

Sygn. akt: KIO 3374/24

WYROK

Warszawa, dnia 3 października 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński

Joanna Gawdzik-Zawalska

Monika Kawa-Ogorzałek

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 16 września 2024 r. przez odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ROMGOS spółka z ograniczoną odpowiedzialnością ENGINEERING spółka

komandytowa z siedzibą w Jarocinie i ROMGOS G. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jarocinie

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Operator Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie

przy udziale:

1. uczestnika po stronie zamawiającego: PORR Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie,
2. uczestnika po stronie odwołującego: Stalprofil Spółka Akcyjna z siedzibą w Dąbrowie Górniczej

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania, 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszt wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego oraz 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszt wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego;
 - 2.2 zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztu wynagrodzenia pełnomocnika.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący

Sygn. akt: KIO 3374/24

Uzasadnienie

Operator Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie (dalej: Zamawiający) prowadzi na podstawie przepisów ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „POM1 -Budowa gazociągów Kolnik - Gdańsk wraz z infrastrukturą niezbędną do ich obsługi na terenie województwa pomorskiego”, zwane dalej postępowaniem.

Objawienie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 23 kwietnia 2024 roku pod numerem: Dz.U. S: 80/2024 240065-2024.

16 września 2024 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia ROMGOS spółka z ograniczoną odpowiedzialnością ENGINEERING spółka komandytowa z siedzibą w Jarocinie i ROMGOS G. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jarocinie (dalej: Odwołujący), wnieśli odwołanie i zarzucili Zamawiającemu:

1. art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy PORR S.A. z Postępowania ze względu na to, że w wyniku zmierzzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w Postępowaniu, co miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu;

2. art. 109 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 110 ust. 2 Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy PORR S.A. z Postępowania ze względu na to, wykonawca ten podlegał wykluczeniu z udziału w Postępowaniu ze względu na to, że składając Jednolity Europejski Dokument Zamówienia wskazał, że dotyczy go podstawa wykluczenia z Postępowania, przy czym nie podjął żadnych skutecznych środków w celu samooczyszczenia, a co znamienne nie „przyznał się do winy” w notyfikowanym zakresie;

3. art. 239 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 Pzp przez wybór oferty PORR S.A., która nie była ofertą najkorzystniejszą spośród ofert niepodlegających odrzuceniu, ewentualnie

4. art. 128 ust. 4 i 5 Pzp przez zaniechanie wezwania wykonawcy PORR S.A. do złożenia wyjaśnień dotyczących wskazanego zadania referencyjnego, w tym w szczególności rzeczywistego zakresu i wartości realizowanych przez PORR S.A. jako konsorcjanta prac w ramach zawiązanego konsorcjum,

a w konsekwencji:

5. naruszenie art. 16 pkt 1 w zw. z art. 17 ust. 2 Pzp przez nie zachowanie zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Odwolujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. nakazanie wykluczenie PORR S.A. z postępowania (odrzucenie jego oferty),
3. względnie wezwanie tego wykonawcy do szczegółowych wyjaśnień w zakresie spełnienia warunku udziału w Postępowaniu oraz dokonanie w konsekwencji ponownej czynności badania i oceny ofert.

W uzasadnieniu zarzutów Odwołujący wskazał (ze względu na fakt, że dosłowne brzmienie uzasadnienia odwołania miało istotny wpływ na wynik postępowania, zostało ono przytoczone w całości, z pominięciem cytatów z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej):

„2. Zamawiający postawił m.in. warunek udziału w Postępowaniu - rozdział X pkt 5.:

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 10 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 700,
 - 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 lub zautomatyzowany.

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. Zamawiający „spawanie w sposób zautomatyzowany” definiuje jako realizację spawania obwodowego z zastosowaniem centrownika wewnętrznego, gdzie pierwszy ścieg graniowy wykonywany jest w sposób zautomatyzowany oraz głowica

automatu spawalniczego, spawającego złącze doczołowe rur rurociągu porusza się po prowadnicy zamontowanej na spawanej rurze.

