

WYROK
z dnia 21 grudnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: **Marek Koleśnikow**

Protokolant: Dominik Haczykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach **12 i 18 grudnia 2018 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 listopada 2018 r. przez wykonawcę **CONTROL PROCESS S.A. z siedzibą w Krakowie, ul. Obrońców Modlina 16, 30-733 Kraków** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Operator Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Mszczonowska 4, 02-337 Warszawa**, przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia [1] **Rafako S.A. z siedzibą w Raciborzu [pełnomocnik]**, [2] **PBG Oil and Gas sp. z o.o. z siedzibą w Wysogotowie, ul. Łąkowa 33, 47-400 Racibórz** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

#x200e2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego **CONTROL PROCESS S.A. z siedzibą w Krakowie, ul. Obrońców Modlina 16, 30-733 Kraków**

i:

- 2.1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **CONTROL PROCESS S.A. z siedzibą w Krakowie, ul. Obrońców Modlina 16, 30-733 Kraków** tytułem wpisu od odwołania;
- 2.2) zasądza od wykonawcy **CONTROL PROCESS S.A. z siedzibą w Krakowie, ul. Obrońców Modlina 16, 30-733 Kraków** na rzecz zamawiającego **Operator Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Mszczonowska 4, 02-337 Warszawa** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 i poz. 2018) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:.....

Uzasadnienie

Zamawiający **Operator Gazociągów Przesyłowych Gaz-System S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Mszczonowska 4, 02-337 Warszawa** wszczął postępowanie na roboty budowlane, dostawy, usługi w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Wykonanie robót budowlanych dla zadania inwestycyjnego pn. »Budowa Tłoczni Kędzierzyn«.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 13.04.2018 r. pod nrem 2018/S 072-160536.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 i poz. 2018) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

Zamawiający poinformował 21.11.2018 r. o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia [1] **Rafako S.A.**

z siedzibą w Raciborzu [pełnomocnik] oraz [2] **PBG Oil and Gas Sp. z o.o. z siedzibą w Wysogotowie** [dalej łącznie jako wykonawca R].

Wykonawca **Control Process S.A. z siedzibą w Krakowie, ul. Obrońców Modlina 16, 30-733 Kraków**, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp, wniósł 3.12.2018 r. do Prezesa KIO odwołanie na:

- 1) czynności zamawiającego polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia [1] **Rafako S.A.** z siedzibą w Raciborzu [pełnomocnik] oraz [2] **PBG Oil and Gas Sp. z o.o.** z siedzibą w Wysogotowie [dalej łącznie jako wykonawca R], pomimo że wykonawca R nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu i podlega wykluczeniu z postępowania;
- 2) zaniechania wykluczenia wykonawcy R i uznania oferty wykonawcy R za odrzuconą, wobec niespełnienia przez wykonawcę R warunków udziału w postępowaniu oraz zamierzonego wprowadzenia zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że wykonawca R spełnia warunki udziału w postępowaniu (względnie wobec nieumyślnego przedstawienia informacji wprowadzających w błąd zamawiającego, mających istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego;

– z ostrożności:

- 3) zaniechania wezwania wykonawcy R do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnienie warunku w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej z rozdz. IX ust. 5 lit. b SIWZ.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12, 16 i 17 Pzp przez wybranie oferty wykonawcy R w sytuacji, gdy wykonawca R nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu i podlega wykluczeniu z postępowania;
 - 2) art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy R, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu i celowo wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu (względnie wobec nieumyślnego przedstawienia informacji wprowadzających w błąd zamawiającego, mających istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego);
 - 3) art. 24 ust. 4 Pzp przez zaniechanie uznania oferty wykonawcy R za odrzuconą;
- z ostrożności:
- 4) art. 26 ust. 3 w zw. z art. 22a ust. 6 Pzp przez zaniechanie wezwania wykonawcy R do uzupełnienia oświadczeń

lub dokumentów potwierdzających spełnienie warunku w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej z rozdz. IX ust. 5 lit. b SIWZ.

Odwolujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) powtórzenie czynności badania i oceny ofert i wykluczenie wykonawcy R na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 Pzp;

– ewentualnie z ostrożności:

- 3) wezwanie wykonawcy R do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnienie warunku w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej z rozdz. IX ust. 5 lit. b SIWZ na podstawie art. 26 ust. 3 w zw. z 22a ust. 6 Pzp.

Argumentacja odwołującego

Odwolujący stwierdza, że zamawiający naruszył przepisy Pzp dokonując wyboru oferty wykonawcy R jako najkorzystniejszej.

W ramach określenia warunków udziału w postępowaniu zamawiający wskazał warunek udziału w postępowaniu w rozdz. IX ust. 5 lit. b SIWZ w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej (DOŚWIADCZENIE ZAWODOWE) tj.:

„O udzielenie Zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy w okresie ostatnich siedmiu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie zrealizowali: [...]

- b) co najmniej jedno zamówienie polegające na budowie tłoczni gazu ziemnego

o mocy nie mniejszej niż 5 MW, zainstalowanej w obiektach systemu przesyłowego gazu ziemnego, magazynach gazu lub kopalniach ropy naftowej i gazu ziemnego”.

