilania, uaktywnienie wymaganych funkcjonalności, przeprowadzenie badań i testów sprawdzających, funkcjonowanie urządzeń przed ich załączeniem pod napięcie sieciowe, badania kontrolno-pomiarowe, pomontażowe, współudział przy wykonaniu prób napięciowych i obciążeniowych.

Z rozdziału X:

1. Zamawiający zastrzega obowiązek osobistego wykonania przez Wykonawcę części zamówienia polegającej na uruchomieniu pól stacji elektroenergetycznej 400/110 kV Pasikurówice. rozumianych jako pola zawierające co najmniej (łącznie): wyłączniki, przekładniki prądowe i napięciowe (także kombinowane) oraz automatykę zabezpieczeniową wraz z montażem obwodów' pierwotnych i wtórnych, w' tym układów ogólnostacyjnych dla tych pól z wyłączeniem prac, które realizowane są przez dostawców aparatury i urządzeń.

Odwołujący podał również, że w Wykazie robót Elbud wskazał, że prace na SE Dobrzeń zostały ukończone 20.12.2016 r.

Tymczasem, jak wynika z powszechnie dostępnych informacji, prace na SE Dobrzeń nie zostały dotąd ukończone, a w grudniu 2016 r. trwały następujące prace:

Montaż kanalizacji deszczowej na terenie R400kV. Ukończono montaż studzienek kanalizacji deszczowej wraz z połączeniami w G3 i G4 R400kV;

Montaż wygradzenia R110kV w zakresie oddzielenia czynnej części rozdzielni 11 OkV od części nieczynnej;

Trwają prace odbiorowe w zakresie odejścia linii PAS1, G3M2, G3M3 R400kV;

Montaż uziemienia bramek tymczasowego mostu szynowego R110kV relacji TR2(TR1) - pole nr 1;

Montaż oszynowania mostu szynowego relacji TR2(TR1) - pole nr 1 R110kV".

Odwołujący zauważył, że do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt

16 pzp niezbędne jest stwierdzenie zaistnienia łącznie następujących przesłanek: a) wprowadzenie zamawiającego w błąd; b) przy przedstawianiu informacji, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria oceny ofert; c) zamierzone działanie wykonawcy lub jego rażące niedbalstwo.

Zgodnie zaś z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z 14 listopada 2017 r. (sygn. akt KIO 2292/17) przesłanki, których zaistnienie warunkuje zastosowanie art. 24 ust. 1 pkt 17 pzp to: a) przedstawienie przez wykonawcę informacji, które wprowadzają zamawiającego w błąd; b) okoliczność, że informacje te mogą mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane w postępowaniu o udzielenie zamówienia przez zamawiającego; c) okoliczność, że informacje te zostały przedstawione przez wykonawcę w wyniku jego lekkomyślności lub niedbalstwa.

Zdaniem Odwołującego powyższa informacja podana przez Elbud w Wykazie robót jest nieprawdziwa, wprowadziła Zamawiającego w błąd i miała istotny wpływ na pozytywne zweryfikowanie przez niego warunku udziału w postępowaniu z rozdziału VI pkt 2 ppkt 2.1 lit. a) Części I SIWZ. A ponieważ Elbud jest wykonawcą inwestycji SE Dobrzeń, informacje te musiały być podane przez niego co najmniej w wyniku rażącego niedbalstwa lub niedbalstwa. Tym samym według Odwołującego zmaterializowały się przesłanki wykluczenia Elbud na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 pzp.

{ad pkt 4. listy zarzutów}

Odwołujący zauważył, że w ramach określonego w rozdziale VI pkt 2 ppkt 2.1 lit. a) Część I SIWZ warunku Zamawiający wymagał wykazania się przez wykonawcę wykonaniem określonego zakresu prac, włącznie z uruchomieniem pola, co zastrzegł dodatkowo jako kluczową część zamówienia, którą wykonawca jest zobowiązany wykonać siłami własnymi.

Natomiast na podstawie Wykazu robót i Wykazu projektów nie sposób stwierdzić, czy Elbud faktycznie i konkretnie brał udział w realizacji wszystkich wymaganych w rozdziale VI pkt 2 ppkt 2.1 lit. a) i b) Część I SIWZ elementów prac objętych projektami SE Dobrzeń i SE Narew.

Odwołujący podniósł, że od momentu ogłoszenia przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej {dalej również: „TSUE” lub „Trybunał”) wyroku z 4 maja 2017 r., w sprawie C-384/14 Esaprojekt, ugruntowała się zasada, że wykonawca może powoływać się na doświadczenie w wykonaniu zamówienia jako członek konsorcjum, ale tylko w zakresie bezpośredniego udziału w realizacji konkretnej części zamówienia, w której wykonaniu faktycznie i konkretnie brał udział.

Tym samym według Odwołującego, w przypadku, jeżeli Elbud powołuje się na doświadczenie zdobyte w ramach realizacji projektu wykonywanego wspólnie z innymi

wykonawcami, winien wykazać, że faktycznie i konkretnie brał udział w realizacji wszystkich wymaganych w rozdziale VI pkt 2 ppkt 2.1 lit. a) i b) Część I SIWZ elementów prac.