- 2) co najmniej jedno zamówienie o wartości nie niższej niż 10.000.000,00 zł brutto (słownie: dziesięć milionów złotych 00/100) 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: „łęcznia 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), natomiast „stacja gazowa” winna być rozumiana zgodnie z § 2 i § 39 pkt 3 ww. rozporządzenia.

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. Zamawiający dopuszcza normy równoważne do norm wskazanych w niniejszym ustępie”.

3. W odniesieniu do powyższego warunku wykonawca PORR S.A. przedstawił jako projekt referencyjny: Budowę gazociągu Lwówek – Odolanów wraz z infrastrukturą niezbędną do jego obsługi obejmującego etap I tj. Lwówek Krobica dla warunku określonego w Rozdziale X ust. 5 pkt. 1 SWZ oraz w ramach tej samej inwestycji Węzeł Przesyłu Gazu Krobica o wartości zamówienia 16 113 515,73 zł brutto, dla warunku określonego w Rozdziale X ust. 5 pkt. 2 SWZ gdzie jako wykonawcę zamówienia wskazano: konsorcjum PORR S.A. oraz OT Industries KVV ZRT (dalej jako „KVV”). Odbiorcą tego projektu był niniejszy Zamawiający.

4. PORR S.A. w sposób nieuprawniony przypisał sobie wykonawstwo całego ww. projektu referencyjnego.

5. Po wyroku z dnia 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14, Esaprojekt sp. z o.o. przeciwko Województwu Łódzkiemu jest rzeczą oczywistą, że „Gdy wykonawca polega na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem, doświadczenie to należy oceniać w zależności od konkretnego zakresu udziału tego wykonawcy, a więc jego faktycznego wkładu w prowadzenie działań, które były wymagane od tej grupy w ramach danego zamówienia publicznego. Wykonawca nabywa realne doświadczenie nie przez sam fakt bycia członkiem grupy wykonawców i bez względu na to, jaki miał w tę grupę wkład, lecz wyłącznie poprzez bezpośredni udział w realizacji przynajmniej jednej z części zamówienia, do którego całościowego wykonania zobowiązana jest ta grupa wykonawców. Wynika z tego,

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

6. Powyższy wyrok był i jest implementowany do orzecznictwa Izby (...).

7. Niewątpliwie z aktualnej praktyki zamówień publicznych, potwierdzonej orzecznictwem Izby wynika: konieczność wykazywania faktycznego wykonywania zamówienia w celu wykazania się określonym doświadczeniem oraz konieczność wyjaśniania sposobu wykonania zamówienia w konsorcjum, w przypadku powoływania się na doświadczenie dotyczące całego zakresu zamówienia.

8. Powyższe wymagania nie zostały w niniejszym Postępowaniu w ogóle poddane jakiegokolwiek badaniu przez Zamawiającego, który tylko i wyłącznie – zapewne z racji tego, że sam był odbiorcą referencyjnego projektu – przyjął złożone przez PORR S.A. oświadczenie.

9. Tymczasem projekt referencyjny wskazany przez PORR S.A. nie był w pełnym, a nawet przeważającym zakresie realizowany przez PORR S.A. Istotne jest, że część technologiczną tego projektu wykonywał partner konsorcjum, tj. KVV, natomiast PORR S.A. wyłącznie część budowlaną i elektryczną. Z tego powodu PORR S.A. nie może powoływać się na szerszy zakres niż rzeczywiście wykonywała i tym samym nie spełnia warunku udziału w Postępowaniu.

10. Dowody na potwierdzenie powyższego znajdują się w pełni w posiadaniu Zamawiającego, a odnoszą się do takich dokumentów jak wykaz środków trwałych inwestycji, podział zadań w ramach konsorcjum. Informacje te są i były w posiadaniu Zamawiającego, który zaniechał jakiegokolwiek ich weryfikacji, a przynajmniej nie dostarczył wykonawcom jakiegokolwiek dowodu, np. w postaci właściwej korespondencji z PORR S.A., która prowadziłaby do potwierdzenia prawdziwości oświadczenia PORR S.A. odnośnie wskazanego zadania referencyjnego. Taka korespondencja, tj. stosowne działania weryfikacyjne ze strony Zamawiającego byłyby też podstawą do weryfikacji przez innych konkurentów.

11. (...).