Wykonawca R nie wykazał spełnienia tego warunku, bo na potwierdzenie swojego doświadczenia wskazał doświadczenie nabyte przez podmiot trzeci, na którego zasoby się powołuje (tj. PBG S.A. dalej wykonawca P) – przy realizacji zamówienia pn. „Budowa pod klucz Tłoczni Jarosław II” [dalej J II], które to zadanie:

- 1) nie było wykonywane samodzielnie przez wykonawcę P, ale był wykonawcą jako jeden z członków konsorcjum, w skład którego wchodził również odwołujący – jako lider tego konsorcjum oraz GASOIL Engineering a.s. z siedzibą w Spiska Teplica;
- 2) w zakresie rzeczowym przypisanym wykonawcy P (dostawy urządzeń z montażem), było w całości podzleczone przez wykonawcę P podwykonawcom, a wykonawca P zapewniał jedynie nadzór nad tymi podwykonawcami; zakres ten zaś stanowiły dostawy urządzeń wg dokumentacji projektowej inwestora lub producentów, zatem zależność pomiędzy udziałem wykonawcy P, a jakością rezultatu prac podwykonawców, nie była istotna;
- 3) było realizowane przez wykonawcę P w zakresie dostaw, a nie robót budowlanych które są przedmiotem rozpoznawanego postępowania, ponadto ów zakres dostaw jest w znakomitej większości wyłączony z przedmiotowego postępowania;
- 4) zgodnie ze zobowiązaniem oraz treścią oferty wykonawcy R podmiot trzeci – tj. wykonawca P nie zrealizuje robót budowlanych i usług, do realizacji których są wymagane szczególne zdolności określone przez zamawiającego – gdyż stosownie do str. 8 lit. c oferty wykonawcy R zamówienie zostanie zrealizowane przy udziale podwykonawców – wykonawcy P jedynie „w zakresie następujących czynności: koordynacja robót oraz wykonanie prac technologicznych związanych z realizacją zadania”.

Tym samym odwołujący uznał, że zdolności techniczne wykonawcy P, na którego potencjał powołał się wykonawca R, są niewystarczające do wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Z dokumentacji przetargowej wynika, że przedmiotem postępowania jest wykonanie prac projektowych, robót budowlanych oraz montaż agregatów sprężarkowych, które zostaną dostarczone przez zamawiającego – zgodnie z rozdz. III ust. 1 pkt 2 OPZ stanowiącego zał. nr 1 do SIWZ „montaż trzech Agregatów Sprężarkowych dostarczonych przez zamawiającego (Dostawa Inwestorska)», a zatem w skład przedmiotu zamówienia nie wchodzi dostawa agregatów sprężarkowych. W takiej sytuacji doświadczenie realnie nabyte przez wykonawcę P w trakcie realizacji zadania „Budowa pod klucz Tłoczni J II”, tj. w zakresie dostawy agregatów sprężarkowych jest całkowicie nieadekwatne do zakresu przedmiotu zamówienia w postępowaniu będącym przedmiotem rozpoznawanego odwołania, gdyż zakres ten został objęty dostawą inwestorską.

Zatem choć udział wykonawcy P w konsorcjum realizującym projekt „Budowa pod klucz Tłoczni J II” wyniósł ok 51%, to biorąc pod uwagę wyłącznie wartość zakresu rzeczowego który pokrywa się z przedmiotem zadania „Budowa Tłoczni Kędzierzyn”, to faktyczny zakres ten stanowi tylko kilka procent.

Również zakres prac, który wykonawca R wskazał w ofercie jako ten, który zostanie powierzony wykonawcy P nie odpowiada wymaganiom wynikającym z art. 22a ust. 4 Pzp – gdyż zamawiający wymagał w rozdz. IX ust. 5 lit. b str. 9 SIWZ posiadania doświadczenia

w wykonaniu co najmniej jednego zamówienia polegającego na »budowie tłoczni gazu ziemnego«, a nie »koordynacji robót oraz wykonania prac technologicznych związanych

z realizacją zadania”, który to zakres zgodnie z ofertą został powierzony wykonawcy P.

Tłocznia gazu ziemnego to skomplikowany technologicznie obiekt, w ramach którego funkcjonuje kilkanaście systemów i instalacji, które są niezbędne do poprawnej i bezpiecznej eksploatacji tłoczni. Zadanie budowy tłoczni gazu ziemnego J II obejmowało: budowę podziemnych i naziemnych sieci technologicznych (do przesyłu gazu), budowę instalacji filtroseparatorów, budowę instalacji zasilania i zasilania awaryjnego tłoczni gazu (w tym zabudowa agregatu), system SCADA, instalację ochrony, instalacja sprężonego powietrza, instalację detekcji i gaszenia pożaru, zbiornik i pompownia wody p.poż, instalację azotu, stację redukcyjno-pomiarową, instalację awaryjnego zrzutu gazu, instalację wod.-kan., instalację c.o., budynki (w tym budynek agregatów sprężarkowych), instalację oświetlenia obiektu, drogi, place itd. Te instalacje, systemy, budynki i obiekty były wykonane przez odwołującego i jego podwykonawców. Wskazane powyżej prace były samodzielnie zlecane, zarządzane i nadzorowane przez odwołującego, zatem wykonawca P nie nabył realnego doświadczenia w budowie tłoczni gazu.

Dodatkowo poza brakiem udziału w realizacji robót budowlanych, wykonawca P nie uczestniczył również w nadzorze i zarządzaniu nad prowadzonymi pracami. Odwołujący zapewniał stały udział i obecność na budowie kilkunastoosobowej kadry nadzorującej i zarządzającej budową (m.in. kierownik budowy, inspektorzy nadzoru we wszystkich branżach, nadzór geodezyjny, nadzór spawalniczy, nadzór nad BHP, kontrola jakości, specjalista ds. ochrony środowiska, koordynator prac projektowych, Kierownik Projektu, Zastępca Kierownika Projektu itd.), zaś ze strony wykonawcy P na budowie pojawiał się co jakiś czas (nie była to stała obecność) jeden przedstawiciel wykonawcy P.

Ponadto na okoliczność rzekomego udziału w zarządzaniu kontraktem, wykonawca P powołał się w swoich

wyjaśnieniach na istnienie komitetu sterującego, mającego decydować o sprawach konsorcjum. Komitet ten nigdy nie został powołany (nie było takiej potrzeby, kontrakt był sprawnie zarządzany przez odwołującego), a co za tym idzie nie mógł mieć żadnego wpływu na realizację projektu; okoliczność ta została już wykazana w analogicznym postępowaniu toczącym się pomiędzy odwołującym i wykonawcą R w Estonii, co potwierdza, że jedyną stroną zarządzającą i prowadzącą sprawy kontraktu był odwołujący.

