Sygn. akt KIO 588/19

WYROK
z dnia 18 kwietnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący:Anna Packo

Protokolant:Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 kwietnia 2019 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 kwietnia 2019 r. przez wykonawcę
Garden Designers Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością Spółkę komandytową
z siedzibą w Lublinie
w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego
Gminę Zadzim z siedzibą w Zadzimiu
przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Ziel-Bud Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością Spółki komandytowej z siedzibą**
w Warszawie, W.R. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Ziel-Bud W.R. z siedzibą w Warszawie oraz DREWZEL G.S. Spółki jawnej z siedzibą w Warszawiezgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1.oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Garden Designers Spółkę
z ograniczoną odpowiedzialnością Spółkę komandytową i:
2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Garden Designers Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością Spółkę komandytową tytułem wpisu od odwołania,
2.2. zasądza od Garden Designers Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością Spółki komandytowejna rzecz Gminy Zadzim kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia 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 w Sieradzu.
Przewodniczący:……..…
Sygn. akt: KIO 588/19

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający – Gmina Zadzim prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „rewaloryzację Zabytkowego Parku w Zadzimiu, gm. Zadzim” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 z późn. zm.),
w trybie przetargu nieograniczonego.
Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone 4 marca 2019 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 520692. Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.
I Zarzuty i żądania odwołania
Odwołujący – Garden Designers spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:
1. art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Ziel-Bud sp. z o. o. sp. k., W.R. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Ziel-Bud W.R. oraz Drewzel G.S. sp. j., zwanych dalej „Konsorcjum Ziel-Bud”, mimo iż wykonawca ten wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, a co najmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd co do posiadania wymaganego doświadczenia, które miały istotny wpływ na decyzję Zamawiającego o pozytywnej ocenie spełniania tego warunku przez Konsorcjum Ziel-Bud, co w konsekwencji doprowadziło do naruszenia przepisu art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych i wyboru jako najkorzystniej oferty Konsorcjum Ziel-Bud, mimo iż wykonawca ten podlega wykluczeniu bez możliwości wezwania go do uzupełnienia dokumentów w tym zakresie,
2. art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z naruszeniami, o których mowa w punkcie 1. poprzez prowadzenie postępowania w sposób, który nie zapewnia zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasad proporcjonalności
i przejrzystości.
Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i dokonania czynności ponownego badania
i oceny ofert, wykluczenia Konsorcjum Ziel-Bud oraz dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu, a także zasądzenia od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.
W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że czynność wyboru oferty Konsorcjum Ziel-Bud jest niezgodna ze wskazanymi powyżej przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, bowiem wykonawca ten winien zostać wykluczony z udziału w postępowaniu ze względu na to, że nie spełnia warunku zdolności technicznej i zawodowej, jednakże wprowadził Zamawiającego w błąd co do posiadanego doświadczenia. Zamawiający został wprowadzony w błąd, ponieważ w dniu wyboru oferty najkorzystniejszej Zamawiający pozostawał w przekonaniu, że informacje wskazane przez Konsorcjum Ziel-Bud odpowiadają stanowi rzeczywistemu. Skutek pozostawania Zamawiającego pod wpływem tego błędu jest istotny, doprowadził bowiem do wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy, który powinien podlegać wykluczeniu.
Konsorcjum Ziel-Bud nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa
w punkcie 7.1 ppkt 1 lit. c specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zgodnie z którym