12. Odwołujący wystąpił do Zamawiającego o udostępnienie tych dokumentów w ramach dostępu do informacji publicznej. Na moment złożenia niniejszego odwołania takich informacji nie udostępniono mu.

Dowód: Kopia wniosku o udostępnienie informacji publicznej.

13. Niezależnie od powyższego Odwołujący wnioskuję do Składu Orzekającego

o zobowiązanie na podstawie art. 536 ustawy pzp Zamawiającego do przedstawienia żądanych w ww. wniosku dokumentów/ informacji względnie tych potwierdzających zasadność posługiwania się przez wykonawcę PORR.S.A. wskazanym projektem referencyjnym.

14. Co więcej wykonawca PORR S.A. nie zrealizował robót technologicznych, a tylko budowlane, drogowe, elektryczne i AKPiA (Aparatura Kontrolno-Pomiarowa i Automatyka).

Tym samym odnosząc się do oczekiwań Zamawiającego zawartych w SWZ (patrz pkt 1 powyżej) oferent ma posiadać przede wszystkim doświadczenie w zakresie budowy rurociągu do przesyłu paliw płynnych lub gazowych o szczególnych parametrach takich jak długość, maksymalne ciśnienie robocze MOP, średnicę, gatunek stali z którego był wykonany oraz zastosowanej technologii spawania (zautomatyzowanej lub zmechanizowanej). Jak wynika z oświadczenia członka konsorcjum KVV, realizującego wspólnie projekt referencyjny z PORR S.A., zakres prac technologicznych został w całości wykonany przez KVV. Analizując dalej warunki udziału w postępowaniu, takie jak posiadanie dedykowanej technologii spawania (SWZ rozdział X ust. 6), dysponowanie uprawnionym i doświadczonym personelem – kierownik nadzoru robót spawalniczych (SWZ rozdział X ust. 7 pkt 5), dysponowaniem specjalistycznym sprzętem do wykonania robót spawalniczych (SWZ rozdział X ust. 8) oraz w połączeniu z warunkiem doświadczenia (SWZ rozdział X ust. 5 pkt 1e)) można wysunąć wniosek, że intencją Zamawiającego było powierzenie realizacji zamówienia podmiotowi, który nie tylko dysponuje personelem, technologią i sprzętem, ale również i przede wszystkim takiemu podmiotowi, który posiada faktycznie nabyte doświadczenie w zakresie wykonywania robót spawalniczych w sposób zmechanizowany lub zautomatyzowany rurociągów do przesyłu paliw płynnych lub gazowych czego PORR S.A. nie wykazał. Analogicznie rzecz się ma w odniesieniu do oczekiwań Zamawiającego zawartych w SWZ (patrz pkt 2 powyżej), oferent ma posiadać przede wszystkim doświadczenie w budowie stacji gazowej (ciągów pomiarowych, regulacyjnych, elementów rozdzielczych, itp.), a nie w wykonywaniu fundamentów, dróg i placów czy układaniu przewodów elektrycznych tj. wykonywaniu wyłącznie prac ogólnobudowlanych.

15. Zgodnie z wymaganiami Zamawiającego budowa stacji gazowej w odniesieniu do wskazanego w SWZ rozporządzenia to:

16. Zakres wykonanych przez PORR S.A. robót nie wypełnia definicji określonych w przedmiotowym rozporządzeniu.

17. Odwołujący pozyskał na potrzeby niniejszego Postępowania – sporu – oświadczenie co do rzeczywistego zakresu zaangażowania KVV w przedstawiony przez PORR S.A. projekt referencyjny. Z oświadczenia jasno wynika, że całość prac technologicznych o wartości ponad 94 mln zł wykonał KVV. Jak wskazano powyżej Zamawiający chociaż mógł nie zweryfikował tych informacji, tymczasem PORR S.A. przypisując sobie całość projektu referencyjnego i mając świadomość, że nie wykonał go w pełni/ w oczekiwanym przez Zamawiającego zakresie, zasłaniając się zawiązanym konsorcjum, wprowadził wprost Zamawiającego w błąd. Dowód: Oświadczenie KVV.

