

Sygn. akt: KIO 3748/21
Sygn. akt: KIO 3758/21

WYROK

z dnia 20 stycznia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Członkowie: Monika Kawa- Ogorzałek

Anna Kurowska

Protokolant: Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 stycznia 2022 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 grudnia 2021r. przez odwołujących:

1. JT Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie (ul. Płochocińska 111, 03-044 Warszawa)
2. Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie (ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa)

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Operator Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A. z siedzibą w Warszawie (ul. Mszczonowska 4 02-337 Warszawa),

przy udziale wykonawców:

w sprawie o sygn. akt: KIO 3748/21

A. "Stalprofil" S.A. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej (ul. Roździeńskiego 11a, 41-308 Dąbrowa Górnicza);

B. Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie (ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa);

C. PORR S.A. z siedzibą w Warszawie (ul. Hołubcowa 123, 02-854 Warszawa) -

- zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

w sprawie o sygn. akt: KIO 3758/21

A. PORR S.A. z siedzibą w Warszawie (ul. Hołubcowa 123, 02-854 Warszawa) -
zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

A. "Stalprofil" S.A. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej (ul. Roździeńskiego 11a, 41-308 Dąbrowa Górnicza) - zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie o sygn. akt: KIO 3748/21 oraz odwołanie o sygn. akt: KIO 3758/21;

2. Kosztami postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 3748/21 obciąża odwołującego: JT Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie (ul. Płochocińska 111, 03-044 Warszawa) i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego: Operator Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A. z siedzibą w Warszawie (ul. Mszczonowska 4 02-337 Warszawa) kwotę 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

3. Kosztami postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 3758/21 obciąża odwołującego: Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie (ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa) i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego: Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie (ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa) tytułem wpisu od odwołania;

3.2. zasądza od odwołującego: Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie (ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa) na rzecz zamawiającego: Operator Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A. z siedzibą w Warszawie (ul. Mszczonowska 4 02-337 Warszawa) kwotę 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Sygn. akt: KIO 3748/21

Sygn. akt: KIO 3758/21

Uzasadnienie

Odwołania zostały wniesione w dniu 27 grudnia 2021r. przez odwołującego: JT Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie oraz odwołującego: Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Operator Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A. z siedzibą w Warszawie w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp lub Ustawa PZP] w przedmiocie zamówienia publicznego pod nazwą: „Budowa gazociągu w/c DN700 MOP 8,4 MPa relacji Przywodzie - Dolna Odra inwestycji pn.: „Przyłączenie do sieci przesyłowej Elektrowni Dolna Odra” Numer referencyjny: ZP/2021/08/0096/POZ Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 1 września 2021 r. pod numerem: 2021/S 169-442954.

Sygn. akt: KIO 3748/21

Odwołujący JT Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie (Odwołujący JT S.A.) podał, że wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu, polegających na:

1) wyborze oferty wykonawcy PORR S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej jako: „PORR S.A.”) jako oferty najkorzystniejszej, pomimo podstaw do odrzucenia oferty tego wykonawcy,

oraz

2) zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy BUDIMEX S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej jako: „BUDIMEX S.A.”).

II. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) przepisu art. 226 ust. 1 pkt 14), w związku z art. 98 ust. 1 pkt 1) i art. 98 ust. 5 ustawy — Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców: PORR S.A. oraz BUDIMEX S.A. pomimo wniesienia przez nich wadliwych przetargowych w nieprawidłowy sposób,

2) przepisu art. 17 ust. 2 ustawy — Prawo zamówień publicznych poprzez wybór oferty wykonawcy PORR S.A., pomimo, że oferta tego wykonawcy podlega odrzuceniu.

III. Wobec powyższych zarzutów, Odwołujący wniosł o nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy PORR S.A. jako oferty najkorzystniejszej,

2) odrzucenie ofert wykonawców PORR S.A. oraz BUDIMEX S.A. oraz powtórzenie badania ofert w postępowaniu,

IV. Ponadto wniosł o:

1) przeprowadzenie dowodów z dokumentów wskazanych w uzasadnieniu, na okoliczności wskazane tamże,

2) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według faktury, która zostanie doręczona na rozprawie przed KIO.

V. Wykonawca wskazał, że (...) interes Odwołującego we wniesieniu odwołania wynika z faktu, że oferta Odwołującego, która nie podlega odrzuceniu została zakwalifikowana na 3 miejscu, za ofertami w/w wykonawców PORR S.A. oraz BUDIMEX S.A., zgodnie z informacją o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 16 grudnia 2021 r. (w załączeniu). W konsekwencji uwzględnienie odwołania otwiera Odwołującemu drogę do uzyskania zamówienia, czego został pozbawiony wskutek zaskarżonych czynności Zamawiającego”.

W uzasadnieniu podał w szczególności:

Zgodnie z art. 98 ust. 1 pkt 1) ustawy — Prawo zamówień publicznych Zamawiający zwraca wadium „niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie 7 dni od dnia (...) upływu terminu związania ofertą”. Jednocześnie, jak wynika z art. 98 ust. 5 ustawy — Prawo zamówień publicznych „Zamawiający zwraca wadium wniesione w innej formie niż w pieniądzu poprzez złożenie gwarantowi lub poręczycielowi oświadczenia o zwolnieniu wadium”.

Z brzmienia przywołanego wyżej art. 98 ust. 5 ustawy PZP, co znajduje wsparcie także w uzasadnieniu projektu w/w ustawy, wynika że zwrot wadium następuje poprzez oświadczenie materialno-prawne o „zwolnieniu” wadium. W uzasadnieniu projektu ustawy PZP, jak również w doktrynie z zakresu zamówień publicznych wskazuje się, że „co do zasady zwolnienie wadium należy kwalifikować jako zwolnienie z długu”. Wskazuje się także, że „zwolnienie wadium można przede wszystkim kwalifikować jako zwolnienie z długu albo odstąpienie od umowy gwarancji lub poręczenia”. Zwrot wadium nie jest więc jedynie czynnością techniczną, ale pozostającym w gestii Zamawiającego oświadczeniem woli do którego złożenia zobowiązany, ale także uprawniony jest Zamawiający. Ustawodawca przewidział jednocześnie we wzmiankowanym wyżej art. 98 ust. 1 ustawy — Prawo zamówień publicznych, że termin na złożenie powyższego oświadczenia musi nastąpić bezzwłocznie, nie później jednak niż w terminie 7 dni od dnia upływu terminu związania ofertą.

W ramach w/w przepisu, w analizowanym postępowaniu, Zamawiający, znając już konkretny termin związania ofertą wskazał w Specyfikacji Warunków Zamówienia w pkt 11 rozdziału XIII SWZ (str. 31), że wadium zostanie zwrócone w powyższych warunkach, tj. niezwłocznie, ale nie później niż w terminie 7 dni od dnia upływu terminu związania ofertą”. Odwołanie do tych warunków zwolnienia wadium za nakazanie Zamawiającemu warte jest także w ogłoszeniu o zamówieniu. Dowód: wyciąg z SWZ, ogłoszenie o zamówieniu

Powyższe oznacza, że Zamawiający w ramach zasad wnoszenia wadium zastrzegł sobie i

powinien mieć prawną możliwość złożenia oświadczenia o zwolnieniu wadium/względnie jego zatrzymaniu przez okres nawet do 7 dni po upływie terminu związania ofertą.

W przedmiotowym przypadku termin związania ofertą, zgodnie z SWZ, zmienionym wyjaśnieniami XVI z dnia 20 października 2021 r. upływał w dniu 1 marca 2022 r. Dowód: Wyjaśnienia XVI Zmiana Treści SWZ V FTP.

Powyższe oznacza, że termin w którym Zamawiający powinien być uprawniony do złożenia materialno-prawnego oświadczenia o zwolnieniu wadium upływa z dniem 8 marca 2022 r. Tymczasem, spośród złożonych ofert tylko wadia Odwołującego oraz Wykonawcy M. S.

S.P.A. są sformułowane w sposób, który umożliwia Zamawiającemu skorzystanie z ustawowego upoważnienia do złożenia oświadczenia o zwrocie wadium w terminie do 8 marca 2021 r. Dowód: gwarancja wadialna M. S. S.P.A.; gwarancja wadialna Odwołującego. W tym miejscu należy wskazać, że w doktrynie z zakresu zamówień publicznych wskazuje się, że określony w art. 98 ust. 1 ustawy — Prawo zamówień publicznych termin 7-dniowy „stanowi doprecyzowanie polecenia „niezwłocznie”. Wskazuje się także, że terminu „niezwłocznie” nie należy utożsamiać z terminem natychmiastowym, termin „niezwłocznie” oznacza bowiem termin realny, mając na względzie okoliczności miejsca i czasu. Jednocześnie ustawodawca doprecyzował, że termin ten nie może być dłuższy niż 7 dni od dnia wystąpienia jednej z okoliczności uzasadniających zwrot wadium. Także Krajowa Izba Odwoławcza w uchwale z dnia 21 grudnia 2021 r. (KIO/KU/23/21) wskazała jednoznacznie, że „z uwagi iż art. 98 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp wyraźnie nakazuje zamawiającemu niezwłoczny zwrot wadium, nie później jednak niż w terminie 7 dni od dnia upływu terminu związania ofertą, przyjąć należy, iż brak zwrotu wadium wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, pomimo upływu 7 dni od dnia upływu terminu związania ofertą wyznaczonego przez zamawiającego w SWZ stanowi naruszenie powyższego przepisu”. Z powyższego stanowiska KIO można wyprowadzić więc wniosek, że przed upływem 7-dniowego terminu przywoływany przepis nie jest naruszony, a więc Zamawiający ma prawo do wstrzymywania się ze zwolnieniem wadium.

Powyższe rozwiązania ustawowe zostały wprowadzone do systemu zamówień publicznych właśnie po to, aby z jednej strony chronić wykonawców, ale z drugiej strony zapewnić zamawiającym przewidywalny, odpowiedni termin na przeanalizowanie przesłanek do zwolnienia wadium, lub względnie jego uruchomienia oraz faktyczne wykonanie tych czynności. Aby jednak taką możliwość pozostawić Zamawiającemu gwarancje wadialne powinny być skonstruowane w taki sposób, aby pomimo upływu terminu związania ofertą Zamawiający miał możliwość ich uruchomienia w ustawowo zagwarantowanym terminie (najpóźniej do 7 dni od upływu terminu związania ofertą). Naturalnie nie oznacza to, że gwarancje powinny mieć moc obowiązywania dłuższą niż termin związania ofertą, ale powinny umożliwiać Zamawiającemu możliwość złożenia odpowiedniego oświadczenia o zwolnieniu wadium, lub jego uruchomieniu ze względu na zdarzenia uzasadniające zwrot lub zatrzymanie powstałe w okresie związania ofertą, a które mogą przecież nastąpić w ostatnim dniu związania ofertą. W przeciwnym razie cel i istota wniesienia wadium pozostają zakwestionowane. Z orzecznictwa KIO wynika jednocześnie dodatkowo, że wadium wniesione w formie gwarancji ubezpieczeniowej musi mieć taką samą płynność jak wadium wniesione w pieniądzu”

W warunkach przedmiotowej sprawy wykonawcy „zastąpili” niejako ustawodawcę i Zamawiającego doprecyzowując na własną rękę w swoich gwarancjach wadialnych rozumienie terminu „niezwłocznie” na złożenie oświadczeń Zamawiającego o uruchomieniu gwarancji lub jej zwolnieniu. I tak, wykonawca PORR S.A. dał Zamawiającemu 2 dni (do 3 marca 2022 r.), BUDIMEX S.A. 1 dzień (do 2 marca 2022 r.), Konsorcjum ND' 3 dni (do 4 marca 2022 r.), Konsorcjum PPS 4 dni (do dnia 5 marca 2022 r.), a wykonawcy Stalprofil i Konsorcjum ROMGOS uznali, że Zamawiającemu nie jest potrzeby żaden dodatkowy czas (do 1 marca 2022 r.). Dowód: gwarancja wadialna MAX Stalprofil S.P.A.; gwarancja wadialna Konsorcjum PPS; gwarancja wadialna Konsorcjum ND'.