Jeżeli zaś na potrzeby wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu wykonawca powołuje się na realizację zamówień wskazując, że wykonał je wspólnie z innymi wykonawcami, ale bez wskazania które części zamówienia faktycznie i konkretnie realizował, to wówczas obowiązkiem zamawiającego jest wezwanie wykonawcy do wyjaśnienia, jaki zakres prac był przez wykonawcę faktycznie i konkretnie realizowany (tak Izba w uchwale z 6 maja 2019 r. sygn. akt KIO/KD 33/19).

W konsekwencji zdaniem Odwołującego Elbud nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu określonych w rozdziale VI pkt 2 ppkt 2.1 lit. a) i b) Część I SIWZ.

{ad pkt 5. listy zarzutów}

Odwołujący wywiódł, że ponieważ Elbud nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu określonych w rozdziale VI pkt 2 ppkt 2.1 lit. a) i b) Część I SIWZ, a co najmniej uruchomienie pola na SE Dobrzeń zostało wykonane przez Energo-System S.A. bez jego faktycznego i konkretnego udziału, zmaterializowała się przesłanka wezwania Elbudu do uzupełnienia Wykazu robót i Wykazu projektów na podstawie art. 26 ust. 3 pzp. Ponadto uwzględnienie przez Zamawiającego doświadczenia zdobytego przez Elbud na SE Dobrzeń jest niedopuszczalne z uwagi na to, że prace przy tej stacji elektroenergetycznej nie zostały w ogóle ukończone.

W złożonej na posiedzeniu odpowiedzi na odwołanie z 31 października 2019 r. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania, w szczególności następująco uzasadniając swoje stanowisko.

{ad pkt 2. i 3. listy zarzutów}

Zamawiający zwrócił uwagę, że Elbud nie mógł wprowadzić go Zamawiającego w błąd, gdyż według sformułowanego w rozdziale VI pkt 2.1 lit. a Części I SIWZ warunku udziału w postępowaniu wykonawca miał się wykazać wybudowaniem lub zmodernizowaniem co najmniej 3 pól o napięciu 220 kV lub wyższym na rozdzielni napowietrznej (AIS, tzn. Air Insulated Switchgear), natomiast warunek ten nie wymagał zakończenia wszystkich robót budowlanych dotyczących stacji elektroenergetycznej jako takiej. Stąd dla oceny spełniania przez Elbud tego warunku nie ma żadnego znaczenia, czy całe zadanie „Rozbudowa stacji 400/110 kV Dobrzeń” zostało odebrane protokołem odbioru końcowego. Z kolei Elbud w wykazie wykonanych robót budowlanych wskazał na wykonanie 6 pól (3 gałęzie) na rozdzielni 400 kV SE Dobrzeń. W Wykazie wykonanych robót brak jest

informacji na temat zakończenia całego zadania.

Zamawiający dodał że z posiadanych przez niego jako inwestora dokumentów wynika, że prace w zakresie tych pól zostały zakończone i odebrane z wynikiem pozytywnym. Zgodnie z harmonogramem rzeczowym zadania pn. „Rozbudowa stacji 400/110 kV Dobrzeń” zakres dotyczący budowy/przebudowy i modernizacji pól objęty był etapami nr 4, 5, 8 i 9.

Etap 4 został odebrany przez Zamawiającego protokołami odbioru: DE/C/DBN/Nr 1/2016 z 24.05.2019 r., DE/C/DBN/Nr 2/2016 z 10.06.2016 r., DE/C/DBN/Nr 3/2016 z 17.06.2016 r., DE/C/DBN/Nr 4/2016 z 08.07.2016 r., DE/C/DBN/Nr 5/2016 z 21.07.2016 r.

Etapy 5, 8 i 9, zostały odebrane przez Zamawiającego protokołami odbioru: DE/C/DBN/Nr 10/2016 z 02.12.2016 r., DE/C/DBN/Nr 11/2016 z 27.12.2016 r., DE/C/DBN/Nr 12/2016 z 29.12.2016 r., DE/C/DBN/Nr 14/2017 z 09.02.2017 r., DE/C/DBN/Nr 16/2017 z 1.03.2017 r., DE/C/DBN/Nr 19/2017 z 28.04.2017 r., DE/C/DBN/Nr 20/2017 z 15.05.2017 r., DE/C/DBN/Nr 24/2017 z 25-27.10.2017r.

Nie jest możliwe wprowadzenie Zamawiającego w błąd co do okoliczności, które są zgodne z istniejącym stanem faktycznym, a dodatkowo są znane Zamawiającemu.

{ad pkt 4. i 5. listy zarzutów}

Zamawiający oświadczył, że z posiadanych przez niego jako inwestora obu zadań dokumentów wynika następujący stan faktyczny.

