Sygn. akt: KIO 1266/19

WYROK

z dnia 19 lipca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Kisiel

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 lipca 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 lipca 2019 r. przez wykonawcę Chemar Rurociągi Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach przy K. Olszewskiego 6 w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna Spółka Akcyjna z siedzibą w Bełchatowie przy ul. Węglowej 5,

przy udziale wykonawcy Energop Sp. z o. o. z siedzibą w Sochaczewie przy ul. Inżynierskiej 32, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu - PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna Spółka Akcyjna z siedzibą w Bełchatowie przy ul. Węglowej 5:

a) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

b) dokonanie ponownego badania oferty wykonawcy Energop Sp. z o. o. z siedzibą w Sochaczewie przy ul. Inżynierskiej 32 poprzedzone wezwanie tego wykonawcy, na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu, określonego w punkcie 10.1.3 SIWZ, tj. że wykonawca wykonał w okresie ostatnich 12 lat, przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - to w tym okresie: co najmniej jedno zadanie o wartości nie mniejszej niż 3 000 000,00 zł netto, obejmujące swym zakresem co najmniej: wykonanie projektu, dostawy elementów, nadzór nad montażem rurociągów pary świeżej lub wtórnie przegrzanej z zastosowaniem elementów rurociągów ze stali P91 lub P92 dla kotłów parowych o wydajności co najmniej 600t/h pary opalanych węglem.

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego - PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna Spółka Akcyjna z siedzibą w Bełchatowie przy ul. Węglowej 5 i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Chemar Rurociągi Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach przy K. Olszewskiego 6 tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od zamawiającego PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna Spółka Akcyjna z siedzibą w Bełchatowie przy ul. Węglowej 5 na rzecz wykonawcy Chemar Rurociągi Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach przy K. Olszewskiego 6 kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy),

stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 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 Piotrkowie Trybunalskim.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 1266/19

UZASADNIENIE

PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna Spółka Akcyjna z siedzibą w Bełchatowie przy ul. Węglowej 5 (dalej: „Zamawiający"), prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.) - zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" - postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wymianę rurociągu pary świeżej na bloku nr 3 dla PGE GiEK S.A. Oddział Elektrownia Opole.

Szacunkowa wartość przedmiotowego zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniki Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 21 marca 2019 r. pod numerem 2019/S 057-132640.

W dniu 24 czerwca 2019 r. Zamawiający, drogą elektroniczną, poinformował wykonawcę Chemar Rurociągi Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach przy K. Olszewskiego 6 (dalej: „Odwołujący" lub „Chemar") o wynikach oceny i badania ofert oraz o wyborze oferty najkorzystniejszej za którą została uznana oferta wykonawcy Energop Sp. z o. o. z siedzibą w Sochaczewie przy ul. Inżynierskiej 32 (dalej: „Energop" lub „Przystępujący").

W dniu 4 lipca 2019 r. Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od czynności Zamawiającego związanych z badaniem i oceną ofert oraz wyborem oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszeni następujących przepisów:

1. art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Energop z

powodu nie wykazania przez tego wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu, określonego w punkcie 10.1.3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ" lub „specyfikacja"), tj. że wykonał w okresie ostatnich 12 lat, przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - to w tym okresie: co najmniej jedno zadanie o wartości nie mniejszej niż 3 000

000,00 zł netto, obejmujące swym zakresem co najmniej: wykonanie projektu, dostawy elementów, nadzór nad montażem rurociągów pary świeżej lub wtórnie przegrzanej z zastosowaniem elementów rurociągów ze stali P91 lub P92 dla kotłów parowych o wydajności co najmniej 600t/h pary opalanych węglem;

2. art. 24 ust. 4 w związku z art. 24 ust. 1 punkt 12 ustawy poprzez zaniechanie uznania za odrzuconą oferty wykonawcy Energop, podlegającego wykluczeniu z postępowania, z powodu nie wykazania przez tego wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu, to jest określonych w punkcie 10.1.3 SIWZ;

3. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Energop, z uwagi na fakt, że jej treść nie odpowiada SIWZ;

4. naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy przez jego wadliwe zastosowanie polegające na nierównym traktowaniu wykonawców w postępowaniu polegającym na dopuszczeniu do udziału wykonawców nie spełniających warunków udziału w postępowaniu oraz nierównym traktowaniu wykonawców w przedmiotowym postępowaniu, co polegało na uprzywilejowaniu wykonawcy Energop przejawiającym się tym, iż w stosunku do tego wykonawcy Zamawiający odstąpił od wymogu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez złożenie dokumentów referencji zgodnie z postanowieniami z punktu 12.5.3.1 SIWZ.

Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu:

- ponownej oceny ofert w postępowaniu;
- wykluczenie wykonawcy Energop z postępowania;
- odrzucenie oferty wykonawcy Energop;
- dokonania ponownego dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej.

W treści uzasadnienia Odwołujący wyjaśniał m. in., że decyzja Zamawiającego o wyborze oferty Przystępującego jest wadliwa z uwagi na naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy oraz naruszenie art. 24 ust. 4 ustawy w związku z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy poprzez zaniechanie uznania za odrzuconą oferty wykonawcy Energop, podlegające na wykluczeniu z postępowania, z powodu nie wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu określonych w punkcie 10.1.3 SIWZ. Odwołujący podnosił, że Zamawiający w SIWZ stwierdził, że wykazanie spełniania warunku z art. 22 ust 1 pkt 3 ustawy powinno nastąpić poprzez wykazanie przez wykonawców należytego wykonania w okresie ostatnich 12 lat minimum jednego zadania o wartości nie mniejszej niż 3 000 000,00 zł netto, obejmujące swym zakresem co najmniej: wykonanie projektu, dostawy elementów, nadzór nad montażem rurociągów pary świeżej lub wtórnie przegrzanej z zastosowaniem elementów rurociągów ze stali P91 lub P92 dla kotłów parowych o wydajności co najmniej 600t/h pary opalanych węglem.

