

WYROK
z dnia 21 grudnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Dagmara Gałczewska-Romek**

Protokolant: **Adam Skowroński**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 grudnia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 grudnia 2018r. przez wykonawcę **NDI S.A., ul. Powstańców Warszawy 19, 81-718 Sopot** w postępowaniu prowadzonym przez **Zarząd Morskiego Portu Gdynia S.A., ul. Rotterdamska 9, 81-337 Gdynia** przy udziale wykonawcy **Korporacja Budowlana Doraco spółka z o.o., ul. Opacka 12, 80-338 Gdańsk** głaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego i wnoszącego sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów odwołania.

orzeka:

1. oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża **NDI S.A., ul. Powstańców Warszawy 19, 81-718 Sopot** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **NDI S.A., ul. Powstańców Warszawy 19, 81-718 Sopot** tytułem wpisu od odwołania.

2.2. zasądza od **NDI S.A., ul. Powstańców Warszawy 19, 81-718 Sopot** na rzecz **Korporacji Budowlanej Doraco spółka z o.o., ul. Opacka 12, 80-338 Gdańsk** kwotę 4 376 zł (słownie: cztery tysiące trzysta siedemdziesiąt sześć złotych), stanowiącą koszty wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600 zł oraz koszty dojazdu w wysokości 776 zł, zgodnie ze złożoną do akt sprawy fakturą.

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) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Gdańsku.

Przewodniczący:.....

Uzasadnienie

Zamawiający - Zarząd Morskiego Portu Gdynia S.A. – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest budowa publicznego terminalu promowego w Porcie Gdynia. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2018/S 164-375591 z dnia 28 sierpnia 2018r. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986) - zwanej dalej „Pzp”.

W dniu 10 grudnia 2018r. Odwołujący – NDI S.A. – wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od niezgodnych z przepisami Pzp czynności Zamawiającego i zaniechań, do których Zamawiający był zobowiązany na podstawie przepisów Pzp polegających na:

1. dokonaniu wyboru oferty Korporacji Budowlanej DORACO Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku (zwanej dalej Doraco), pomimo iż wykonawca ten podlega wykluczeniu z postępowania,
2. zaniechaniu wykluczenia Doraco z postępowania, pomimo że Doraco w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa (względnie lekkomyślności lub niedbalstwa) wprowadziło Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu,
3. zaniechaniu wezwania Doraco do złożenia wyjaśnień w przedmiocie tego, jaki był faktyczny i konkretny zakres uczestnictwa Doraco w realizacji inwestycji wskazanej w pozycji nr 4 w wykazie robót Doraco,
4. zaniechaniu wykluczenia Doraco z postępowania, pomimo że Doraco nie wykazało spełniania warunków udziału w postępowaniu, względnie zaniechaniu wezwania Doraco do złożenia wyjaśnień oraz uzupełnienia dokumentów i oświadczeń potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów PZP, tj.:

1. art. 24 ust. 1 pkt 16 i art. 24 ust. 1 pkt 17, art. 26 ust. 3 i 4 PZP oraz art. 7 ust. 1 PZP - poprzez zaniechanie wykluczenia Doraco z postępowania o udzielenie zamówienia, pomimo że ów wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa (względnie lekkomyślności lub niedbalstwa) wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz poprzez zaniechanie wezwania Doraco do złożenia wyjaśnień w przedmiocie tego, jaki był faktyczny i konkretny zakres uczestnictwa Doraco w realizacji inwestycji wskazanej w pozycji nr 4 w wykazie robót Doraco, co w konsekwencji doprowadziło do wyboru oferty wykonawcy, który podlega wykluczeniu z postępowania i tym samym naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
2. art. 24 ust. 1 pkt 12 i art. 26 ust. 3 i 4 oraz art. 7 ust. 1 PZP - poprzez zaniechanie wykluczenia Doraco z postępowania, pomimo że ów wykonawca nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, względnie poprzez zaniechanie wezwania do złożenia wyjaśnień oraz uzupełnienia dokumentów i oświadczeń potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, co w konsekwencji doprowadziło do wyboru oferty wykonawcy, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu i podlega wykluczeniu oraz do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Doraco
2. dokonania ponownego badania i oceny ofert i w efekcie:

- wykluczenia Doraco z postępowania, względnie wezwania Doraco do złożenia wyjaśnień lub do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu,
- dokonania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Ponadto Odwołujący wniósł o:

1. przeprowadzenie dowodu z dokumentów załączonych do niniejszego odwołania i przedłożonych na rozprawie - na okoliczności wskazane w uzasadnieniu pisemnym i ustnym,
2. na wypadek kwestionowania przez Doraco autentyczności dokumentów załączonych do niniejszego odwołania -

zobowiązanie Zarządu Morskiego Portu Gdańsk S.A. (ul. Zamknięta 18, 80-955 Gdańsk) do złożenia oryginałów dokumentów załączonych do niniejszego odwołania,

3. obciążenie Zamawiającego w całości kosztami postępowania odwoławczego, tj. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów wpisu od odwołania w wysokości 20.000,00 zł wraz z uzasadnionymi kosztami postępowania, w tym kosztami dojazdu na rozprawę i wynagrodzeniem pełnomocnika w wysokości określonej na podstawie wykazu i rachunków przedłożonych do akt sprawy na rozprawie.

Odwołujący, wskazując na interes prawny we wniesieniu odwołania oraz możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp., podniósł że wbrew informacji zawartej w poz. 4 wykazu robót, w ramach zadania „Przebudowa Nabrzeża Szwedzkiego w Porcie Gdynia” Doraco nie wykonywało robót katarowych polegających na pogrążeniu w wodzie kombinowanych ścianek szczelnych o głębokości ponad 18m. Inwestycja, zgodnie z treścią referencji (poświadczenia) z dnia 23 października 2018r. załączonych do wykazu robót, nie była wykonywana przez jednego wykonawcę, lecz przez konsorcjum dwóch wykonawców: Doraco oraz Zakład robót Hydrotechnicznych i Podwodnych UW- Service Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie (dalej UW – Service)W ramach ww. inwestycji każdy z konsorcjantów wykonywał przydzielone mu zakresy robót. Z informacji uzyskanych przez Odwołującego wynika wprost, że roboty katarowe polegające na pogrążeniu w wodzie kombinowanych ścianek szczelnych wykonywał wyłącznie UW-Service a nie Doraco.

Odwołujący w dniu 7 grudnia 2018 r. wystąpił do Zarządu Morskiego Portu Gdańsk S.A. z wnioskiem o udostępnienie korespondencji pomiędzy tym zamawiającym a wykonawcami w ramach innego postępowania przetargowego pn. „Rozbudowa Nabrzeża Oliwskiego w Porcie Gdańsk” (postępowanie nr NPR/IP/2017/101). W tym samym dniu Odwołujący otrzymał od Zarządu Morskiego Portu Gdańsk S.A. skany dokumentacji zgodnie z wnioskiem. Z treści ww. dokumentacji wynika, że w postępowaniu pn. „Rozbudowa Nabrzeża Oliwskiego w Porcie Gdańsk” jednym z oferentów było również Doraco. Na potrzeby wykazania spełnienia warunków udziału w tymże postępowaniu Doraco wskazało inwestycję „Przebudowa Nabrzeża Szwedzkiego w Porcie Gdynia”. Jest to ta sama inwestycja, którą Doraco wskazało w wykazie robót w postępowaniu, którego dotyczy niniejsze odwołanie („Budowa publicznego terminalu portowego w Porcie Gdynia”). Wobec treści referencji dotyczących inwestycji „Przebudowy Nabrzeża Szwedzkiego w Porcie Gdynia”, Zarząd Morskiego Portu Gdańsk S.A. w ramach wyżej wymienionego postępowania wezwał Doraco do złożenia wyjaśnień i zażądał wskazania, jaki był faktyczny i konkretny zakres uczestnictwa Doraco w realizacji tej inwestycji, który został mu przypisany w ramach konsorcjum. W odpowiedzi na wezwanie, Doraco złożyło wyjaśnienia wraz z załącznikami. Jednym z załączników (nr 2) było oświadczenie UW-Service z dnia 14 czerwca 2018 r., w którym UW-Service oświadczył, że w odniesieniu do „Przebudowy Nabrzeża Szwedzkiego w Porcie Gdynia” w ramach zakresu przydzielonego mu do wyłącznej realizacji wykonał m.in. nabrzeże ze ścianki szczelnej zakończonej ocpem posadowionym na palach o dł. 392,4 m. Powyższe oświadczenie UW-Service, załączone przez Doraco do własnych wyjaśnień wprost potwierdza, że w ramach inwestycji pn. „Przebudowa Nabrzeża Szwedzkiego w Porcie Gdynia”, roboty katarowe polegające na pogrążeniu w wodzie kombinowanych ścianek szczelnych zostały wykonane wyłącznie przez UW-Service, a nie przez Doraco.