SE Narew

Zarówno projekt wykonawczy jak i prace wykonane w ramach zadania Budowa linii 400 kV Narew-Ostrołęka wraz z rozbudową stacji 400/110 Narew zostały odebrane 29.03.2018 r. i zostały wykonane zgodnie z przepisami Prawa budowlanego i zasadami wiedzy technicznej oraz zostały terminowo ukończone. Z tego dokumentu wynika również, że to Elbud jako lider konsorcjum wykonał projekty wykonawcze na stacji Narew oraz wybudował pole linii 400 kV Łomża w stacji Narew (Dowód nr 5: List referencyjny Zamawiającego z dnia 12.09.2018r. (Załącznik nr 3),

SE Dobrzeń

Odbiór dokumentacji wykonawczej rozdzielni 400 kV nastąpił protokołem odbioru częściowego DE/C/DBN/Nr 12/2016 z 29.12.2016 r. Część dokumentacji wykonawczej została wykonana siłami własnymi konsorcjum, a część została wykonana przez podwykonawcę. Z załącznika nr 2B do ww. protokołu odbioru wynika, że autorem projektów jest firma BSiPE Energoprojekt Kraków sp. z o.o. – podwykonawca Elbud, który podpisał również protokoły zaopiniowania dokumentacji technicznej KODT nr 8, 11 i 25.

Zamawiający stwierdził, że realizacja przez wykonawców podobnych do referencyjnej

inwestycji, z uwagi na ich kompleksowy charakter, zawsze odbywa się z udziałem podwykonawców, co jest to specyfiką działania przedsiębiorstw z branży budowlano-montażowej. Zamawiający powołał się na wypowiedzi doktryny i orzecznictwa, według których podziela stanowisko wyrażane w doktrynie i orzecznictwie, że wykonawca nabywa doświadczenie związane z wykonaniem prac, które wykonywał bezpośrednio lub za pomocą podwykonawców.

W ramach zadania „Rozbudowa stacji 400/110 kV Dobrzeń” realizacja 76,4 % prac spoczywała na Elbud jako liderze konsorcjum, który odpowiadał za koordynację realizacji całego zamówienia, co wynika z umowy konsorcjum zawartej 27.10.2014 r. Ponieważ we wszystkich odbiorach częściowych udział brali przedstawiciele obu konsorcjantów, podział prac na ww. zadaniu nie miał charakteru formalny.

Potwierdzeniem wykonania przez Elbud 6 pól są wymienione powyżej protokoły odbioru, zgodnie z załącznikami 2B do nich w zakresie rozdzielni 400 kV obwody pierwotne wykonywane były przez Elbud, natomiast obwody wtórne wykonywane były przez Energo System. Potwierdzeniem wykonania przez Elbud prac w zakresie wykonania 6 pól są również załączniki do zgłoszenia wykonawcy do odbioru etapu częściowego: protokoły odbioru robót pola dla G7 M1, protokoły badań kontrolno-pomiarowych dla G7 M1, protokoły prób funkcjonalnych dla G7 M1, protokoły badań obwodów napięciowych G7 M1, protokoły badań kontrolno-pomiarowych G3 M2, protokoły ze sprawdzenia zabezpieczeń G3 M2, M3 i linii 400 kV PAS1, protokoły badań kontrolno-pomiarowych G7 M2 i M3, protokoły badań obwodów prądowych G7 M2 i M3.

Zamawiający wyjaśnił, że w skład stacji elektroenergetycznej wchodzi następujące obwody i urządzenia:

- 1) obwody pierwotne – składające się z doprowadzonych do stacji elektroenergetycznych rozdzielnic głównej oraz przyłączonych do szyn zbiorczych urządzeń głównych stacji, zaliczają się do nich m.in. także urządzenia wymienione w ramach warunku tzn. wyłączniki oraz przekładniki prądowe i napięciowe (także kombinowane);
- 2) obwody wtórne (niskonapięciowe) – obejmujące wszystkie elementy, w których w normalnych warunkach płyną prądy proporcjonalne do prądów w obwodach głównych, tj. układy: zabezpieczeń (automatyka zabezpieczeniowa wg terminologii warunku udziału), automatyki, pomiarów, telesterowania i telepomiarów;
- 3) urządzenia pomocnicze umożliwiające prawidłową pracę stacji;
- 4) instalacje ochronne – elementy ochrony przeciwporażeniowej, odgromowej, przeciwprzepięciowej i przeciwpożarowej.

Natomiast podstawowym elementem stacji elektroenergetycznej jest rozdzielnia, złożona z pól rozdzielczych spełniających określone funkcje, które są elementami

składowymi gałęzi. Każda gałąź może składać się z dwóch lub trzech pól, w zależności od konfiguracji stacji.

Wykonanie całości pola stacji elektroenergetycznej nie jest możliwe bez wykonania zarówno obwodów pierwotnych, jak i wtórnych, a sprawdzenia pomontażowe i kontrolne obwodów pierwotnych wykonywane są przy wykorzystaniu obwodów wtórnych.

Zdaniem Zamawiającego powyższe wskazuje na doświadczenie wykonawcy Elbud w kompleksowej budowie pól rozdzielni 400kV.