Następnie wykonawca Chemar wskazywał, że z dokumentu z dnia 28 lipca 2014 r., wystawionego przez PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A. Oddział Elektrownia Bełchatów, a przedłożonego przez wykonawcę Energop wynika, że wykonawca brał udział, wspólnie z Polimex-Mostostal S.A. w Warszawie, w realizacji zadania pn. „Modernizacja i remont układu głównych rurociągów parowych i wodnych bloków nr 7 - 12 w PGE GiEK S.A. Oddział Elektrownia Bełchatów". Odwołujący podkreślał, że z ww. dokumentu wynika jedynie, że prace były realizowane przez konsorcjum firm Polimex-Mostostal S.A. oraz Energop, a nie wynika czy przy realizacji tego zadania Energop zajmował się wykonaniem projektu, dostawą elementów oraz nadzorem nad montażem. W dokumencie tym brak jest informacji o zakresie rzeczowym i ilościowym prac wykonanych przez poszczególnych członków konsorcjum lub podziału zadań. Odwołujący stwierdził, że warunek z punktu 10.1.3 SIWZ nie został spełniony przez Przystępującego. Dodatkowo wykonawca Chemar zauważał, że ww. zadanie nie zostało na dzień wystawienia dokumentu, tj. 28 lipca 2014 wykonane w całości, a postanowienia SIWZ obowiązujące w postępowaniu nie przewidują powoływania się na zadania, które jeszcze nie zostały zakończone (to znaczy, których realizacja jest w toku).

Kolejno Odwołujący stwierdził, że z kolejnego dokumentu - w postaci oświadczenia wykonawcy Energop z dnia 6 maja 2019 r. - wynika jednoznacznie, że Przystępujący jest dopiero w toku realizacji zadania pn. „Modernizacja i Remont Układu Głównych Rurociągów Parowych i Wodnych Bloku nr 2 w PGE GiEK S.A. Oddział Elektrownia Bełchatów na bazie umowy zawartej w lipcu 2018 r.". Zaś z punktu 10.1.3 SIWZ wynika, że wykonawcy mogą powoływać się przy wykazywaniu swoich kwalifikacji jedynie na zadania zrealizowane, a nie będące w toku realizacji.

Zdaniem Odwołującego istotnym było, iż dokument z dnia 6 maja 2019 r. nie został wystawiony przez podmiot, na rzecz którego zadania były wykonywane, lecz przez samą spółkę Energop, która nie wykazała z jakich przyczyn nie może przedłożyć oświadczenia Inwestora (zamawiającego) co do realizacji zadania, o którym mowa powyżej.

Odwołujący stwierdził, że w niniejszej sprawie dokumenty przedłożone przez Energop nie potwierdzają jednoznacznie spełnienia przez tego wykonawcę warunku udziału w postępowaniu. W takiej sytuacji Przystępujący powinien zostać wykluczony z postępowania, a złożona przez ta spółkę oferta powinna zostać odrzucona.

Następnie Odwołujący wskazywał na naruszenie przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Energop, z uwagi na fakt, że jej treść nie odpowiada specyfikacji bowiem w świetle okoliczności przedstawionych wyżej oferta Przystępującego powinna była zostać uznana za niezgodną z punktem 10.1.3 SIWZ i jako taka powinna była zostać odrzucona przez Zamawiającego.

Jako ostatni Odwołujący uzasadniał zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy przez jego wadliwe zastosowanie polegające na nierównym traktowaniu wykonawców w postępowaniu polegającym na dopuszczeniu do udziału wykonawców nie spełniających warunków udziału w postępowaniu, oraz nierównym traktowaniu wykonawców w przedmiotowym postępowaniu, co polegało na uprzywilejowaniu wykonawcy Energop przejawiającym się tym, iż w stosunku do tego wykonawcy Zamawiający odstąpił od wymogu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez złożenie dokumentów referencji zgodnie z postanowieniami z punktu 12.5.3.1 SIWZ, a dopuszczeniu w ich miejsce dokumentu w postaci oświadczenia samego wykonawcy z dnia 6 maja 2019 r., w którym jednoznacznie stwierdzono, że Energop jest dopiero w toku realizacji zadania pn. „Modernizacja i Remont Układu Głównych Rurociągów Parowych i Wodnych Bloku nr 2 w PGE GiEK S.A. Oddział Elektrownia Bełchatów na bazie umowy zawartej w lipcu 2018 r.”. Odwołujący twierdził, że z dokumentu tego nie wynika, że zadanie to jest zadaniem o charakterze świadczeń ciągłych lub okresowych, więc nie może być uznane przez Zamawiającego. Jest to zadanie jednorazowe i istnieje w stosunku do niego warunek wykonania (zakończenia zadania), a nie tylko jego wykonywania (a więc realizacji w toku). Powołany dokument ten nie został wystawiony przez podmiot, na rzecz którego zadania były wykonywane, a wykonawca Energop nie wykazał istnienia uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wyjaśniającej dlaczego nie może przedstawić dokumentu wystawionego przez Zamawiającego w tamtym postępowaniu. Zdaniem wykonawcy Chemar na podstawie własnego oświadczenia wykonawcy Energop nie można uznawać w sposób jednoznaczny, że dane zamówienie jest wykonywane należycie, ponieważ ten konkretny dokument takich informacji niewątpliwie nie zwiera, również nie odnosi się co do charakteru samego zadania - czy to o charakterze ciągłym lub okresowym.

W dniu 16 lipca 2019 r. do Izby w formie elektronicznej wpłynęła odpowiedź na odwołanie, w której Zamawiający wnosił o:

- odrzucenie odwołania jako wniesionego po upływie terminu określonego w Pzp;
- ewentualnie w przypadku nieuwzględnienia wniosku wskazanego powyżej o oddalenie odwołania w całości.

W formie pisemnej odpowiedź na odwołanie Zamawiający złożył w dniu 17 lipca 2019 r. w toku posiedzenia niejawnego z udziałem stron.