Jak wskazano już wyżej, jedynie Odwołujący oraz wykonawca M. S. S.P.A. zapewnili Zamawiającemu możliwość skorzystania z ustawowych uprawnień, które zostały wprowadzone do systemu zamówień publicznych także po to, aby terminy na uruchomienie/zwolnienie wadium były jednakowe dla wszystkich wykonawców. Pozostali wykonawcy, a właściwie wystawcy gwarancji wadialnych niejako sami siebie zwolnili z długu jeszcze przed upływem terminu na złożenie odpowiedniego oświadczenia przez Zamawiającego, bowiem wskazali w treści tych gwarancji warunki wygaśnięcia gwarancji niezgodne z przepisami ustawy — Prawo zamówień publicznych.

Wykonawcy PORR S.A. oraz BUDIMEX S.A. zastosowali w tym zakresie ukształtowaną na gruncie poprzednio obowiązującej ustawy - Prawo zamówień publicznych praktykę, że możliwość złożenia oświadczenia o zwolnieniu/uruchomieniu wadium powinna wprowadzić istnieć także po upływie terminu związania ofertą, ale co do tego ile powinna ona trwać nie

byli już zgodni. Dowód: gwarancja wadialna PORR S.A.; gwarancja wadialna BUDIMEX S.A. Odwołujący zdaje sobie jednocześnie sprawę, że w ramach poprzednio obowiązującej ustawy — Prawo zamówień publicznych, ze względu na brak określenia terminu na zwolnienie wadium, ukształtowała się pewna praktyka, zgodnie z którą w tym zakresie wystarczał jeden lub kilka dni roboczych po zakończeniu okresu związania ofertą. Praktyka ta jest jednak obciążona dużą dowolnością po stronie wykonawców i jest nie do utrzymania w ramach obecnie obowiązujących przepisów, które intencjonalnie i wprost doprecyzowały warunki zwolnienia wadium. (Tak wyrok KIO z dnia 3 listopada 2020 r. (KIO 2486/20), który w tym zakresie zachowuje aktualność pomimo zmiany przepisów ustawy PZP).

Jak sygnalizowano już wyżej jednym z celów wprowadzonych do „nowej” ustawy PZP rozwiązań w tym zakresie było bowiem ujednolicenie zasad zwolnienia wadiów, aby z jednej

strony chronić wykonawców przed nadmiernych „przetrzymywaniem” wadiów przez zamawiających, ale z drugiej strony dać zamawiającym odpowiedni czas na podjęcie i wdrożenie decyzji o zwolnieniu/zatrzymaniu wadium oraz ujednolicić warunki gwarancji wadialnych składanych przez poszczególnych wykonawców, co ma przecież wpływ także na ceny ofertowe. Im dłuższy okres gwarancji wadialnej tym bowiem wyższa cena za jej uzyskanie. W świetle powyższego wadia wniesione przez wykonawców PORR S.A. oraz BUDIMEX S.A. nie zostały wniesione prawidłowo w rozumieniu art. 226 ust. 1 pkt 14) ustawy PZP, co oznacza że wykonawcy ci winni być wykluczeni z postępowania. W konsekwencji brak było także podstaw do wyboru oferty PORR S.A. jako oferty najkorzystniejszej. Rozstrzygnięcie odwołania będzie miało także istotne znaczenie dla praktyki stosowania przepisów dotyczących zwolnienia/ zatrzymania wadium na przyszłość, co pozwoli na usunięcie niekorzystnej zarówno dla zamawiających, jak i wykonawców dowolności w ustalaniu okresów ważności gwarancji wadialnych.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 14.01.2022 r.) wniósł o: 1) oddalenie odwołania w całości jako całkowicie bezpodstawnego; 2) zasądzenie kosztów

postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa w wysokości 3600 zł - wskazując w szczególności:

(...)

II. Stanowisko Zamawiającego

4. Na wstępie Zamawiający wskazuje na funkcję jaką wadium pełni w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

a. Po pierwsze, w świetle art. 704 KC w zw. z art. 8 PZP, wadium stanowi zabezpieczenie, wnoszone w formie zapłaty określonej sumy pieniężnej lub - jak w tym przypadku -

zabezpieczenia jej zapłaty, przed uchyleniem się przez wykonawcę od zawarcia umowy. Prawidłowe ustanowienie wadium przed przystąpieniem do przetargu jest warunkiem

uczestnictwa w postępowaniu przetargowym. Wadium realizuje więc funkcję wstępnej selekcji uczestników postępowania o udzielenie zamówienia, eliminując tych, którzy nie są

poważnie zainteresowani jego pozyskaniem oraz zawarciem umowy.

b. Po drugie - wadium stanowi finansowe zabezpieczenie interesów zamawiającego przed ogólnie pojętym nierzetelnym wykonawcą, który przez określone działania lub zaniechania mógłby wpłynąć na wynik postępowania (tak m.in. KIO w wyr. z dnia 12 grudnia 2019 r., KIO 2418/19). Zamawiający może zatrzymać wadium nie tylko w przypadkach określonych w art. 98 ust. 6 pkt 2 PZP, rozumianych szeroko jako „uchylenie się” od zawarcia umowy, ale również w konsekwencji wystąpienia okoliczności określonych w art. 98 ust. 6 pkt 1 PZP.

Przepis ten wskazuje na możliwe działania lub zaniechania wykonawcy w postępowaniu, które mogłyby zakłócić jego prawidłowy przebieg. Rolą wadium jest zatem również zagwarantowanie zamawiającemu doprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia do momentu zawarcia umowy oraz skuteczne przeciwdziałanie zmomom przetargowym (tak

m.in. KIO w uchwale z dnia 2 lipca 2019 r., KIO/KU 46/19).

5. Na gruncie przepisów PZP ww. funkcje wadium realizowane są przez przewidziany w art. 226 ust. 1 pkt 14 PZP obowiązek odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę, który nie wniósł wadium lub wniósł w sposób nieprawidłowy, lub nie utrzymywał wadium nieprzerwanie do upływu terminu związania ofertą, lub złożył wniosek o zwrot wadium w

przypadku, o którym mowa w art. 98 ust. 2 pkt 3 PZP. Jak nietrudno zauważyć, z art. 226 ust. 1 pkt 14 PZP wynika obowiązek utrzymania ważności wadium w terminie związania ofertą pod rygorem odrzucenia oferty.

6. Przechodząc do zarzutów sformułowanych w odwołaniu, zauważenia wymaga, że Odwołujący zarzucił naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 14 w zw. z art. 98 ust. 1 pkt 1 i art. 98 ust. 5 PZP. Natomiast przepis art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy - w zakresie objętym uzasadnieniem faktycznym odwołania - stanowi o obowiązku odrzucenia oferty, jeżeli wykonawca wniósł wadium w sposób nieprawidłowy, co należy (w tym przypadku) oceniać w zw. z art. 97 ust. 5 PZP. Tymczasem Odwołujący, zarzucając Zamawiającemu zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez PORR i Budimex, wywodzi swoje stanowisko z przepisu określającego termin, w którym powinien być dokonany zwrot wadium.

7. Zamawiający zgadza się przy tym, że art. 98 ust. 1 pkt 1 PZP nakłada na Zamawiającego obowiązek zwrotu wadium niezwłocznie, zakreślając jednocześnie maksymalny termin - 7 dni od dnia upływu terminu związania ofertą. Niemniej jednak przepis ten w żaden sposób nie modyfikuje, wynikającego z art. 97 ust. 5 PZP, obowiązku wykonawców do wniesienia wadium, jako zabezpieczenia zobowiązań wykonawcy wynikających ze złożenia oferty od dnia jej złożenia do dnia upływu terminu związania ofertą. Po upływie tego terminu wykonawca nie jest związany ofertą, wobec czego odpada również możliwość skorzystania przez zamawiającego z zabezpieczenia oferty, jaką stanowi wadium.

8. Również z art. 97 ust. 6 PZP - statuującego zasadę przedłużania terminu związania ofertą z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium albo, jeśli nie jest to możliwe, z wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą - wynika, iż wadium powinno być wnoszone na okres, w którym wykonawca pozostaje związany ofertą. Natomiast żaden przepis PZP nie nakłada obowiązku wniesienia lub utrzymywania wadium w okresie dłuższym niż odpowiadający terminowi związania ofertą.

9. W niniejszym postępowaniu termin związania ofertą upływa w dniu 1 marca 2022 r. Zarówno PORR, jak i Budimex wnieśli wadium w formie gwarancji bankowej. W przypadku wadium wniesionego przez PORR okres ważności gwarancji został określony na dzień 3 marca 2022 r., a w gwarancji wniesionej przez Budimex - na dzień 2 marca 2022 r. Zatem w

obu przypadkach wadium zabezpiecza złożone oferty w sposób prawidłowy, obejmując terminem ważności wadium termin związania ofertą, jednocześnie realizując funkcje, jakie spełnia wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

10. Obowiązek wniesienia wadium ważnego w terminie odpowiadającemu okresowi związania ofertą i utrzymywania go w sposób nieprzerwany w tym okresie został potwierdzony również w orzecznictwie wydanym na gruncie PZP z 2004 r., ale zachowującym nadal aktualność. Dla przykładu Zamawiający wskazuje na:

a. wyr. KIO z dnia 19 maja 2021 r., KIO 980/21, w którym Izba wskazała, iż

„Twierdzenie Zamawiającego, zgodnie z którym "Zamawiający powinien mieć możliwość zrealizowania roszczeń z tytułu zatrzymania wadium w przypadku wystąpienia w terminie związania ofertą okoliczności uzasadniających zatrzymanie wadium. W sytuacji, gdy termin związania ofertą upływa w dniu ustawowo wolnym od pracy gwarancja wadialna powinna umożliwiać Zamawiającemu na skorzystanie z uprawnień wynikających z gwarancji po upływie jej terminu ważności" nie znajduje podstawy prawnej. Żaden obowiązujący przepis nie nakazuje przedłużania ważności wadium do następnego dnia roboczego po dniu ustawowo wolnym od pracy”;

b. wyrok SO z Warszawy z dnia 28 maja 2021 r., XXIII Zs 36/21 „zwrócić należy także uwagę na to, że przedłużenie ważności wadium zabezpieczającego ofertę skarżącego nie obejmowało okresu, o który zamawiający żądał przedłużenia terminu związania ofertą”;

c. wyrok SO w Warszawie z dnia 19 maja 2008 r., V Ca 788/08, w którym SO stwierdził, że „oferta musi być zabezpieczona wadium przez cały okres

związania ofertą”.