Zamawiający stwierdził, że nie był ani uprawniony, ani zobowiązany do wezwania Elbudu do wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 pzp lub do uzupełnienia wykazu robót oraz wykazu projektów w trybie art. 26 ust. 3 pzp, gdyż nie miał żadnych wątpliwości dotyczących treści tych dokumentów. Ponieważ zamówienia te były wykonywane na rzecz Zamawiającego, był w stanie dokonać prawidłowej ich oceny.

Zamawiający dodał, że na podstawie art. 26 ust. 6 pzp w zw. z § 10 ust. 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 r. poz. 1126) – zwalniających wykonawcę ze składania oświadczeń i dokumentów potwierdzających m.in. spełnienie warunków udziału w postępowaniu, jeżeli zamawiający posiada oświadczenia i dokumenty dotyczące tego wykonawcy – nie wzywał Elbud do złożenia dokumentów potwierdzających należyte wykonanie robót budowlanych i usług, gdyż były one wykonywane na jego rzecz.

Zamawiający powołał się na stanowisko wyrażone w uzasadnieniu wyroku Izby z 25 stycznia 2019 r. (sygn. akt KIO 2614/18), że art. 26 ust. 4 pzp nie określa żadnych kryteriów wzywania wykonawców do złożenia wyjaśnień, za wyjątkiem odesłania do art. 25 ust. 1 pzp. Zatem o zastosowaniu wezwania powinna decydować jego zasadność i celowość oraz ograniczenie do oświadczeń lub dokumentów o charakterze potwierdzającym, wskazanych w tym przepisie.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp. Nie zgłaszano w tym zakresie odmiennych wniosków.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego sprawa została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której Odwołujący i Zamawiający podtrzymali dotychczasowe stanowiska procesowe.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Zwrócił uwagę, że zarzuty zawarte w odwołaniu nie polegają na podnoszeniu, że pola SE Dobrzeń nie zostały wykonane bądź zostały wykonane w innym terminie niż wskazał w wykazie, ale na zarzucaniu, że nie zostały zakończone wszystkie (bliżej niesprecyzowane) prace dotyczące tej stacji elektroenergetycznej, co nie ma związku z postawionym warunkiem.

Oświadczył, że Elbud wykonał 4 pola w ramach etapu 4, który zakończył się protokołem odbioru z 21.07 2016 r. (patrz pkt 19. potwierdzający, że próby napięciowe i obciążeniowe dały wynik pozytywny).

Niezależnie od tego zaważył, że w przypadku gdy chodzi o prace wykonane na rzecz tego samego Zamawiającego nie można mówić w ogóle o możliwości wprowadzania go w błąd.

Zwrócił również uwagę, że Zamawiający nie widział potrzeby do korzystania z uprawnienia do zadania potwierdzenia należytego wykonania tych prac.

Według Przystępującego nie ma również podstaw do wzywania go do wyjaśnień lub uzupełnienia dokumentów, które złożył na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu W przypadku zarówno SE Narew, jaki i SE Dobrzeń, Elbud wykonywał te prace w ramach konsorcjum, którego był liderem, jednakże ewentualne wątpliwości co do faktycznie zdobytego doświadczenia winien mieć nie Odwołujący, lecz Zamawiający, a Odwołujący nie wykazał, że Zamawiający powinien je powziąć.

Podkreślił, że dla spełnienia warunków udziału wystarczające są projekty i prace wykonane przy SE Dobrzeń, gdzie, jak to wskazał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, w ponad $\frac{3}{4}$ w ujęciu wartościowym prace wykonał Elbud. Jednocześnie nie było podziału pomiędzy konsorcjantów prac prowadzonych na poszczególnych etapach czy według rodzaju robót, gdyż były one wykonywane wspólnymi siłami. W ramach etapów 2. i 3. powstał projekt wykonawczy, za który odpowiadał Elbud, a jedynie w pewnym zakresie zlecił prace projektowe podwykonawcy (Energoprojektowi Kraków). Natomiast etap 4. dotyczył wykonania wspólnymi siłami konsorcjum 4 pól. Podkreślił, że jako lider konsorcjum dokonywał zakupów kluczowych urządzeń materiałów oraz pozyskiwał informacje, ponadto kierownikiem robót była osoba z ramienia Elbudu. Podsumował, że jest to wystarczające do stwierdzenia, że Elbud nabył wymaganą w ramach warunków ustawionych w tym postępowaniu wiedzę i doświadczenie.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Przystępującego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba

ustaliła i zważyła, co następuje:

Z art. 179 ust. 1 pzp wynika, że odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący wykazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego. Odwołujący może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp, gdyż zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego uniemożliwia Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

