

Warszawa, 3 lutego 2025 r.

WYROK

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: **Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie **29 stycznia 2025 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej **2 stycznia 2025 r.**

przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **ARTEM S.A. z siedzibą w Bydgoszczy, ELZAT sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie, ENVIESA sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Gliwicach** [„Odwołujący”]

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Modernizacja i przebudowa stacji GPZ Świerczków* (PZP/TD-OTR/04437/2024)

prowadzonym przez zamawiającego: **TAURON Dystrybucja S.A. Oddział w Tarnowie** [„Zamawiający”]

przy udziale jako współuczestnika po stronie Zamawiającego: **ELECTRICON sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie** [„Przystępujący”]

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu wezwanie na podstawie art. 128 ust. 1 Ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2024 r. poz. 1320) Przystępującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 3.1.1.4.1. SWZ, tj. wykazujących, że albo Przystępujący, albo udostępniający mu zasoby podmiot ma wymaganą zdolność w postaci doświadczenia wynikającego z dwukrotnego należytego wykonania robót budowlanych wyspecyfikowanych w lit. a), b) i c) tego pkt SWZ

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Zamawiającego i:

1) zalicza w poczet tych kosztów kwotę 20000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) **uiszczoną przez Odwołujących tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3600 zł** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) **z tytułu uzasadnionych kosztów Odwołujących w postaci wynagrodzenia pełnomocnika;**

2) zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołujących solidarnie kwotę 18600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy).

Na niniejsze 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**.

Uzasadnienie

TAURON Dystrybucja S.A. Oddział w Tarnowie [„Zamawiający”] {dalej: „Tauron” lub „Zamawiający”} prowadzi na podstawie Ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2024 r. poz. 1320) {dalej również: „ustawa pzp”, „ustawa Pzp”, „ppz”, „Pzp”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na roboty budowlane pn.: *Modernizacja i przebudowa stacji GPZ Świerczków* (PZP/TD-OTR/04437/2024)

Ogłoszenie o tym zamówieniu 6 sierpnia 2024 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej serii S nr 152 pod poz. 473962.

Wartość tego zamówienia przekracza progi unijne.

23 grudnia 2024 r. Zamawiający zawiadomił drogą elektroniczną o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez ELECTRICON sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie {dalej: „Electricron” lub „Przystępujący”}.

2 stycznia 2025 r. ARTEM S.A. z siedzibą w Bydgoszczy, ELZAT sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie, ENVIESA sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Gliwicach {dalej: „Konsorcjum” lub „Odwołujący”} wnieśli odwołanie od powyższej czynności oraz od zaniechania wezwania Electricronu do uzupełnienia dokumentów.

Odwołujący zarzucili Zamawiającemu, że bezpodstawnie stwierdzając spełnianie przez Electricron, częściowo w oparciu o zasób podmiotu udostępniającego, warunku udziału dotyczącego doświadczenia w realizacji robót budowlanych, o którym mowa w pkt 3.1.1.4.1 SWZ, i zaniechanie wezwania Electricronu do złożenia, poprawienia bądź uzupełnienia wykazu robót wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte ich wykonanie w oparciu wyłącznie o własne doświadczenie, naruszył art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 128 ust. 1 ustawy pzp, a w konsekwencji wadliwy wybrał ofertę Electricronu, który nie wykazał spełniania tego warunku udziału.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty.

2. Powtórzenia badania i oceny ofert, w tym wezwania Electricconu do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia wykazu robót wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie robót referencyjnych w celu wykazania spełniania warunku udziału dotyczącego doświadczenia w realizacji robót budowlanych, o którym mowa w pkt 3.1.1.4.1 SWZ.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie a Przystępujący w piśmie procesowym (w obu przypadkach z 23 stycznia 2025 r.) zgodnie wnieśli o jego oddalenie, wywodząc, jak to poniżej omówiono w zakresie niezbędnym dla rozpatrzenia odwołania.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zamawiający określił w pkt 3.1.1.4 SWZ, że uzna za spełniony warunek udziału dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej, jeżeli wykonawca wykaże, co następuje [pisownia oryginalna]:

3.1.1.4.1 wykonał należycie w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie:

a) co najmniej dwie roboty budowlane polegające na budowie lub przebudowie lub rozbudowie stacji 110/15 kV lub o napięciu wyższym, wyposażonej w rozdzielnicę WN, o ilości pól nie mniejszej niż 4,

b) co najmniej dwie roboty budowlane polegające na budowie, przebudowie linii energetycznych napowietrznych o napięciu 110 kV lub o napięciu wyższym i długości nie mniejszej niż 1 km,

c) co najmniej dwie roboty budowlane polegające na budowie, przebudowie linii energetycznych kablowych o napięciu 110 kV lub o napięciu wyższym i długości nie mniejszej niż 0,5 km,

3.1.1.4.2 wykonał należycie w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej dwie usługi instalacji Systemów Zabezpieczenia Technicznego i Systemów Sygnalizacji Pożarowej odpowiadające swoim zakresem Przedmiotowi Zamówienia.

Zamawiający uzna jako spełnienie warunku udziału w postępowaniu jeżeli Wykonawca wykaże się należyłą realizacją co najmniej dwóch zamówień, które łącznie obejmują:

a) nie mniej niż 10 elementów łącznie dla wszystkich obiektów w zakresie wykonanego SSP (Systemu Sygnalizacji Pożarowej),

b) nie mniej niż 10 elementów łącznie dla wszystkich obiektów w zakresie wykonanego SSWIN (Systemu Sygnalizacji Włamania i Napadu),

c) nie mniej niż 5 elementów łącznie dla wszystkich obiektów w zakresie wykonanego SDW (Systemu Dozoru Wizyjnego),

d) nie mniej niż 5 elementów łącznie dla wszystkich obiektów w zakresie wykonanego SKD (Systemu Kontroli Dostępu),

e) nie mniej niż 1 integracja SZT (Systemu Zabezpieczenia Technicznego) i SSP (Systemu Sygnalizacji Pożarowej) wykonana łącznie dla zakresu wszystkich obiektów.

(...)

Jednocześnie Zamawiający w pkt 3.1.2 SWZ zastrzegł, co następuje [pisownia oryginalna]:

W przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Zamawiający określa szczególny sposób spełniania warunków udziału w Postępowaniu na podstawie art. 117 ust. 1 PZP.

W przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, Zamawiający wymaga, aby jeden Wykonawca składający ofertę albo jeden z uczestników konsorcjum wykazał się pełnym doświadczeniem w zakresie:

a) wykonania co najmniej 2 robót budowlanych polegających na budowie, przebudowie lub rozbudowie stacji 110/15 kV lub o napięciu wyższym wyposażonej w rozdzielnicę WN o ilości pól nie mniejszej niż 4,

b) wykonania co najmniej 2 robót budowlanych polegających na budowie lub przebudowie linii energetycznych napowietrznych o napięciu 110 kV lub o napięciu wyższym i długości nie mniejszej niż 1 km.

c) wykonania co najmniej 2 robót budowlanych polegających na budowie lub przebudowie linii energetycznych kablowych o napięciu 110 kV lub o napięciu wyższym i długości nie mniejszej niż 0,5 km.

W konsekwencji powyższego w pkt 3.1.3 Zamawiający zażądał, co następuje:

Na podstawie z art. 117 ust. 4 PZP w przypadku o którym mowa w art. 117 ust. 2 i 3 PZP Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia dołączają odpowiednio do oferty oświadczenie, z którego wynika, które roboty budowlane, dostawy lub usługi wykonają poszczególni wykonawcy. Wzór oświadczenia stanowi Załącznik nr 9 do SWZ

W celu wykazania części warunku udziału dotyczącego doświadczenia w realizacji robót budowlanych, o którym mowa w 3.1.1.4.1 SWZ, Electricron powołał się w odniesieniu do lit. a) i c) na własne doświadczenie, a w zakresie lit. b) na doświadczenie przedsiębiorcy działającego pod firmą Energoflex Adam Rahr {dalej: „Energoflex”} jako podmiotu udostępniającego mu w tym zakresie swoje zasoby.

Reasumując powyższe okoliczności, które nie były niesporne, wypada jednak zauważyć, że nie przypadkiem w przepisach Prawa zamówień publicznych czy Prawa budowlanego mowa jest o „robotach budowlanych” w liczbie mnogiej, gdyż rzeczownik „roboty” użyty jest tu w znaczeniu zbiorowych prac mających na celu realizowanie jakiegoś przedsięwzięcia, w tym przypadku budowlanego. Natomiast rzeczownik „robot” w liczbie pojedynczej występuje tylko języku potocznym i może oznaczać: 1) zespół czynności podejmowanych w celu wykonania czegoś, 2) rezultat czyjejś pracy, czyjegoś działania, 3) pracę jako źródło zarobku, 4) miejsce zatrudnienia [patrz Słownik języka polskiego dostępny na <https://sjp.pwn.pl>].