Zdaniem Odwołującego, tym samym Doraco - w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, a co najmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa - przedstawiając doświadczenie podane w pozycji nr 4 w wykazie robót jako doświadczenie własne, wprowadziło Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, co miało istotny wpływ na decyzję Zamawiającego o wyborze najkorzystniejszej oferty - albowiem doprowadziło do wyboru oferty wykonawcy, który wbrew treści przedłożonych przez niego dokumentów w rzeczywistości nie spełnia warunków udziału w postępowaniu.

Informacje zawarte w samych wyjaśnieniach złożonych przez Doraco nie zmieniają wniosków płynących z treści ww. oświadczenia UW-Service. W treści wyjaśnień Doraco próbowało m.in. argumentować, że dokonywało zakupu materiałów na potrzeby realizacji inwestycji, czy też nadzorowało i odbierało roboty wykonywane przez UW-Service. Tymczasem warunek opisany w Rozdziale IX ust. 2 pkt 3 c) SIWZ w niniejszym postępowaniu nie odnosi się ani do doświadczenia w dokonywaniu zakupu materiałów budowlanych, ani doświadczenia w nadzorowaniu czy odbieraniu określonych robót, lecz dotyczy wykonania robót katarowych polegających na pogrążeniu w wodzie kombinowanych ścianek szczelnych o głębokości ponad 18 m. Niniejsze postępowanie nie dotyczy bowiem zamówienia na dostawę materiałów czy świadczenie usługi nadzoru inwestorskiego nad wykonywaniem robót budowlanych, lecz obejmuje zamówienie na roboty budowlane. Zamawiający postawił zatem warunki udziału w postępowaniu dotyczące faktycznego i rzeczywistego wykonania określonych robót budowlanych, adekwatne do przedmiotu zamówienia. Skoro zatem to wyłącznie UW-Service wykonało roboty odpowiadające swoim zakresem warunkowi udziału w niniejszym postępowaniu – zgodnie z treścią oświadczenia z dnia 14 czerwca 2018 r. przedłożonego przez Doraco - to wyłącznie UW-Service jest uprawnione do powoływania się na to doświadczenie jako własne.