Ponadto udział wykonawcy P w realizacji tłoczni J II pomimo pozornie bardzo obszernego zakresu (ok. 51% wartościowego udziału w konsorcjum) w rzeczywistości sprowadzał się do dostawy, montażu i rozruchu trzech drogich elementów: 5 agregatów sprężających (dostawa i rozruch zakontraktowana u dostawcy Siemens Sp. z o.o., montaż zakontraktowany w Tesgas S.A.), 5 chłodził silników (dostawa, montaż i rozruch zakontraktowany w Gaz&Oil Project Management Sp. z o.o.), 5 chłodził gazu procesowego (dostawa, montaż i rozruch zakontraktowany w Gaz&Oil Project Management Sp. z o.o.).

Porównując zakresy realizowane przez odwołującego i wykonawcy P widać, że zakres wykonawcy P nie pokrywa się z zakresem robót budowlanych związanych z budową tłoczni gazu ziemnego. Gdyby w rozpoznawanym postępowaniu zamawiający postawił wymóg doświadczenia w dostawie agregatów sprężających gaz ziemny, wykonawca P z pewnością mógłby powoływać się na doświadczenie pozyskane w ramach projektu J II. W tym jednak przypadku takiego wymogu nie ma, gdyż zakres dostawy owych urządzeń został wyłączony z przedmiotu zamówienia, który to przedmiot stanowią wyłącznie kompleksowe roboty budowlane, w których realizacji wykonawca P nie brał udziału ani w sposób bezpośredni, ani w zarządzaniu czy nadzorze nad nimi.

Zarazem zakres przedmiotowego zamówienia to przede wszystkim roboty ziemne, kontenery dla sprężarek gazu, chłodził gazu procesowego, zespół filtrów, układy regulacyjne, układy pomiarowe, stacja redukcyjnopomiarowa gazu paliwowego, kontenery agregatów prądowców, kontenery energetyczne i AKPiA, budynek administracyjny z dyspozytornią, budynek techniczny z kotłownią, sprężarkownią powietrza i rozdzielnią energetyczną, instalacje bezpieczeństwa i kontroli dostępu, kolumna wymuchowa, orurowanie technologiczne (gazociągi, rurociągi kondensatu, rurociągi azotu, rurociągi sprężonego powietrza), zbiorniki wody ppoż. z tłocznią i siecią wody ppoż., stacja azotowania, drogi wewnętrzne i place technologiczne, obiekty i urządzenia towarzyszące, ogrodzenie itp. Zatem określenie udziału podmiotu trzeciego (wnoszącego referencje na budowę tłoczni gazu ziemnego), tylko na zakres koordynacji robót oraz wykonanie prac technologicznych należy uznać za niewystarczające do zapewnienia faktycznej wiedzy i doświadczenia wymaganego przez zamawiającego.

W konsekwencji, wykonawca R nie dysponuje faktyczną wiedzą i doświadczeniem w zakresie budowy tłoczni gazu ziemnego, które wymagane jest przez zamawiającego.

Odwołujący przywołał wyrok TSUE w sprawie C-387/14 [Esaprojekt], dotyczący art. 48 ust. 3 Dyrektywy nr 2004/18/WE, z którego wynikają następujące tezy:

»62. (...), 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.

63. (...), wykonawca nabywa realne doświadczenie nie przez sam fakt bycia członkiem grupy wykonawców i bez względu na to, jaki miał w tę grupę wkład, lecz wyłącznie przez bezpośredni udział w realizacji przynajmniej jednej z części zamówienia, do którego całościowego wykonania zobowiązana jest ta grupa wykonawców.

64. Wynika z tego, że wykonawca nie może polegać, do celów wymaganego przez instytucję zamawiającą doświadczenia, na realizacji świadczeń przez innych członków grupy wykonawców, w których realizacji faktycznie i konkretnie nie brał udziału«.

TSUE stwierdził, 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, aby 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.

Pogląd wyrażony przez TSUE znajduje także szerokie odzwierciedlenie w orzecznictwie Izby (m.in. sygn. akt: KIO 1987/17, KIO 326/18 i KIO 327/18, KIO 568/18) i dotyczy nie tylko zasobów własnych wykonawcy, ale także sytuacji powoływania się na zasoby podmiotu trzeciego (tak KIO 568/18).

W ocenie odwołującego oznacza to, że wykonawca R może w takim zakresie polegać na wiedzy i doświadczeniu wykonawcy P uzyskanym w ramach uczestnictwa w konsorcjum, którego wykonawca P był członkiem, w jakim rzeczywiście, faktycznie i konkretnie wykonawca P uczestniczył w realizacji powołanych usług referencyjnych – czyli w istocie

w koordynacji i organizacji dostawy i uruchomienia agregatów sprężarkowych oraz chłodził w ramach budowy tłoczni J II. Przy doświadczeniu zawodowym liczy się bowiem stan faktyczny realizacji robót, w zakresie wymaganym przez zamawiającego.

W ocenie odwołującego, wykonawca R składając wykaz „DOŚWIADCZENIE ZAWODOWE” z referencje wraz z wyjaśnieniami z 31.10.2018 r. nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w punkcie w rozdz. IX ust. 5 lit. b SIWZ. Na podstawie tych dokumentów nie można bowiem stwierdzić, aby zadanie, na które się powołał, zostało faktycznie wykonane przez wykonawcę P. Zadanie zaś, które wykonawca P wykonał w ramach budowy tłoczni J II jest niemalże w całości wyłączone z zakresu budowy tłoczni Kędzierzyn, a zakres wskazany w ofercie jako ten, który zostanie zlecony wykonawcy P nie odpowiada ani wymaganiom zamawiającego, ani faktycznie uzyskanemu przez wykonawcę P doświadczeniu.