Stąd z powyższej przytoczonego brzmienia postanowienia zawartego w pkt 3.1.1.4.1, określającego warunek udziału dotyczący doświadczenia wykonawcy, wynika, że wymagany od każdego wykonawcy ubiegającego się o udzielenie tego zamówienia minimalny poziom zdolności zawodowej w tym aspekcie został sprecyzowany przez wskazanie trzech kategorii specjalistycznych robót budowlanych skonkretyzowanych co do ich przedmiotu, co najmniej dwukrotnie należycie wykonanych. Innymi słowy minimalne wymagane doświadczenie ma wynikać z dwukrotnego należytego wykonania robót budowlanych, tj. budowy, przebudowy lub rozbudowy: po pierwsze – stacji 110/15 kV wyposażonej w rozdzielnicę WN o liczbie pól nie mniejszej niż 4, po drugie – co najmniej 1 km linii energetycznych napowietrznych o napięciu 110 kV, po trzecie – co najmniej 0,5 km linii energetycznych kablowych o napięciu 110 kV (lub dotyczących rozdzielni czy linii energetycznych o wyższym napięciu). Jednocześnie o ile Zamawiający nie wymagał, aby taki zakres doświadczenia był objęty za każdym razem jedną umową, o tyle w pkt 3.1.2. SWZ wprost zastrzegł, że przymiot tak określonego doświadczenia ma przysługiwać jednemu wykonawcy. Innymi słowy Zamawiający uznał, że tylko kumulatywne sprostanie przez jeden podmiot wszystkim elementom doświadczenia w realizacji robót budowlanych, o których mowa w pkt 3.1.1.4.1 lit. a)-c) SWZ, tj. zarówno co do krotności, jak i rodzajów robót tam określonych, jest proporcjonalne do przedmiotu tego zamówienia oraz umożliwi ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania tego zamówienia.

Natomiast o ile w odwołaniu dużą wagę przywiązywano do faktu pominięcia w pkt 3.10.3 SWZ w stosunku do treści art. 118 ust. 2 ustawy pzp robót budowlanych, o tyle Przystępujący wskazał na rozprawie treść przypisu zamieszczonego w załączniku nr 7 do SWZ pn. „Zobowiązanie innego podmiotu do oddania do dyspozycji Wykonawcy zasobów niezbędnych do wykonania zamówienia”, gdzie brzmienie tego przepisu zostało w pełni odzwierciedlone. W ocenie Izby nie ma zatem podstaw, aby poczytać podnoszone w odwołaniu pominięcie za celowe posunięcie Zamawiającego, gdyż równie dobrze może być przypadkowe i omyłkowe.

Jednakże istotniejsze jest, że nic rozstrzygającego nie wynika z udzielonych przez Zamawiającego w piśmie z 29 sierpnia 2024 r. wyjaśnień w odpowiedzi na pytanie nr 18, pomimo że dotyczyło ono kwestii będącej istotą sporu w niniejszej sprawie. Otóż wykonawca, wskazując na szczególny sposób określenia spełniania warunków przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie tego zamówienia, wprost zapytał [pisownia oryginalna]: *Czy takie same warunki są wymagane w przypadku kiedy wykonawcy powołują się na zasoby innych podmiotów tzn. że inny podmiot na którego zasoby powołuje się wykonawca musi wykazać się pełnym doświadczeniem wymaganym w punkcie 3.1.2.?* W odpowiedzi Zamawiający niczego nie wyjaśnił, gdyż jedynie odesłał do pkt 3.10 [Zasady korzystania z potencjału osób trzecich] SWZ (poza tym poprawił błędnie odesłanie do wspomnianego powyżej załącznika nr 7 do SWZ). Tymczasem zawarte tam uregulowania sprowadzają się *dode facto* do powielenia brzmienia przepisów art. 118 ust. 1-2, art. 119, art. 120 i art. 122 ustawy pzp, z wyjątkiem, o którym była już mowa powyżej. Oczywiście jest, że gdyby Zamawiający konkretnie odpowiedział na zadane pytanie, nie zaistniałby spór będący przedmiotem rozpoznania w niniejszej sprawie.