Zgodnie z art. 192 ust. 7 pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Oznacza to, że niezależnie od wskazania w odwołaniu przepisu, którego naruszenie jest zarzucane zamawiającemu, Izba jest uprawniona do oceny prawidłowości zachowania zamawiającego (podjętych czynności lub zaniechania czynności), jedynie przez pryzmat sprecyzowanych w odwołaniu okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających jego wniesienie. Mają one decydujące znaczenie dla ustalenia granic kognicji Izby przy rozpoznaniu sprawy, gdyż konstytuują zarzut podlegający rozpoznaniu. Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie wypowiedała się w tym przedmiocie. W szczególności w wyroku z 1 grudnia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 1633/09) Izba wskazała, że zarzut odwołania stanowi wskazanie czynności lub zaniechanej czynności zamawiającego (arg. z art. 180 ust. 1 pzp) oraz okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających jego wniesienie. Trafność takiego stanowiska została potwierdzona w orzecznictwie sądów okręgowych, w szczególności w wyroku z 25 maja 2012 r. (sygn. akt XII Ga 92/12) Sąd Okręgowy w Gdańsku wywiódł, że Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, przy czym stawianego przez wykonawcę zarzutu nie należy rozpoznawać wyłącznie pod kątem wskazanego przepisu prawa, ale również jako wskazane okoliczności faktyczne, które podważają prawidłowość czynności zamawiającego i mają wpływ na sytuację wykonawcy.

W konsekwencji o ile dowody na mocy art. 190 ust. 1 pzp odwołujący może przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy, o tyle okoliczności, z których chce wywodzić skutki prawne musi uprzednio zawrzeć w odwołaniu, pod rygorem ich nieuwzględnienia przez Izbę z uwagi na art. 192 ust. 7 pzp. Należy rozgraniczyć bowiem okoliczności faktyczne konstytuujące zarzut, czyli określone twierdzenia o faktach, z których wywodzone są skutki prawne, od dowodów na ich poparcie. Stąd odwołanie, które inicjuje postępowanie

odwoławcze, zawsze musi zawierać okoliczności uzasadniające zarzucenie zamawiającemu naruszenia przepisów ustawy pzp. Nawet wtedy, gdy pewne informacje dotyczące działań lub zaniechań zamawiającego są niedostępne z uwagi na uznanie ich przez zamawiającego za stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa (jego lub innego wykonawcy), wykonawca musi zawrzeć w odwołaniu, na czym mogłoby polegać nieprawidłowe postępowanie zamawiającego, licząc że stawiane w ciemno zarzuty znajdą potwierdzenie w toku postępowania odwoławczego.

Z powyższych względów przedmiotem rozstrzygnięcia w tej sprawie nie mogły być zarzuty naruszenia przepisów, co prawda literalnie wskazanych w odwołaniu, ale oparte o zupełnie nowe okoliczności faktyczne, wywiedzione na rozprawie z informacji, które Odwołujący powziął po wniesieniu odwołania, w szczególności z odpowiedzi na odwołanie i załączonych do niej dokumentów.

{rozpatrzenie zarzutów z pkt 2. i 3. listy zarzutów}

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Treścią warunku udziału z rozdziału VI pkt 2.1. lit. b Części I s.i.w.z. (którego brzmienie adekwatnie zostało przytoczone w odwołaniu) jest wybudowanie lub zmodernizowanie co najmniej 3 pól o napięciu 220kV lub wyższym, zakończone uruchomieniem tych pól, czyli wykonanie określonych elementów (wyłącznika, przekładników prądowych i napięciowych oraz automatyki zabezpieczeniowej) rozdzielni napowietrznej, przez którą, zgodnie z ogólnodostępnymi informacjami, rozumie się wyodrębnioną część stacji elektroenergetycznej lub autonomiczny fragment stacji elektroenergetycznej.

Z kolei z pkt 2. wykazu zamówień złożonego przez Elbud na potwierdzenie spełniania powyższego warunku (w odwołaniu wklejono wręcz zdjęcie tego dokumentu sporządzonego na wzorze załączonym do s.i.w.z.) wynika, że w SE Dobrzeń wykonano na rzecz PSE S.A. w ramach przedsięwzięcia pn. „Rozbudowa stacji elektroenergetycznej 400/100 kV Dobrzeń” do 20 grudnia 2016 r. zakres prac zgodnie z załączonym listem referencyjnym (w rzeczywistości będącym w posiadaniu Zamawiającego), w tym 6 pól (3 gałęzie) o napięciu 400 kV.

Zacytowana w odwołaniu definicja rozruchu (rozumianego jako uruchomienie stacji elektroenergetycznej) została zastrzeżona wyłącznie na potrzeby warunku udziału dotyczącego dysponowania kierownikiem grupy rozruchowej, czyli osobą, która w takim charakterze uczestniczyła w realizacji co najmniej dwukrotnie robót budowlanych polegających na budowie lub modernizacji obiektów sieci elektroenergetycznej prądu

przemienneo o napięciu 220 kV lub wyższym, zakończonych uruchomieniem (rozruchem) stacji (patrz rozdział VI pkt 2 ppkt 2.1. lit. c pkt 7 tabeli w Części I s.i.w.z.) – czyli nie ma żadnego zastosowania w odniesieniu do powyżej omawianego warunku udziału dotyczącego wiedzy i doświadczenia wymaganych od wykonawcy.