W uzasadnieniu pisma Zamawiający podnosił, że odwołanie w zakresie zgłoszonych zarzutów zostało wniesiono po upływie terminu określonego w art. 182 ust. 1 pkt 1 i ust. 3 pkt 1 Pzp i tym samym, stosownie do dyspozycji art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp powinno zostać odrzucone jako wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

Zamawiający wyjaśniał, że w postępowaniu przewidział przeprowadzenie aukcji elektronicznej po dokonaniu oceny ofert. Jego zdaniem przepis art. 91b ust. 1 Pzp jednoznacznie rozstrzyga, że wykonawcy których oferty nie podlegają odrzuceniu mogą uczestniczyć w aukcji elektronicznej, tak więc zaproszenie wykonawców do udziału w aukcji musi być poprzedzone oceną spełniania warunków podmiotowych przez każdego z wykonawców jak i oceną każdej oferty, także co do przedmiotu zamówienia, celem ustalenia czy wykonawca nie podlega wykluczeniu czy też jego oferta nie podlega odrzuceniu.

Z uwagi więc na przewidzianą aukcję elektroniczną Zamawiający twierdził, że najpierw dokonał badania przesłanek odrzucenia ofert a dopiero po zbadaniu tych przestanek, wezwał wykonawców, których oferty nie zostały odrzucone, do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia z postępowania. Zamawiający podkreślał, że w SIWZ zawarł stosowne zapisy dotyczące procedury wzywania wykonawców do złożenia dokumentów w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu (pkt 12.5 SIWZ). Zamawiający podnosił, że zgodnie z postanowieniami SIWZ, po zakończeniu badania przesłanek odrzucenia oferty, ale przed wystaniem zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej, w dniu 14 maja 2019 r. wezwał wykonawców, których oferty nie podlegały odrzuceniu do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz potwierdzających brak podstaw do wykluczenia, wskazując w wezwaniu, jako podstawę wezwania: art. 26 ust. 2f Pzp oraz pkt 12.5 SIWZ.

Zamawiający wskazywał, że otrzymując przedmiotowe wezwanie z dnia 14 maja 2019 r. Odwołując miał wiedzę, że Zamawiający zakończył etap oceny zgodności ofert z SIWZ, co najmniej 2 oferty nie zostały odrzucone, oraz że Zamawiający rozpoczął etap badania dokumentów potwierdzających spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz potwierdzających brak podstaw do wykluczenia. Ponadto przed wezwaniem do złożenia ww. dokumentów, Zamawiający nie powiadomił wykonawców o odrzuceniu którejkolwiek oferty w postępowaniu, do czego byłby zobowiązany niezwłocznie po podjęciu decyzji o odrzuceniu oferty, zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Następnie Zamawiający powołał się na treść pkt 20.6 SIWZ, zgodnie z którym Zamawiający przewidział przeprowadzenie aukcji elektronicznej po dokonaniu oceny ofert, zgodnie z pkt 21 SIWZ, według którego: „Zamawiający przewiduje dokonanie wyboru najkorzystniejszej Oferty z zastosowaniem aukcji elektronicznej. Zgodnie z art. 91 a ust. 1 Ustawy PZP Zamawiający po dokonaniu oceny Ofert w celu wyboru najkorzystniejszej Oferty przeprowadzi aukcję elektroniczną, jeżeli złożono co najmniej 2 Oferty niepodlegające odrzuceniu".

Zamawiający wyjaśniał, ze w dniu 6 czerwca 2019 roku Odwołujący otrzymał od zaproszenie do udziału w aukcji elektronicznej zawierające informację o jej terminie. Wobec tego Zamawiający uznawał, że już w tym dniu Odwołujący powziął wiedzę, że Zamawiający zakwalifikował do dalszego etapu postępowania co najmniej 2 oferty niepodlegające odrzuceniu. Odwołujący, zobowiązany do zachowania szczególnej staranności ze względu na zawodowy charakter prowadzonej przez niego działalności, należytej staranności nie dochował i pomimo możliwości nie wystąpił o dostęp do protokołu z postępowania, z którego dowiedziałby się czy któryś z wykonawców został wykluczony lub czy oferta któregoś z wykonawców podlegała odrzuceniu, w tym informacji o braku odrzucenia oferty wykonawcy Energop.

Zamawiający stał na stanowisku, że przepisy Pzp dotyczące aukcji elektronicznej nie obligują jego do odpowiedniego poinformowania o czynnościach podjętych przed przeprowadzeniem aukcji. Odwołujący powinien we własnym zakresie ustalić, którzy z wykonawców składających ofertę zostali zaproszeni do aukcji elektronicznej. Wystosowanie takiego zaproszenia jest równoznaczne z zakończeniem badania ofert i od dnia wystosowania zaproszenia należy liczyć bieg rozpoczęcia terminu na wnoszenie środków odwoławczych

dotyczących zaniechania odrzucenia oferty. Odwołujący informację o wykonawcach

zaproszonych do udziału w aukcji elektronicznej mógł odczytać już z samego zaproszenia do aukcji. W zaproszeniu tym Zamawiający podał kwotę wywoławczą w wysokości 19.600.000 zł, tzn. cenę z najkorzystniejszej oferty niepodlegającej odrzuceniu w postępowaniu tj. oferty Energop, co zdaniem Zamawiającego jednoznacznie potwierdzało pozytywną weryfikację tego wykonawcy i złożonej przez niego oferty.

Tym samym według Zamawiającego ustawowy termin na wniesienie odwołania w odniesieniu do czynności nieprawidłowego badania i oceny ofert, polegającego na niewykluczeniu z postępowania oraz nieodrzucenia oferty Energop, uwzględniając datę zawiadomienia o zaproszeniu do udziału w aukcji elektronicznej - upłynął z dniem 17 czerwca 2019 r.