W tak ustalonych okolicznościach okazuje się, że rozstrzygające znaczenie mają przepisy ustawy pzp dotyczące określenia warunków udziału dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej (ściśle rzecz biorąc w tej ostatniej kategorii mieści się doświadczenie) oraz sposobu ich spełnienia przez wykonawców.

Z art. 112 ust. 1 i 2 pkt 4 ustawy pzp wynika, że zamawiający określa warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.

Przy czym według art. 117 ust. 1 ustawy pzp zamawiający może określić szczególny, obiektywnie uzasadniony, sposób spełniania przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia warunków udziału w postępowaniu, jeżeli jest to uzasadnione charakterem zamówienia i jest proporcjonalne. Przy czym art. 117 ust. 3 ustawy pzp zastrzega w odniesieniu do warunków dotyczących m.in. właśnie doświadczenia, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia mogą polegać na zdolnościach tych z wykonawców, którzy wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. Stąd art. 117 ust. 4 ustawy pzp nakazuje, aby w takim przypadku wykonawcy wspólnie składający m.in. ofertę dołączyli do niej oświadczenie wskazujące, które roboty budowlane, dostawy lub usługi wykonają poszczególni wykonawcy.

Z kolei z art. 118 ust. 1 i 2 ustawy pzp wykonawca może w celu (m.in.) potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczących doświadczenia, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach (m.in.) technicznych lub zawodowych podmiotów udostępniających zasoby, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków prawnych, jeżeli podmioty udostępniające zasoby wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. Stąd art. 118 ust. 3 i 4 ustawy pzp nakazuje złożenie wraz z ofertą co do zasady zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby, które potwierdzi, że stosunek łączący wykonawcę z podmiotami udostępniającymi zasoby gwarantuje rzeczywisty dostęp do tych zasobów, oraz określa w szczególności: 1) zakres dostępnych wykonawcy zasobów podmiotu udostępniającego zasoby; 2) sposób i okres udostępnienia wykonawcy i wykorzystania przez niego zasobów podmiotu udostępniającego te zasoby przy wykonywaniu zamówienia; 3) czy i w jakim zakresie podmiot udostępniający zasoby, na zdolnościach którego wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących m.in. właśnie doświadczenia, zrealizuje roboty budowlane lub usługi, których wskazane zdolności dotyczą. Według art. 119. zamawiający ocenia, czy udostępniane wykonawcy przez podmioty udostępniające zasoby zdolności (m.in.) techniczne lub zawodowe pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa (w tym przypadku) w art. 112 ust. 2 pkt 4 pzp.

Niezależnie od powyższych uregulowań art. 121 pkt 1 ustawy pzp uprawnia Zamawiającego do zastrzeżenia obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych zadań dotyczących zamówień na roboty budowlane lub usługi.

Jak to podniesiono w odwołaniu istotą wspólnego ubiegania się o zamówienie jest możliwość łączenia potencjałów różnych wykonawców w celu sumarycznego wykazania spełniania warunków udziału adekwatnie do przedmiotu zamówienia. Skoro Zamawiający zdecydował w prowadzonym aktualnie postępowaniu, że dopuszcza tylko kumulatywne spełnianie wszystkich elementów warunku udziału dotyczącego doświadczenia w należyтым wykonaniu robót budowlanych, należy uznać, że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu tego zamówienia. Jak wywiódł Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej {dalej również: „TSUE” lub „Trybunał”} w uzasadnieniu wyroku z 10 października 2013 r. C-94/12 (Swm Costruzioni 2 SpA, Mannocchi Luigino DI v. Provincia di Fermo) *Nie można oczywiście wykluczyć, że istnieją szczególne roboty budowlane, które wymagają pewnych kwalifikacji niemożliwych do uzyskania przez połączenie niższych kwalifikacji wielu podmiotów. W takiej sytuacji instytucja zamawiająca może w uzasadniony sposób wymagać, aby minimalny poziom kwalifikacji został osiągnięty przez jeden podmiot gospodarczy lub stosownie do okoliczności przez odwołanie się do ograniczonej liczby podmiotów gospodarczych (...) o ile wymóg ten jest związany z przedmiotem danego zamówienia i jest w stosunku do niego proporcjonalny.*