Niesporne było, że do 20 grudnia 2019 r. nie zakończono realizacji wszystkich prac (w tym wymienionych w treści odwołania) składających się na przedsięwzięcie pn. „Budowa linii 400 kV Narew-Ostrołęka wraz z rozbudową stacji 400/110 kV Narew”, jednak nie ma to żadnego znaczenia dla oceny spełniania przez poz. 1. wykazu robót Elbudu warunku z rozdziału VI pkt 2.1. lit. b Części I s.i.w.z. Natomiast z odwołania nie wynika zakwestionowanie wykonania w tym terminie 6 pól (zakończone ich uruchomieniem), co oznacza, że nie wiadomo, na czym miałyby polegać nieprawdziwość informacji podanych przez Elbud w wykazie na potrzeby wykazania spełniania tego warunku udziału w postępowaniu.

W tych okolicznościach Izba stwierdziła, że zarzuty są oczywiście bezzasadne.

W aktualnie obowiązującym art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 pzp określono, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku:

- zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej „kryteriami selekcji”, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów {pkt 16};
- lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia {pkt 17}.

Skoro zawarte w odwołaniu zarzuty są oderwane od rzeczywistej treści warunku udziału w postępowaniu i sposobu potwierdzenia jego spełniania przez Elbud, w istocie są bezprzedmiotowe.

{rozpoznanie zarzutów z pkt 4. i 5. listy zarzutów}

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Treścią warunku udziału z rozdziału VI pkt 2.1. lit. a Części I s.i.w.z. (którego brzmienie adekwatnie zostało przytoczone w odwołaniu) jest wybudowanie

lub zmodernizowanie co najmniej 3 pól o napięciu 220kV lub wyższym, zakończone uruchomieniem tych pól, czyli wykonanie określonych elementów (wyłącznika, przekładników prądowych i napięciowych oraz automatyki zabezpieczeniowej) rozdzielni napowietrznej stacji elektroenergetycznej.

Z kolei z wykazu zamówień złożonego przez Elbud na potwierdzenie spełniania powyższego warunku (w odwołaniu wklejono wręcz zdjęcie tego dokumentu sporządzonego na wzorze załączonym do s.i.w.z.) wynika, że:

- w SE Narew Elbud Katowice w konsorcjum z Elbud Warszawa wykonał na rzecz PSE S.A. 1 pole w ramach przedsięwzięcia „Budowa linii 400 kV Narew – Ostrołęka wraz z rozbudową stacji 400/110 kV Narew;
- w SE Dobrzeń Elbud Katowice w konsorcjum z Energo-System S.A. z siedzibą w Rzeszowie wykonał na rzecz PSE S.A. 6 pól (3 gałęzie) o napięciu 400 kV w ramach przedsięwzięcia pn. „Rozbudowa stacji elektroenergetycznej 400/100 kV Dobrzeń”.

Treścią warunku udziału z rozdziału VI pkt 2.1. lit. b Części I s.i.w.z. (którego brzmienie adekwatnie zostało przytoczone w odwołaniu) jest wykonanie co najmniej jednego zrealizowanego lub odebranego projektu wykonawczego dotyczącego budowy lub modernizacji co najmniej 3 pól o napięciu 220 kV lub wyższym, czyli wykonanie projektu obejmującego określone elementy (wyłącznik, przekładniki prądowe i napięciowe oraz automatykę zabezpieczeniową) rozdzielni napowietrznej stacji elektroenergetycznej.

Z kolei z wykazu zamówień złożonego przez Elbud na potwierdzenie spełniania powyższego warunku (w odwołaniu wklejono wręcz zdjęcie tego dokumentu sporządzonego na wzorze załączonym do s.i.w.z.) wynika, że:

- w SE Narew-Ostrołęka Elbud Katowice w konsorcjum z Elbud Warszawa opracował na rzecz PSE S.A. jako „Dokumentację projektową i formalno-prawną” projekty budowlane i wykonawcze budowy linii 400 kV oraz dokumentację powykonawczą obejmującą 1 pole;
- w SE Dobrzeń Elbud Katowice w konsorcjum z Energo-System S.A. z siedzibą w Rzeszowie opracował na rzecz PSE S.A. jako „Dokumentację budowlaną i wykonawczą” projekt budowlany i wykonawczy stacji elektroenergetycznej 400 kV obejmujące 6 pól (3 gałęzie).

Z dokumentów załączonych do odpowiedzi na odwołanie wynika, że w ramach przedsięwzięć dotyczących SE Narew i SE Dobrzeń Elbud jako lider konsorcjów, zarówno w aspekcie projektu wykonawczego, jak i prac dotyczących wykonania pól rozdzielni, faktycznie bezpośrednio wykonał większość prac objętych treścią powyższych warunków udziału w tym postępowaniu, a także odpowiadał za nadzór i koordynację realizacji całości prac oraz uczestniczył w odbiorze pól i dokumentacji powykonawczej, co oznacza, że złożone przez Elbud wykazy zawierają informacje zgodne z rzeczywistym stanem rzeczy.