o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału
w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej – wykonawca jest zobligowany wykazać, że w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie: wykonał zgodnie
z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończył minimum jedno zadanie w zakresie rewaloryzacji – rewitalizacji parku wpisanego do rejestru zabytków. Wartość tego zadania nie może być mniejsza niż 6.000.000 zł netto, w tym:
a) przynajmniej jedno zamówienie, którego przedmiotem była gospodarka zielenią
i drzewostanem (nasadzenia i przesadzenia: drzew, krzewów) w zakresie wykonania nasadzeń drzew i krzewów w ramach rewaloryzacji lub rewitalizacji parku zabytkowego,
b) przynajmniej jedno zadanie, w zakresie którego było zabezpieczenie drzew będących pomnikami przyrody, przy czym Zamawiający dopuszcza, aby w tym przypadku teren, na którym znajdował się pomnik przyrody, nie był wpisany do rejestru zabytków,
c) przynajmniej jedno zamówienie, którego przedmiotem było wykonanie nawierzchni mineralnej wodoprzepuszczalnej dróg i ścieżek w parku,
d) przynajmniej jedno zamówienie, którego przedmiotem była budowa, przebudowa, rozbudowa lub remont zbiornika wodnego w parku,
e) przynajmniej jedno zamówienie, którego przedmiotem była budowa lub modernizacja fontanny w parku,
f) przynajmniej jedno zamówienie, którego przedmiotem była budowa placu zabaw w parku,
g) przynajmniej jedno zamówienie, którego przedmiotem była budowa, przebudowa lub rozbudowa oświetlenia parkowego lub ulicznego,
h) przynajmniej jedno zamówienie, którego przedmiotem była budowa lub modernizacja ogrodzenia parku,
i) przynajmniej jedno zamówienie, którego przedmiotem było wykonanie elementów małej architektury w parku.
Zamawiający wymagał, żeby w tym minimum jednym zadaniu były zawarte roboty
z podpunktów od a) do i). Łączna wartość tego minimum 1 zadania, które zawiera roboty
z podpunktów od a) do i) nie może być mniejsza niż 6.000.000 zł netto. Zamawiający nie żądał, żeby każda robota z podpunktów od a) do i) (np. budowa fontanny czy wykonanie elementów małej architektury lub inne) były o wartości minimum 6.000.000 zł netto.
Konsorcjum Ziel-Bud w wykazie zrealizowanych robót budowlanych wskazało, w celu wykazania spełnienia ww. warunku, zadanie pn. „Modernizacja – rewaloryzacja Ogrodu Krasińskich w Warszawie" wykonane na rzecz Zarządu Terenów Publicznych w Warszawie w okresie od 6 listopada 2012 r. do 23 czerwca 2014 r. Zgodnie z oświadczeniem wykonawcy w ramach ww. zadania wykonał on następujące roboty: 1) gospodarka zielenią
i drzewostanem (nasadzenia i przesadzenia drzew i krzewów) w zakresie wykonania nasadzeń drzew i krzewów w ramach rewaloryzacji parku zabytkowego, 2) wykonanie nawierzchni mineralnej wodoprzepuszczalnej dróg i ścieżek w parku, 3) budowa zbiornika wodnego w parku, 4) modernizacja fontanny w parku, 5) budowa placu zabaw w parku,
6) budowa oświetlenia parkowego, 7) budowa ogrodzenia parku, 8) wykonanie elementów małej architektury w parku.
Na potwierdzenie należytego wykonania prezentowanego zadania Konsorcjum Ziel-Bud przedstawiło opinię wystawioną przez Zarząd Terenów Publicznych w Warszawie, z której wynika, że zadanie to zostało zrealizowane przez konsorcjum w składzie Ziel-Bud sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz AG-Complex sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.
Porównując zakres prac wskazany w wykazie zrealizowanych robót budowlanych, których wykonanie oświadczyło Konsorcjum Ziel-Bud, z zakresem robót wskazanych w wystawionej opinii można dojść do błędnego przekonania, że Ziel-Bud sp. z o.o. sp. k. (będąca liderem Konsorcjum Ziel-Bud) w ramach referencyjnego zadania wykonała całość prac odpowiadających treści warunku określonego przez Zamawiającego i powielonego co do zakresu w wykazie robót. Konsorcjum Ziel-Bud, wypełniając wykaz zrealizowanych robót budowlanych, oświadczyło, że wykonało całość zakresu robót budowlanych w ramach inwestycji dotyczącej rewaloryzacji Parku Krasińskich w Warszawie, w tym gospodarkę zielenią i drzewostanem (nasadzenia i przesadzenia drzew, krzewów) w zakresie wykonania nasadzeń drzew i krzewów w ramach rewaloryzacji parku zabytkowego. Oświadczenie to nie jest zgodne z rzeczywistością. Jak wynika z informacji i dokumentów uzyskanych od Zarządu Terenów Publicznych w Warszawie Ziel-Bud sp. z o.o. sp. k. nie wykonywała w ramach przedmiotowej inwestycji robót związanych z gospodarką zielenią, bowiem ten zakres przypadał całkowicie do wykonania partnerowi konsorcjum, tj. AG-Complex sp. z o.o., który uzyskał nawet stosowne referencje potwierdzające zakres wykonanych przez niego prac.
Jednakże Konsorcjum Ziel-Bud w ramach niniejszego postępowania celowo bądź co najmniej z powodu lekkomyślności lub niedbalstwa, nie określiło prawidłowo i zgodnie ze stanem rzeczywistym zakresu wykonanych przez siebie prac w ramach kwestionowanego zadania i wprowadziło Zamawiającego w błąd co do posiadanego doświadczenia. Sposób zaprezentowania ww. informacji, tj. oświadczenie, że Ziel-Bud sp. z o.o. sp. k. wykonał
w ramach referencyjnej inwestycji cały zakres prac, który został wskazany w wykazie wykonanych robót budowlanych, sprawił, że Zamawiający pozostawał w błędnym przekonaniu, że Konsorcjum Ziel-Bud posiada doświadczenie wystarczające do spełnienia warunku określonego w niniejszym postępowaniu.
W ocenie Odwołującego w tym przypadku materializują się przesłanki wykluczenia określone w przepisach art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Prawo zamówień publicznych, bowiem nie sposób zarzucić profesjonalnemu uczestnikowi rynku zamówień publicznych braku wiedzy na temat tego, że członek konsorcjum nie może wykazywać, iż nabył doświadczenie
w realizacji całego zamówienia, bowiem istotna jest jedynie część faktycznie przez niego zrealizowana.
Do takiego wniosku doszedł Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w wyroku z 4 maja 2017 r., sygn. C-387/14 Esaprojekt. We wskazanym wyroku Trybunał zwrócił uwagę na kilka istotnych aspektów sprawy: (…) 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 poprzez 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. Finalnie TSUE stwierdził, iż 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.
