Sygn. akt: KIO 1388/25

WYROK

Warszawa, dnia 7 maja 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Luiza Łamejko

Protokolant:Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 kwietnia 2025 r. przez wykonawcę Arco System Sp. z o.o. z siedzibą w Oświęcimiu

w postępowaniu prowadzonym przez Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania Sp. z o.o.
z siedzibą w Krakowie

uczestnik po stronie zamawiającego – NDI S.A. z siedzibą w Sopocie

orzeka:

1.Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych przez zaniechanie wezwania NDI S.A. do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych dla wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia zawodowego i nakazuje zamawiającemu Miejskiemu Przedsiębiorstwu Oczyszczania Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert, w tym wezwanie wykonawcy NDI S.A. na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych dla wykazania spełniania warunku
w zakresie doświadczenia zawodowego wykonawcy,
2.Umarza postępowanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 18 ust. 1-3 w zw. z art. 16 ustawy Prawo zamówień publicznych- w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z art. 74 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych przez zaniechanie ujawnienia dokumentów i informacji zastrzeżonych przez NDI S.A. jako tajemnica przedsiębiorstwa,
3.Kosztami postępowania obciąża Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania Sp. z o.o.
z siedzibą w Krakowie i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Arco System Sp. z o.o. z siedzibą
w Oświęcimiu tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Arco System Sp. z o.o. z siedzibą w Oświęcimiu tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,

3.2. zasądza od Miejskiego Przedsiębiorstwa Oczyszczania Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie na rzecz Arco System Sp. z o.o. z siedzibą w Oświęcimiu kwotę 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy).

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.

Przewodnicząca:……..

Sygn. akt: KIO 1338/25

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

Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (dalej: „Zamawiający") prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie
o udzielenie zamówienia publicznego na budowę obiektu p.n. „Punkt Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych". Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r. poz. 1320 ze zm.), zwanej dalej: „ustawy Pzp". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod poz. 23736-2025.

W dniu 10 kwietnia 2025 r. wykonawca Arco System Sp. z o.o. z siedzibą w Oświęcimiu (dalej: „Odwołujący")

wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na:

- wyborze oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu i uznaniu za taką oferty wykonawcy NDI S.A. z siedzibą w Sopocie (dalej: „NDI") z naruszeniem art. 239 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp, przy

- naruszeniu art. 18 ust. 1-3 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2022 r. poz. 1233 ze zm. – dalej: „uznk") w zw. z art. 74 ust. 2 ustawy Pzp przez zaniechanie ujawnienia dokumentów i informacji bezskutecznie zastrzeżonych przez wykonawcę NDI jako tajemnica przedsiębiorstwa, tj. szczegółowych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oraz dokumentów/dowodów złożonych przez tego wykonawcę, o których mowa w uzasadnieniu odwołania, pomimo że wykonawca ten składając je nie przedstawił odpowiedniego uzasadnienia zastrzeżenia, dowodów ani nie wykazał, że posiadają określoną wartość gospodarczą, która uzasadniałaby skuteczne zastrzeżenie tajemnicy;

- naruszeniu art. 128 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania NDI o uzupełnienie podmiotowych środków dowodowych dla wykazania spełnienia warunku udziału w zakresie doświadczenia zawodowego, pomimo, że złożone i wyjaśniane nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o:

· merytoryczne rozpatrzenie oraz uwzględnienie niniejszego Odwołania,

· dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentacji Postępowania - na

okoliczności wskazane niniejszym odwołaniem,

a także o:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

2. powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem zarzutów podniesionych w odwołaniu;

3. odtajnienie i udostępnienie Odwołującemu dokumentów objętych przez NDI ochroną jako tajemnica przedsiębiorstwa,

4. wezwanie wykonawcy NDI do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych dla wykazania spełniania warunku w zakresie doświadczenia zawodowego,

5. dokonanie ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Uzasadniając zarzut dotyczący zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień ceny NDI Odwołujący zakwestionował argumentację zaprezentowaną przez NDI w uzasadnieniu zastrzeżenia.