W tych okolicznościach Izba stwierdziła, że zarzuty są niezasadne.

Z art. 26 ust. 3 pzp wynika, że jeżeli wykonawca nie złożył oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pzp, są one niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Natomiast według 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 pzp.

Izba zważyła, że w przypadku kwestionowania spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę, którego oferta została wybrana przez zamawiającego jako najkorzystniejsza, co do zasady niewystarczające jest podniesienie zarzutu naruszenia przez tego zamawiającego art. 26 ust. 4 pzp. Odwołujący winien w takim przypadku postawić zarzut, że wybór taki jest nieprawidłowy, gdyż wykonawca ten nie spełnia lub nie potwierdził spełniania warunków udziału w postępowaniu w sposób opisany w specyfikacji. Nie jest natomiast wystarczające podniesienie, że zdaniem wykonawcy wnoszącego odwołanie, zamawiający powinien powziąć wątpliwości co do treści dokumentów złożonych przez wybranego wykonawcę na potwierdzenie spełniania warunków.

Izba podziela stanowisko, że zamawiający może wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień tylko w przypadku, gdy zrodzą się u niego jakiegokolwiek wątpliwości odnośnie złożonej oferty. W sytuacji gdy zamawiający ma pewność odnośnie dołączonych do oferty oświadczeń i dokumentów, nie można żądać od zamawiającego, aby ten wzywał wykonawcę do złożenia wyjaśnień (patrz wyrok Izby z 28 lutego 2018 r. sygn. akt 244/18).

Z kolei skoro Elbud prawidłowo wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu, nie ma również podstaw faktycznych do wzywania go w tym zakresie do uzupełnienia dokumentów.

Niezależnie od powyższego Izba zważyła, że zarzuty odwołania opierają się na nadinterpretacji wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14 (Esaprojekt sp. z o.o. przeciwko Województwu Łódzkiemu), wywodząc, że członek konsorcjum może powoływać się tylko i wyłącznie na taki zakres rzeczowy, jaki sam bezpośrednio wykonał w ramach konsorcjum.

Tymczasem Trybunał orzekł, że gdy 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 bowiem 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. Z czego wynika, że wykonawca nie może polegać, na potrzeby wykazania wymaganego przez instytucję zamawiającą doświadczenia, na realizacji świadczeń przez innych członków grupy wykonawców, w których realizacji faktycznie i konkretnie nie brał udziału. Co doprowadziło Trybunał do konkluzji, że art. 44 dyrektywy 2004/18 w związku z art. 48 ust. 2 lit. a) tej dyrektywy oraz zasadą równego traktowania wykonawców, zapisaną w art. 2 tej dyrektywy, należy interpretować w ten sposób, że nie dopuszcza on, by wykonawca biorący indywidualnie udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego polegał na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem przy innym zamówieniu publicznym, jeżeli faktycznie i konkretnie nie uczestniczył w jego realizacji.

Izba już wielokrotnie wypowiedziała się, w jaki sposób powyższa teza znajduje przełożenie w różnych stanach faktycznych, przy czym w żadnej z podanych poniżej przykładowo spraw nie oznaczało to uznania, że wykonawca powołujący się na doświadczenie zdobyte w ramach konsorcjum musiał w jego ramach bezpośrednio wykonywać cały zakres prac objętych treścią warunku udziału w postępowaniu.

W wyroku z 18 września 2017 r. (sygn. akt KIO 1854/17) Izba zwróciła uwagę na podkreślanie przez Trybunał Sprawiedliwości, że warunkiem uznania możliwości powołania się na doświadczenie całego konsorcjum przez pojedynczego wykonawcę jest jego czynny udział w zarządzaniu sprawami konsorcjum (wyrok z dnia 18 lipca 2007 r. w sprawie Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Grecji sygn. C-399/05). Trybunał widzi zatem doświadczenie konsorcjanta w postaci umiejętności zarządzania, administrowania określonym rodzajem i rozmiarem przedsięwzięć. Wydaje się, że w ten sposób należałoby rozumieć owe zastrzeżenie czynnego udziału w zarządzaniu sprawami konsorcjum. Tego rodzaju podejście jest racjonalne i ma głębokie praktyczne uzasadnienie, gdyż eliminuje wykonawców próbujących powoływać się na doświadczenie całego konsorcjum w sytuacji, gdy ich rola nie była znacząca dla inwestycji.

Analogicznie w wyroku z 4 grudnia 2017 r. (sygn. akt KIO 2413/17) Izba stwierdziła, że istotą rozpoznania w takim przypadku jest ocena, czy w ramach realizacji zamówienia przez wykonawców wspólnie je realizujących dany wykonawca nabył doświadczenie

pozwalające mu na wykazanie spełnienia określonego warunku. Izba podkreśliła, że według TSUE warunkiem uznania możliwości powołania się na doświadczenie całego konsorcjum przez pojedynczego wykonawcę jest jego czynny udział w zarządzaniu sprawami konsorcjum (wyrok z 18 lipca 2007 r. w sprawie Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Grecji sygn. C-399/05).