Odwołujący podkreślił, że jeżeli dany wykonawca w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamierza - dla wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu - wykazać się doświadczeniem w realizacji zamówienia (zadania inwestycyjnego), które wykonywał jako członek grupy wykonawców (członek konsorcjum), to uprawnienie tego wykonawcy do legitymowania się takim doświadczeniem ogranicza się wyłącznie do doświadczenia w wykonaniu tej części zamówienia, którą rzeczywiście zrealizował ów wykonawca - z wyłączeniem części zamówienia zrealizowanych przez pozostałych członków grupy wykonawców (członków konsorcjum). Nie sposób bowiem przyjąć fikcyjnego założenia, że sam fakt bycia członkiem grupy wykonawców realizujących zamówienie powoduje nabycie przez każdego z członków tej grupy doświadczenia w realizacji całości zamówienia. Wynikająca z art. 141 PZP solidarna odpowiedzialność konsorcjantów pozostaje tu bez znaczenia, albowiem doświadczenie to rzecz faktu, a nie prawa. Nie można bowiem zdobyć doświadczenia w czymś, czego faktycznie się nie wykonało. Odwołujący powołał się w tym zakresie na wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 04 maja 2017r w sprawie Esaprojekt oraz wskazał, że powyższe zapatrywanie znalazło swoje odzwierciedlenie w najnowszym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej - w tym m.in. w wyrokach z dnia 26 maja 2017 r. (sygn. akt KIO 905/17) i z dnia 4 października 2017 r. (sygn. akt KIO 1987/17) oraz w wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 1 lutego 2018 r. (sygn. akt II GSK 4133/17).

W ocenie Odwołującego stan faktyczny w niniejszej sprawie obliguje Zamawiającego do wykluczenia Doraco z postępowania w trybie art. 24 ust. 1 pkt 16 PZP, względnie art. 24 ust. 1 pkt 17 PZP.

Jednocześnie Odwołujący podkreślił, iż Zamawiający wbrew przepisowi art. 26 ust. 3 i 4 PZP, zaniechał wezwania Doraco do złożenia wyjaśnień w przedmiocie tego, jaki był faktyczny i konkretny zakres uczestnictwa Doraco w realizacji inwestycji pn. „Przebudowa Nabrzeża Szwedzkiego w Porcie Gdynia”, w szczególności czy Doraco faktycznie konkretnie wykonało w ramach tej inwestycji roboty katarowe polegające na pogrążeniu w wodzie kombinowanych ścianek szczelnych o głębokości minimum 18 m.

W niniejszym postępowaniu Zamawiający był w sposób szczególny zobowiązany do wezwania Doraco do złożenia wyjaśnień w ww. zakresie, albowiem:

- z treści referencji przedłożonych przez Doraco - wystawionych przez samego Zamawiającego - wynikało wprost, że inwestycję pn. „Przebudowa Nabrzeża Szwedzkiego w Porcie Gdynia” wykonywało konsorcjum wykonawców - Doraco i UW-Service,

- we wrześniu 2018 r. Zarząd Morskiego Portu Gdańsk S.A. poprosił na piśmie Zamawiającego o wskazanie, jaki był faktyczny i konkretny udział Doraco w realizacji inwestycji pn. „Przebudowa Nabrzeża Szwedzkiego w Porcie Gdynia”,

- Zamawiający odpowiedział na ww. prośbę, stwierdzając, że „nie posiada szczegółowej wiedzy na temat podziału zakresu robót ww. inwestycji na poszczególnych partnerów konsorcjum”.

Skoro zatem Zamawiający miał świadomość, że „Przebudowa Nabrzeża Szwedzkiego w Porcie Gdynia” nie była wykonywana jedynie przez Doraco, lecz przez członków konsorcjum - Doraco i UW-Service, a jednocześnie - co sam przyznał - nie znał podziału zakresu robót pomiędzy członkami tego konsorcjum, czyli nie wiedział, które roboty zostały wykonane przez Doraco, a które przez UW-Service, to na Zamawiającym ciążył w tej sytuacji szczególny, prawny obowiązek przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego, tj. wezwania Doraco do złożenia wyjaśnień w tym przedmiocie i dokonania stosownej, rzetelnej oceny tychże wyjaśnień. Zamawiający zaniechał dokonania ww. wezwania, czym naruszył przepisy art. 26 ust. 3 i 4 PZP.