W ocenie Zamawiającego w dacie zawiadomienia o zaproszeniu do udziału w aukcji elektronicznej Odwołujący powziął bowiem informację, że Zamawiający będzie prowadził aukcję elektroniczną z udziałem co najmniej dwóch wykonawców i tym samym, mając na uwadze, że zawiadomienie wykonawców o prowadzeniu aukcji musi być poprzedzone oceną spełniania warunków podmiotowych przez każdego z wykonawców jak i oceną każdej oferty, także co do przedmiotu zamówienia, celem ustalenia czy wykonawca nie podlega wykluczeniu czy też jego oferta nie podlega odrzuceniu, Zamawiający rozstrzygnął o braku podstaw do odrzucenia oferty wykonawcy Energop.

Zamawiający twierdził, że przepisy ustawy nie nakazują Zamawiającemu podania w zaproszeniu informacji o wszystkich wykonawcach, którzy otrzymali zaproszenie, sam fakt przestania zaproszenia potwierdza zakończenie badania ofert i oznacza, że co najmniej dwie ze złożonych ofert nie podlegają odrzuceniu. Skoro zatem Odwołujący powziął wiedzę, że Zamawiający nie odrzuci co najmniej dwóch ofert, jego rzeczą było ustalenie w terminie ustawowym, czy nastąpiło to zgodnie z ustawą.

Zamawiający wskazywał na istotna okoliczność związaną z tym, że po dokonaniu oceny ofert nie powiadomił wykonawców o wykluczeniu któregokolwiek z wykonawców składających ofertę, do czego byłby zobowiązany niezwłocznie po podjęciu decyzji o wykluczeniu, zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp. Zdaniem Zamawiającego bez znaczenia dla rozstrzygnięcia pozostaje informacja przedstawiona przez Odwołującego, że w dniu 24 czerwca 2019 r. otrzymał zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty, gdyż pozostaje ona bez wpływ na możliwość podjęcia określonych czynności przez Odwołującego. Terminy wyznaczone ustawą na wniesienie środków ochrony prawnej wobec czynności lub zaniechać Zamawiającego mają

charakter prekluzyjny i nie podlegają przywróceniu w żadnym przypadku.

W zakresie wniosku o oddalenie odwołania Zamawiający wyjaśniał, że zgłoszone zarzuty są bezzasadne z uwagi na to, że dokumenty składane przez wykonawców na potwierdzenie należytego wykonania prac podanych w wykazie mają wyłącznie potwierdzić, że wykonawca należycie wykonał zadanie podane w wykazie i nie muszą potwierdzać wykonania wszystkich czynności.

Zamawiający podnosił, że skoro Przystępujący oświadczył, że usługa wskazana w poz. 1 wykazu jest usługą, o której mowa w pkt. 12.5.3.1. SIWZ oraz załączył potwierdzenie realizacji prac wystawione przez PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A. z którego wynika, że zadanie obejmowało wykonanie całości prac projektowych, prac demontażowych, realizację dostaw rurociągów wraz z armaturą i osprzętem, prace montażowe, próby funkcjonalne i współudział w rozruchu bloków 7-12 szkolenie personelu zamawiającego oraz obsługę serwisową w okresie gwarancyjnym. Zadanie obejmuje prace polegające na wymianie rurociągów pary świeżej wraz z zabudową stacji redukcyjno-schładzających oraz stacji do wygrzewania rurociągów pary świeżej, wymianie rurociągów pary wtórnie przegrzanej, modernizacji rurociągów do wtórnego przegrzewu oraz wody tryskowej. Z treści potwierdzenia wynika, że prace dla bloków 7 i 8 zostały już zakończone i trwa okres gwarancyjny co w ocenie Zamawiającego nie byłoby możliwe bez podpisania bezusterkowego protokołu odbioru końcowego w zakresie bloków 7 i 8. Zamawiający stwierdził, że prawidłowo uznał, iż Energop potwierdził wykonanie usługi wskazanej w SIWZ. Dodatkowo Zamawiający wskazywał, że ww. zadanie wykonane zostało na rzecz Oddziału Zamawiającego, stąd de facto Zamawiający jest w posiadaniu informacji dotyczących wykonania wskazanego zadania przez Energop.

Następnie Zamawiający odnosił się do zarzutu związanego z brakiem informacji o rzeczowym i ilościowym prac wykonanych przez poszczególnych konsorcjantów wskazując, że w sytuacji gdy wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia (tzw. konsorcjum) stają się stroną umowy w sprawie zamówienia publicznego, ponoszą oni solidarną odpowiedzialność za wykonanie zamówienia. Odpowiedzialność ta ponoszona jest z mocy prawa art. 141 Pzp i jest całkowicie niezależną od rzeczywistego podziału obowiązków pomiędzy wykonawcami. Podział obowiązków jest jedynie wewnętrznym uzgodnieniem wykonawców służącym do rozliczeń między stronami. Nie wpływa natomiast w żaden sposób na możliwość domagania się przez Zamawiającego wykonania zamówienia przez każdego z wykonawców w całości. Dlatego też przyjęto się w orzecznictwie, że wykonawca, który realizował zamówienie jako członek konsorcjum, ma prawo wykazywać się całym zamówieniem jako doświadczeniem własnym. Zamawiający w tym zakresie powoływał się na orzecznictwo Izby.

Kolejno Zamawiający odnosił się do zarzutu związanego z brakiem możliwości powołania się na zadania w trakcie realizacji podkreślając, że wystawienie poświadczenia w trakcie wykonywania umowy w sprawie zamówienia publicznego nie jest zabronione, ale treść takiego dokumentu może odnosić się tylko do wykonanej już części zamówienia. Uprawnienie do wystawiania dokumentów referencyjnych (poświadczeń) jeszcze w trakcie realizacji umowy wynika pośrednio z treści § 1 ust. 1 pkt 3 oraz 1 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane.