Powyższe znajduje odzwierciedlenie również w wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej, np. sygn. KIO 2529/18: „Kwestii realności doświadczenia wykazywanego przez wykonawcę na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu poświęcony został wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14 Esaprojekt, w którym Trybunał wypowiedział się m.in. na temat możliwości i zakresu powoływania się przez wykonawcę na zamówienie wykonane przez niego wspólnie z innymi podmiotami. (…) Uzasadnienie tego orzeczenia nie pozostawia wątpliwości, że wykazywanie doświadczenia nabytego w związku z realizacją zamówienia w konsorcjum jest ograniczone do tej jego części, którą dany wykonawca rzeczywiście wykonywał".
Mimo tego, że Konsorcjum Ziel-Bud posiadało lub też winno posiadać wiedzę na temat zasad legitymowania się doświadczeniem przez wykonawców biorących udział
w postępowaniu, zaprezentowało informację o posiadanym przez siebie doświadczeniu
w sposób, który miał wprowadzić Zamawiającego w błąd co do zakresu faktycznie zrealizowanych przez Ziel-Bud sp. o.o. sp. k. prac. Nawet jeżeli by przyjąć, że działanie Konsorcjum Ziel-Bud nie było celowe, z pewnością można mówić o niedbalstwie lub lekkomyślności w kontekście należytej staranności wymaganej od profesjonalisty. Wypełnienie hipotezy norm zawartych w którymkolwiek z przywoływanych przez Odwołującego przepisów skutkować powinno wykluczeniem Konsorcjum Ziel-Bud.
Ziel-Bud sp. z o.o. sp.k. jako lider zarówno konsorcjum ubiegającego się o niniejsze zamówienie, jak i lider konsorcjum wykonującego zamówienie na rzecz Zarządu Terenów Publicznych w Warszawie, posiada pełną wiedzę co do zakresu robót zrealizowanych przez poszczególnych członków konsorcjum, w tym zakresu prac zrealizowanych przez
AG-Complex sp. z o.o., wobec czego posiadało informacje na temat własnego doświadczenia i jego braku. Niemniej podjęło decyzję o zaprezentowaniu doświadczenia
w sposób niezgodny z rzeczywistością, w taki sposób, aby wykazać spełnienie warunku udziału w postępowaniu.
Z uwagi na fakt trudności związanych z wykazaniem przesłanek wskazanych w art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Prawo zamówień publicznych, Odwołujący wskazał jako możliwą podstawę wykluczenia również przepis art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych. Ocena, czy występują okoliczności obligujące Zamawiającego do wykluczenia Konsorcjum Ziel-Bud na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych wymaga ustalenia, czy przedstawiło ono informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego oraz czy informacje te mogły mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego
w postępowaniu oraz czy przedstawienie tych informacji było wynikiem lekkomyślności lub niedbalstwa. Spełnione zostały wszystkie te elementy, gdyż Konsorcjum Ziel-Bud oświadczyło niezgodnie ze stanem rzeczywistym, że wykonało większy zakres robót, niż faktycznie wykonało, informacja ta wprowadziła Zamawiającego w błąd co do spełnienia warunku udziału w postępowaniu i jednocześnie była to informacja istotna z punktu widzenia możliwości uznania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, a działanie to było celowe, bądź co najmniej niedbałe w nierzetelnym przedstawianiu informacji podmiotowych.
Jednocześnie, wobec przedstawienia nieprawdziwych informacji, Konsorcjum Ziel-Bud winno zostać wykluczone z udziału w postępowaniu bez możliwości wezwania do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu, gdyż złożenie przez wykonawcę nieprawdziwych informacji wyłącza możliwość uzupełniania dokumentów wymaganych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Przepisy art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 oraz art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowią odrębne i niezależne podstawy wykluczenia z postępowania. Wykluczeniu wykonawcy za wprowadzenie w błąd zamawiającego przy przekazaniu informacji w dokumentach złożonych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu nie musi towarzyszyć jednoczesne stwierdzenie wykluczenia za niewykazanie spełniania tych warunków, poprzedzone zastosowaniem procedury z art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Odmienne stanowisko prowadziłoby do takiej interpretacji art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy, zgodnie
z którą nie podlega wykluczeniu wykonawca, który złożył nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, jeżeli uczynił to po raz pierwszy, tzn. nie był wzywany do zastąpienia nieprawdziwej informacji potwierdzającej spełnianie warunku udziału prawdziwą informacją potwierdzającą spełnianie tego warunku. Interpretację taką uznać należy za niezasadną i nieodpowiadającą celowi wprowadzenia regulacji art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Prawo zamówień publicznych. *Ratio legis* tych uregulowań jest eliminacja z postępowań takich wykonawców, których działanie cechuje zamiar wprowadzenia w błąd zamawiającego, a także wykonawców, który wprowadzają zamawiającego w błąd na skutek swojego lekkomyślnego lub niedbałego zachowania. Zastępowanie informacji nieprawdziwych informacjami prawdziwymi należy zatem uznać za niedopuszczalne.
II Stanowisko Zamawiającego
W odpowiedzi na powyższe zarzuty Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania jako bezzasadnego oraz o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego.
Zamawiający prawidłowo uznał, że oświadczenia złożone przez Konsorcjum Ziel-Bud potwierdzają spełnianie warunków udziału w postępowaniu i są zgodne ze stanem faktycznym i brak było przesłanek, by uznać, że uczestnik ten wprowadził Zamawiającego
w błąd.
III Stanowisko Przystępującego
Przystępujący po stronie Zamawiającego – Konsorcjum Ziel-Bud wniósł o oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego.
Przystępujący wyjaśnił, że – wbrew twierdzeniu Odwołującego – Ziel-Bud Sp. z o.o. sp. k. nie wykonywała robót budowlanych w toku realizacji zamówienia pn. „modernizacja – rewaloryzacja Ogrodu Krasińskich w Warszawie" wykonanego na rzecz Zarządu Terenów Publicznych w Warszawie. Liderem konsorcjum i zarazem wykonawcą robót był bowiem W.R. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Ziel-Bud W.R., który jest partnerem konsorcjum w obecnym zamówieniu. Zatem zarzut, że Przystępujący oświadczył nieprawdziwie, że to Ziel-Bud Sp. z o.o. Sp. k. była wykonawcą robót w ww. zadaniu jest już z tego tylko powodu nietrafny.
W przedmiotowym zadaniu, działając jako lider konsorcjum, W.R. zarządzał wszystkimi sprawami tego konsorcjum, poprzez swoich pracowników kierował budową oraz koordynował wszystkie prace, pracownicy i sprzęt będący zasobami przedsiębiorstwa
Ziel-Bud W.R. uczestniczyli bezpośrednio w realizacji wszystkich elementów zadania wymienionych w treści wykazu