11. Nawet jednak - biorąc pod uwagę wykładnię ostrożnościową prezentowaną w części orzecznictwa wydanego na gruncie PZP z 2004 r. - w obu przypadkach wadium wniesione jest na okres o co najmniej jeden dzień dłuższy niż termin związania ofertą, tak by możliwe było zgłoszenie roszczenia w związku ze zdarzeniem mającym miejsce w ostatnim dniu terminu związania ofertą (zob. m.in. wyr. SO w Częstochowie z dnia 5 lutego 2021 r., V Ga 328/20, w którym Sąd wyraził pogląd, iż „w przypadku składania przez oferenta gwarancji wadialnej wystarcza w praktyce określenie terminu jej ważności upływającego przynajmniej 1 dzień roboczy po zakończeniu okresu związania wykonawcy ofertą - w przypadku możliwości złożenia oświadczenia wobec gwaranta w formie elektronicznej”).

12. Zamawiający wskazuje również, że określony w obu gwarancjach termin ich ważności skutkuje wygaśnięciem zobowiązań gwaranta po upływie tego terminu, bez potrzeby dokonywania oświadczenia o zwolnieniu wadium, o którym mowa w art. 98 ust. 5 PZP. Z kolei oświadczenie o zwolnieniu wadium, z którego konieczności złożenia wywodzone są zarzuty odwołania, składane jest w przypadkach, kiedy do zwrotu wadium dochodzi w terminie jego ważności (np. w konsekwencji złożenia przez wykonawcę wniosku o zwrot wadium, o którym mowa w art. 98 ust. 2 PZP). Po upływie tego terminu wykonawca nie jest już związany złożoną ofertą, wobec czego nie ma też „długu” gwaranta, a w konsekwencji odpada konieczności składania oświadczenia gwarantowi o zwolnieniu z długu (zwolnieniu wadium).

13. Biorąc pod uwagę powyższe Zamawiający stoi na stanowisku, iż zarzuty odwołania, wywodzone z art. 98 ust. 1 pkt 1 i art. 98 ust. 5 PZP a niemającego zastosowania do oceny prawidłowości wadium wniesionego przez PORR i Budimex, są całkowicie bezpodstawne. W konsekwencji nie znajduje jakiegokolwiek uzasadnienia również zarzut naruszenia art. 17 ust. 2 PZP.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpienie zgłosili wykonawcy: (1) "Stalprofil" S.A. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej, (2) Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie oraz (3) PORR S.A. z siedzibą w Warszawie - wnosząc, jak Zamawiający, także o oddalenie odwołania.

Sygn. akt: KIO 3758/21

Odwołujący Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie (Odwołujący Budimex) podał, że wnosi odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegających na:

- 1) wyborze oferty wykonawcy: PORR S.A. (dalej jako: PORR) jako najkorzystniejszej;
- 2) zaniechaniu wezwania PORR do poprawienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w zakresie potwierdzenia spełnienia warunku udziału w Postępowaniu określonego w Rozdziale X ust. 5 Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej jako: SWZ), a co najmniej do udzielenia wyjaśnień dotyczących zakresu robót, jakie wykonywane były przez PORR jako członka Konsorcjum w ramach zadania referencyjnego wskazanego na potrzeby spełnienia przedmiotowego warunku udziału w Postępowaniu, a w przypadku, gdyby PORR nie złożyło prawidłowych dokumentów, oferta tego wykonawcy powinna zostać odrzucona. Zaskarżonym czynnościom Odwołujący zarzucił naruszenie przepisu:
 - 1) art. 128 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 Pzp poprzez zaniechanie wezwania PORR do poprawienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w zakresie potwierdzenia spełnienia warunku udziału w Postępowaniu określonego w Rozdziale X ust. 5 SWZ; a co najmniej
 - 2) art. 128 ust. 4 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 Pzp poprzez zaniechanie wezwania PORR do wyjaśnień dotyczących zakresu robót, jakie wykonywane były przez PORR jako członka Konsorcjum w ramach zadania referencyjnego wskazanego na potrzeby spełnienia warunku udziału w Postępowaniu określonego w Rozdziale X ust. 5

Mając powyższe na uwadze, Odwołujący wniosł o uwzględnienie niniejszego odwołania oraz o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty PORR jako najkorzystniejszej;
- 2) wezwania PORR do poprawienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w zakresie potwierdzenia spełnienia warunku udziału w Postępowaniu określonego w Rozdziale X ust. 5 SWZ, a co najmniej do udzielenia wyjaśnień w tym zakresie;
- 3) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym wynagrodzenia pełnomocnika, zgodnie z fakturą, która zostanie złożona przez Odwołującego na rozprawie.

Odwołujący wskazał, że (...) ma interes we wniesieniu niniejszego odwołania, bowiem w wyniku działań i zaniechań Zamawiającego Odwołujący został bezpodstawnie pozbawiony możliwości realizacji przedmiotowego zamówienia w sytuacji, gdy oferta wykonawcy PORR powinna zostać odrzucona. Odwołujący zajmuje na obecnym etapie drugie miejsce tzw. listy

rankingowej Zamawiającego. W przypadku odrzucenia oferty PORR, to oferta Odwołującego byłaby ofertą najkorzystniejszą w Postępowaniu. Odwołujący spełnia warunki udziału w Postępowaniu, a jego oferta odpowiada wymogom SWZ, a zatem powinna być uznana za najkorzystniejszą w rozumieniu SWZ i przepisów prawa. Szkoda, jaką może ponieść Odwołujący w wyniku zaskarżonych czynności Zamawiającego, odpowiada więc co najmniej zyskowi, jaki uzyskałby Odwołujący, realizując zamówienie”.

W uzasadnieniu zarzutów podał w szczególności:

(...)

2. Zamawiający w Rozdziale X ust. 5 SWZ postawił następujący warunek udziału w Postępowaniu:

„O udzielenie Zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy (...) W okresie ostatnich dziesięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, zrealizowali:

1) co najmniej jedno zamówienie polegające na budowie rurociągu do przesyłu paliw płynnych lub gazowych o następujących parametrach spełnionych łącznie: a) o długości co

najmniej:

- 15 km

b) o maksymalnym ciśnieniu roboczym MOP, w rozumieniu rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 26 kwietnia 2013 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać sieci gazowe i ich usytuowanie (Dz. U. z 2013 r., poz. 640), co najmniej 6,3 MPa,

c) o średnicy co najmniej DN 500,

d) z rur stalowych w gatunku co najmniej L485 zgodnie z wymaganiami normy PN-EN ISO 3183 (lub EN10208-2) lub X70 zgodnie z wymaganiami normy API5L, e) którego część liniowa była spawana w sposób zmechanizowany.

Zamawiający dopuszcza normy równoważne do wskazanych powyżej.

Zamawiający „spawanie w sposób zmechanizowany” definiuje jako realizację spawania obwodowego z zastosowaniem centrownika wewnętrznego, w której głowica automatu spawalniczego, spawającego złącze doczołowe rur rurociągu porusza się po prowadnicy zamontowanej na spawanej rurze.

oraz

2) co najmniej jedno zamówienie, o wartości nie niższej niż 6.000.000 zł brutto (słownie:

sześć milionów złotych), polegające na budowie lub przebudowie lub rozbudowie:

a) stacji gazowej wysokiego ciśnienia, spełniającej co najmniej funkcję rozdzielczą i

pomiarową, lub redukcyjno - pomiarową lub b) tłoczni gazu ziemnego lub

c) magazynu gazu ziemnego lub

d) elektrowni lub elektrociepłowni gazowych.

Przytoczone powyżej pojęcia: „tłocznia gazu ziemnego” i „magazyn gazu ziemnego” winny być rozumiane zgodnie z ich definicjami podanymi w §2 Rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 26 kwietnia 2013 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać sieci gazowe i ich usytuowanie (Dz.U. 2013 poz. 640).

Zamawiający uzna również za spełniony warunek, o którym mowa w Rozdziale X ust. 5 SWZ, jeżeli Wykonawca wykaże się spełnieniem warunku opisanego w pkt 1) i 2) powyżej w ramach jednego zamówienia”.

3. PORR w dniu 18 listopada 2021 r. przedłożył Zamawiającemu odpowiedź na wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych. I tak, w formularzu „Doświadczenie Zawodowe”, sporządzonym według wzoru stanowiącego Załącznik nr 5 do SWZ, na potrzeby wykazania spełnienia warunku udziału w Postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale X ust. 5 SWZ, wskazane zostało to samo zadanie, tj.: Budowa gazociągu Lwówek - Odolanów wraz z

infrastrukturą niezbędną do jego obsługi obejmującego etap I tj. Gazociąg Lwówek - Krobia. PORR na potwierdzenie spełniania warunku udziału w Postępowaniu określonego w Rozdziale X ust. 5 pkt 2 SWZ przedstawił rozbudowę „Węzła Przesyłu Gazu Krobia”, które stanowiło element Budowy gazociągu Lwówek - Krobia i które dotyczyło: „rozbudowy/przebudowy stacji gazowej wysokiego ciśnienia spełniającej co najmniej funkcję rozdzielczą i pomiarową”.

4. Budowa gazociągu Lwówek - Krobia została wykonana przez konsorcjum: PORR S.A. oraz OT Industries KVV ZRT z Węgier (dalej jako OTI).

5. Zamawiający w dniu 16 grudnia 2021 r. poinformował o wyborze oferty PORR jako najkorzystniejszej. Z takim postępowaniem Zamawiającego nie sposób się zgodzić, ponieważ PORR nie zrealizował zamówienia polegającego na budowie rurociągu do przesyłu paliw płynnych lub gazowych o długości co najmniej 15 km, ponieważ to jego konsorcjant, OTI, wykonał kluczowe roboty w zakresie budowy przedmiotowego gazociągu oraz obiektów technologicznych, tj. zespołów zaporowo-upustowych, słuz nadawczo-odbiorczych oraz węzłów przesyłu gazu, w tym m.in. Węzła Przesyłu Gazu Krobia. PORR nie uczestniczył w realizacji zamówienia w zakresie, który pozwalałby temu wykonawcy na nabycie wymaganego doświadczenia. Rzeczywisty zakres prac wykonany przez PORR jest niewielki i nieistotny z punktu widzenia całego przedsięwzięcia, a zatem wykonawca ten nie legitymuje się doświadczeniem w realizacji przedsięwzięcia o określonej przez Zamawiającego skali.

6. Odwołujący wskazuje, że w świetle ugruntowanej już linii orzeczniczej zasady ustalania zakresu doświadczenia wykonawcy są takie same w przypadku członków konsorcjum, którzy wspólnie realizowali zamówienie, jak i podwykonawców. Każdy z nich zdobywa doświadczenie wyłącznie w takim zakresie, w jakim faktycznie realizował zamówienie. Na poparcie powyższych twierdzeń Odwołujący wskazuje na wyrok Izby z dnia 11 kwietnia 2018 r., gdzie wskazano, że: „Nie mają zasadniczego i rozstrzygającego znaczenia relacje podmiotowe towarzyszące wykonywaniu zamówienia, tj. czy zamówienie było wykonywane wspólnie przez wykonawców działających w ramach konsorcjum, czy też przez wykonawcę i jego podwykonawców. Istotny jest zakres prac wymagany przez zamawiającego w warunkach oraz to, w jakim każdy z podmiotów rzeczywiście partycypował w wykonywaniu tych prac”. (wyrok KIO 2515219).