Dysponowanie przez wykonawcę odpowiednim potencjałem ma fundamentalne znaczenie z punktu widzenia zapewnienia prawidłowego wykonania zamówienia. Ażeby wykonawca dawał rękojmię należytej realizacji przedmiotu zamówienia, musi wymagany potencjał rzeczywiście – a nie tylko formalnie – posiadać. W odniesieniu do doświadczenia oznacza to, że musi to być doświadczenie faktycznie przez danego wykonawcę nabyte przy realizacji określonych zadań. Przyjęcie przeciwnego stanowiska byłoby tożsame z zezwoleniem na ukształtowanie się w postępowaniach zamówieniowych szkodliwej praktyki, dopuszczającej fikcję w wykazywaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu, dając możliwość uzyskania zamówień podmiotom, które nie są zdolne do ich właściwej realizacji.

W tym kontekście realności dysponowania zasobami przedstawianymi na potwierdzenie zdolności do wykonania zamówienia nabiera szczególnego znaczenia.

KIO wskazała w uzasadnieniu wyroku z 11 kwietnia 2018 r. sygn. KIO 568/18 „wyrazem dążenia do urealnienia badania potencjału wykonawcy są przepisy art. 22a ust 1 i 2 Pzp, wprowadzone nowelizacją ustawy Pzp z 28 lipca 2016 r., w których ustawodawca wprowadził możliwość posługiwania się potencjałem podmiotów trzecich w celu wykazania

spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, nakładając jednak na wykonawcę obowiązek udowodnienia zamawiającemu okoliczności dysponowania udostępnianym mu potencjałem. Z kolei na zamawiającego nałożony został obowiązek oceny m.in. czy udostępniane wykonawcy przez inne podmioty zasoby pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu (art. 22a ust. 3 Pzp), skorelowany z uprawnieniem do żądania od wykonawcy, w razie negatywnej oceny tej kwestii, zastąpienia podmiotu trzeciego innym podmiotem (podmiotami), bądź zobowiązania się przez wykonawcę do samodzielnego wykonania odpowiedniej części zamówienia, po wykazaniu spełniania postawionych warunków udziału w postępowaniu (art. 22a ust. 6 Pzp)".

Problem realnego dysponowania wymaganym potencjałem dotyczy nie tylko sytuacji powoływania się na zasoby podmiotu trzeciego, ale także dotyczy zasobów własnych wykonawcy. W wyroku TSUE z 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14 Esaprojekt, w którym TSUE wypowiedział się m.in. na temat możliwości i zakresu powoływania się przez wykonawcę na zamówienie wykonane przez niego wspólnie z innymi podmiotami, TSUE podkreślił, 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 realne doświadczenie nie przez sam fakt bycia członkiem grupy wykonawców i bez względu na to, jaki miał w tę grupę wkład, lecz wyłącznie przez bezpośredni udział w realizacji przynajmniej jednej z części zamówienia, do którego całościowego wykonania zobowiązana jest ta grupa wykonawców. Wynika z tego, że wykonawca nie może polegać, do celów wymaganego przez instytucję zamawiającą doświadczenia, na realizacji świadczeń przez innych członków grupy wykonawców, w których realizacji faktycznie i konkretnie nie brał udziału. W świetle powyższego (...) art. 44 dyrektywy 2004/18 w związku z art. 48 ust. 2 lit. a tej dyrektywy oraz zasadą równego traktowania wykonawców, ustanowioną w art. 2 tej dyrektywy, należy interpretować w ten sposób, że przepis nie dopuszcza, aby 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. Uzasadnienie tego orzeczenia nie pozostawia wątpliwości, że wykazywanie doświadczenia nabytego w związku z realizacją zamówienia w konsorcjum jest ograniczone tylko i wyłącznie do tej jego części, którą dany wykonawca rzeczywiście i realnie wykonywał.

Prowadzi to do konkluzji, że nie jest możliwe zarówno uznanie, że wykonawca R spełnia warunki udziału w postępowaniu, jak również nie jest możliwe wykorzystanie instytucji „zamiany” podmiotu trzeciego i zastąpienie wykonawcy P innym podmiotem spełniającym warunek posiadania wiedzy i doświadczenia w zakresie budowy tłoczni gazu ziemnego, gdyż na przeszkodzie takiej operacji stoi fakt powierzenia wykonawcy P w treści oferty konkretnego zakresu robót nie odpowiadającego warunkowi udziału w postępowaniu, a zmiana zakresu prowadziłaby w istocie do zakazanej przepisami Pzp zmiany treści oferty.

W tych okolicznościach z pewnością nie można uznać, że wykonawca R wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. Przy czym wykonawcy R należy dodatkowo zarzucić, że przedstawiając informacje, że spełnia warunki udziału w postępowaniu w sposób świadomy i zamierzony wprowadził zamawiającego

w błąd. Mianowicie po złożeniu wykazu „Doświadczenia zawodowego”, w którym powołał się na potencjał wykonawcy P, wykonawca R z własnej inicjatywy skierował do zamawiającego pismo wyjaśniające zakres referencyjnej inwestycji dotyczącej budowy tłoczni J II oraz zakres obowiązków wykonawcy P w ramach tego przedsięwzięcia. Wskazał, że wykonawca P odpowiadał za dostawę, montaż i uruchomienie agregatów sprężających wraz z układem chłodzenia i systemami pomocniczymi. Dodatkowo wykonawca R podniósł, że wykonawca P brał czynny udział w zarządzaniu sprawami konsorcjum. Stanowisko to nie wystarczyło zamawiającemu do pozytywnej weryfikacji zdolności wykonawcy R, bo pismem z 24.10.2018 r. wezwał je do złożenia dodatkowych wyjaśnień odnośnie tego czy zakres wykonany przez wykonawcę P polegał na budowie tłoczni gazu oraz czy obejmował czynne zarządzanie sprawami konsorcjum. Pismem z 31.10.2018 r. wykonawca R uszczegółowił informacje związane z realizacją tłoczni J II w sposób, który miał potwierdzić możliwość posługiwania się referencjami konsorcjum, które zrealizowało ww. inwestycję.