robót oraz poświadczenia Zarządu Terenów Publicznych w Warszawie z 17 lipca 2014 r.
Wbrew zarzutom Odwołującego, Przystępujący nie ukrywał faktu realizacji zamówienia
w zadaniu w konsorcjum z AG-Complex Sp. z o.o. Wykaz robót, na treści którego Odwołujący oparł zarzut wprowadzenia Zamawiającego w błąd, został wykonany przez Przystępującego na druku załącznika nr 8 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia
i zawiera żądane tam informacje. Wykaz ten nie zawierał żądania wskazania podziału robót, w przypadku gdyby były wykonywane w ramach konsorcjum, pomiędzy tych wykonawców. Wykaz ten należy czytać wraz z załączonymi do niego dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie zamówień. W załączonym do „Wykazu robót" poświadczeniu Zarządu Terenów Publicznych w Warszawie z 17 lipca 2014 r. wystawca pisma oświadczył: „Zarząd Terenów Publicznych z siedzibą (…) informuje, że Konsorcjum firm Ziel-Bud z siedzibą (…) – lider konsorcjum, oraz AG-Complex Sp. z o.o. z siedzibą (…) – partner konsorcjum w okresie od 06.11.2012 r. do 23.06.2014 r. wykonało realizację pn. <<Modernizacja – rewaloryzacja Ogrodu Krasińskich w Warszawie>>." Zatem lektura kompletnej informacji na temat wykonanych robót budowlanych poświadczających spełnianie warunków udziału
w postępowaniu już na pierwszy rzut oka pozwoliła Zamawiającemu na uzyskanie potrzebnej wiedzy. Nie miało więc miejsca żadne działanie Przystępującego, które by mogło lub miało na celu wprowadzenie Zamawiającego w błąd, czy podanie informacji nieścisłych.
Odwołujący nie wskazał żadnych dowodów na potwierdzenie złożenia tych wprowadzających Zamawiającego w błąd informacji. Natomiast analiza podstawowego dowodu w sprawie, jakim jest dokumentacja postępowania, prowadzi do wniosku przeciwnego od wysnutego przez Odwołującego. Złożone za pismem z 25 marca 2019 r. dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu dowodzą, że Przystępujący podał informacje prawdziwe i nie budzące wątpliwości co do faktu wykonywania kwestionowanego zamówienia w ramach konsorcjum, a Zamawiający prawidłowo zakwalifikował oświadczenia składane przez Przystępującego jako potwierdzające spełnianie warunków udziału
w postępowaniu oraz zgodne ze stanem faktycznym i nie wprowadzające go w błąd.
Analiza złożonych dokumentów wskazuje, że co do zakresu i wartości zamówienia, zadanie potwierdza prawidłowo wiedzę i doświadczenie Przystępującego. Sam zakres zadania ani jego wartość nie budzi wątpliwości Odwołującego i nie jest podstawą zarzutów.
Zgodnie z wyrokiem KIO 1854/17 „(...)Zamawiający w przypadku prowadzonej inwestycji nie musiał przewidywać dla warunku wiedzy i doświadczenia, następnie zaś badania poziomu jego spełnienia, aby wykonawcy wykazujący się doświadczeniem zdobytym przez udział
w konsorcjum potwierdzili, jaki był ich faktyczny udział przy pracach w ramach uczestniczenia w grupie wykonawców. (…) Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu wykroczyłby poza zakres zapisów SIWZ oraz obowiązujących przepisów prawa, gdyby po otwarciu ofert zdecydował, że badał będzie rzeczywisty udział poszczególnych członków konsorcjum w realizacji prac. Podstawy do takich działań nie zawierają przepisy Pzp i aktów wykonawczych do ustawy. Gdyby SIWZ zawierała dodatkowe regulacje, konkretne zapisy związane z udziałem grupy wykonawców w postępowaniu, w jaki sposób badane będzie potwierdzenie doświadczenia i wiedzy w przypadku projektów realizowanych jako konsorcjum, wykonawcy zainteresowani udziałem w postępowaniu mogliby, po pierwsze, zweryfikować takie zapisy przed Izbą w początkowej fazie postępowania. Wówczas istniałaby także możliwość uzyskania i przygotowania odpowiednich dokumentów mających potwierdzać zdobyte doświadczenie oraz realność tego doświadczenia, na co uwagę
w swoim orzeczeniu zwracał Trybunał Sprawiedliwości UE. W postępowaniu będącym przedmiotem postępowania odwoławczego przed Izbą SIWZ podobnych regulacji nie zawierała. Nie można zapominać, że Zamawiający badając zdolność wykonawców do realizacji zamówienia i prawidłowość złożonych ofert porusza się w ramach ustalonych zapisów SIWZ, oczekiwanie po złożeniu ofert od wykonawców, innych, nie wymaganych wcześniej dokumentów, ocenianych według nieznanych im reguł należy uznać za przekroczenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców."
Nie jest prawdą, iż fakt realizacji przez partnera konsorcjum jednego z zamówień potwierdzających spełnianie warunku wiedzy i doświadczenia z innym przedsiębiorcą sam
w sobie jest wystarczającym dowodem na niewykazanie legitymowania się wiedzą
i doświadczeniem całej grupy wykonawców. Także ewentualne uzyskanie przez partnera konsorcjum odrębnego poświadczenia w zakresie robót wchodzących w skład całego zamówienia, ale mających charakter jedynie „wycinkowy" w relacji do całego zadania,
w realizacji których podmiot ten uczestniczył, nie jest wystarczającym dowodem na nieuzyskanie przez członka Konsorcjum Ziel-Bud (Ziel-Bud W.R.) pełnego doświadczenia, potrzebnego do potwierdzenia przez Przystępującego spełniania warunku wiedzy i doświadczenia. Przeciwnie, to partner konsorcjum realizującego Ogród Krasińskich – AG-Complex Sp. z o.o. może w tym przypadku wykazać się doświadczeniem wycinkowym. Lider, który zarządzał całokształtem spraw konsorcjum, między innymi kierując realizacją całego zamówienia, nabył bowiem pełne doświadczenie. Realizowane zamówienie nie składało się z wyodrębnionych, niezwiązanych ze sobą wzajemnie robót. Przeciwnie, roboty były wykonywane w jednym obszarze (jeden plac budowy), były kierowane łącznie przez jednego kierownika budowy, którym był pracownik Przystępującego, a także koordynowane bezpośrednio przez lidera konsorcjum – W.R. Wyodrębnienie niektórych części prac miało na celu uzyskanie wyraźnej możliwości rozliczania prac pomiędzy konsorcjantami. Lider konsorcjum, tj. Ziel-Bud W.R kierował wszystkimi sprawami konsorcjum, rozliczał się z zamawiającym oraz z partnerem konsorcjum, ponadto wykonał niemal 80 % prac objętych zadaniem. W toku prowadzenia robót i w każdej ich części zaangażowane były różnorodne składniki przedsiębiorstwa Ziel-Bud W.R. W przypadku objętej zarzutami odwołania gospodarki zielenią, roboty były wykonywane bezpośrednio i równocześnie zarówno przez pracowników Ziel-Bud W.R, jak i AG-Complex sp. z o.o., przy użyciu sprzętu technicznego należącego zarówno do Ziel-Bud jak i AG-Complex. W realizacji robót ziemnych związanych z gospodarką zielenią uczestniczyli zatrudnieni w Ziel-Bud operatorzy koparki i ładowarki oraz kierowcy tych pojazdów wraz ze sprzętem.
Sam Trybunał Sprawiedliwości UE podkreślał, iż 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., sygn. C-399/05
w sprawie Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Grecji). Trybunał widział 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. Eliminuje bowiem wykonawców próbujących