Natomiast w wyroku z 2 listopada 2017 r. (sygn. akt KIO 2004/17) Izba uznała, pomimo że faktyczny udział wykonawcy w realizację robót budowlanych dotyczył marginalnego udziału wartościowego tj. 0,54% całości robót, z uwagi na jego faktyczny udział w zarządzaniu kontraktem i sprawami konsorcjum, miał prawo powoływać się na doświadczenie konsorcjum zdobyte dzięki wykonaniu tych robót budowlanych.

Z kolei w wyroku z 21 grudnia 2018 r. (sygn. akt KIO 2506/18) Izba stwierdziła, że realizowane przez wykonawcę prace miały istotny zakres w realizacji całego przedsięwzięcia, gdyż do jego zadań należała nie tylko dostawa agregatów, ale i dostawa innego osprzętu, montaż, rozruch, pomiary gwarancyjne, szkolenia, udział w odbiorach, dokumentacja powykonawcza w określonym zakresie. Ponadto zakres zamówienia wykonany przez tego wykonawcę wynosił ponad 50% całości przedsięwzięcia. Dodatkowo ponieważ prace ówczesnych konsorcjantów przy tłoczni zazębiały się i przenikały, nie powinny być traktowane jako rozłączne, a szczególnie dotyczące tylko marginalnych części inwestycji tłoczni.

Podobnie w wyroku z 27 sierpnia 2018 r. (sygn. akt KIO 1607/ 17) Izba stwierdziła, że w sytuacji, gdy wykonawca polega na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem, doświadczenie to należy oceniać w zależności od konkretnego zakresu udziału tego wykonawcy, faktycznego wkładu w prowadzenie działań, które byty wymagane od tej grupy w ramach danego zamówienia publicznego. Istotne jest, aby oceny tej dokonywać w konkretnych okolicznościach stanu faktycznego, gdyż z samego faktu, że zamówienie było realizowane przez grupę podmiotów działających wspólnie nie wynika, że uczestnik tego konsorcjum nie nabył doświadczenia w realizacji tego zamówienia publicznego, ergo że nie może tym doświadczeniem legitymować się w kolejnych postępowaniach o zamówienie publiczne, działając w konsorcjum w innym składzie.

Wreszcie w wyroku z 18 kwietnia 2019 r. (sygn. akt KIO 588/19) Izba zauważyła, że przełożenie tej ogólnej tezy na daną sytuację faktyczną wymaga indywidualnej oceny zarówno elementów danego warunku udziału w postępowaniu, jak i konkretnych działań wykonawców podejmowanych przy konkretnej realizacji. W skrócie można to ująć w następujący sposób: dany wykonawca (konsorcjant – czy to lider, czy to partner), żeby wykazać się doświadczeniem, nie musiał wykonywać absolutnie wszystkiego w danym zamówieniu czy danej jego części, na którą się powołuje (byłoby to sprzeczne z zasadami

działania konsorcjów), ale jego udział w tym zamówieniu (lub odpowiednio jego części – w zależności od brzmienia warunku), musi być na tyle istotny, by zarówno ten jego udział, jak i nabyte doświadczenie, były faktyczne i realne, a także w miarę kompleksowe, tj. dotyczyły jak najpełniejszej części tej realizacji.

Przenosząc powyższy dorobek orzecznicy na realia tej sprawy Odwołujący zupełnie bezpodstawnie wywodzi, że biorąc pod uwagę przywołane powyżej orzeczenia TSUE, aby skutecznie powołać się na doświadczenie zdobyte przy realizacji przedsięwzięć dotyczących SE Narew i SE Dobrzeń, Elbud winien wykazać, że bezpośrednio brał udział w realizacji wszystkich prac opisanych w ramach warunków udziału dotyczących wiedzy i doświadczenia w tym postępowaniu. W rezultacie nie ma znaczenia, czy na podstawie wykazu robót i wykazu projektów można stwierdzić, czy Elbud faktycznie i konkretnie brał udział w realizacji wszystkich wymaganych w rozdziale VI pkt 2 ppkt 2.1 lit. a) i b) Część I SIWZ elementów prac objętych przedsięwzięciami SE Dobrzeń i SE Narew.

{rozpatrzenie zarzutu z pkt 1. listy zarzutów}

Ponieważ zarzut naruszenia art. 7 ust. 3 pzp ma charakter wtórny i nie opiera się na żadnych odrębnych okolicznościach faktycznych, również i on jest bezpodstawny.

Z tych względów Izba – działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono w pkt 2. sentencji stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w zw. z § 3 pkt 2 i § 5 ust. 3 pkt 1 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) – obciążając Odwołującego kosztami tego postępowania, na które złożył się uiszczony przez niego wpis oraz uzasadnione koszty Zamawiającego w postaci wynagrodzenia pełnomocnika, których poniesienie zostało udokumentowane do zamknięcia rozprawy stosownym rachunkiem.