Tyle że cały szereg informacji, które właśnie miały to umożliwić nie polegają na prawdzie. Po pierwsze, jedynie dla wywarca większego wrażenia nagle opis obowiązków zawarty w piśmie z 06.08.2018 r. w jednym akapicie, urosł do 4 stron. Przy czym znalazły się w nim takie elementy jak rozładunek dostaw, wywóz odpadów i mnóstwo innych czynności rutynowo towarzyszących *de facto* każdej inwestycji. Innymi słowy – wykonawca R rozpiął dostawę, montaż i uruchomienie agregatów na dziesiątki drobnych prac, co nie zmienia faktu, że zakres czynności wykonawcy P był ograniczony jedynie do wspomnianej dostawy, montażu i uruchomienia agregatów.

Nie polega na prawdzie stwierdzenie, że pracownicy wykonawcy P pełnili aktywną rolę w realizacji całej umowy, w tym w zakresie koordynacji realizacji całości zamówienia, dokonywania i koordynowania zakupów, nadzorowania całości prac, fakturowania i rozliczenia kontraktu. Wszystkie te czynności leżały po stronie osób działających w imieniu lidera, czyli odwołującego. Dyrektorzy, których wykonawca P mógł powoływać w nieograniczonej liczbie, mieli wpływ wyłącznie na zakres rzeczowy wykonawcy P i nie ingerowali w jakiegokolwiek inne części zadania. Ani wspomniani dyrektorzy, ani kierownicy robót nie byli wpisani do dziennika budowy i nie pełnili żadnej oficjalnej funkcji na budowie. Ich kompetencje ograniczały się wyłącznie do nadzorowania dostaw leżących po stronie wykonawcy P.

Podsumowując odwołujący stwierdził, że wykonawca P nie zarządzał sprawami konsorcjum i był skoncentrowany wyłącznie na wywiązaniu się ze swojego zakresu. Przy czym pełną świadomość tego stanu rzeczy posiadał wykonawca R. Nie po raz pierwszy bowiem ta spółka powołała się na doświadczenie wykonawcy P związane z realizacją tłoczni J II. Co więcej, zakres udziału wykonawcy P w tym zadaniu był przedmiotem ustaleń w postępowaniu odwoławczym przed VAKO (estoński odpowiednik KIO) w którym uczestniczył wykonawca R. W wyroku z 27 czerwca 2018 r. VAKO uznała, że zakres obowiązków jakie spoczywały na wykonawcy P w ramach budowy tłoczni J II jest niewystarczający do tego, aby mógł powoływać się na doświadczenie w kompleksowej realizacji tego typu przedsięwzięć, w szczególności z tego względu, że nie odpowiadała za jego zarządzanie.

W związku z powyższym nieprawdziwe informacje, jakoby wykonawca P spełniał warunek udziału w postępowaniu wynikający z rozdz. IX ust. 5 lit. b SIWZ (zarówno w JEDZ jak i w toku postępowania – czyli przez złożenie wykazu doświadczenia i wyjaśnień) zostały przedstawione zamawiającemu świadomie i celowo, wobec czego wykonawca R podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp (względnie pkt 17).

Z ostrożności odwołujący stwierdził, że nawet w przypadku odmiennej oceny intencji wykonawcy R nadal oferta wykonawcy R nie mogła być wybrana, gdyż wobec niespełniania warunku udziału w postępowaniu z rozdz. IX ust. 5 lit. b SIWZ wykonawca R powinien być wezwany do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, tj.

wykazu zamówień wykonanych w okresie ostatnich siedmiu lat przed upływem terminu składania ofert, [...], potwierdzającego spełnianie warunków udziału w postępowaniu określonych w rozdz. IX ust. 5 lit. b SIWZ.

Odwolujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu 03.12.2018 r. (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom 06.12.2018 r. (art. 185 ust. 1 in initio Pzp).

07.12.2018 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenia zamówienia Rafako S.A. z siedzibą w Raciborzu, ul. Łąkowa 33, 47400 Racibórz [pełnomocnik] i [2] PBG Oil and Gas Sp. z o.o. z siedzibą w Wysogotowie, ul. Skórzewska 35 62081 Wysogotowo złożył (1) Prezesowi KIO, z kopiami dla (2) zamawiającego i (3) odwołującego, pismo o zgłoszeniu przystąpienia do postępowania po stronie zamawiającego do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp).

Odwolujący wniósł pismo przygotowane 10.12.2018 r.

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy 12.12.2018 r. (art. 186 ust. 1 Pzp). Argumentacja zamawiającego: Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie jest zasadne.

Izba stwierdza, że nie zachodzą przesłanki określone w art. 189 ust. 2 Pzp, których zaistnienie skutkowałoby odrzuceniem odwołania.