powoływać się na doświadczenie całego konsorcjum w sytuacji, gdy ich rola nie była znacząca dla inwestycji. Wobec takich podmiotów trudno bowiem stwierdzić, iż mają one faktycznie doświadczenie w realizacji przedsięwzięć o określonej skali, więc każdy przypadek i każda sprawa, w tym ocena spełniania warunków udziału przez konsorcjum jako całość oraz jako poszczególni jego członkowie, wymagają indywidualnej analizy (tak wyrok sygn. KIO 1854/17).
Powyższe podejście nie koliduje z tezami płynącymi z orzeczenia TSUE C-387/14. Odwołujący oparł swój zarzut na niewłaściwym rozumieniu orzeczenia TSUE w sprawie
C-387/14 Esaprojekt. Krajowa Izba Odwoławcza zadała następujące pytanie: Czy art. 44 [dyrektywy 2004/18] w związku z art. 48 ust. 2 lit. a) [tej dyrektywy] oraz z deklarowaną w art. 2 [tej dyrektywy] zasadą równego traktowania wykonawców zezwala na takie powoływanie się na doświadczenie grupy wykonawców, że wykonawca, który realizował zamówienie jako jeden z grupy wykonawców, może się powoływać na realizację wykonaną przez tę grupę niezależnie od tego, jaki był jego udział w realizacji tego zamówienia, czy też może powoływać się jedynie na swoje własne, realnie uzyskane doświadczenie, które zdobył, realizując daną część zamówienia, która została mu przypisana w ramach grupy? Zdaniem Przystępującego pytanie zostało sformułowane w sposób dychotomiczny, sugerujący, że TSUE powinien wybrać jedną z dwóch opcji i opowiedzieć się za jednym z twierdzeń: wykonawca może się powoływać na realizację zamówienia niezależnie od tego, jaki był jego udział w realizacji albo może powoływać się jedynie na swoje własne, realnie uzyskane doświadczenie, które zdobył, realizując daną część zamówienia. Na tak postawione pytanie TSUE udzielił następującej odpowiedzi: 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. Odpowiedź stwierdzała, że błędnym jest twierdzenie, że wykonawca nie może polegać na doświadczeniu konsorcjum, jeżeli faktycznie i konkretnie nie uczestniczył w jego realizacji. Rzeczywiście, nie można twierdzić, że wykonawca, który nie uczestniczył w realizacji zamówienia, a jedynie solidarnie odpowiadał za jego wykonanie, zdobył jakiekolwiek doświadczenie. Orzeczenie TSUE nie stanowiło jednak, zdaniem Przystępującego, potwierdzenia twierdzenia drugiego, a Trybunał nie potwierdził prawdziwości żadnej z dwóch sugerowanych w pytaniu odpowiedzi. Ani nie jest tak, że wykonawca może się powoływać na realizację całości zamówienia niezależnie od tego, jaki był jego udział w realizacji, ani nie jest tak, że wykonawca może powoływać się jedynie na część zamówienia, która została mu przypisana w ramach grupy. Dokonawszy przeformułowania twierdzenia TSUE zawierającego podwójne przeczenie na zdanie twierdzące uzyskuje się następujące twierdzenie: wykonawca może się powoływać na realizację zamówienia, jeżeli faktycznie i konkretnie uczestniczył w jego realizacji. W ocenie Przestępującego TSUE nie wprowadził zastrzeżenia, że doświadczenie to może być nabyte wyłącznie „w zakresie, w jakim uczestniczył w realizacji" lub „w zakresie danej części zamówienia, która została mu przypisana w ramach grupy", co oznacza, że wykonawca może powoływać się na całość zamówienia, pod warunkiem, że faktycznie i realnie uczestniczył w jego realizacji.
Zdaniem Przystępującego wystarczy, aby wykonawca faktycznie i realnie uczestniczył