7. Odwołujący zwraca uwagę, że warunek udziału w Postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale X ust. 5 SWZ dotyczyć miał doświadczenia w realizacji zamówienia polegającego na budowie rurociągu do przesyłu paliw płynnych lub gazowych o określonych parametrach oraz na budowie stacji gazowej wysokiego ciśnienia o określonych parametrach. Użycie przez Zamawiającego słowa „polegającego na” oznacza, że Zamawiający wymaga od wykonawców doświadczenia w realizacji ściśle przedmiotu zamówienia, tj. budowy rurociągu do przesyłu paliw płynnych lub gazowych (gazociągu) oraz budowy stacji gazowej wysokiego ciśnienia. Skoro Zamawiający posługuje się czasownikiem „polegać na”, który jest tożsamy ze sformułowaniem „zasadzać się na czymś”, „być czymś”, to w ten sposób precyzuje zakres doświadczenia wykonawcy. Skoro doświadczenie ma sprowadzać się do budowy rurociągu, to musi to być całokształt czynności, które są niezbędne do wykonania takiego rurociągu. Inaczej rzecz ujmując, Zamawiający nie oczekuje od wykonawców doświadczenia w wykonywaniu pewnego wycinka robót budowlanych, które wchodziły w zakres inwestycji polegającej na budowie gazociągu, a oczekuje od wykonawcy doświadczenia w wykonaniu wszystkich prac, które są niezbędne do wykonania i odbioru gazociągu lub rurociągu do przesyłu paliw płynnych oraz budowy stacji gazowej wysokiego ciśnienia.

8. Zamawiający w warunku udziału w Postępowaniu odwołuje się do rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 26 kwietnia 2013 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać sieci gazowe i ich usytuowanie, gdzie w § 2 pkt 6 zawarta jest definicja gazociągu, za który uważa się: „rurociąg z wyposażeniem, ułożony na zewnątrz stacji gazowych, obiektów wydobywających, wytwarzających, magazynujących lub użytkujących gaz ziemny, służący do transportu gazu ziemnego”. Ostateczny efekt w postaci „gazociągu” jest więc wynikiem różnych prac koniecznych do wykonania rurociągu i jego niezbędnego wyposażenia, który umożliwia transport gazu ziemnego. Doświadczenie w budowie gazociągu wymaga więc doświadczenia w wykonaniu tych wszystkich prac, których efektem jest powstanie rurociągu, który będzie służył do transportu gazu ziemnego.

9. Zgodnie z § 2 pkt 6 powyższego Rozporządzenia stacja gazowa to: „zespół urządzeń lub obiekt budowlany wchodzący w skład sieci gazowej, spełniający co najmniej jedną z funkcji: redukcji, uzdatnienia, pomiarów lub rozdzielu gazu ziemnego, z wyłączeniem zespołu gazowego na przyłączy”.

10. Tymczasem spółka PORR nie wykonała robót, które złożyły się na oczekiwany przez Zamawiającego efekt w postaci gazociągu o długości co najmniej 15 km oraz stacji gazowej wysokiego ciśnienia. Nie koordynowała też prac podwykonawców w tym zakresie. W

rzeczywistości to węgierska spółka OTI, w sposób faktyczny wykonała powyższy zakres robót i to wyłącznie ta spółka mogłaby legitymować się doświadczeniem, jakiego wymaga Zamawiający. Ten stan rzeczy wyklucza możliwość przyjęcia, że PORR posiada wymagane przez Zamawiającego w Rozdziale X ust. 5 SWZ doświadczenie, czego Zamawiający nie dostrzegł.

11. PORR nie wykonał robót budowlanych, które są istotną częścią prac, nie tylko z punktu widzenia technologicznego (a zatem z punktu widzenia oceny doświadczenia wykonawcy), ale też cenotwórczego, bez których nie można mówić o powstaniu gazociągu i bez których nie jest możliwy transport gazu (podstawowa funkcja gazociągu). Odwołujący podkreśla przy tym, że wykonanie tych prac umożliwia odbiór gazociągu jako technologicznej całości, a tym wyłącznie wykonawca, który wykonał takie prace może legitymować się faktycznym doświadczeniem w wykonaniu robót budowlanych „polegających na budowie gazociągu”, a tego właśnie dotyczył przedmiotowy warunek udziału w Postępowaniu. Takich robót wykonawca PORR nie wykonywał.

12. W Konsorcjum z OTI, PORR mimo pełnienia wyłącznie formalnej roli lidera, w rzeczywistości nie wykonał kluczowego zakresu robót, który pozwalałby temu wykonawcy na nabycie wymaganego przez Zamawiającego doświadczenia, a zadania lidera konsorcjum i generalnego wykonawcy w sposób faktyczny wykonywała węgierska spółka OTI.

13. Kluczowe roboty w zakresie budowy gazociągu, o których mowa we wcześniejszych punktach niniejszego odwołania, jakich nie wykonał PORR, a które zostały wykonane i koordynowane przez węgierską spółkę OTI to:

a) W zakresie budowy części liniowej gazociągu co najmniej:

- Rozwózka rur i łuków,
- Gięcie łuków na zimno, - Spawanie liniowe,
- Spawanie montażowe,
- Izolacja spoin,
- Układka gazociągu w wykopie wraz z uzbrojeniem przewiertów,
- Przewierthy HDD,

b) Obiekty technologiczne (zespoły zaporowo-upustowe, węzły (stacje), w tym m.in. węzeł Krobica (projekt referencyjny, który PORR wskazał jako spełniający warunek udziału w Postępowaniu z Rozdziału X ust. 5 pkt 2 SWZ) w zakresie robót technologicznych, wykonał OTI przy udziale podwykonawcy - firmy RAFAKO na zlecenie i pod nadzorem OTI.

PORR nie wykonał zakresu inwestycji, jaki mógłby stanowić podstawę do odbioru funkcjonalnego samodzielnie odcinka gazociągu czy jednej stacji. PORR wykonywał jedynie roboty przygotowawcze i towarzyszące budowie gazociągu, przykładowo takie jak, rozpoznanie saperskie i archeologiczne, obsługa geodezyjna, roboty ziemne, światłowód wzdłuż gazociągu, próby ciśnieniowe, co wyklucza możliwość uznania, że wykonawca ten legitymuje się rzeczywistym doświadczeniem w zakresie, jakiego wymagał Zamawiający.

14. Na marginesie wspomnieć też należy o istotnych wadach prac, które PORR wykonuje w ramach analogicznego zamówienia, tj. wadliwości spoin, co stanowi dodatkowe potwierdzenie zarzutów Odwołującego dotyczących braku odpowiedniego doświadczenia PORR, które dawałoby rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Temu przecież służą warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. PORR wykonywał dla części liniowej projektu „Budowa międzysystemowego gazociągu stanowiącego połączenie systemów przesyłowych Rzeczypospolitej Polskiej i Republiki Litewskiej wraz z infrastrukturą niezbędną do jego obsługi na terenie województw mazowieckiego i podlaskiego tj. gazociąg Polska-Litwa odcinek południowy, zadanie nr 2: od granicy woj. mazowieckiego ok. km 72,5 do ok. km 157,2 w gminie Mały Płock miejscowość Rudka - Skroda” złącza spawane gazociągu metodą 135 w technologii spawania wąskoszczelinowego zautomatyzowanego sprzętem CRC Evans, na kontrakcie tym obowiązywały wymagania spawalnicze określone w Załączniku nr 3 do OPZ, Instrukcji nr PE-DY-I26:

Wymagania wadliwość złączy spawanych została określona na poziomie 8% dla DN700 (str. 13).

Rzeczywista wadliwość, którą osiągnął wykonawca PORR, wyniosła 13% dla metody 135 w technologii spawania wąskoszczelinowego zautomatyzowanego sprzętem CRC Evans, tym samym przekroczyła dopuszczalny poziom wadliwości o 62,5% (dopuszczalny poziom

wynosi 8%). W celu zmniejszenia poziomu wadliwości zostały zatrudnione dodatkowo dwie firmy, które wykonywały ok. 30 km spawania liniowego w technologii zmechanizowanej. Wykonawca PORR w odpowiedzi na pismo Zamawiającego w sprawie rażąco niskiej ceny podaje:

Planowana do zastosowania, w przedmiotowym zamówieniu, technologia spawania wąskoszczelinowego dodatkowo potwierdza brak wymaganego doświadczenia z uwagi na rażące przekroczenie wymagań jakościowych określonych przez Zamawiającego. Dla projektu Dolna Odra (tj. niniejszego Postępowania) także obowiązują wymagania

spawalnicze które są załącznikiem do OPZ nr 3. Analogicznie jak dla projektu Polska -

Litwa, także jest wymagany poziom jakości 8% dla DN700. Powyższe fakty dotyczące wadliwości robót wykonywanych przez PORR, tym bardziej powinny więc skłaniać Zamawiającego do jeszcze bardziej wnikliwego weryfikowania rzeczywistego doświadczenia

PORR, czego Zamawiający w niniejszym Postępowaniu jednoznacznie zaniechał.

15. Podobne kwestie były rozstrzygane w wyroku Izby z dnia 27 września 2021 r., KIO 2501/21: „Izba zwraca uwagę, że w przypadku oceny doświadczenia zdobytego w ramach grupy wykonawców lub pełnienia roli podwykonawcy należy każdorazowo podchodzić indywidualnie, biorąc pod uwagę przede wszystkim treść warunku udziału w postępowaniu, konkretne działania wykonawców podejmowane podczas realizacji wskazanej na potwierdzenie spełnienia tego warunku inwestycji oraz faktyczną możliwość wyodrębnienia i podziału zadań pomiędzy poszczególnych wykonawców realizujących zadanie. Istotne jest również w jaki sposób Wykonawca powołujący się na doświadczenie i wiedzę zdobyte w ramach zadania wykonywanego przez grupę wykonawców te okoliczności wykazuje, czy to przez złożenie wymaganych wykazów, referencji, dodatkowe wyjaśnienia, umowy konsorcjum, faktury za wykonanie poszczególnych elementów zamówienia, ustalenia wewnętrzne między konsorcjantami, inne ustalenia. Wydaje się zatem, że dla rozstrzygnięcia zagadnienia, czy dany wykonawca jako członek konsorcjum lub podwykonawca, może powoływać się na doświadczenie zdobyte w ramach takiej grupy najistotniejsze znaczenie będzie miał przedstawiony Zamawiającemu materiał dowodowy potwierdzający rzeczywisty zakres czynności wykonywanych przez dany podmiot i istotność tych czynności dla całego przedmiotu danego zamówienia. Trybunał Sprawiedliwości UE podkreśla, iż warunkiem uznania możliwości powołania się na doświadczenie całego konsorcjum przez pojedynczego wykonawcę jest jego czynny udział w zarządzaniu sprawami konsorcjum (Wyrok z dnia 18 lipca 2007 r. w sprawie Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Grecji, sygn. C-399/05, podobnie wyrok TSUE z dnia 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14 Esaprojekt). Trybunał widzi zatem doświadczenie konsorcjanta w postaci czynnego udziału w sprawach konsorcjum będących określonym przedsięwzięciem. 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. A więc, każdy przypadek i każda sprawa, w tym ocena spełniania warunków udziału przez konsorcjum, jako całość oraz jako poszczególni jego członkowie, wymagają indywidualnej analizy.” (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 września 2021 r., sygn. akt: KIO 2501/21).