W ocenie Izby odwołujący wypełnił łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest odwołujący wykazał posiadanie interesu w uzyskaniu rozpoznawanego zamówienia oraz odwołujący wykazał wystąpienie możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

Izba postanowiła dopuścić jako dowód dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego i potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

Izba wzięła pod uwagę dowody złożone przez:

A) odwołującego:

- 1) rzut ogólny tłoczni J II wraz z opisem (Załącznik nr 1 do pisma z 10.12.2018 r.);
- 2) oświadczenie Pana A. B. z 16.04.2018 r., oświadczenie Prezesa Zarządu Control Proces S.A. z 2.03.2010 r.;
- 3) oświadczenia członków zarządu Control Process S.A. z 15.06.2018 r., oświadczenie Pana A. B. z 12.06.2018 r., dokument – zasady wykonywania obowiązków gwarancyjnych;
- 4) protokoły z Rad Budowy;
- 5) protokoły dwustronne PBG S.A. i Control Process S.A. wraz z fakturami od wykonawcy PBG S.A. dla Control Process S.A.;
- 6) Raport PBG S.A. z realizacji zadania, Raport Miesięczny Wykonawcy (przygotowany przez Control Process S.A.);
- 7) protokół z odbioru końcowego z 2.09.2011 r.;
- 8) korespondencja ws. zgłaszanych usterek;
- 9) porównanie zakresu rzeczowego tłoczni J II i Kędzierzyn (Załącznik nr 2 do Pisma z 10.12.2018 r.);
- 10) estoński wyrok VAKO 11118/191509 z 27 czerwca 2018 r.;
- 11) oświadczenie, które złożył p. M. S. dotyczące podejmowania decyzji zarządczych i nadzorczych na inwestycji J II;
- 12) aktualne informacje z KRS z 12.12.2018 r.:
 - a) PBG S.A. z siedzibą w Wysogotowie,
 - b) Rafako S.A. z siedzibą w Raciborzu,
 - c) Villalbos Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu;
- 13) tłumaczenie na język polski orzeczenia VAKO 11118/191509 z 27 czerwca 2018 r.;

B) zamawiającego:

- 1) PFU złożony na rozprawie jako uzupełnienie dokumentacji zamówienia, gdyż PFU nie znalazł się w przekazanej do KIO dokumentacji postępowania zamówieniowego przez przeoczenie;

C) przystępującego:

- 1) dokumentacja z postępowania o udzielenie zamówienia dot. budowy tłoczni J II wraz z ofertą i wyciągiem umowy na okoliczność zakresu, wielkości i znaczenia prac wykonywanych przez wykonawcę PBG S.A.;
- 2) zestawienie warunków i złożonych referencji w postępowaniu dot. budowy tłoczni J II na okoliczność oparcia się na doświadczeniu wykonawcy PBG S.A.;
- 3) zakres prac wykonywanych przez podwykonawców odwołującego na okoliczność wykonania przez odwołującego znacznego zakresu prac przy udziale podwykonawców;
- 4) wybrane oferty odwołującego na okoliczność posługiwania się przez odwołującego doświadczeniem nabytym podczas realizacji inwestycji tłoczni J II;
- 5) dokumenty rozliczeniowe na okoliczność zakresu udziału wykonawcy PBG S.A. w realizacji budowy tłoczni J II;
- 6) oświadczenie p. L. F. na okoliczność zakresu udziału wykonawcy PBG S.A. w realizacji budowy tłoczni J II;
- 7) wezwanie serwisowe na okoliczność podejmowania wezwań serwisowych przez wykonawcę PBG S.A. na inwestycji tłoczni J II.

W ocenie Izby zarzuty naruszenia:

- 1) art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12, 16 i 17 Pzp przez wybranie oferty wykonawcy R w sytuacji, gdy wykonawca R nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu i podlega wykluczeniu z postępowania
- 2) art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy R, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu i celowo wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu (względnie wobec nieumyślnego przedstawienia informacji wprowadzających w błąd zamawiającego, mających istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego)

3) art. 24 ust. 4 Pzp przez zaniechanie uznania oferty wykonawcy R za odrzuconą

4) (z ostrożności) art. 26 ust. 3 w zw. z art. 22a ust. 6 Pzp przez zaniechanie wezwania wykonawcy R do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnienie warunku w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej z rozdz. IX ust. 5 lit. b SIWZ

– nie zasługują na uwzględnienie.

Izba stwierdza, że w rozpoznawanym zamówieniu przedmiot zamówienia cechuje się znaczącą specyfiką, co nie jest kwestią sporną. Dlatego w przedmiotowym postępowaniu zamówieniowym zamawiający postawił przed wykonawcami bardzo ostre warunki, na które nie zostały złożone odwołania, a oferty złożyły tylko wysoko wyspecjalizowani wykonawcy. Zwłaszcza warunkiem tym było wykazanie doświadczenia zrealizowania »co najmniej jednego zamówienia polegającego na budowie tłoczni gazu ziemnego o mocy nie mniejszej niż 5 MW, zainstalowanej w obiektach systemu przesyłowego gazu ziemnego, magazynach gazu lub kopalniach ropy naftowej i gazu ziemnego« (rozdz. IX pkt 5 lit. b SIWZ doprecyzowany przed upływem terminu składania ofert odpowiedzią na pyt. 163). Jest bezsporne, że obiekt tłoczni gazu należy rozumieć zgodnie z przepisem § 2 pkt 35 rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 26 kwietnia 2013 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać sieci gazowe i ich usytuowanie (Dz. U. z 2013 r. poz. 640): »Użyte w rozporządzeniu określenia oznaczają [...] tłocznia gazu – zespół urządzeń do sprężania, regulacji i bezpieczeństwa wraz z instalacjami zasilającymi i pomocniczymi, spełniający oddzielnie lub równocześnie funkcje: przetwarzania gazu ziemnego, podwyższania ciśnienia gazu ziemnego ze złóż i magazynów gazu oraz zatłaczania gazu ziemnego do tych magazynów«. Izba uznaje, że należy przyjąć, że w tak rozumianym zespole urządzeń agregaty sprężające stanowią jeden z istotniejszych obiektów inwestycji tłoczni. Dlatego, zdaniem Izby, wykazanie brania udziału w realizacji inwestycji tłoczni w zakresie agregatów sprężających nie może zostać niezauważone i nie wzięte pod uwagę podczas oceny spełnienia przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

W postępowaniu zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia [1] Rafako S.A. z siedzibą w Raciborzu [pełnomocnik], [2] PBG Oil and Gas sp. z o.o. z siedzibą w Wysogotowie, ul. Łąkowa 33, 47-400 Racibórz [dalej jako przystępujący, wykonawca R i wykonawca P – przyp. Izby].