Z daleko posuniętej ostrożności, na wypadek uznania przez Izbę, że przy przedstawianiu przez Doraco informacji wskazanych w pozycji nr 4 wykazu robót nie doszło do wprowadzenia w błąd Zamawiającego w sposób określony w art. 24 ust. 1 pkt 16 lub art. 24 ust. 1 pkt 17 PZP, Odwołujący wskazał także, że Doraco z przyczyn opisanych powyżej nie wykazało, że spełnia warunek udziału w postępowaniu określony w Rozdziale IX ust. 2 pkt 3 c) SIWZ. Zamawiający po przeprowadzeniu ww. postępowania wyjaśniającego był zobowiązany do wykluczenia Doraco z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 PZP, względnie do wezwania Doraco do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń w trybie art. 26 ust. 3 PZP. Na marginesie Odwołujący wskazał, że w sytuacji, gdy w momencie składania oferty wykonawca opierał się w danym zakresie jedynie na zasobach własnych, to nie jest on uprawniony do powoływania się na zdolności podmiotów trzecich w ramach wyjaśnień czy uzupełnień dokumentów składanych w trybie art. 26 ust. 3 i 4 PZP (zob. m.in. wyrok KIO z dnia 10 maja 2018 r., sygn. akt KIO 797/18).

Jednocześnie Odwołujący zastrzegł, że w przypadku uwzględnienia zarzutów dotyczących naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i art. 24 ust. 1 pkt 17 PZP, tj. uznania przez Izbę, że w niniejszej sprawie mamy do czynienia z wprowadzeniem Zamawiającego w błąd, wezwanie Doraco w trybie art. 26 ust. 3 będzie niedopuszczalne (zob. m.in. wyrok KIO z dnia 4 października 2017 r., sygn. akt KIO 1978/17).

Na podstawie dokumentacji akt sprawy oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania zaprezentowane w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określonych w art. 179 ust. 1 Pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp.

W dniu 14 grudnia 2018r. Zamawiający poinformował, że uwzględnił zarzuty przedstawione w odwołaniu, unieważnia czynność wyboru oferty najkorzystniejszej oraz postanowił dokonać badania i oceny ofert. W dniu 18 grudnia 2018r. zgłaszający przystąpienie wykonawca Korporacja Budowlana DORACO Sp. z o.o. wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów odwołania.

Rozprawa przed Krajową Izbą Odwoławczą w dniu 21 grudnia 2018r. została przeprowadzona bez udziału Zamawiającego, który został prawidłowo powiadomiony o terminie rozprawy.

W zakresie objętym sporem, Izba ustaliła co następuje:

W rozdziale IX ust. 2 pkt 3 c) SIWZ, w brzmieniu nadanym modyfikacją SIWZ z dnia 17 września 2018 r., Zamawiający podał, że w ramach warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, wykonawca zobowiązany jest wykazać, że: „w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności był krótszy - w tym okresie, wykonał w sposób należyty i zgodnie z przepisami Prawa budowlanego oraz prawidłowo ukończył, co najmniej jedną budowę lub przebudowę w rozumieniu ustawy Prawo budowlane konstrukcji hydrotechnicznej o długości minimum 100 m w porcie morskim, wykonał roboty katarowe polegające na pograżeniu w wodzie kombinowanych ścianek szczelnych o głębokości minimum 18 m, wykonał minimum 20 sztuk wielkośrednicowych pali o średnicy minimum 600mm, wykonał umocnienie dna w formie gabionów lub worków geotekstylnych o powierzchni minimum 2.000 m² na głębokości minimum 9 m”.

Jednocześnie w modyfikacji z dnia 17 września 2018r. Zamawiający wskazał, że roboty wyszczególnione w pkt 1-6, w tym roboty katarowe polegającej na pograżeniu w wodzie kombinowanych ścianek szczelnych o głębokości min. 18 m mogą być wykonane w ramach jednego lub kilku zadań.