w realizacji co najmniej części zamówienia, aby mógł powoływać się na jego całość. Te same zasady obowiązują bowiem w odniesieniu do doświadczenia zdobytego przez pojedynczego wykonawcę – często wykonawcy nie realizują samodzielnie całości zamówienia, lecz korzystają z podwykonawców lub polegają na zdolnościach (doświadczeniu) podmiotu trzeciego uzyskując po wykonaniu zamówienia prawo do korzystania z wiedzy i doświadczenia w jego realizacji. W takiej sytuacji nie tylko że wykonawca nie realizował zamówienia samodzielnie, ale i nie miał prawa tego czynić. Zarządzał jednak całym kontraktem oraz delegował do jego realizacji kadrę kierowniczą. Jeżeli zatem wykonanie zamówienia przy istotnym udziale podwykonawców, za których działania wykonawca ponosi odpowiedzialność, uznawane jest za potwierdzenie doświadczenia tego wykonawcy w pełnym zakresie, tę samą zasadę należy stosować do członków konsorcjum, pod warunkiem, że każdy z nich faktycznie i realnie uczestniczył
w realizacji zamówienia lub jego części zarządzając przy tym wszystkimi sprawami konsorcjum związanymi z realizacją konkretnego kontraktu. Nie sposób określić ani kwoty lub procentowego udziału w wartości zamówienia, ani zakresu przedmiotowego części zamówienia wykonanej przez członka konsorcjum, które uprawniałyby go do powoływania się na całe zamówienie jako jego własne doświadczenie.
Tym samym, 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. O doświadczeniu członka konsorcjum decyduje zatem jego faktyczny wkład w realizację zamówienia. Wkład ten może polegać zarówno na osobistym wykonaniu części zamówienia, jak i na wykonaniu części zamówienia przy pomocy podwykonawców, a także na udziale w zarządzaniu całością prac. Jedynie w sytuacji, gdy członkowie konsorcjum podzielili się pracą w taki sposób, że każdy z nich realizował odrębną część zamówienia i pozostawał wobec partnerów wyłącznie odpowiedzialnym za tę część, należy stwierdzić, że każdy nabył doświadczenie w realizacji wyłącznie wydzielonej, jemu przypisanej części zamówienia. Wynika z tego, że wykonawca nie może polegać do celów wymaganego przez zamawiającego doświadczenia na realizacji świadczeń przez innych członków grupy wykonawców, w których realizacji faktycznie i konkretnie nie brał udziału. W sytuacji jednak, gdy wykonawcy współpracowali faktycznie i realnie przy realizacji zamówienia, każdy z nich może powołać się na cały zakres zamówienia jako jego własne doświadczenie.
Zarządzając całokształtem spraw konsorcjum, co już samo w sobie było wyrazem realnego uczestnictwa w realizacji całego zadania, oraz wykonując bezpośrednio około 80 % robót budowlanych, w tym także uczestnicząc swoim przedsiębiorstwem w realizacji każdej
z części robót budowlanych, Ziel-Bud W.R nabył pełne doświadczenie wynikające z realizacji tych robót. Udział AG-Complex Sp. z o.o. w realizacji całości zamówienia był wartościowo niewielki. Z punktu widzenia organizacyjno-ekonomicznego miał charakter podobny do podwykonawstwa. Nie może zatem stanowić o możliwości uszczuplenia wiedzy
i doświadczenia Ziel-Bud W.R jako lidera konsorcjum i większościowego wykonawcy z tytułu realizacji całego zamówienia. Ziel-Bud brał czynny udział w realizacji wszystkich robót objętych zamówieniem. W przypadku objętej zarzutami odwołania gospodarki zielenią roboty były wykonywane bezpośrednio i równocześnie zarówno przez pracowników Ziel-Bud oraz AG-Complex przy użyciu sprzętu technicznego należącego zarówno do Ziel-Bud jak i AG Complex. W realizacji robót ziemnych związanych z gospodarką zielenią uczestniczyli zatrudnieni w Ziel-Bud operatorzy koparki i ładowarki oraz kierowcy tych pojazdów wraz ze sprzętem. Wiedza i doświadczenie nabyte w toku realizacji całego zadania budowlanego Ogród Krasińskich stały się składnikiem przedsiębiorstwa Ziel-Bud W.R. Posiadając taki składnik, Ziel-Bud W.R skutecznie wniósł go do Konsorcjum Ziel-Bud, stając się jego członkiem. Brak zatem jakichkolwiek podstaw do stawiania zarzutów naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12, 16 i 17 ustawy Prawo zamówień