16. Mając na uwadze zakres prac faktycznie wykonanych przez PORR, nie sposób uznać, że w ramach przedmiotowej inwestycji wykonawca ten nabył doświadczenie w budowie gazociągu (oraz stacji gazowej), który ze swej istoty musi stanowić funkcjonalną całość. W ocenie Odwołującego doświadczenie PORR to doświadczenie w wykonywaniu co najwyżej części prac, o nieistotnym charakterze, które nie świadczą o wykonaniu gazociągu jako całości. Wobec tak daleko idących wątpliwości co do doświadczenia PORR, Zamawiający miał obowiązek co najmniej wezwać PORR do wykazania zakresu realizowanych prac oraz nabytego doświadczenia, czego nie uczynił, co wskazuje także na niezapewnienie przez Zamawiającego zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

17. Z tego też względu prace wykonane przez PORR w ramach Konsorcjum przy realizacji zadania: „Budowa gazociągu Lwówek - Odolanów wraz z infrastrukturą niezbędną do jego obsługi obejmującego etap I tj. Gazociąg Lwówek - Krobia nie są wystarczające do uznania, że PORR samodzielnie wykazało, że spełnia warunek udziału w Postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale X ust. 5 SWZ”.

18. Wobec niedających się usunąć okoliczności opisanych powyżej, należy uznać, że Zamawiający naruszył art. 128 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp poprzez zaniechanie wezwania PORR do poprawienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w zakresie potwierdzenia spełniania warunków udziału w Postępowaniu określonych w

Rozdziale X ust. 5 SWZ lub co najmniej poprzez zaniechanie wezwania PORR do udzielenia

wyjaśnień dotyczących zakresu robót, jakie wykonywane były w ramach zadania referencyjnego wskazanego na potrzeby wykazania spełnienia przedmiotowego warunku udziału w Postępowaniu.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 14.01.2022 r.) wniósł o: 1) oddalenie odwołania w całości jako całkowicie bezpodstawnego; 2) zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa w wysokości 3600 zł - wskazując w szczególności: (...)

II. Stanowisko Zamawiającego

4. Na wstępie Zamawiający zwraca uwagę na okoliczność, iż przedmiotowe postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów PZP z 2019 r. Natomiast Odwołujący powołuje się na - ugruntowane w orzecznictwie, wydany pod rządem poprzednio obowiązującej ustawy PZP z 2004 r. - zasady ustalania zakresu doświadczenia wykonawcy w przypadku, w którym realizował on zamówienie w konsorcjum (pkt. 8 odwołania). O ile faktycznie w poprzednim stanie prawnym zasady te wywodzone były z orzecznictwa (głównie też zawartych w wyroku TSUE z dnia 4 maja 2017 r., C-387/14, Esaprojekt vs. Województwo Łódzkie), o tyle obecnie, kwestię tę reguluje dokładnie § 9 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia wykonawczego do PZP z 2019 r. W świetle tego przepisu w przypadku, kiedy wykonawca powołuje się na doświadczenie w realizacji robót budowlanych wykonywanych wspólnie z innymi wykonawcami, wykaz robót budowlanych składany w celu wykazania badanego w postępowaniu doświadczenia dotyczy robót budowlanych, w których wykonaniu wykonawca ten bezpośrednio uczestniczył.

5. Składany przez wykonawcę wykaz robót jest na gruncie obowiązujących przepisów jedynym podmiotowym środkiem dowodowym, potwierdzającym okoliczność bezpośredniego uczestnictwa wykonawcy w wykonaniu referencyjnych robót. Zatem z założenia ustawodawcy okoliczność ta badana jest na podstawie oświadczenia wykonawcy. Zamawiający nie ma podstaw do kwestionowania złożonego w wykazie oświadczenia wykonawcy i wzywania go dodatkowo do złożenia wyjaśnień lub wykazania dokumentami zakresu jego udziału w wykonaniu zadania referencyjnego, chyba że posiada wiedzę pozyskaną przez siebie bezpośrednio lub z jakiegokolwiek innego źródła co do okoliczności podważających prawidłowość oświadczenia wykonawcy. Zauważenia przy tym wymaga, że Odwołujący domaga się wezwania PORR do poprawienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych. Nie precyzuje jednak jakie to podmiotowe środki dowodowe miałyby być poprawione lub uzupełnione. Jedynie w pkt 16 odwołania formułuje tezę, że „Wobec tak daleko idących wątpliwości co do doświadczenia PORR, Zamawiający miał obowiązek co najmniej wezwać PORR do wykazania zakresu realizowanych prac oraz nabytego doświadczenia, czego nie uczynił, co wskazuje także na niezapewnienie przez

Zamawiającego zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców”. Teza ta jest całkowicie nieuzasadniona w szczególności zważywszy, iż Zamawiający, jako odbiorca zadania referencyjnego wskazanego przez PORR w wykazie robót, nie miał wątpliwości formułowanych w odwołaniu, a Odwołujący nie wykazał z jakiego przepisu PZP lub aktu wykonawczego do PZP miałby wynikać taki obowiązek ciążyący na Zamawiającym.

6. Ponadto, zauważenia wymaga, że - jak wywiodła Izba w wyroku KIO z dnia 15 listopada 2019 r. (KIO 2090/19), podsumowując i przytaczając w uzasadnieniu tezy z orzecznictwa wydanego w różnych stanach faktycznych z uwzględnieniem ww. wyroku TSUE w sprawie Esaprojekt - nie można z tego orzeczenia wywieść wniosku, jak czyni to Odwołujący, iż członek konsorcjum może powoływać się tylko i wyłącznie na taki zakres rzeczowy, jaki sam bezpośrednio wykonał w ramach konsorcjum („W żadnej z podanych poniżej przykładowo spraw nie oznaczało to uznania, że wykonawca powołujący się na doświadczenie zdobyte w ramach konsorcjum musiał w jego ramach bezpośrednio wykonywać cały zakres prac objętych treścią warunku udziału w postępowaniu”). W wyroku tym bowiem TSUE stwierdził, że: „art. 44 dyrektywy 2004/18 w związku z art. 48 ust. 2 lit. a) tej dyrektywy oraz zasadą równego traktowania wykonawców, zapisaną w art. 2 tej dyrektywy, należy interpretować w ten sposób, że nie dopuszcza on, 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”. Jako takie przykładowe rozstrzygnięcia Izba wskazała i omówiła je w następujący sposób:

a. Wyrok z dnia 18 września 2017 r. (KIO 1854/17), w którym Izba zwróciła uwagę na podkreślenie przez TSUE, że warunkiem uznania możliwości powołania się na doświadczenie całego konsorcjum przez pojedynczego wykonawcę jest jego czynny udział w zarządzaniu sprawami konsorcjum (wyrok z dnia 18 lipca 2007 r. w sprawie Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Grecji sygn. C399/05). Trybunał widzi zatem doświadczenie konsorcjanta w postaci umiejętności zarządzania, administrowania

określonym rodzajem i rozmiarem przedsięwzięć. Wydaje się, że w ten sposób należałoby rozumieć owe zastrzeżenie czynnego udziału w zarządzaniu sprawami konsorcjum. Tego rodzaju podejście jest racjonalne i ma głębokie praktyczne uzasadnienie, gdyż eliminuje wykonawców próbujących powoływać się na doświadczenie całego konsorcjum w sytuacji, gdy ich rola nie była znacząca dla inwestycji.

b. Analogiczny do wskazanego wyżej w lit. a, wyrok z dnia 4 grudnia 2017 r. (KIO 2413/17), w którym Izba stwierdziła, że istotą rozpoznania w takim przypadku jest ocena, czy w ramach realizacji zamówienia przez wykonawców wspólnie je realizujących dany wykonawca nabył doświadczenie pozwalające mu na wykazanie spełnienia określonego warunku. Izba podkreśliła, że według TSUE warunkiem uznania możliwości powołania się na doświadczenie całego konsorcjum przez pojedynczego wykonawcę jest jego czynny udział w zarządzaniu sprawami konsorcjum.

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

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

e. Wyrok z dnia 27 sierpnia 2018 r. (KIO 1607/ 17), w którym Izba stwierdziła, że w sytuacji, gdy wykonawca polega na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem, doświadczenie to należy oceniać w zależności od konkretnego zakresu udziału tego wykonawcy, faktycznego wkładu w prowadzenie działań, które były wymagane od tej grupy w ramach danego zamówienia publicznego.

f. Wreszcie wyrok z dnia 18 kwietnia 2019 r. (KIO 588/19), w którym Izba zauważyła, że przełożenie tej ogólnej tezy na daną sytuację faktyczną wymaga indywidualnej oceny zarówno elementów danego warunku udziału w postępowaniu, jak i konkretnych działań wykonawców podejmowanych przy konkretnej realizacji. W skrócie można to ująć w następujący sposób: dany wykonawca (konsorcjant - czy to lider, czy to partner), żeby wykazać się doświadczeniem, nie musiał wykonywać absolutnie wszystkiego w danym zamówieniu czy danej jego części, na którą się powołuje (byłoby to sprzeczne z zasadami działania konsorcjów), ale jego udział w tym zamówieniu (lub odpowiednio jego części - w zależności od brzmienia warunku), musi być na tyle istotny, by zarówno ten jego udział, jak i nabyte doświadczenie, były faktyczne i realne.

7. Jako reprezentatywne dla możliwości powołania się przez wykonawcę na doświadczenie zdobyte w wyniku wykonania zamówienia w konsorcjum należy wskazać również m.in. następujące wyroki KIO:

a. Wyrok KIO z dnia 2 lipca 2019 r. (KIO 1082/19), w którym Izba wyjaśniła, że „w pkt 64 orzeczenia C-387/14 Trybunał Sprawiedliwości wskazał, że wykonawca nie może polegać na realizacji świadczeń przez innych członków grupy wykonawców, w których realizacji faktycznie i konkretnie nie brał udziału. Ze stanowiska TS nie wynika zatem, jak chciałby odwołujący, możliwość powołania doświadczenia wyłącznie w zakresie prac osobiście wykonanych przez członka konsorcjum. Wymagany jest natomiast osobisty i bezpośredni udział w wykonaniu co najmniej części zamówienia (vide pkt 62 i 63 orzeczenia C- 387/14). Oznacza to, że możliwość powołania się przez wykonawcę na doświadczenie uzyskane w ramach konsorcjum należy oceniać indywidualnie, mając na względzie indywidualne okoliczności danego przypadku (.). Również ustalenie, że część zamówienia była wykonana przez podwykonawcę, nie skutkuje odmową powołania się przez przystępującego na doświadczenie wynikające z umowy wykonanej w części przez podwykonawcę. Żaden przepis ustawy nie daje ku temu stosownej podstawy. Co więcej, nie można tracić z pola widzenia, że szerokie dopuszczenie podwykonawstwa w zamówieniach publicznych ma na celu rozszerzenie liczby uczestników tego rynku i coraz szersze otwieranie go na konkurencję. Podwykonawstwo jest instytucją, która sprzyja osiągnięciu tego celu. Podwykonawca nabywa doświadczenie w zakresie prac wykonanych na rzecz wykonawcy i pod jego nadzorem, natomiast wykonawca odpowiadający za działania i zaniechania podwykonawcy jak za własne, uzyskuje doświadczenie w odniesieniu do całości prac wynikających z umowy zawartej z zamawiającym”.

b. Wyrok KIO z dnia 2020-01-30, KIO 80/20, w którym Izba nie zgodziła się z odwołującym, który „z orzeczenia C-387/14 Esaprojekt wywodzi, że w przypadku wykonania umowy przez konsorcjum, każdy z jego uczestników może powołać się wyłącznie na prace, które sam wykonał. Należy zwrócić uwagę, że w pkt 64 orzeczenia C-387/14 Trybunał Sprawiedliwości wskazał, że wykonawca nie może polegać na realizacji świadczeń przez innych członków grupy wykonawców, w których realizacji faktycznie i konkretnie nie brał udziału. TSUE sprzeciwił się tym samym możliwości powołania się członków konsorcjum na umowę, w której udział danego wykonawcy miał charakter jedynie formalny, stwierdzając, że nie można uznać uzyskania doświadczenia przez sam fakt bycia członkiem grupy wykonawców” (podobnie KIO w wyroku z dnia 7 lutego 2020 r., KIO 130/20).