Zamawiający wyjaśniał, że w pierwszym z przywołanych przepisów wskazano, iż dokumentami potwierdzającymi spełnianie warunków udziału w postępowaniu w odniesieniu do doświadczenia wykonawcy może być wykaz wykonanych albo wykonywanych dostaw lub usług wraz z dowodami potwierdzającymi należyte wykonanie lub wykonywanie świadczenia. Przywołane przepisy zakładają więc możliwość posługiwania się dokumentami referencyjnymi wystawionymi jeszcze przed końcowym terminem realizacji zamówienia o ile przedmiotem zamówienia są świadczenia okresowe lub ciągle. Wystawiając poświadczenie należytej realizacji świadczenia, które nie zostało w całości wykonane należy pamiętać o właściwym sformułowaniu treści takiego dokumentu. Zdaniem Zamawiającego żaden przepis prawa nie zawiera szczegółowych wytycznych co do treści omawianego poświadczenia, ale logicznym jest to, iż treść poświadczenia sporządzonego w trakcie realizacji zamówienia powinna jednoznacznie wskazywać na fakt wystawienia takiego dokumentu jeszcze przed zakończeniem realizacji umowy. W praktyce prowadzonych postępowań występują przecież roboty budowlane realizowane etapami, z których każdy może stanowić przedmiot samodzielnego odbioru. W związku z tym w ocenie Zamawiającego zasadnym jest dopuszczenie posługiwania się poświadczeniem wystawionym np. w trakcie realizacji kompleksu sportowo-rekreacyjnego, z treści którego wynikałoby że wykonawca realizuje kompleksowe roboty obejmujące boisko, halę sportową oraz basen, a na dzień wystawienia poświadczenia wykonał prawidłowo halę sportową.

Zamawiający wskazywał, że referencje wystawione na dzień 28 lipca 2014 r. przez inwestora PGE GiEK S.A. Oddział Elektrownia Bełchatów na potwierdzenie należytego wykonania zadania wskazanego w poz. 1 tabeli „Wykaz zrealizowanych zadań" pn. „Modernizacja i remont układu głównych rurociągów parowych i wodnych bloków 7 -12 w PGE

GiEK S.A. Oddział Elektrownia Bełchatów" określają precyzyjnie, że realizacja Kontraktu

obejmuje „wykonanie całości prac projektowych, prac demontażowych, realizację dostaw rurociągów wraz z armaturą i osprzętem, prace montażowe, próby funkcjonalne i współdziałanie w rozruchu bloków 7-12, szkolenie personelu Zamawiającego oraz obsługę serwisową w okresie gwarancyjnym". Jednocześnie Inwestor wskazuje, że oprócz obsługi serwisowej przedmiot zamówienia został zrealizowany w 2013 r. Obsługa serwisowa w okresie gwarancyjnym nie była przedmiotem warunku określonego w SIWZ przez Zamawiającego. W związku z powyższym w ocenie Zamawiającego dokument tj. referencje wystawione przez Inwestora tj. PGE GiEK S.A. Oddział Elektrownia Bełchatów potwierdzają należyte wykonania zadania, które jest potwierdzeniem nabytego doświadczenia przez wykonawcę Energop.

Zamawiający stwierdził, że w związku z tym, że wymóg określony przez Zamawiającego w SIWZ wymagał wykazanie się przez wykonawców 1 zadaniem spełniającym warunek określony w pkt. 10.1.3. SIWZ tj. stąd też oceniając pozytywnie zadanie 1 wykazane przez Wykonawcę Energop Sp. z o.o. Zamawiający odstąpił od wzywania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów tj. referencji do zadania 2 lub też wskazania uzasadnienia przez wykonawcę braku możliwości uzyskaniu dokumentu od inwestora poświadczającego należyte wykonanie zadania wskazanego w poz. 2 tabeli wykaz zrealizowanych zadań. W toku rozprawy Zamawiający ponownie potwierdził, że nie badał doświadczenia wykonawcy wskazane w poz. 2 powyższego wykazu.

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia, dowody oraz stanowiska i oświadczenia Stron oraz Przystępującego wyrażone w pismach procesowych i złożone na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Izba stwierdziła, że złożone odwołanie nie podlega odrzuceniu w oparciu o art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy jako wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

Izba ustaliła, że okoliczności stanu faktycznego nie były sporne. Zamawiający przewidział przeprowadzenie aukcji elektronicznej w celu wyboru najkorzystniejszej oferty. Ponadto w pkt 12.5. SIWZ Zamawiający uregulował, że „przed przesianiem zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej (na podstawie art. 26 ust. 2f Ustawy PZP), a w przypadku braku podstaw do przeprowadzenia aukcji elektronicznej, przed udzieleniem zamówienia (na podstawie art. 26 ust. 1 Ustawy PZP), w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia z postępowania, wezwie Wykonawców, których Oferty nie podlegają odrzuceniu, do złożenia niżej wymienionych oświadczeń i dokumentów: (...)".

Natomiast w pkt 21.1. SIWZ podano: „Zamawiający przewiduje dokonanie wyboru najkorzystniejszej Oferty z zastosowaniem aukcji elektronicznej. Zgodnie z art. 91 a ust. 1 Ustawy PZP Zamawiający po dokonaniu oceny Ofert w celu wyboru najkorzystniejszej Oferty przeprowadzi aukcję elektroniczną, jeżeli złożono co najmniej 2 Oferty niepodlegające odrzuceniu".

W dniu 6 czerwca 2019 r. Zamawiający przesłał Odwołującemu zaproszenie do udziału w aukcji elektronicznej, nie zawierające żadnych informacji o tym, czy Zamawiający odrzucił jakąkolwiek ofertę złożoną w postępowaniu a także informacji o tym, czy przeprowadził czynność badania ofert pod kątem podstaw do wykluczenia wykonawców z postępowania. Jeżeli tak, to jaki był skutek tego badania, tzn. czy wykluczył czy też nie wykluczył z postępowania któregokolwiek z wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. Zamawiający przeprowadził aukcję elektroniczną a następnie pismem z dnia 24 czerwca 2019 r. poinformował Odwołującego o wyniku badania i oceny ofert, którego skutkiem był wybór oferty Przystępującego, przy uwzględnieniu okoliczności związanych z tym, że Zamawiający uznał, że wykonawca Energop nie podlega wykluczeniu z prowadzonego postępowania, co jednoznacznie wyraził w treści ww. pisma.