18. Na kanwie dotychczasowego orzecznictwa Izby oraz niniejszego stanu faktycznego sprawy istotnym jest brak możliwości automatycznego podchodzenia do kwestii oceny możliwości powoływania się przez jednego z konsorcjantów (tutaj PORR S.A.) na uprzednie

doświadczenie uzyskane w ramach wspólnej realizacji zamówienia w ramach konsorcjum.

19. W takim przypadku koniecznością staje się badanie przez Zamawiającego to, w jakim zakresie faktycznie wykonawca realizował zadania wskazane w wykazie robót budowlanych, bowiem tylko ten zakres prac jest istotny z punktu widzenia doświadczenia, którym powinien wylegitymować się ów wykonawca.

20. Przepis art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy pzp przede wszystkim dotyczy sytuacji, w której wykonawca oświadcza nieprawdę, czyli przeinacza fakty albo potwierdza nieistniejące okoliczności.

Wprowadzenie w błąd musi przybrać formę zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa. Zamierzone działanie będzie miało miejsce wtedy, kiedy wykonawca wie, że nie spełnia jednego z warunków udziału w postępowaniu a pomimo tego składa wprowadzające w błąd oświadczenie, że ten warunek spełnia. Taka sytuacja miała miejsce w niniejszym Postępowaniu.

21. Na gruncie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy pzp przesłanką skutkującą wykluczeniem wykonawcy z postępowania jest fakt zatajenia informacji, które służą stwierdzeniu, że wykonawca nie podlega wykluczeniu z postępowania. Wskazana przesłanka zaktualizuje się w szczególności w okolicznościach, w których wykonawca nie poda informacji istotnych z punktu widzenia oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu lub też inaczej, ich podanie skutkowało by wykluczeniem wykonawcy z postępowania, dlatego też wykonawca zdecydował się na ich zatajenie. Taka sytuacja miała miejsce w niniejszym Postępowaniu, gdzie PORR S.A. celowo (w sposób zamierzony) przypisał sobie całość zadania referencyjnego pomimo, że miał pełną świadomość, że zadanie to realizował w ramach konsorcjum.

22. Wprowadzenie zamawiającego w błąd w rozumieniu art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp nie może być rozumiane w ten sposób, że zamawiający nie dostrzegł nieprawdziwości przedstawionych mu informacji i pozostał niezmiennie w błędnym przekonaniu co do spełniania warunku udziału w postępowaniu, gdyby bowiem tak było, zamawiający nie miałby możliwości wykluczenia wykonawcy na podstawie wskazanego wyżej przepisu. Zatem do przyjęcia, że zamawiający został wprowadzony w błąd, wystarczające jest, że sama treść przedstawionych informacji, bez ich szczególnego badania i weryfikacji, prowadziła go do wniosku, że warunek udziału w postępowaniu został spełniony (por. wyrok z dnia 13 kwietnia 2017 r., KIO 618/17). Taka sytuacja miała miejsce w niniejszym Postępowaniu, kiedy to Zamawiający był odbiorcą referencyjnego projektu, a co za tym idzie od początku pozostawał w mylnym przekonaniu (zainicjowanym ofertą PORR S.A.), że ów wykonawca spełnia postawiony warunek.

23. (...)

24. W formularzu JEDZ datowanym na 29.07.2024 r. wykonawca PORR S.A. w odniesieniu

do pytania jak niżej, wykonawca ten odpowiedział twierdząco:

25. W odniesieniu do powyższego wykonawca PORR S.A. załączył ponadto dokument datowany na 26.07.2024 r. pt. Wyjaśnienia PORR S.A. z siedzibą w Warszawie (art. 109 ust. 1 pkt 7 pzp), które odnoszą się do ww. oświadczenia.

26. W ramach ww. wyjaśnień, odnoszących się de facto do dwóch uchybień PORR S.A., wykonawca ten wskazał, że w odniesieniu do umowy nr 181/2023 z dnia 18.04.2023 r. dot. Modernizacji Dróg Wojewódzkich administrowanych przez ZDW w Gdańsku – cz. 5 Modernizacja drogi wojewódzkiej nr 212 na odcinku km 98+500 - 101+470 RDW Chojnice i naliczenia w ramach tej umowy kary umownej „Wykonawca wskazuje, że jest to wiarygodność sporna, tj. w ocenie Wykonawcy nie miała miejsce sytuacja, w której z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie umowne. Wykonawca podejmuje obecnie działania w celu wyjaśnienia zaistniałej sytuacji oraz zakończenia powstałego sporu”.