c. Wyrok KIO z dnia 21 grudnia 2018 r. (2548/18), w którym Izba stwierdziła, że „wykonawca nabywa doświadczenie nie przez sam fakt bycia członkiem konsorcjum, lecz przez bezpośredni udział w realizacji części zamówienia, do którego wykonania zobowiązana jest cała grupa wykonawców. W sytuacji, gdy wykonawca polega na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem, to doświadczenie tego wykonawcy należy ocenić w zależności od konkretnego zakresu udziału tego wykonawcy, czyli jego faktycznego wkładu w prowadzenie działań, które były wymagane od tej grupy w ramach danego zamówienia publicznego. Analizując, zgodnie z przywołanymi tezami, udział wykonawcy Doraco w realizacji zadania „Przebudowa Nabrzeża Szwedzkiego w Porcie Gdynia”, Izba uznała, że udział tego wykonawcy w realizacji ww. przedsięwzięcia, jak również wymaganego zakresu doświadczenia polegającego na wykonaniu robót kafarowych był realny i faktyczny. (...). Z powyższych ustaleń wynika, że co prawda fizycznie prace kafarowe polegające na pograżeniu w wodzie ścianki szczelnej wykonane były przez personel UW-Service, to jednak Doraco nadzorowało i uczestniczyło w odbiorach wszystkich prac na tej inwestycji, w tym także wskazanych robót kafarowych. Z przywołanego dziennika budowy wynika, że wszystkie prace wykonywane na tej inwestycji były realizowane pod kierownictwem Doraco, kierownikiem budowy była osoba z ramienia Doraco - p. A. M., co oznacza, że wykonawca ten miał istotny, faktyczny i konkretny wkład w realizację całego zadania, w tym także w wykonanie robót kafarowych. Doraco było nie tylko liderem konsorcjum, ale aktywnie i bezpośrednio uczestniczyło w realizacji całego przedsięwzięcia, dokonywało zakupów kluczowych materiałów, pozyskiwało podwykonawców, realizowało samodzielnie istotny zakres prac i co najważniejsze nadzorowało i odbierało wszystkie prace, również te fizycznie wykonane przez członka konsorcjum”.

8. Co więcej, Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 15 października 2019 r. (XXIII Ga 157/19) wskazał, że „Nie sposób jest skutecznie wywieść stanowiska, iż warunek jest spełniony tylko wówczas gdy wykonawca wykona wszystkie bądź kluczowe elementy inwestycji. Ważne jest, aby wykonał co najmniej jedną część tego zamówienia. Doświadczenie bowiem zdobywa się nie tylko poprzez wykonywanie własnych działań, ale także poprzez możliwość aktywnej współpracy z innymi podmiotami, wymienianie się doświadczeniami niezbędnymi do wykonania całej inwestycji oraz obserwowanie jak działają inni oraz czerpanie wiedzy i nabywanie nowych umiejętności dzięki tej współpracy”.

9. Sąd Okręgowy w Warszawie, w cyt. wyżej wyroku, zwrócił zatem uwagę na istotny problem, iż takie podejście do możliwości wykazania się spełnianiem warunków udziału w postępowaniu, jakie reprezentuje Odwołujący, faktycznie uniemożliwi jakiegokolwiek rozwój wykonawców, którzy nigdy nie nabędą doświadczenia w szerszym zakresie niż dotychczas posiadane, pomimo realizowania wspólnie z innymi wykonawcami nowych zamówień, obejmujących również nowe, ale bliskie dotychczasowym obszary rynku robót budowlanych. Takie podejście jednocześnie niweczy sens wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia, jakim jest połączenie potencjału poszczególnych wykonawców w celu wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia i wspólnej jego realizacji, tym samym umożliwiając ich rozwój na rynku zamówień publicznych również poprzez powiększanie puli posiadanego doświadczenia. Tak rygorystyczny sposób wykładni przeczy również postulowanemu otwarciu zamówień na możliwie szeroką konkurencję, co legło u podstaw uchwalenia nowych przepisów.

10. Ten dorobek orzecznictwa, wypracowany na gruncie PZP z 2014 r., w PZP z 2019 r. przyjął postać normatywną w postaci warunku, by wykonawca, który powołuje się na doświadczenie w wykonaniu robót budowlanych wspólnie z innymi wykonawcami, bezpośrednio uczestniczył w ich wykonaniu (§ 9 ust. 3 pkt 1 rozp. o PŚD).

11. Niezależnie od powyższego Zamawiający wskazuje, że zadanie referencyjne wskazane przez PORR w wykazie robót („Budowa gazociągu Lwówek - Odolanów wraz z infrastrukturą niezbędną do jego obsługi obejmującego etap I, tj. Gazociąg Lwówek - Krobia”) było wykonywane na jego rzecz. Zamawiający oświadcza również, że członkowie komisji przetargowej, powołanej do przeprowadzenia przedmiotowego postępowania, posiadali pełną wiedzę o sposobie realizacji tego zadania przez konsorcjum PORR S.A. oraz OT Industries KVV ZRT z Węgier (dalej jako: „OTI”) oraz zakresie uczestnictwa PORR w jego wykonaniu. Faktyczny udział PORR w wykonaniu zadania referencyjnego, znany

Zamawiającemu, potwierdza prawo tego Wykonawcy do samodzielnego posługiwania się doświadczeniem w realizacji robót wskazanych w wykazie.

12. Zamawiający, dokonując weryfikacji podmiotowej PORR, nie miał jakichkolwiek wątpliwości co do możliwości wykazania się przez PORR tym doświadczeniem, a także nie ma ich nadal po zapoznaniu się z argumentacją odwołania. Nie miał więc podstaw do wzywania tego Wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących jego udziału w wykonaniu

referencyjnego zadania lub wykazania zakresu realizowanych prac oraz nabytego doświadczenia.

13. Natomiast treść odwołania ewidentnie świadczy o tym, że Odwołujący nie posiada wiedzy co do udziału PORR w wykonaniu zadania referencyjnego. W odwołaniu stawiane są bowiem niczym nieudowodnione tezy dotyczące braku realnego i bezpośredniego zaangażowania PORR w wykonanie referencyjnego zadania. W tym miejscu przypomnienia wymaga, że to na Odwołującym spoczywa ciężar dowodowy wykazania twierdzeń i faktów powołanych w odwołaniu (art. 534 ust. 1 PZP). Stawiane w odwołaniu tezy nie mają również podstaw w okolicznościach faktycznych wykonania referencyjnego zadania.

14. Nie trudno również zauważyć, że stanowisko Odwołującego (jak każde prezentowane „w ciemno”, z tzw. ostrożności procesowej) zawiera szeroką pulę zarzutów, w tym w części wykluczających się wzajemnie. W pkt 5 odwołania Odwołujący wskazuje, że „Rzeczywisty zakres prac wykonany przez PORR jest niewielki i nieistotny z punktu widzenia całego przedsięwzięcia, a zatem wykonawca ten nie legitymuje się doświadczeniem w realizacji przedsięwzięcia o określonej przez Zamawiającego skali”, a w pkt 12 sprowadza już udział PORR do „pełnienia wyłącznie formalnej roli lidera (...) a zadanie lidera konsorcjum i generalnego wykonawcy w sposób faktyczny wykonywała węgierska spółka OTI”.

15. Zamawiający wyjaśnia, że faktycznie PORR aktywnie pełnił funkcję Lidera Konsorcjum. W szczególności po jego stronie leżały kwestie logistyczne, zarządzanie i organizacja budowy. To PORR zarządzał harmonogramem robót. Po stronie PORR były również:

- a. kluczowy personel - osoby do zarządzania budową, pełniące samodzielne funkcje techniczne w budownictwie, odpowiedzialne za kontrolę jakości i bhp, prowadzenie korespondencji z podmiotami uczestniczącymi w realizacji inwestycji (w tym m.in. Kierownik Projektu, Kierownik Budowy, Kierownicy Robót w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych, Kierownik Robót Konstrukcyjnych, Kierownik Robót Drogowych, Kierownik Nadzoru Robót Spawalniczych, Kierownik Kontroli Jakości, Specjaliści ds. Jakości, Specjalista ds. BHP, Pełnomocnik Zarządu ds. Zapewnienia Jakości),
- b. organizacja w zakresie odbiorowym,
- c. zarządzanie jakością (w tym opracowanie i przekazanie do akceptacji Zamawiającemu, a także nadzorowanie przestrzegania Planu Zapewnienia Jakości, Planu Kontroli i Badań w celu zapewnienia odpowiedniej jakości robót, materiałów i urządzeń stosowanych do wykonania zamówienia) i nadzór nad bezpieczeństwem wykonywanych robót budowlanych (sporządzenie Planu Bezpieczeństwa i Ochrony Zdrowia, kontrola przestrzegania zasad bhp),
- d. spotkania robocze, narady, bezpośrednia współpraca z Wykonawcą Nadzoru Inwestorskiego i Zamawiającym,
- e. rozliczenia płatności,
- f. kontraktowanie, nadzorowanie i zarządzanie podwykonawcami.

Zdaniem Zamawiającego już ww. czynności, a w konsekwencji zdobyte przy ich wykonywaniu doświadczenie, są kluczowe i determinują należyte wykonanie inwestycji liniowych, a z pewnością świadczą o bezpośrednim uczestniczeniu Wykonawcy PORR w wykonaniu zadania referencyjnego.

W tym miejscu Zamawiający zastrzega możliwość przedłożenia stosownych dowodów w celu wykazania przedstawionych wyżej (w pkt. 15 niniejszego pisma) okoliczności.

16. Ponadto - wbrew twierdzeniom Odwołującego - określone w pkt 13 odwołania jako kluczowe roboty nie były w całości zrealizowane przez OTI. Znakomita część tych prac (tj. spawanie liniowe, spawanie montażowe, układka, wykop i zasypanie, rozwózka rur i łuków, rozwózka i montaż obciążników, wykonanie spoin montażowych dla rur osłonowych i przewiertowych, odwodnienie, przewierty inne niż HDD) została zlecona Podwykonawcom bezpośrednio przez firmę PORR, tj. m.in. firmie ROMGOS Gwiazdowscy Sp. z o.o. (Umowa i

aneksy stanowią załączniki nr 1, 1a, 1b, 1c) i firmie JT S.A. (Umowa i aneks stanowią załączniki nr 2 i 2a), o czym świadczą komparycja i postanowienia określające przedmiot ww. umów i aneksów.

Dowody: Umowa i aneksy zawarte między PORR S.A. a ROMGOS Gwiazdowscy Sp. z o.o. - zał. nr 1, 1a, 1b, 1c; Umowa i aneks zawarte między PORR S.A. a JT S.A. - zał. nr 2, 2a.

17. Firma JT S.A. (dalej: „JT”) zrealizowała swój zakres w całości i zafakturowała pełną wartość wynikającą z Umowy i aneksów (Oświadczenie JT i zestawienie płatności na rzecz JT stanowią załącznik nr 3), natomiast firma ROMGOS Gwiazdowscy Sp. z o.o. (dalej: „ROMGOS”) wyczerpała zakres umowy, jednak z uwagi na obmiarowy charakter umowy, nie zafakturowała pełnej kwoty (Oświadczenie ROMGOS i zestawienie płatności na jego rzecz stanowią załącznik nr 4).