Zgodnie z art. 91 a ust. 1 Pzp jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem, zamawiający po dokonaniu oceny ofert w celu wyboru najkorzystniejszej oferty przeprowadza aukcję elektroniczną, jeżeli przewidział to w ogłoszeniu o zamówieniu, zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania lub w ogłoszeniu o ustanowieniu systemu kwalifikowania wykonawców, oraz jeżeli można w sposób precyzyjny określić treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz złożono co najmniej 2 oferty niepodlegające odrzuceniu. Przepisów art. 91 ust. 4-6 nie stosuje się.

Według art. 91b ust. 1 Pzp Zamawiający zaprasza drogą elektroniczną do udziału w aukcji elektronicznej jednocześnie wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu.

Na kanwie treści powołanych przepisów Izba wyraża zapatrywanie, że Zamawiający przed zaproszeniem wykonawców do udziału w aukcji elektronicznej każdorazowo powinien dokonać weryfikacji złożonych ofert pod kątem występowania przesłanek wskazanych w art. 89

ust. 1 Pzp, skutkujących odrzuceniem oferty. Powyższe stanowisko wpisuje się w istotę aukcji elektronicznej, która jest swoistą dogrywką pomiędzy wykonawcami. W kontekście powyższego doniosłości nabiera czynność Zamawiającego w zakresie weryfikacji złożonych ofert. Dostrzec jednak należy, że w odróżnieniu od czynności obligujących Zamawiającego do badania przesłanek w zakresie odrzucenia oferty przed zakwalifikowaniem wykonawcy do udziału w aukcji elektronicznej w przepisach Pzp brak jest regulacji dotyczących konieczności przeprowadzania przez Zamawiającego badania podmiotowego wykonawców (tj. pod kątem spełnienia warunków udziału w postępowaniu i brak podstaw do wykluczenia) przed przesłaniem zaproszenia do aukcji elektronicznej. Biorąc pod uwagę ekonomikę postępowania o udzielenie zamówienia zasadnym byłoby przeprowadzenie tego rodzaju czynności przed dokonaniem kwalifikacji wykonawców do udziału w aukcji elektronicznej, nie mniej jednak nie można wykluczyć tego, iż Zamawiający będzie przeprowadzać tego rodzaju weryfikację na etapie późniejszym, tj. po zakończeniu aukcji a jeszcze przed wyborem oferty najkorzystniejszej. Podkreślenia wymaga, że powołane powyżej przepisy odnoszą się jednoznacznie do badania przesłanek wskazanych w art. 89 ust. 1 Pzp podczas, gdy w przypadku czynności wykluczenia wykonawcy z postępowania mamy do czynienia z zastosowaniem przepisu art. 24 ust. 4 Pzp, który stanowi, że ofertę wykonawcy wykluczonego z postępowania uznaje się za odrzuconą. Tym samym nie sposób zgodzić się z Zamawiającym, że dyspozycja art. 91 b ust. 1 Pzp obliguje

Zamawiającego do przeprowadzenia badania wykonawców pod kątem występowania przesłanek w zakresie wykluczenia wykonawcy z prowadzonego postępowania.

Przekładając powyższe na stan faktyczny sprawy stwierdzić należy, że w odwołaniu wniesionym po wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą została uznana oferta Przystępującego, Odwołujący wskazywał na wadliwość czynności Zamawiającego polegających na zaniechaniu wykluczenia wykonawcy Energop, a w konsekwencji zaniechanie uznania przez Zamawiającego oferty tego wykonawcy za odrzuconą, skutkiem czego był wadliwe dokonanie przez Zamawiającego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Istotnym dla rozpoznania sprawy jest to, że Zamawiający po raz pierwszy dopiero w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej, przesłanej Odwołującemu w dniu 24 czerwca 2019 r., poinformował wykonawcę Chemar, że przeprowadził i zakończył proces badania wykonawcy Energop pod kątem pod zaistnienia przesłanek skutkujących wykluczeniem tego wykonawcy z prowadzonego postępowania. Powyższe przejawiało się w tym, że Zamawiający w treści zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty podał m. in. „Oferta wskazanego powyżej wykonawcy uzyskała najwyższą ilość punktów w kryterium określonym w SIWZ, przy jednoczesnym spełnieniu wymagań określonych przez Zamawiającego w SIWZ w zakresie spełnienia warunków udziału w postepowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia”. Podkreślenia wymaga, że w przesłanym wykonawcy Chemar przez Zamawiającego zaproszeniu do aukcji elektronicznej brak jest jakichkolwiek informacji na temat prowadzenia przez Zamawiającego badania w tym zakresie. Za taką informację bez wątpienia można byłoby uznać chociażby lakoniczne stwierdzenie, iż z postępowania nie został wykluczony żaden z wykonawców.

W tym miejscu zwrócenia uwagi wymaga, że Zamawiający co prawda w pkt 12.5 SIWZ wskazał, że będzie wzywał wykonawców do złożenia dokumentów dotyczących ich właściwości podmiotowych jednak w specyfikacji Zamawiający nie podał informacji, kiedy będzie przeprowadzał stosowne badanie w tym zakresie. W kontekście powyższego Izba uznała za nietrafną argumentację Zamawiającego, który powołując się na należytą staranność

Odwołującego jako profesjonalisty twierdził, że wykonawca mógł się domyślać, że Zamawiający proces badania w tym zakresie zakończył przed przesłaniem zaproszeń do aukcji elektronicznej i wystąpić do Zamawiającego o udostępnienie oferty Przystępującego oraz przesłanych przez niego dokumentów.