W dniu 26 listopada 2018r., w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, Doraco przedłożyło dokumenty potwierdzające brak podstaw wykluczenia oraz spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Złożyło wykaz robót wg załącznika nr 6, gdzie w poz. 4 podano „Roboty katarowe polegające na pograżeniu na wodzie kombinowanych ścianek szczelnych o głębokości ponad 18m wykonane w zakresie zadania pod nazwą „Przebudowa Nabrzeża Szwedzkiego w Porcie Gdynia” wykonane na rzecz Zarządu Morskiego Portu Gdynia S.A. Załączono także poświadczenie z dnia 23 października 2018r., wystawione przez Zarząd Morskiego Portu Gdynia S.A., w którym zaświadcza się, że konsorcjum firm: Korporacja Budowlana Doraco Sp. z o.o. – lider konsorcjum oraz Zakład Robót Hydrotechnicznych Podwodnych UW-Service Sp. z o.o. – partner konsorcjum było w okresie 6.06.2013- 11.09.2015 Generalnym wykonawcą zadania inwestycyjnego pn. Przebudowa Nabrzeża Szwedzkiego w Porcie Gdynia. Wskazano także, że w ramach powyższego zadania wykonano m.in. nabrzeża ze ścianki szczelnej zakończonej oczepek posadowionym na palach o długości 392,4m.

W dniu 17 grudnia 2018r., w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 2f i 3 Pzp, do złożenia dokumentów, oświadczeń i wyjaśnień, Doraco wskazało m.in., że w niniejszym postępowaniu SIWZ nie zawierała żadnych regulacji i wymogów w zakresie sposobu badania doświadczenia i wiedzy w przypadku projektów realizowanych jako konsorcjum. Wyjaśnił, że doświadczenie związane z wykonaniem „Przebudowy Nabrzeża Szwedzkiego w Porcie Gdynia” stanowi w całości zasoby własne Korporacji Budowlanej Doraco, niezależnie od faktu, że roboty te wykonywane były w ramach konsorcjum z UW-Service. Zgodnie z umową konsorcjum, umową realizacyjną i umowami oraz porozumieniami między konsorcjantami, Doraco pełniło przy wykonywaniu zamówienia oprócz roli lidera konsorcjum i wykonawcy znaczących zakresów robót de facto rolę Generalnego wykonawcy, także w stosunku do robót wykonywanych przez UW-Service. Doraco uczestniczyło na takich samych zasadach jak Generalny Wykonawca w

przygotowaniu, realizacji, odbiorze i rozliczeniu zakresu robót, które wykonywane były przez UW-Service. Doraco wymieniło zakres prac, które realizowało w ramach zamówienia „Przebudowa Nabrzeża Szwedzkiego w Porcie Gdynia” i wskazało na faktyczny wkład w prowadzenie działań przy realizacji zamówienia, który potwierdza uzyskanie przez Doraco wymaganego doświadczenia zarówno co do przedmiotu jak i wartości. Wyjaśnił także, że Doraco zleciło UW-Service wykonanie prac kafarowych w sekcjach 1-6 i 13, które zgodnie z umową stanowiły zakres wykonawstwa Doraco na zasadach odpowiadających stosunkom Generalny Wykonawca- Podwykonawca.

Doraco wyjaśnił także, że prawdziwe jest oświadczenie UW-Service z dnia 14 czerwca 2018r., zgodnie z którym UW-Service wskazuje, że wykonał te roboty zarówno w ramach zakresu przydzielonego mu do wyłącznej realizacji w oparciu o umowę konsorcjum, umowę realizacyjną oraz dodatkowe zlecenie wykonania robót będących w zakresie Doraco.

Mając na uwadze powyższe ustalenia, Izba zważyła co następuje:

Odwolanie podlega oddaleniu.