W konsekwencji według Odwołującego, uznając za wykazany warunek udziału w zakresie doświadczenia przez Przystępującego, który w tym celu korzystał z zasobów podmiotu udostępniającego dla wykazania jednego spośród trzech elementów doświadczenia w realizacji robót budowlanych, Zamawiający sprzeniewierzył się ustanowionej przez siebie w pkt 3.1.2 SWZ zasadzie kumulatywnego spełnienia tego warunku przez jeden podmiot. Nie może mieć bowiem znaczenia dla oceny warunku udziału jedynie status, w jakim podmiot uczestniczy w postępowaniu: konsorcjanta

czy podmiotu udostępniającego zasoby. Takie różnicowanie oceny tożsamej sytuacji podmiotowej wyłącznie na podstawie statusu podmiotu, który ma brakujący Przystępującemu element wymaganego doświadczenia, stanowi oczywiste naruszenie zasad równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości postępowania. Zdaniem Odwołującego stanowi to również sprzeniewierzenie się *ratio legis* instytucji ustanowionej w art. 117 ust. 1 pzp, z której skorzystał Zamawiający w prowadzonym postępowaniu.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie poprzestał przytoczeniu i literalnej wykładni powyżej już przywołanych postanowień SWZ (oraz przepisów ustawy pzp, na których bazują) oraz podnosząc, że nie było w tym zakresie zastrzeżeń, co nic nie wniosło do sprawy. Na tym etapie Zamawiający przemilczał o niefortunnie udzielonej odpowiedzi, która nie wyjaśniła kwestii będącej przedmiotem sporu w niniejszej sprawie.

Z kolei Przystępujący w piśmie procesowym kładzie nacisk na fakt braku zastrzeżenia przez Zamawiającego jakiegokolwiek zakresu robót budowlanych będących przedmiotem tego zamówienia jako kluczowego zadania do osobistego wykonania przez wykonawcę tego zamówienia. Odmienne niż w poprzednim postępowaniu na ten sam przedmiot zamówienia, które zostało unieważnione, Zamawiający dokonał takiego zastrzeżenia w odniesieniu do robót budowlanych obejmujących przebudowę linii 110 kV. Według Przystępującego rezygnując w aktualnie prowadzonym postępowaniu, Zamawiający dopuścił możliwość korzystania z potencjału podmiotu trzeciego w celu wykazania warunku udziału dotyczącego robót budowlanych. Innymi słowy jeżeli wolą Zamawiającego byłoby ograniczenie możliwości polegania na zasobach innego podmiotu i osobiste wykonanie wszystkich prac przez wykonawcę składającego ofertę. Przy czym w tym samym zdaniu Przystępujący jednocześnie wskazuje, że takie zastrzeżenie mogłoby dotyczyć tylko pewnych prac, określonych jako kluczowe.

Jednakże Zamawiający z powołaniem się na art. 117 ust. 3 i 4 ustawy pzp określił, że wymaga, aby jeden wykonawca, który ma pełny zakres wymaganego doświadczenia, wykonał te roboty budowlane, więc zastrzeżenie ich osobistego wykonania nie zmieniałoby sytuacji odnośnie wymaganego sposobu wykazania warunku udziału. Umknęło bowiem Przystępującemu, że jeżeli warunki udziału w poprzednim postępowaniu były analogiczne (co zostało przez niego przemilczane, w tym załączony wyciąg z SWZ nie obejmuje tych postanowień), rezygnacja ze wskazania robót budowlanych odpowiadających lit. b) i c) jako zastrzeżonych do osobistego wykonania przez wykonawcę składającego ofertę nic nie zmienia odnośnie dopuszczalności powołania się na zasoby innego podmiotu przy wykazywaniu warunku udziału, który niepodzielnie dotyczy lit. a), b), c).

O ile poza wszelkim sporem jest fakt, że w tym postępowaniu Zamawiający nie wyłączył polegania na zasobach innego podmiotu w celu wykazania spełniania warunku dotyczącego doświadczenia w należyтым dwukrotnym wykonaniu trzech rodzajów robót budowlanych, o tyle korzystanie z tej możliwości musi uwzględniać zastrzeżoną przez Zamawiającego niepodzielność wymaganej trójaspektowej zdolności. Innymi słowy o udzielenie tego zamówienia może ubiegać się wykonawca, który może wykazać się taką niepodzielną zdolnością zawodową dzięki doświadczeniu własnemu albo poleganiu w tym pełnym zakresie na doświadczeniu podmiotu trzeciego.