Podsumowując powyższe, Izba stoi na stanowisku, że odwołanie zostało złożone przez wykonawcę Chemar w odpowiednim terminie i podlega merytorycznemu rozpoznaniu przez Izbę.

Kolejno Izba ustaliła:

Zamawiający w pkt 1.2 SIWZ wskazał, że organizatorem postępowania jest PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A. Sekcja Realizacji zakupów przy Oddziale Elektrownia Opole z siedzibą w Opolu przy ul. Elektrownianej 25. Tym samym ww. Oddział Zamawiającego prowadził omawiane postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w tym dokonywał czynności w postępowaniu, np. otwarcie ofert odbyło się w dniu 8 maja 2019 r. w PGE GIEK S.A. w Oddziale Elektrowni Opole z siedzibą w Opolu przy ul. Elektrownianej 25.

Zamawiający w 10.1.3 SIWZ w zakresie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej wskazał, że o udzielenie zamówienia może się ubiegać wykonawca, który wykonał w okresie ostatnich 12 lat, przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - to w tym okresie: co najmniej jedno zadanie o wartości nie mniejszej niż 3 000 000,00 zł netto, obejmujące swym zakresem co najmniej: wykonanie projektu, dostawy elementów, nadzór nad montażem rurociągów pary świeżej lub wtórnie przegrzanej z zastosowaniem elementów rurociągów ze stali P91 lub P92 dla kotłów parowych o wydajności co najmniej 600t/h pary opalanych węglem.

W pkt 10.2 SIWZ Zamawiający uregulował, że: „Ocena spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz ocena braku podstaw do wykluczenia z udziału w Postępowaniu zostanie dokonana wg formuły „spełnia-nie spełnia", w oparciu o informacje zawarte w dokumentach i oświadczeniach wymaganych przez Zamawiającego i określonych w pkt. 12 SIWZ. Z treści załączonych dokumentów i oświadczeń musi wynikać jednoznacznie, iż Wykonawca spełnia wyżej wymienione warunki".

W pkt 12.5.3 SIWZ Zamawiający wskazał, że na potwierdzenie spełnienia przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt. 10.1.3 SIWZ wykonawca ma przedstawić: (pkt 12.5.3.1) wykaz wykonanych zadań (min. 1), a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 12 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia jest krótszy - w tym okresie, o wartości nie mniejszej niż 3 000 000,00 zł netto (każde), obejmujących swym zakresem co najmniej: wykonanie projektu, dostawy elementów, nadzór nad montażem rurociągów pary świeżej lub wtórnie przegrzanej z zastosowaniem elementów rurociągów ze stali P91 lub P92 dla kotłów parowych o wydajności co najmniej 600t/h pary opalanych węglem - sporządzony według wzoru stanowiącego załącznik nr 3 do SIWZ.

Przystępujący w złożonym wykazie wykonanych zadań z dnia 6 maja 2019 r. w pkt 1 wskazał zadanie pn. „Modernizacja i remont układu głównych rurociągów parowych i wodnych bloków nr 7-12 w PGE GiEK S.A. Oddział Elektrownia Bełchatów" na wartość netto 288.600.000,00 zł netto. W kolumnie „Termin wykonania" jako datę rozpoczęcia zadania podano: „22.11.2010" a datę jego zakończenia określono na „21.09.2016". Wkolumnie „Nazwa i adres Zamawiającego/Zleceniodawcy podano: „PGE GIK S.A. Odział Elektrownia Bełchatów". Przystępujący przedłożył również dokument o nazwie „Potwierdzenie realizacji prac" wydany przez PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A. Oddział Elektrownia Bełchatów, Rogowiec, ul. Energetyczna 7 opatrzony datą 28 lipca 2014 r. Dokument jest skierowany do wykonawców: 1. Polimex - Mostostal S.A. z siedzibą w Warszawie przy ul. Młynarskiej 42, 2. Energop Sp. z o.o. z siedzibą w Sochaczewie przy ul. Inżynierskiej 32. W jego treści podano, że: „Konsorcjum Polimex-Mostostal S.A. oraz Energop Sp. z o.o. realizuje Kontrakt na „„Modernizację i remont układu głównych rurociągów parowych i wodnych bloków nr 7-12 w PGE GiEK S.A. Oddział Elektrownia Bełchatów". Czas realizacji kontraktu zaplanowano na lata 2011-2019. Zakres realizacji kontraktu obejmuje wykonanie całości prac projektowych, prac demontażowych, realizację dostaw rurociągów wraz z armaturą i osprzętem, prace montażowe, próby funkcjonalne i współudział w rozruchu bloków 7-12, szkolenie personelu Zamawiającego oraz obsługę serwisową w okresie gwarancyjnym. Zadanie obejmuje prace polegające na wymianie rurociągów pary świeżej wraz z zabudową stacji redukcyjno-schładzających oraz stacji do wygrzewania rurociągów pary świeżej, wymianie rurociągów pary wtórnie przegrzanej, modernizację rurociągów od wtórnego przegrzewu oraz wody wtryskowej.

Konsorcjum firm Konsorcjum Polimex-Mostostal S.A. oraz Energop Sp. z o.o. wykonało wyżej wymienione prace zgodnie z projektem i harmonogramem realizacji dla bloków 7 i 8.Prace montażowe, uruchomieniowe i odbiorcze dla bloków 7 i 8 zakończono w 2013 roku. Obecnie trwa 36 miesięczny okres gwarancyjny dla bloku 7 i 8".

W toku rozprawy Odwołujący wyjaśnił, że w treści wykazu wykonanych zadań podał wartość całego kontraktu, który został zawarty w 2010 r. i obejmował wykonanie prac w 6 etapach. Prace były podzielone na części i miały odrębne harmonogramy dla każdego bloku. Przystępujący oświadczył, że na moment składania oferty całość prac była wykonana i biegł jedynie termin gwarancyjny, natomiast referencja przedstawiona przez wykonawcę, jest z 28 lipca 2014 r. i dotyczy jedynie zakończenia prac na bloku 7 i 8.