Na wstępie podkreślić należy, że Izba w pełni aprobuje tezy orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 4 maja 2017 Sygn. akt C-387/14 ws. Esaprojekt, w którym Trybunał wskazał m.in. że *„Zasada równego traktowania wykonawców nie dopuszcza, 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”*. W innym orzeczeniu Trybunał Sprawiedliwości UE podkreślał także, iż *„warunkiem uznania możliwości powołania się na doświadczenie całego konsorcjum przez pojedynczego wykonawcę jest jego czynny udział np. w zarządzaniu sprawami konsorcjum”* (wyrok z dnia 18 lipca 2007 r. w sprawie Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Grecji sygn. C-399/05),

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, wydawanym już po ogłoszeniu wyroku ws. Esaprojekt, przyjmuje się, że doświadczenie nabyte w ramach konsorcjum wymaga indywidualnej analizy konkretnego stanu faktycznego i badania realnego udziału w realizacji danego zadania każdego z członków konsorcjum. Wskazuje się także, że wykonawca nabywa doświadczenie nie przez sam fakt bycia członkiem konsorcjum, lecz przez bezpośredni udział w realizacji części zamówienia, do którego wykonania zobowiązana jest cała grupa wykonawców. W sytuacji, gdy wykonawca polega na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem, to doświadczenie tego wykonawcy należy ocenić w zależności od konkretnego zakresu udziału tego wykonawcy, czyli jego faktycznego wkładu w prowadzenie działań, które były wymagane od tej grupy w ramach danego zamówienia publicznego.

Analizując, zgodnie z przywołanymi tezami, udział wykonawcy Doraco w realizacji zadania „Przebudowa Nabrzeża Szwedzkiego w Porcie Gdynia”, Izba uznała, że udział tego wykonawcy w realizacji ww. przedsięwzięcia, jak również wymaganego zakresu doświadczenia polegającego na wykonaniu robót kafarowych był realny i faktyczny.

Niespornym jest, że inwestycja pn. Przebudowa Nabrzeża Szwedzkiego w Porcie Gdynia była zrealizowana przez konsorcjum firm: Doraco oraz UW- Service. Okoliczności tę potwierdzają poświadczenie z dnia 23 października 2015r., wystawione przez Zarząd Morskiego Portu Gdynia S.A, jak również wyjaśnienia stron. W § 3 i 4 umowy konsorcjum z dnia 29 stycznia 2018r., złożonej jako dowód w sprawie przez strony postępowania, członkowie konsorcjum dokonali podziału zadań, wskazując, że lider konsorcjum ma m.in. reprezentować interesy stron, jest uprawniony do zawarcia w imieniu i na rachunek stron umowy o roboty budowlane a członek konsorcjum ma w sposób ścisły współpracować z liderem konsorcjum w postępowaniu przetargowym oraz we wszystkich czynnościach związanych z realizacją inwestycji. W § 1 umowy realizacyjnej nr 00234-01/UW Service/13 z dnia 17 lipca 2013r. strony postanowiły, że partner konsorcjum przyjmuje do wykonania zakres prac, określony w Załączniku nr 1, w tym 253,4mb Nabrzeża Szwedzkiego sekcje od 7 do 12-Etap I oraz sekcja 14-20 – Etap II komplet robót hydrotechnicznych na Nabrzeżu Duńskim, roboty czerpalne i umocnienia dna pachołka cumowniczego F1 oraz F2 a także wykonanie robót kafarowych na sekcjach 1-6 i 13 (wykonanie pali tubex za kwotę netto 717,16zł/mb oraz pograżenie ścianki szczelnej w ilości 140 mb linii nabrzeża za kwotę netto 2450,00zł/mb) na zlecenie Lidera Konsorcjum. Zgodnie z aneksem do umowy konsorcjum, zawartym dnia 22 sierpnia 2013r. strony określiły w Załączniku nr 2A nowy podział robót i zobowiązań, który każda ze stron wykona na podstawie umowy o roboty budowlane w ramach wspólnie realizowanej inwestycji. W poz. 2.1 Załącznika 2A „pograżenie stalowych ścianek szczelnych typu (...) kafarem pływającym wraz z zakupem materiału, zakładaniem ściągów kotwiących, rozpór stalowych, zabezpieczenie antykorozyjne ścianki szczelnej np. malowanie oraz zasypanie przestrzeni pomiędzy ściankami” strony dokonały podziału tego zakresu w ten sposób, że zakres UW – Service obejmuje sekcje 7-12, 14-20 o wartości 10 551 305,62zł, zaś zakres Doraco obejmuje sekcje 1-6 i 13 o wartości 5 860 809,62zł.