27. Odwołujący po przeanalizowaniu przedłożonej dokumentacji przez PORR S.A. powziął również wątpliwość, czy mając na uwadze całokształt wyjaśnień w procesie samooczyszczenia przez Wykonawcę PORR S.A. wyjaśnienia te nie stanowią tylko pozornego przyznania się do winy (a nawet brak przyznania się do winy wobec wyraźnych oświadczeń PORR S.A.). Jest to o tyle istotne, bowiem w wyroku z dnia 27 marca 2018 r., sygn. akt: KIO 444/18 zostało wskazane że "Warunkiem koniecznym do prawidłowego przeprowadzenia self-cleaningu jest przyznanie się do winy"(wyrok z dn. 27 marca 2018 r. (KIO 444/18). Tymczasem PORR S.A. stwierdza, że takowa sytuacja nie miała miejsca, a ponadto jest to „kwestia sporna”.

28. Instytucję tzw. „self-cleaningu” uregulowano w art. 110 ust. 2 pzp (który implementuje art. 57 dyrektywy 2014/24/UE - tzw. „Dyrektywa klasyczna”). Przepis ten umożliwia wykonawcom, wobec których występują określone przesłanki wykluczenia, wykazanie, że podjęli odpowiednie czynności oraz środki, mające na celu wykazanie ich wiarygodności i tym samym uzasadniają ich niewykluczenie z postępowań.

29. Jednocześnie, ciężar wykazania tej okoliczności spoczywa na wykonawcy, w niniejszej sprawie na PORR S.A. Tymczasem PORR S.A. nie przedstawił ŻADNYCH dowodów na potwierdzenie / wykazanie swojej rzetelności wobec wskazanych nieprawidłowości, de facto tylko bagatelizując ich zakres, i co znamienne poddając pod wątpliwość ich wagę. Próżno szukać jakichkolwiek dowodów do których referuje ustawa pzp, mających potwierdzić rzetelność wykonawcy.

30. (...)

30 września 2024 r. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie. Zamawiający zaprzeczył twierdzeniom Odwołującego.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść SWZ, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron i Przystępujących zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, pismach procesowych, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 Pzp.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku kwestionowanych czynności zamawiającego.

W piśmie procesowym z 19 września 2024 r. Odwołujący wskazał:

„(...) niniejszym dokonuję korekty zakresu zarzutów odwołania z dnia 16 września 2024 r., jak niżej:

1. Odwołujący postawił m.in. zarzut zaniechania wykluczenia wykonawcy PORR S.A. z Postępowania ze względu na to, że w wyniku zmierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunek udziału w Postępowaniu, opisany w rozdziale X pkt 5 SWZ, co miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu.
2. W zakresie powyższego warunku udziału w Postępowaniu Zamawiający wymagał dysponowania doświadczeniem polegającym na: (i) budowie rurociągu do przesyłu paliw płynnych lub gazowych o określonych parametrach, oraz (ii) budowie lub przebudowie lub rozbudowie m.in. stacji gazowej o określonych parametrach.
3. Odwołujący niniejszym wycofuje (koryguje) zarzuty odwołania w odniesieniu do zarzutu wprowadzenia w błąd Zamawiającego, co do doświadczenia w zakresie budowy rurociągu do przesyłu paliw płynnych lub gazowych o określonych parametrach (rozdział X pkt 5 ppkt 1) SWZ), podtrzymując w pełnym zakresie zarzut wprowadzenia w błąd, co do budowy lub przebudowy lub rozbudowy m.in. stacji gazowej (rozdział X pkt 5 ppkt 2) SWZ).
4. Ponadto Odwołujący podtrzymuje pozostałe zarzuty odwołania.