Dodatkowo Izba musi podkreślić, że po otwarciu ofert zamawiający w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego musi m.in. sprawdzić wykazanie w ofertach przez wykonawców spełnienia: (1) warunków udziału w postępowaniu; (2) wymogów zamawiającego; (3) kryteriów oceny ofert. Te 3 rodzaje sprawdzeń muszą być dokonywane na różnym stopniu szczegółowości. W największym stopniu ogólności (spełnia albo nie spełnia) jest dokonywane badanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Natomiast najszczegółowiej, z różnymi stopniowaniami związanymi z przydzieleniem odpowiedniej liczby punktów, są badane spełnienia kryteriów oceny ofert. W rozpoznawanym postępowaniu zamawiający uznał, że wykazanie brania udziału w inwestycji tłoczni J II w zakresie ponad 50% i przy tym znaczący udział w realizacji istotnego elementu inwestycji – agregatów sprężających jest wystarczającym wykazaniem spełnienia warunku udziału

w postępowaniu. Izba wzięła pod uwagę i podkreśla, że zamawiający szczegółowo i indywidualnie zbadał spełnienie warunku doświadczenia przez przystępującego. Gdyby to branie udziału w realizacji tłoczni J II – w ponad 50% zakresie i z wykonaniem kapitalnych elementów inwestycji (agregaty sprężające) – nie zostało zaliczone byłoby to działaniem zamawiającego naruszającym ideę możliwości nabywania doświadczenia we współdziałaniu w wykonywaniu przedsięwzięć w formie wspólnego wykonawstwa. Izba musi podkreślić, że w ustawodawstwie oraz w orzecznictwie brak jest wskazania progu procentowego wykonania zamówienia, od którego współwykonawca może legitymować się doświadczeniem bądź poniżej którego wykonawca nie może legitymować się nabyciem doświadczenia w wykonaniu określonych rodzajów świadczeń. Dlatego każda sytuację zamawiający musi analizować indywidualnie. Jednak zdaniem Izby legitymowanie się około 50% realizacją inwestycji, a w tym istotnymi jej elementami, musi być uznane za wystarczające nabycie doświadczenia do wykazania spełnienia warunku doświadczenia. Należy podkreślić stanowisko Izby wyrażone w wyroku z 23 sierpnia 2018 r., sygn. akt KIO 1577/18, kładące nacisk na badanie konkretnej sytuacji, które to stanowisko w zasadzie bez zmian może być zastosowane w obecnym postępowaniu zamówieniowym, cyt. »Co do samego doświadczenia zdobytego w ramach konsorcjum do jego oceny należy każdorazowo podchodzić indywidualnie i brać pod uwagę specyfikę realizowanych czynności oraz faktyczną możliwość wyodrębnienia i podziału zadania pomiędzy poszczególnych jego członków. W tym bowiem wypadku [...] szczególne działanie – przyp. Izby] pozwalało, w ocenie Izby, na przyjęcie, że [...] zainteresowany podmiot – przyp. Izby] wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu«.

Izba również zauważa, że orzeczenie Trybunału Sprawiedliwości z 4 maja 2017 r.

w sprawie C387/14 *Esaprojekt* było skierowane na nieuznawanie uzyskania doświadczenia merytorycznego w przypadku uczestniczenia w realizacji inwestycji cyt. »[63. ...] przez sam fakt bycia członkiem grupy wykonawców [...], lecz wyłącznie przez bezpośredni udział w realizacji przynajmniej jednej części zamówienia, do którego całościowego wykonania zobowiązana jest ta grupa wykonawców«. Takie też okoliczności zostały wykazane przez przystępującego w rozpoznawanym postępowaniu. Tak więc nabytym doświadczeniem nie mogą się legitymować podmioty wykonujące np. tylko operacje księgowe. I właśnie sam odwołujący wykazał, że obecny przystępujący nie zajmował się rozliczaniem inwestycji tłoczni J II.

Również Izba musi wskazać, że po upływie terminu składania ofert zamawiający nie może zmieniać SIWZ, a w tym także zamawiający nie może zmieniać warunków udziału

w postępowaniu. Wynika to *a contrario* z art. 38 ust. 4 zdanie pierwsze Pzp, który to przepis brzmi »W uzasadnionych przypadkach zamawiający może przed upływem terminu składania ofert zmienić treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia«, a więc po upływie terminu składania ofert nie jest dopuszczalne zmienianie SIWZ, a w tym zmienianie warunków udziału w postępowaniu. Skoro obecny odwołujący nie miał uwag do SIWZ i obecny odwołujący nie zwracał się do zamawiającego o wyjaśnienie treści SIWZ przed upływem terminu składania ofert, to na obecnym etapie postępowania zamówieniowego – wyboru najkorzystniejszej oferty – obecny odwołujący nie może wnieść skutecznych zastrzeżeń do treści SIWZ i wymagać, aby zamawiający w sposób bardziej rygorystyczny niż jest to ustanowione w SIWZ podszedł do kwestii oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Przystępujący wykazał się doświadczeniem zdobytym przy realizacji inwestycji tłoczni