publicznych, a Przystępujący prawidłowo wykazał spełnianie warunków wiedzy i doświadczenia, a także nie wprowadził Zamawiającego w błąd, a wykonanie zamówienia zostało potwierdzone przez Zarząd Terenów Publicznych w Warszawie stosownym pismem. Zatem odwołanie jako bezzasadne i niepoparte żadnymi dowodami powinno zostać oddalone.

IV Ustalenia Izby

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba ustaliła także, iż stan faktyczny postępowania (w szczególności treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz dokumentów złożonych przez Przystępującego na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu) nie jest sporny między Stronami.

Po zapoznaniu się z przedmiotem sporu oraz argumentacją obu Stron i Przystępującego,
w oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentów postępowania przetargowego przedstawionych przez Zamawiającego oraz dokumentów i oświadczeń złożonych podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Ziel-Bud z postępowania, pomimo że wykonawca ten wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji o spełnieniu warunku udziału
w postępowaniu w zakresie swojego doświadczenia, co w konsekwencji doprowadziło do naruszenia przepisu art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych i wyboru jego oferty jako najkorzystniej oraz art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez prowadzenie postępowania w sposób, który nie zapewnia zachowania uczciwej konkurencji
i równego traktowania wykonawców oraz zasad proporcjonalności i przejrzystości.

Zgodnie z przywołanym w ramach zarzutów art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Art. 24 ust. 1 pkt 12, 16 i 17 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi odpowiednio, że
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 „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.

Z dyspozycji art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wynika, że zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych
w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Jak wynika z treści powyższego przepisu, nie ma on związku z zarzutami niniejszego odwołania, które nie dotyczą oceny złożonych ofert według ustanowionych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia kryteriów oceny.

Zarzuty odwołania wskazują, że, w ocenie Odwołującego, Konsorcjum Ziel-Bud nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w punkcie 7.1 ppkt 1 lit. c specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w ramach którego ubiegający się o udzielenie zamówienia wykonawca ma wykazać, że w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie: wykonał zgodnie
z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończył minimum jedno zadanie w zakresie rewaloryzacji – rewitalizacji parku wpisanego do rejestru zabytków. Wartość tego zadania nie może być mniejsza niż 6.000.000 zł netto, w tym:
a) przynajmniej jedno zamówienie, którego przedmiotem była gospodarka zielenią
i drzewostanem (nasadzenia i przesadzenia: drzew, krzewów) w zakresie wykonania nasadzeń drzew i krzewów w ramach rewaloryzacji lub rewitalizacji parku zabytkowego,
b) przynajmniej jedno zadanie, w zakresie którego było zabezpieczenie drzew będących pomnikami przyrody, przy czym Zamawiający dopuszcza, aby w tym przypadku teren, na którym znajdował się pomnik przyrody, nie był wpisany do rejestru zabytków,
c) przynajmniej jedno zamówienie, którego przedmiotem było wykonanie nawierzchni mineralnej wodoprzepuszczalnej dróg i ścieżek w parku,
d) przynajmniej jedno zamówienie, którego przedmiotem była budowa, przebudowa, rozbudowa lub remont zbiornika wodnego w parku,
e) przynajmniej jedno zamówienie, którego przedmiotem była budowa lub modernizacja fontanny w parku,
f) przynajmniej jedno zamówienie, którego przedmiotem była budowa placu zabaw w parku,
g) przynajmniej jedno zamówienie, którego przedmiotem była budowa, przebudowa lub rozbudowa oświetlenia parkowego lub ulicznego,
h) przynajmniej jedno zamówienie, którego przedmiotem była budowa lub modernizacja ogrodzenia parku,
i) przynajmniej jedno zamówienie, którego przedmiotem było wykonanie elementów małej architektury w parku.

W celu wykazania spełnienia ww. warunku Konsorcjum Ziel-Bud wskazało na wykonanie zadania „Modernizacja – rewaloryzacja Ogrodu Krasińskich w Warszawie" na rzecz Zarządu Terenów Publicznych w Warszawie.

W ocenie Odwołującego Konsorcjum Ziel-Bud nie mogło się wykazać wykonaniem zakresu robót opisanego w lit. a tego warunku, tj. wykonaniem przynajmniej jednego zamówienia, którego przedmiotem była gospodarka zielenią i drzewostanem (nasadzenia i przesadzenia: drzew, krzewów) w zakresie wykonania nasadzeń drzew i krzewów w ramach rewaloryzacji lub rewitalizacji parku zabytkowego. Przy tym nie było sporne pomiędzy Stronami
i Przystępującym, że druga ze wskazanych w wykazie realizacji – rewaloryzacja parku miejskiego w Zduńskiej Woli nie spełnia tego wymogu ze względu na brak wpisu parku do odpowiedniego rejestru zabytków.

Faktycznym przedmiotem sporu w niniejszym postępowaniu odwoławczym jest możność powoływania się przez członka grupy wykonawców (tzw. konsorcjum) na realizację zamówienia wykonywanego przez tę grupę wykonawców oraz prawidłowego zakresu
i sposobu takiego powoływania.