Izba ustaliła również, że w toku prowadzonego postępowania Zamawiający nie wzywał Przystępującego na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia dokumentów dotyczących wskazywanego w wykazie doświadczenia ani też nie zwracał się do wykonawcy Energop na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp o wyjaśnienia ww. zakresie.

Izba zważyła.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się: 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. Natomiast według art. 24 ust. 4 Pzp ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.

Przepis art. 26 ust. 3 Pzp stanowi, że 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.

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 w sprawie 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 treść dokumentów przedstawionych przez Przystępującego na potwierdzenie wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu opisanego powyżej Izba stwierdziła, że jednoznacznie z nich wynika, że zadanie wykazane w poz. 1 było realizowane nie tylko przez Przystępującego ale również przez Polimex-Mostostal S.A. z siedzibą w Warszawie, który jednym z partnerów konsorcjum obu tych firm. Powyższe nie było sporne pomiędzy stronami i zostało potwierdzone w toku rozprawy przez Przystępującego.

Biorąc pod uwagę przedstawione powyżej stanowisko Izby, oparte o tezy orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 4 maja 2017 Sygn. akt C-387/14 ws. Esaprojekt, Izba za chybioną argumentację Zamawiającego, który twierdził, że skoro nie zawarł w treści SIWZ wymogów w zakresie badania doświadczenia nabytego przez wykonawcę przy

realizacji określonego zadania w ramach tzw. „konsorcjum firm", to wówczas wykonawca może powoływać się na całość doświadczenia nabytego w ramach tego zadania. Tym samym Izba stwierdziła, że Zamawiający nie był uprawniony do stwierdzenia, że wykonawca Energop, który występuje samodzielnie w tym postępowaniu, legitymuje się wymaganym przez Zamawiającego doświadczeniem skoro brak jest informacji jaki był udział Przystępującego w realizacji zadania wskazanego w pkt. 1 wykazu.

Dostrzeżenia również wymaga, że Przystępujący nie wykazał w sposób prawidłowy spełnienia warunku udziału w postępowaniu podanego w pkt. 10.1.3 SIWZ w kontekście potwierdzenia zakończenia zadania podanego w poz. 1 wykazu zrealizowanych zadań. Takie stanowisko Izby jest uwarunkowane tym, że z przedstawionego przez wykonawcę dokumentu potwierdzenia realizacji prac nie wynika, aby zadanie zostało ostatecznie zakończone. Przede wszystkim zaznaczyć należy, że dokument został opatrzony datą 28 lipca 2014 r. podczas, gdy wykonawca Energop w wykazie wykonanych zdań jako datę zakończenia podaje 21.09.2016 r. a więc okres o ponad 2 lata późniejszy od okresu wystawienia referencji. Istotnym jest również to, że treść samej referencji a nie tylko data jej wystawienia, wskazuje, że zakończono prace jedynie dla bloku 7 i 8. Z powyższego wywieść należy, że pozostałe prace były wówczas w toku ich realizacji. Tym samym oczywistym jest, że przedstawiony dokument referencyjny nie może potwierdzać należytego wykonania całości prac bowiem na ten moment prace te nie były zakończone, co zresztą zostało potwierdzone przez samego wykonawcę Energop w toku rozprawy.

W tym miejscu konieczne jest odniesienie się do twierdzeń Zamawiającego, który wskazywał, że jest w posiadaniu niezbędnych jemu informacji w tym zakresie bowiem weryfikował ww. informację. Izba zwraca uwagę, że organizatorem przedmiotowego postępowania jest Oddział Zamawiającego w Opolu podczas, gdy praca wskazana w pkt. 1 wykazu była realizowana na rzecz Oddziału w Bełchatowie. Zamawiający nie przedstawił żadnego dowodu, poza własnymi twierdzeniami, który potwierdzałby dokonywanie przez Zamawiającego czynności, polegających na sprawdzeniu informacji podanych w wykazie. W kontekście powyższego Izba uznała twierdzenia za gołosłowne. Podczas, gdy na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy.

Powołany przepis nakłada na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne. Postępowanie przez Izbą stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne a z istoty tego postępowania wynika, iż spór toczą strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne.

Wskazując w tym miejscu regulację art. 14 ustawy do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku - Kodeks cywilny (dalej: „k.c."), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej przechodząc do art. 6 k.c. ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne, należy wskazać, iż właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy. Przepis art. 6 k.c. wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; ei incubit probatio qui dicit non qui negat (na tym ciąży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza).

W tym miejscu koniecznym jest wyjaśnienie, że Zamawiający mógłby ewentualnie wyeliminować wykonawcę z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp przez jego wykluczenie nie mniej jednak w takim wypadku wykluczenie wykonawcy mogłoby dokonać się dopiero po obligatoryjnym przeprowadzeniu procedury uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, o której mowa w art. 26 ust. 3 Pzp, czego w omawianym przypadku zamawiający nie dokonał.

W tym miejscu Izba wyjaśnia, że obowiązek wystosowania wezwania na podstawie ww. przepisu, zachodzi zarówno w przypadku fizycznego braku przedstawienia jakichkolwiek dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedstawienia dokumentów zawierających błędy, jak też dokumentów, które nie potwierdzają spełnianie warunków udziału w postępowaniu opisanych przez Zamawiającego. Tym samym Izba stanęła na stanowisku, że przed wykluczeniem Odwołującego z postępowania z uwagi na niespełnienie warunków udziału w prowadzonym postępowaniu a następnie uznaniem jego oferty za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 Pzp Zamawiający powinien zastosować procedurę opisaną w art. 26 ust. 3 Pzp.

W związku z powyższym Izba nakazała Zamawiającemu przeprowadzenie czynności

wezwania do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu opisanych w sentencji niniejszego wyroku.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i § 5 ust. 2 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 (Dz. U. Nr 41, poz. 238).