J II, która była realizowana na zlecenie obecnego zamawiającego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia [1] CONTROL PROCESS S.A., [2] PBG S.A. i [3] GASOIL Engineering a.s. Jest bezsporna można przyjąć, że zakres tej inwestycji odpowiada postawionemu obecnie warunkowi doświadczenia określonego w rozdz. IX pkt 5 lit. b SIWZ. Oprócz samodzielnej znajomości tematu, zamawiający zwracał się w toku wyboru

najkorzystniejszej oferty do przystępującego o wyjaśnienia i uzyskał zadowalające informacje w pismach z 6.08.2018 r. i 31.10.2018 r., tak aby nawet każda osoba postronna mogła stwierdzić spełnienie warunku doświadczenia przez obecnego przystępującego. Na podstawie tych wiadomości zamawiający mógł ustalić, że cyt. »realizowane przez PBG [wykonawcę P – przyp. Izby] prace stanowiły o istotnym zakresie ich udziału w realizacji całego przedsięwzięcia. Do zadań tego wykonawcy należała bowiem nie tylko dostawa agregatów, ale i dostawa innego osprzętu, montaż, uruchomienie, pomiary gwarancyjne, szkolenia, udział w odbiorach, dokumentacja powykonawcza w określonym zakresie«. Ponadto zakres zamówienia wykonany przez wykonawcę P wynosił ponad 50% całości projektu. Dodatkowo zamawiający podkreślił i Izba także wyraża ten sam pogląd, że roboty ówczesnych konsorcjantów przy tłoczni J II zazębiały się i przenikały i wobec tego nie powinny być traktowane jako rozłączne, a szczególnie dotyczące tylko marginalnych części inwestycji tłoczni J II.

Dalej Izba stwierdza, że bez znaczenia muszą pozostać wskazania odwołującego zwracające uwagę na zakres przedmiotowy obecnego zamówienia, gdyż badanie spełnienia warunku nie może odnosić się do przedmiotu zamówienia, ale musi odnosić się wyłącznie do postawionego przez zamawiającego w SIWZ (i w ogłoszeniu o zamówieniu) warunku.

Także Izba nie może uznać argumentu wysuwanego przez odwołującego, że wykluczenie wykonawcy z postępowania w Estonii (potwierdzone wyrokiem estońskiego odpowiednika KIO – VAKO 11118/191509 z 27 czerwca 2018 r.) powinno skutkować również wykluczeniem wykonawcy w rozpoznawanym postępowaniu zamówieniowym. Najważniejsze w tym przypadku jest to, że estoński zamawiający ustanowił w szczególności inny, choć podobny, warunek udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia. Z tego względu Izba nie może wziąć pod uwagę argumentu odwołującego, że ze względu na podobieństwa sytuacji w rozpoznawanym postępowaniu zamówieniowym i w postępowaniu w Estonii – zamawiający powinien wykluczyć przystępującego z postępowania. Nie miał wpływu na orzeczenie Izby fakt podnoszony przez zamawiającego braku złożenia przez odwołującego tłumaczenia przysięgłego z języka estońskiego wyroku, gdyż nie ma obowiązku w postępowaniu zamówieniowym posługiwania się tłumaczeniami przysięgłymi. Wynika to z treści § 16 ust. 1 zdanie pierwsze 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. poz. 1126), a przepis ten brzmi »Dokumenty sporządzone w języku obcym są składane wraz z tłumaczeniem na język polski«. Dlatego tłumaczenie własne odwołującego wyroku estońskiego zostało uznane za wystarczające do wzięcia pod uwagę przez Izbę.

Odwołujący podniósł także argument braku permanentnej i znaczącej liczebnie obecności na inwestycji tłoczni J II pracowników przystępującego. Izba musi stwierdzić, że odwołujący nie przedstawił na to twierdzenie wiarygodnych dowodów w postaci np. list obecności w pracy, list płac czy innych tego typu niepodważalnych dokumentów. Natomiast same oświadczenia nawet osób ze ścisłego kierownictwa inwestycji nie mogą po kilku latach od zakończenia inwestycji być uznawane za bezwzględnie wiarygodne, gdyż z doświadczenia życiowego wiadomo, że wiele faktów po latach ucieka z pamięci lub wygląda inaczej niż w rzeczywistości to miało miejsce. Z przedstawionych przez odwołującego oświadczeń nie wynika wytłumaczenie faktu jednoczesnego braku pracowników na budowie i jednoczesnego wykonywania zakresu robót w ponad 50%.

W związku z powyższym Izba nie może przychylić się do zarzutów naruszenia przez zamawiającego art. 91 ust. 1 Pzp, który to przepis brzmi »Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia«, gdyż wykonawca R (przystępujący) wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu i jego oferta uzyskała najwyższą ocenę spośród złożonych ofert na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ. Ponadto odwołujący nie wykazał naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp, gdyż przystępujący wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Także odwołujący nie wykazał naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 ani 17 Pzp, gdyż przystępujący nie wprowadził zamawiającego w błąd. Przepisy art. 24 ust. 1 pkt 12, 16 i 17 Pzp brzmią »Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się: (12) wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia; (16) 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; (17) wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego

w postępowaniu o udzielenie zamówienia«. Izba również stwierdza, że ze względu na brak podstaw do wykluczenia przystępującego zamawiający nie wykluczył przystępującego

i w związku z tym nie mógł uznać oferty przystępującego za odrzuconą. Tym samym zamawiający nie naruszył art. 24 ust. 4 Pzp, który brzmi »Ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą«. Wreszcie zamawiający – zasadnie przyjmując, że oferta przystępującego jest kompletna i nie budzi wątpliwości oraz jest wystarczająco klarowna – nie był zobowiązany do wszczynania procedury uzupełnienia lub wyjaśnienia oferty, która to procedura została uregulowana w art. 26 ust. 3 Pzp, a więc zamawiający nie naruszył tego przepisu wybierając ofertę przystępującego bez wzywania przystępującego do składania dodatkowych dokumentów lub wyjaśnień. Art. 26 ust. 3 Pzp brzmi »Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są 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«.

Zamawiający – podczas prowadzenia postępowania – nie naruszył wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Z powyższych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w kwocie 3 600,00 zł zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b 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. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący:.....