Odwołujący i Przystępujący prawidłowo odnieśli się tu do poglądów Trybunału Sprawiedliwości UE wyrażonych w wyroku C-387/14. W orzeczeniu tym Trybunał,
w odpowiedzi na pytanie 3., wskazał, że „artykuł 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."
Nie wdając się w przypuszczenia, jaki to konkretnie procentowy czy rzeczowy udział konsorcjanta w wykonaniu czy to całości zamówienia, czy to jego poszczególnych części, Trybunał uznałby za wystarczający, należy odnieść się do samej istoty rozważań Trybunału, z której wynika przede wszystkim, że „wiedza i doświadczenie" jako potencjał przedsiębiorcy jest kwestią realnie i praktycznie nabytych przez niego w trakcie danej realizacji umiejętności
i doświadczeń. Pogląd ten doskonale wyraża się w stwierdzeniach Trybunału: „tym samym, 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. (…) 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." Jak w innych przypadkach wskazywanych m.in.
w przepisach, gdy dany warunek lub element odnosi się do konkretnej części doświadczenia, należy ten pogląd odnieść analogicznie do tej części.
Nie jest więc też tak, jak twierdził Przystępujący, że wystarczy, by wykonawca faktycznie
i realnie uczestniczył w realizacji jakiejkolwiek części zamówienia, aby mógł powoływać się na jego całość, np. będąc odpowiedzialnym za budowę drogi, mógł też wskazywać na doświadczenie w budowie mostu, której dokonał inny wykonawca albo będąc odpowiedzialnym za prace elektryczne, wskazywał też na wykonanie robót sanitarnych – nie uzyskał bowiem żadnego faktycznego/realnego doświadczenia w tym zakresie.
Natomiast przełożenie owego poglądu ogólnego na daną sytuację faktyczną wymaga już 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.
Podczas rozprawy wskazano, że w wykonaniu zamówienia na modernizację – rewaloryzację Ogrodu Krasińskich w Warszawie brało udział dwóch wykonawców: W.R prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Ziel-Bud W.R, który był liderem konsorcjum i wykonywał większość prac (ok. 80% całości zamówienia) oraz AG-Complex Sp. z o.o., który wykonywał część mniejszościową, lecz związaną z gospodarką zielenią i drzewostanem.
Jak Izba stwierdziła powyżej, pierwszym z elementów służących do oceny, czy dany konsorcjant może powołać się na doświadczenie uzyskane w ramach konsorcjum i w jakim stopniu, jest brzmienie warunku udziału w postępowaniu.
Gdyby w niniejszym postępowaniu warunek udziału dotyczył ogólnie doświadczenia
w zakresie rewaloryzacji/rewitalizacji parku wpisanego do rejestru zabytków, nie byłoby wątpliwości, że osiemdziesięcioprocentowa realizacja zapewniałaby takie doświadczenie.
Zamawiający jednak wymagane doświadczenie bardzo szczegółowo rozpisał na poszczególne, pojedyncze elementy, z których każdy musiał być osobno wykazany. Tym samym samo wykonanie 80% prac nie było wystarczające, gdyż wykonawca musiał wykazać doświadczenie w każdym z tych elementów. Nie byłoby więc również wątpliwości, że nawet przy wykonywaniu 80% całości prac, lecz braku doświadczenia w nasadzeniach
i przesadzeniach drzew i krzewów, wykonawca nie spełniałby warunku w tej części (Zamawiający bowiem nie wymagał i nie oceniał jego kompleksowego doświadczenia w rewitalizacji, lecz w konkretnych czynnościach).
W rozpatrywanej sprawie sytuacja jest jednak inna.
Jak oświadczył Przystępujący, co w miarę możliwości starał się poprzeć dowodami, i czego Izba nie ma podstaw negować, a czemu nie przeczą dokumenty przedstawione przez Odwołującego, W.R jako osoba fizyczna oraz jako przedsiębiorca „Ziel-Bud W.R" brał udział osobiście oraz przy użyciu swoich pracowników i sprzętu przy większości prac w Ogrodzie Krasińskich i na każdym ich etapie, także związanych z gospodarką zielenią i drzewostanem, a prace w tym zakresie były wykonywane przez przedsiębiorstwo Ziel-Bud W.R bezpośrednio i wspólnie ze spółką AG-Complex. Działając jako lider konsorcjum W.R osobiście zarządzał wszystkimi sprawami tego konsorcjum, a poprzez swoich pracowników kierował budową oraz koordynował wszystkie prace; pracownicy i sprzęt będący zasobami przedsiębiorstwa Ziel-Bud W.R uczestniczyli też bezpośrednio w realizacji wszystkich elementów zadania, w tym przedmiotowych nasadzeń i przesadzeń.
Jak Przystępujący wskazał, podział prac przy nasadzeniach/przesadzeniach polegał na tym, że pracownicy fizyczni pochodzili ze strony przedsiębiorstwa Ziel-Bud, a pracownicy „merytoryczni" prac ze strony spółki AG-Complex, która również kupowała sadzonki. Pracownicy przedsiębiorstwa Ziel-Bud W.R dokonywali m.in. wykopów pod nasadzenia i zasypań, bez których nie da się wykonać nasadzeń i które są istotną częścią nasadzenia – czemu nie da się zaprzeczyć.
Wartość poszczególnych prac, w ocenie Izby, jest drugorzędna, ponieważ niekoniecznie przekłada się ona na zaangażowanie sił i środków w ich wykonanie i często zależy np. od kosztu materiałów czy kosztu użycia sprzętu.
Zatem należy uznać, że wykonawca ten (W.R prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Ziel-Bud W.R) faktycznie i realnie uczestniczył w realizacji również tej części zamówienia, a tym samym, nawet jeśli nie wykonał tego elementu prac
w całości, może się na takie doświadczenie powołać. Należy przy tym zauważyć, że z samej istoty działania w ramach grupy wynika wykonywanie pewnych prac zespołowo, co nie zawsze będzie identyczne z ich indywidualnym wykonywaniem.
Tym samym Izba uznała, że Konsorcjum Ziel-Bud w sposób uprawniony powołało się na doświadczenie przedsiębiorcy W.R prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Ziel-Bud W.R i orzekła jak w sentencji oddalając odwołanie.

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. 2 pkt 1, § 3 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), uwzględniając wpis w wysokości 10.000 złotych oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3.600 złotych.

Przewodniczący:……..…