5. W zakresie powyższego Odwołujący załącza jako dowód wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 20 stycznia 2022 r. (sygn. akt. KIO 3748/21, KIO 3758/21), który dotyczył weryfikacji objętego

niniejszym odwołaniem m.in. projektu referencyjnego, tj. „Węzeł Przesyłu Gazu Krobia”. W odniesieniu tego projektu wskazano w ww. wyroku:

21. Zamawiający wyjaśnia, że wartość prac związanych z przebudową i rozbudową Węzła Przesyłu Gazu Krobia (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).

6. Powyższe jednoznacznie potwierdza, że ten sam Zamawiający we wskazanej sprawie odwoławczej jednoznacznie potwierdził w odniesieniu do projektu „Węzeł Przesyłu Gazu Krobia”, że „wartość prac zrealizowanych przez PORR (i jego Podwykonawców) wyniosła 7 360 144,29 netto”. Tym samym wykonawca PORR S.A. (oraz Zamawiający) mają pełną świadomość niespełnienia warunku udziału w Postępowaniu (m.in. w zakresie wartości min. 10 mln zł”).

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała za skuteczne oświadczenie Odwołującego, o częściowym wycofaniu zarzutu nr 1. Ze względu na konstrukcję tego zarzutu i brak możliwości wyodrębnienia z niego wycofanej części, nie było możliwości częściowego umorzenia postępowania w zakresie wycofanego zarzutu. W konsekwencji Izba, rozpoznając zarzut nr 1 pominęła argumentację dotyczącą wycofanej części.

Izba uznała argumentację wskazaną w piśmie procesowym Odwołującego w punktach 5 i 6, za wykraczającą poza zakres zarzutów odwołania. W odwołaniu Odwołujący nigdzie nie zawarł jednoznacznie sformułowanych zarzutów dotyczących nieprawidłowej wartości robót zrealizowanych przez Przystępującego PORR S.A. Tym samym zastosowanie miał tu art. 555 Pzp i wynikający z niego zakaz orzekania przez Izbę, co do zarzutów które nie zostały zawarte w odwołaniu. Co za tym idzie, Izba pominęła również w całości argumentację Odwołującego i pozostałych uczestników postępowania, dotyczącą wartości zrealizowanych przez Przystępującego PORR robót.

Okoliczność podniesiona przez Odwołującego w toku posiedzenia z udziałem – fakt pozyskania określonych informacji po wniesieniu odwołania nie miał znaczenia. Odwołujący oparł swoje stanowisko na wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 2022 r. Trudno zatem przyjąć, że Odwołujący nie miał możliwości ujęcia w odwołaniu zarzutów dotyczących wartości robót.

Z tych przyczyn, niezależnie od głębokiej dezaprobaty Odwołującego, Izba rozpoznała zarzut nr 1 w granicach wynikających z art. 555 Pzp oraz skutecznego oświadczenia o częściowym wycofaniu odwołania, a pomijając stanowiska i argumenty dotyczące wartości robót zrealizowanych przez Przystępującego PORR S.A.

Izba przeprowadziła dowód z dokumentacji postępowania oraz wszystkie wnioskiwane przez Strony dowody, które dotyczyły zarzutów odwołania, w zakresie w jakim podlegały rozpoznaniu.

Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała zarzuty odwołania we wskazanej wyżej części, uznając, że nie zasługują one na uwzględnienie.

Izba ustaliła, co następuje:

Zarzut nr 1

W rozdziale X SWZ Zamawiający określili następujące warunki udziału w postępowaniu:

„O udzielenie Zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy (...)

5. W okresie ostatnich dziesięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, zrealizowali (...)

2) co najmniej jedno zamówienie o wartości nie niższej niż 10.000.000,00 zł brutto (słownie: dziesięć milionów złotych 00/100) 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), natomiast „stacja gazowa” winna być rozumiana zgodnie z § 2 i § 39 pkt 3 ww. rozporządzenia (...).

Na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu Przystępujący PORR S.A. powołał się na realizację zadania: „Budowa gazociągu Lwówek - Odolanów wraz z infrastrukturą niezbędną do jego obsługi obejmującego etap I tj. Gazociąg Lwówek – Krobia” - przy czym wskazane zadanie dotyczyło Węzła przesyłu gazu Krobia. Inwestycja została zrealizowana w ramach konsorcjum z wykonawcą OT Industries KVV ZRT z siedzibą w Siofoku. Inwestorem był Zamawiający, a wartość zadania opiewała na 16 113 515,73 zł.