Zamawiający i Przystępujący przechodzą do porządku dziennego nad tym, że poleganie na zdolnościach innych podmiotów jako odstępstwo od wykazywania spełnienia warunków dotyczących zdolności zawodowej, w tym doświadczenia, dzięki własnym zdolnościom, nie może być szersze niż zasada. W tym postępowaniu jest posiadanie przez jednego wykonawcę niepodzielnie całego wymaganego doświadczenia odnośnie robót budowlanych. Stąd jeżeli wykonawca nie ma takiego trójaspektowego doświadczenia własnego, może polegać na zdolnościach innego podmiotu, ale wyłącznie takiego, który ma właśnie takie złożone doświadczenie, a nie ograniczające się do jednego czy dwóch spośród trzech wymaganych łącznie rodzajów robót budowlanych. Niepodzielność tej zdolności jest przykładem wypełnienia się przesłanki z art. 118 ust. 1 pzp *in principio*, zawierającego zastrzeżenie, że wykonawca w „stosownych sytuacjach” (czyli wyłącznie w takich) może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu polegać na zdolnościach innych podmiotów. Przy czym jest to przesłanka negatywna odrębna od wynikającej wprost z art. 118 ust. 3 *in fine* pzp przesłanki pozytywnej, tj. obligatoryjnego wykonania przez taki podmiot trzeci, *de facto* jako podwykonawca, robót budowlanych, do których zrealizowania te zdolności, w tym przypadku wieloaspektowe doświadczenie, były wymagane w ramach warunku udziału.

Należy zauważyć, że już wyroku z 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14 (Esaprojekt przeciwko Województwu Łódzkiemu) Trybunał stwierdził m.in., że [pisownia oryginalna]: *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 polegał na zdolnościach innego podmiotu w rozumieniu art. 48 ust. 3 omawianej dyrektywy poprzez sumowanie wiedzy i doświadczenia dwóch podmiotów, które samodzielnie nie mają*

wymaganej zdolności do realizacji określonego zamówienia, w przypadku gdy instytucja zamawiająca uzna, że dane zamówienie jest niepodzielne, czyli że musi zostać zrealizowane przez jednego i tego samego wykonawcę, oraz że wykluczenie możliwości polegania na doświadczeniu większej liczby wykonawców jest związane z przedmiotem danego zamówienia, które musi więc zostać zrealizowane przez jednego wykonawcę, oraz proporcjonalne do niego.

Jak to uzasadnił Trybunał w motywie 49.: *Nie można bowiem wykluczyć, że szczególne prace wymagają pewnych kwalifikacji niemożliwych do uzyskania poprzez połączenie niższych kwalifikacji wielu podmiotów. W takiej sytuacji instytucja zamawiająca może zatem w uzasadniony sposób wymagać, aby minimalny poziom kwalifikacji został osiągnięty przez jednego wykonawcę lub, stosownie do okoliczności, przez skorzystanie z usług ograniczonej liczby wykonawców, na mocy art. 44 ust. 2 akapit drugi dyrektywy 2004/18, o ile wymóg ten jest związany z przedmiotem danego zamówienia i jest w stosunku do niego proporcjonalny (wyrok z dnia 7 kwietnia 2016 r., Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, pkt 40 i przytoczone tam orzecznictwo).*

Powyższe uwarunkowania prawne pozostały aktualne na gruncie przepisów obowiązującej Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.3.2014 r., str. 65, ze zm.), której implementację stanowią omówione powyżej przepisy ustawy pzp, więc stanowią również właściwy punkt odniesienia w rozpoznawanej sprawie.

W rezultacie należy uznać, że Zamawiający przy badaniu i ocenie ofert nie dochował zasad równego traktowania wykonawców i przejrzystości, gdyż zamiast wezwać Przystępującego na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy pzp do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w celu potwierdzenia spełniania warunku dotyczącego doświadczenia w należyтым wykonaniu robót budowlanych w wymagany w prowadzonym postępowaniu sposób, wybrał jego ofertę.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego art. 128 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy pzp miało wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia, stąd – działając na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1, ust. 3 pkt 1 lit. a oraz b ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego w tej sprawie, na które złożył się uiszczony wpis od odwołania oraz uzasadnione koszty Odwołujących z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika (udokumentowane złożoną do akt fakturą VAT), orzeczono w pkt 2. sentencji stosownie do jej wyniku, na podstawie art. 557 ustawy pzp w zw. z § 7 ust. 1 pkt 1 oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. poz. 2437) obciążając nimi Zamawiającego.