Dowód: Oświadczenie JT i zestawienie płatności - zał. nr 3; Oświadczenie ROMGOS i zestawienie płatności - zał. nr 4.

18. Zestawienie odcinków i zakresy prac wykonanych przez Podwykonawców ROMGOS i JT (załącznik nr 5) wskazują, iż ułożyli oni ponad 30 km rurociągu, jednak - z ostrożności - do celu oceny spełnienia warunku udziału przyjęto tylko jeden z odcinków wykonywanych przez ROMGOS o długości 10,266 km, na którym wykonywano prace objęte warunkiem udziału w postępowaniu. Tym samym łączna długość odcinków realizowanych przez Podwykonawców PORR, a których nie wykonała firma OTI, spełniających wymogi warunku udziału w postępowaniu, określonego w Rozdziale X ust. 5 pkt 1 SWZ (ciśnienie robocze, średnica, gatunek rur stalowych, sposób spawania), wynosi ponad 20 km (przy wymaganych 15 km). Dowód: Zestawienie prac realizowanych przez PORR S.A. przy pomocy zakontraktowanych i nadzorowanych przez PORR Podwykonawców - zał. nr 5

19. W tym miejscu należy dodać, że specyfiką zamówień będących przedmiotem zamówienia jest wykonywanie znacznego zakresu robót przez podwykonawców. Z doświadczenia Zamawiającego wynika również, że Odwołujący niemalże w całości powierza wykonanie zamówienia podwykonawcom, ograniczając swoją rolę do koordynowania i nadzorowania ich prac, a także do organizacji procesu całej budowy. Taki sposób wykonania zamówień jest co do zasady dopuszczalny i nie stoi na przeszkodzie możliwości posługiwania się przez wykonawcę doświadczeniem zdobytym podczas ich wykonania.

20. Odnośnie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego budowy/przebudowy lub rozbudowy stacji gazowej (Rozdział X ust. 5 pkt 2 SWZ) Zamawiający zwraca uwagę, iż w treści tego warunku nie wskazał na czym ma polegać przebudowa lub budowa tych obiektów, a jedynie określił minimalną wartość wykonanego zamówienia (6 000 000 zł brutto).

21. Zamawiający wyjaśnia, że wartość prac związanych z przebudową i rozbudową Węzła Przesyłu Gazu Krobica (zadanie referencyjne wskazane przez PORR) wyniosła 13 100 419,29 PLN netto (16 113 515,73 PLN brutto). Z tego wartość prac zrealizowanych przez PORR (i jego Podwykonawców) wyniosła 7 360 144,29 netto, a wartość prac zrealizowanych przez OTI (i jego Podwykonawców) wyniosła 5 740 275,00 PLN netto. OTI przy udziale podwykonawcy Rafako wykonał bowiem część technologiczną, której wartość wyniosła 5 740 275,00 PLN netto. Pozostałe zaś prace o znacząco wyższej wartości zostały wykonane przez PORR przy udziale zakontraktowanych i nadzorowanych przez niego

Podwykonawców. Powyższe wynika ze sporządzonego po zakończeniu budowy i przyjętego przez Zamawiającego dokumentu pn. „Wykaz środków trwałych” (załącznik nr 6).

22. Zatem również w tym przypadku nie sposób przyjąć, że odpowiadają rzeczywistości twierdzenia odwołania, iż to jedynie OTI wykonywał referencyjne zadanie. W konsekwencji nie można odmówić Wykonawcy PORR prawa do samodzielnego posługiwania się doświadczeniem nabytym w ramach wykonania zadania, wskazanego w wykazie robót w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale X ust. 5 pkt 2 SWZ.

Dowód: Wykaz środków trwałych - zał. nr 6.

23. W ślad za Odwołującym, już tylko na marginesie wspomnieć też należy, że sformułowane w pkt 14 odwołania zastrzeżenia nie dotyczą zadania referencyjnego, którym posłużył się PORR, ale nadal wykonywanego, wobec czego zastrzeżenia te nie mają jakiegokolwiek znaczenia dla rozpoznania zarzutów odwołania. Zamawiający wnosi o ich pominięcie, dodatkowo wyjaśniając, iż zwiększony początkowo poziom wadliwości, nie ma znaczenia, jeśli wadliwość dla całej długości gazociągu (która na tym etapie nie jest jeszcze znana), będzie zgodna z wytycznymi Zamawiającego.

24. Reasumując: w ocenie Zamawiającego prace wykonywane przez PORR przy realizacji

zadania pn. „Budowa gazociągu Lwówek - Odolanów wraz z infrastrukturą niezbędną do jego obsługi obejmującego etap I tj. Gazociąg Lwówek - Krobia” są wystarczające do uznania, że PORR wykazał, że samodzielnie spełnia warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale X ust. 5 SWZ. Wobec tego bezzasadne są wszystkie zarzuty stawiane w odwołaniu. Zamawiający nie miał podstaw ani rzeczywistej potrzeby, by wzywać PORR do poprawienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych albo nawet złożenia wyjaśnień w zakresie potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu, określonego w Rozdziale X ust. 5 SWZ. W konsekwencji nie została również naruszona zasada prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, określona w art. 16 pkt 1 PZP.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpienie zgłosił wykonawca PreZero Service Wschód Sp. z o.o. z siedzibą w Radomiu wnosząc, jak Zamawiający, także o oddalenie odwołania.

Do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego przystąpienie zgłosił wykonawca "Stalprofil" S.A. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej wnosząc, jak Odwołujący, także o uwzględnienie odwołania.

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołania podlegają oddaleniu.

Sygn. akt: KIO 3748/21

Odwołanie podlega oddaleniu, albowiem Izba uznała za niezasadny podnoszony w odwołaniu zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 14), w związku z art. 98 ust. 1 pkt 1) i art. 98 ust. 5 ustawy Pzp z powodu zaniechania odrzucenia ofert wykonawców: PORR S.A. oraz BUDIMEX S.A. z uwagi na wniesienie przez nich wadium przetargowych w nieprawidłowy sposób.

Zgodnie z art. 97 ust. 5 ustawy Pzp: „Wadium wnosi się przed upływem terminu

składania ofert i utrzymuje nieprzerwanie do dnia upływu terminu związania ofertą, z wyjątkiem przypadków, o których mowa w art. 98 ust. 1 pkt 2 i 3 oraz ust. 2”.

Ze wskazanego przepisu jednoznacznie wynika, że graniczną datą jaką ustawodawca określił jako końcowy termin ważności wniesionego wadium to termin związania ofertą. Z żadnego innego przepisu ustawy Pzp nie wynika aby termin ważności wadium w formie między innymi gwarancji ubezpieczeniowej czy bankowej, dla zapewnienia możliwości realizacji uprawnień Zamawiającego, miałby być wydłużony o dodatkową, bliżej nieoznaczoną ilość dni. Także Zamawiający nie zawarł w SWZ postanowień, które nakładałyby na wykonawców obowiązek przedstawienia wadium, którego okres ważności miałby być dłuższy od terminu związania ofertą. Nie zobowiązał również wykonawców do złożenia gwarancji, z której treści miałyby wynikać możliwości dochodzenia zapłaty stosownej kwoty po upływie terminu ważności wadium, o ile tylko przesłanki zatrzymania wadium wystąpiłyby w okresie jego ważności.

Tym samym w warunkach przedmiotowej sprawy nie było podstaw, aby wykonawcy - jak twierdził Odwołujący JT SA - „zastąpili” niejako ustawodawcę i Zamawiającego doprecyzowując na własną rękę w swoich gwarancjach wadialnych rozumienie terminu „niezwłocznie” na złożenie oświadczeń Zamawiającego o uruchomieniu gwarancji lub jej zwolnieniu”. Brzmienie art. 97 ust. 5 Pzp nie pozostawia wątpliwości i jego prawidłowa literalna wykładnia prowadzi do jednoznacznego uznania, że końcowy termin utrzymania wadium to termin związania ofertą. Tym samym zrównanie terminu ważności gwarancji ubezpieczeniowej z terminem związania ofertą nie można uznać jako czynności wadliwej, a w konsekwencji jako niewniesienia wadium i przesłanki odrzucenia oferty.

Izba wskazuje ponadto, że zgodnie z dyspozycją art. 98 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp:

„Zamawiający zwraca wadium niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie 7 dni od dnia

wystąpienia jednej z okoliczności: 1) upływu terminu związania ofertą (...)”. Tym samym to ten termin jest graniczną datą, od której liczony jest termin na zwrot wadium, a nie dzień roboczy następujący po tej dacie czy kilka dni. Wobec tego należy uznać, że ustawodawca konsekwentnie powołuje się na fakt upływu terminu związania ofertą a nie jakieś niesprecyzowane dni następujące po upływie tego terminu.

Tym samym wadium wniesione przez wykonawców: Budimex i POOR jest prawidłowe, a to oznacza, że nie wystąpiły przesłanki skutkujące odrzuceniem oferty. Zgodnie bowiem z art. 226 ust. 1 pkt 14 Pzp: „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) 14) wykonawca nie wniósł wadium lub wniósł w sposób nieprawidłowy lub nie utrzymywał wadium nieprzerwanie do upływu terminu związania ofertą, lub złożył wniosek o zwrot wadium w przypadku, o którym mowa w art. 98 ust. 2 pkt 3”.

Także nie podlega uwzględnieniu zarzut naruszenia art. 17 ust. 2 ustawy Pzp, który dotyczy wyboru oferty wykonawcy PORR S.A. Tak jak wynika z dokumentów wykonawca ten (jak już wskazywano; podobnie jak wykonawca Budimex) wniósł wadium w odpowiedniej wysokości, prawidłowej formie wraz z poprawnym uwzględnieniem terminu określonego dla terminu związania ofertą, a zatem oferta tego wykonawcy oparta na wskazanych okolicznościach nie mogła podlegać odrzuceniu.

Sygn. akt: KIO 3758/21

Odwolanie podlega oddaleniu, albowiem podnoszony w odwołaniu zarzut wobec ofert wykonawcy PORR - naruszenia art. 128 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 Pzp z uwagi na zaniechanie wezwania PORR do poprawienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w zakresie potwierdzenia spełniania warunku udziału w Postępowaniu określonego w Rozdziale X ust. 5 SWZ nie podlegał uwzględnieniu; Podobnie za niezasadny należało uznać zarzut naruszenia art. 128 ust. 4 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 Pzp z uwagi - jak wskazał w odwołaniu wykonawca - co najmniej zaniechania wezwania PORR do wyjaśnień dotyczących zakresu robót, jakie wykonywane były przez PORR jako członka Konsorcjum w ramach zadania referencyjnego wskazanego na potrzeby spełnienia warunku udziału w Postępowaniu określonego w Rozdziale X ust. 5 SWZ.