Powyższe informacje zostały przekazane Zamawiającemu w wykazie robót złożonym przez Przystępującego w odpowiedzi na wezwanie na podstawie art. 126 ust. 2 Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe, a także podtrzymaną przez Odwołującego argumentację zawartą w zarzucie nr 1 odwołania, trudno dopatrzeć się jakiegokolwiek nieprawidłowości w sposobie, w jaki Przystępujący PORR S.A. wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Warunek dotyczył m. in. budowy określonego obiektu. Zadanie wskazane przez Przystępującego było właśnie budową obiektu.

Zamawiający i Przystępujący PORR S.A. nie kwestionowali przy tym twierdzenia Odwołującego, że Przystępujący wskazanego zadania nie zrealizował samodzielnie. Informacja ta wprost wynika z wykazu robót Przystępującego – nie zataił on udziału konsorcjanta, nie przypisał sobie też realizacji całości wspomnianego zadania. Dowód złożony przez Odwołującego (oświadczenie wykonawcy KVV) nie przedstawił więc niczego odkrywczego – potwierdził jedynie okoliczność, której nikt w postępowaniu nie kwestionował. Trudno w tej sytuacji, biorąc pod uwagę uzasadnienie zarzutu, ocenić czym kierował się Odwołujący twierząc, że w sprawie miało dojść do wprowadzenia Zamawiającego w błąd. Fakt, że określone informacje nie były znane Odwołującemu, nie mógł oznaczać automatycznie, że nie były one również znane Zamawiającemu. Odwołujący w żaden sposób nie uzasadnił jak miało przy tym dojść do wypełnienia przesłanek z art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp, a więc przepisu dotyczącego celowego wprowadzenia w błąd.

W konsekwencji zarzut nr 1 podlegał oddaleniu.

W zakresie zarzutu nr 2 Izba ustaliła:

W formularzu JEDZ, w odpowiedzi na pytanie „Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową?” Przystępujący PORR S.A. odpowiedział twierdząco.

Przystępujący wskazał ponadto, że: „Wykonawca informuje, że w okresie ostatnich 3 lat przed złożeniem niniejszego oświadczenia nie wystąpiły podstawy do zastosowania wobec niego

art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Jednakże z uwagi na pogląd części orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, w myśl którego pytanie zawarte w JEDZ odnosi się jedynie do samego faktu rozwiązania umowy lub nałożenia odszkodowania/innych sankcji, Wykonawca przedkłada w załączeniu informacje podlegające, zgodnie z ww. linią orzecniczą, notyfikacji w myśl art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy oraz stanowisko Wykonawcy dotyczące tych okoliczności faktycznych. W razie jakichkolwiek wątpliwości Zamawiającego, Wykonawca deklaruje gotowość udzielenia dalszych wyjaśnień”.

Wraz z dokumentem JEDZ Przystępujący złożył wyjaśnienia dotyczące okoliczności związanych z odpowiedzią na przytoczone pytanie.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, że zarzut nr 2 odwołania opierał się na całkowicie błędnym ustaleniu stanu faktycznego przez Odwołującego. Przystępujący PORR S.A. nigdzie nie wskazał, by miał podlegać wykluczeniu z postępowania. Odwołujący wywodził swoje stanowisko z twierdzenia, że Przystępujący miał przyznać, że podlega wykluczeniu. Tym samym jego argumentacja upadła przy pierwszej konfrontacji z dokumentacją postępowania. Nie ma przy tym znaczenia dla wyniku sprawy, czy Odwołujący podniósł zarzut nr 2 na skutek niedbalej analizy JEDZ Przystępującego, czy też usiłował wykazać się źle pojmowaną przebiegłością procesową. Jego argumentacja była zupełnie nietrafna, bo oparta na elementarnych błędach w interpretacji dokumentów Przystępującego PORR S.A. W konsekwencji Izba oddaliła zarzut.

Pozostałe zarzuty, jako dotyczące okoliczności podniesionych w zarzucie nr 1 i 2, musiały zatem podzielić ich los – i zostały oddalone.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

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

Przewodniczący