Z pisemnego oświadczenia złożonego przez członka konsorcjum UW-Service (oświadczenie z dnia 28 maja 2018r, dowód przedstawiony przez Odwołującego) wynika, że UW-Service faktycznie wykonał samodzielnie roboty kafarowe polegające na pograżeniu w wodzie kombinowanych ścianek szczelnych, roboty polegające na wykonaniu pali Tubex, roboty polegające na wykonaniu umocnienia dna materacami gabionowymi. Z kolei z oświadczenia z dnia 14 czerwca 2018r. tego wykonawcy, wynika, że UW- Service w ramach zakresu przydzielonego mu do wyłącznej realizacji w oparciu o umowę konsorcjum, umowę realizacyjną oraz dodatkowe zlecenia wykonania robót będących w zakresie Doraco wykonał w okresie realizacji zadania roboty branży hydrotechnicznej polegające na m.in. realizacji nabrzeża ze ścianki szczelnej zakończonej czepem posadowionym na palach o dł. 392,4 m. UW - Service zapewniał dla realizacji tego zadania sprzęt pływający, kafar, nadzór kierownika robót hydrotechnicznych w osobie Pana M. J., zasoby ludzkie w niezbędnym zakresie. Z kolei z fragmentów dziennika budowy nr 3-12/2013/2014, złożonego jako dowód w sprawie przez Doraco wynika, że istotnie pan M. J. pełnił funkcję kierownika robót, ale personel Doraco, w tym kierownik budowy A. M. brał także czynny udział w realizacji całego zadania, w tym w szczególności w realizacji prac kafarowych polegających na pograżeniu w wodzie ścianki szczelnej. Świadczą o tym wpisy w dzienniku budowy str. 4, 43, 45 dokonane przez kierownika budowy p. A. M. dotyczące robót kafarowych.

Z powyższych ustaleń wynika, że co prawda fizycznie prace kafarowe polegające na pograżeniu w wodzie ścianki szczelnej wykonane były przez personel UW-Service, to jednak Doraco nadzorowało i uczestniczyło w odbiorach wszystkich prac na tej inwestycji, w tym także wskazanych robót kafarowych. Z przywołanego dziennika budowy wynika, że wszystkie prace wykonywane na tej inwestycji były realizowane pod kierownictwem Doraco, kierownikiem budowy była osoba z ramienia Doraco – p. A. M., co oznacza, że wykonawca ten miał istotny, faktyczny i konkretny wkład w realizację całego zadania, w tym także w wykonanie robót kafarowych. Doraco było nie tylko liderem konsorcjum, ale aktywnie i bezpośrednio uczestniczyło w realizacji całego przedsięwzięcia, dokonywało zakupów kluczowych materiałów, pozyskiwało podwykonawców, realizowało samodzielnie istotny zakres prac i co najważniejsze nadzorowało i odbierało wszystkie prace, również te fizycznie wykonane przez członka konsorcjum. Istotnie z uwagi na to, że prace realizowane przez UW-Service były wykonywane pod nadzorem i kierownictwem Doraco, to relacje pomiędzy członkami konsorcjum można porównać, to relacji Generalny Wykonawca - Podwykonawca. Podsumowując, skoro udział Doraco w realizacji

całej inwestycji ma charakter faktyczny i realny to wykonawca ten jest uprawniony do powoływania się na doświadczenie zdobyte przy realizacji całego zadania dotyczącego „Przebudowy Nabrzeża Szwedzkiego w Porcie Gdynia”, w tym także w zakresie wykonania robót kafarowych polegających na pogrążeniu kombinowanej ścianki szczelnej.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 oraz §5 ust. 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2018, poz. 972).

Przewodniczący:.....