Wykonawca PORR w odniesieniu do warunku określonego w Rozdziale X ust. 5 SWZ wskazał w Wykazie na zadanie pn. „Budowa gazociągu Lwówek - Odolanów wraz z

infrastrukturą niezbędną do jego obsługi obejmującego etap I tj. Gazociąg Lwówek - Krobia”, którego odbiorcą - co wymaga podkreślenia - był Zamawiający. Izba podkreśla tę okoliczność, albowiem zgodnie z art. 127 ust.1 pkt 2 i ust.2 ustawy Pzp: „1. Zamawiający nie wzywa do złożenia podmiotowych środków dowodowych, jeżeli: (...) 2) podmiotowym środkiem dowodowym jest oświadczenie, którego treść odpowiada zakresowi oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, oraz (ust. 2) Wykonawca nie jest zobowiązany do złożenia podmiotowych środków dowodowych, które zamawiający posiada, jeżeli wykonawca wskaże te środki oraz potwierdzi ich prawidłowość i aktualność”.

Potwierdzeniem wymaganego warunku miał być Wykaz robót, który na gruncie obowiązujących przepisów jest podmiotowym środkiem dowodowym, potwierdzającym okoliczność uczestnictwa wykonawcy w wykonaniu referencyjnych robót. Zatem okoliczność ta badana jest - z założenia ustawodawcy jak wskazywał Zamawiający - na podstawie oświadczenia wykonawcy. Zamawiający, w ocenie Izby szczególnie w przypadku tego zadania referencyjnego, którego był odbiorcą wykazał, że nie miał podstaw do kwestionowania oświadczenia wykonawcy PORR złożonego w Wykazie i wzywania go dodatkowo do złożenia wyjaśnień lub uzupełnienia dokumentów zakresu jego udziału w wykonaniu zadania referencyjnego. Zauważenia przy tym wymaga, że Odwołujący domaga się wezwania wykonawcy PORR do poprawienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, jednakże nie precyzuje jakie to podmiotowe środki dowodowe miałyby być poprawione lub uzupełnione. Jedynie w pkt 16 odwołania formułuje tezę, że „Wobec tak daleko idących wątpliwości co do doświadczenia PORR, Zamawiający miał obowiązek co najmniej wezwać PORR do wykazania zakresu realizowanych prac oraz nabytego

doświadczenia, czego nie uczynił, co wskazuje także na niezapewnienie przez Zamawiającego zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców". Teza ta jest nieuzasadniona, w szczególności zważywszy, gdy Zamawiający, jako odbiorca zadania referencyjnego wskazanego przez PORR w wykazie robót, nie miał wątpliwości formułowanych w odwołaniu, a Odwołujący nie wykazał z jakiego przepisu PZP lub aktu wykonawczego do PZP taki obowiązek miałby ciążyć na Zamawiającym.

Z opisu warunku - według Rozdziału X ust. 5 SWZ, którego treść jest cytowana w odwołaniu - w zakresie spornym wynika, że wymagania dotyczą:

- a) budowy gazociągu o długości min. 15 km oraz określonych parametrach (spełnienie przez Inwestycję Lwówek tych parametrów jest niekwestionowane przez Odwołującego);
- b) budowy, przebudowy lub rozbudowy obiektu (stacja, tłocznia, magazyn, elektrownia lub elektrociepłownia) o wartości min. 6 mln zł.

Zamawiający w treści warunku dotyczącego budowy gazociągu nie odnosi się do „kluczowych” robót na które wskazuje Odwołujący w pkt. 13 odwołania. Przystępujący PORR i podobnie Zamawiający zasadnie wskazują, że w opisie wymagania SWZ posługuje się pojęciem „budowa”, które zdefiniowane zostało w ustawie - Prawo budowlane w jej art. 3 pkt 6. Zatem wykonawcy mogą posługiwać się inwestycjami, które nie miały za przedmiot wszystkich tych elementów, które wymienia Odwołujący, a pomimo to spełniają warunek. Wykonawca mógł zatem posłużyć się inwestycją referencyjną mającą za przedmiot rozbudowę gazociągu, która nie przewidywała wszystkich elementów wymienionych w pkt. 13 odwołania, a którą cechują pozostałe parametry wymienione w Rozdziale X pkt 5 SWZ).

W przypadku drugiego z warunków (obiekty technologiczne), warunek udziału skonstruowany został także, a nawet jeszcze bardziej liberalnie. W tym przypadku Zamawiający dopuścił bowiem nie tylko budowę takiego obiektu, ale i jego przebudowę oraz rozbudowę, które to pojęcia także są zdefiniowane w Prawie budowlanym. Również w przypadku tego warunku referencyjna inwestycja nie musi obejmować wykonania określonych elementów obiektu (jest to uzależnione od przedmiotu umowy) i także spełni warunek udziału. W SWZ - jak już wskazano - Zamawiający nie wskazuje na elementy inwestycji referencyjnych, które miałyby „kluczowe” znaczenie. Zatem próba dokonywania rozszerzającej wykładni na obecnym etapie w niezgodności z jego literalną treścią nie może zasługiwać na akceptację. Izba za orzecznictwem podkreśla, że ustawa Pzp nie pozwala na rozszerzającą, niewyartykułowaną wykładnię warunku udziału w postępowaniu, jak również nie jest dopuszczalna wykładnia uznaniowa. Odwołujący, nie dysponując dowodami uzasadniającymi kwestionowanie doświadczenia nabytego przez PORR w ramach „Inwestycji Lwówek”, oparł zarzuty na interpretacji warunków udziału w Postępowaniu, która nie znajduje potwierdzenia w treści SWZ.

Izba także wskazuje, że wbrew twierdzeniom Odwołującego z treści Umowy Konsorcjum - jej załącznika - wynika, że podział (także pierwotny, co podkreślał Przystępujący wykonawca PORR) - dokonany pomiędzy wykonawcami zakładał wiodącą rolę PORR w kompleksowej realizacji zadania, przy jednoczesnym punktowym zaangażowaniu konsorcjanta w roboty technologiczne. Przedłożone dokumenty (aneksy) pokazują, że w toku realizacji Inwestycji Lwówek wykonawca PORR przejmował od partnera kolejne elementy prac w ramach zadania, które pierwotnie przeznaczone były do wykonania przez partnera. W efekcie, ostatecznie - po rozliczeniu kontraktu - podział ten przedstawiał się następująco: 59,8% PORR - 40,2 % konsorcjant. Zdaniem Izby, wykonawca PORR wykazywał w toku rozprawy, że był bezpośrednio zaangażowany w wykonanie rurociągu oraz węzła, kontrolował i koordynował wszystkie prace realizowane w ramach tego zadania (w tym te wykonywane przez konsorcjanta oraz podwykonawców).

Przystępujący potwierdził także, że kadra kierownicza zbudowana była z pracowników spółki PORR. Dotyczy to kierownika projektu, kierownika budowy oraz wszystkich kierowników robót (drogowych, konstrukcyjnych, sanitarnych, spawalniczych). Odwołujący nie wykazał, że wykonawca PORR w ramach Inwestycji Lwówek (przy udziale podwykonawców) nie zbudował ponad 33 km rurociągu (ponad dwukrotnie więcej niż wymagane 15 km).

W przypadku drugiego z warunków - wykonania obiektu technologicznego - węzeł przesyłu gazu Krobica - wykonawcy (jak wskazywano) mieli wykazać się budową, przebudową lub rozbudową jednego z obiektów technologicznych wskazanych w Rozdziale X ust. 5 SWZ (6 mln zł brutto). W tym przypadku stanowisko wykonawcy PORR, że węzeł

przesyłu gazu Krobia, realizowany w ramach budowy gazociągu, został rozbudowany zarówno w zakresie dodatkowej instalacji technologicznej, części elektrycznej, AKPiA jak i przebudowy oraz modernizacji układu instalacji opomiarowania także istniejących rurociągów technologicznych, (prace o wartości ponad 7 360 tys. zł) nie zostało obalone.

Wobec powoływanego orzecznictwa TSUE i Krajowej Izby Odwoławczej, skład orzekający Izby podzielił stanowiska wyrażone przez Zamawiającego i Przystępującego wykonawcy PORR, że z kluczowych dla tej sprawy orzeczeń, wynika, że zarówno przepisy dyrektywy jak i Pzp (w związku z zasadą równego traktowania wykonawców) nie pozwalają, aby wykonawca biorący indywidualnie udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego polegał na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem przy innym zamówieniu publicznym, jeżeli faktycznie i konkretnie nie uczestniczył w jego realizacji. Warunkiem uznania możliwości powołania się na doświadczenie całego konsorcjum przez pojedynczego wykonawcę jest jego czynny udział w zarządzaniu sprawami konsorcjum, a zatem nabyte doświadczenie konsorcjanta dotyczyć może umiejętności zarządzania, administrowania określonym rodzajem i rozmiarem przedsięwzięć.

W przypadku spornego zamówienia referencyjnego (przedkładając wymienione dokumenty) wykazano, że wykonawca PORR, aktywnie pełnił funkcję Lidera Konsorcjum. Tak jak wskazywał Zamawiający i, co podkreślał Przystępujący POOR, po stronie tego wykonawcy w szczególności leżały kwestie logistyczne, zarządzanie i organizacja budowy. To PORR zarządzał harmonogramem robót i w efekcie, jak już wskazano po rozliczeniu kontraktu blisko 60 % zadań wykonał wykonawca PORR. Ponadto wskazano, że po stronie PORR byli również:

a. kluczowy personel - osoby do zarządzania budową, pełniące samodzielne funkcje techniczne w budownictwie, odpowiedzialne za kontrolę jakości i bhp, prowadzenie korespondencji z podmiotami uczestniczącymi w realizacji inwestycji (w tym m.in. Kierownik

Projektu, Kierownik Budowy, Kierownicy Robót w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń ciepłych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych, Kierownik Robót Konstrukcyjnych, Kierownik Robót Drogowych, Kierownik Nadzoru Robót Spawalniczych, Kierownik Kontroli Jakości, Specjaliści ds. Jakości, Specjalista ds. BHP, Pełnomocnik Zarządu ds. Zapewnienia Jakości),

b. organizacja w zakresie odbiorowym,

c. zarządzanie jakością (w tym opracowanie i przekazanie do akceptacji Zamawiającemu, a także nadzorowanie przestrzegania Planu Zapewnienia Jakości, Planu Kontroli i Badań w celu zapewnienia odpowiedniej jakości robót, materiałów i urządzeń stosowanych do wykonania zamówienia) i nadzór nad bezpieczeństwem wykonywanych robót budowlanych

(sporządzenie Planu Bezpieczeństwa i Ochrony Zdrowia, kontrola przestrzegania zasad bhp),

d. spotkania robocze, narady, bezpośrednia współpraca z Wykonawcą Nadzoru

Inwestorskiego i Zamawiającym,

e. rozliczenia płatności,

f. kontraktowanie, nadzorowanie i zarządzanie podwykonawcami.

Reasumując, Izba - za Zamawiającym i Przystępującym - stwierdza, że prace wykonywane przez wykonawcę PORR przy realizacji referencyjnego zadania pn. „Budowa gazociągu Lwówek - Odolanów wraz z infrastrukturą niezbędną do jego obsługi obejmującego etap I tj. Gazociąg Lwówek - Krobia” są wystarczające do uznania, że wykonawca PORR wykazał, że samodzielnie spełnia warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale X ust. 5 SWZ. Wobec tego zarzuty odwołania są bezzasadne. Zamawiający nie miał podstaw ani jako odbiorca zadania rzeczywistej potrzeby, aby wzywać wykonawcę PORR do poprawienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych czy składania wyjaśnień w zakresie potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu, określonego w Rozdziale X ust. 5 SWZ.

Wobec tych ustaleń także nie jest zasadne twierdzenie, że w przedmiotowym postępowaniu została naruszona zasada prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,

określona w art. 16 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020r. poz. 2437)

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.