Argumentując zasadność zarzutu niewykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia zawodowego przez NDI Odwołujący wskazał, że NDI ubiega się samodzielnie o przedmiotowe zamówienie, a ponadto nie korzysta w zakresie doświadczenia z użyczenia potencjału w trybie art. 118 ustawy Pzp. Powyższe oznacza, jak zauważył Odwołujący, że w trakcie postępowania po złożeniu ofert nie istnieje już możliwość odmiennego wykazania spełnienia warunku udziału aniżeli za pomocą własnego potencjału wiedzy i doświadczenia.

Zgodnie z Wykazem robót wykonawca powołał się na zamówienie zrealizowane dla Narodowego Instytutu Onkologii im. M.S. – Państwowego Instytutu Badawczego Oddziału w Gliwicach pn. „Budowa parkingu wielopoziomowego wraz z infrastrukturą towarzyszącą". Wykonawca oświadczył, że w ramach zadania wykonano budowę obiektu budowlanego użyteczności publicznej o kubaturze 55 136,00m3, o konstrukcji szkieletowo-żelbetowej. Wartość zamówienia to 20 973 554,39 zł netto. W złożonym Wykazie robót NDI złożyło ponadto oświadczenie, że „Zadanie wskazane w pkt. 1 tabeli wykonano w ramach konsorcjum zintegrowanego NDI S.A. i NDI SOPOT S.A. NDI S.A. brała realny i faktyczny udział w wykonaniu ogółu prac wskazanych w wykazie.".

Do ww. Wykazu robót załączone zostały referencje.

Odwołujący podał, że wykonawca NDI w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego wystosowane w trybie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp o wskazanie, który z członków konsorcjum NDI S.A. czy NDI SOPOT S.A. realizujących robotę na rzecz Narodowego Instytutu Onkologii im. M.S. – Państwowego Instytutu Badawczego Oddziału w Gliwicach wykonał budowę obiektu budowlanego scharakteryzowanego w treści warunku udziału

w postępowaniu w piśmie z dnia 24 marca 2025 r. złożył oświadczenie, że zamówienie zostało wykonane w ramach konsorcjum zintegrowanego bez podziału rzeczowego, co miało oznaczać *de facto,* że obaj konsorcjanci tak ściśle i nierozerwalnie mieli wykonywać zamówienie, że uzyskano w następstwie tego zamówienia doświadczenie w formule – każdy z konsorcjantów w pełnym zakresie całej inwestycji.

W odpowiedzi na kolejne wezwanie Zamawiającego do udzielenia wyjaśnień kwestii zakresu rzeczowego faktycznego udziału NDI w realizacji robót objętych przedmiotem zamówienia referencyjnego wykonawca NDI w piśmie z dnia 31 marca 2025 r. złożył oświadczenie, że NDI realnie i faktycznie wykonała wszystkie prace w ramach wskazanej inwestycji, a także że nie dokonano podziału obowiązków w ramach konsorcjum (i nie był on zakładany). Wykonawca NDI wskazał także na takie okoliczności, jak to, że cała kadra kierownicza to byli pracownicy NDI S.A., NDI S.A. pełniła funkcję lidera konsorcjum, zaś NDI SOPOT S.A. jest spółką z grupy kapitałowej NDI.

Odwołujący zwrócił uwagę, że w charakterze dowodów wykonawca NDI złożył umowę regulującą współpracę wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, o której mowa w art. 59 ustawy Pzp, tj. umowa konsorcjum pomiędzy NDI S.A. (wcześniej NDI Spółka z o.o.) a NDI SOPOT S.A. (wcześniej NDI S.A.) z dnia 1 października 2020 Odwołujący stwierdził, że dokument nie zawiera żadnych informacji pomocnych do ustalenia zarówno zakresów rzeczowych, jak i kwestii konsorcjum zintegrowanego – dokument nie zawiera podziału zakresów rzeczowych. W ocenie Odwołującego, albo celowo pominięto podział zakresów, aby w przyszłości prezentować stanowisko o doświadczeniu uzyskanym w pełnym zakresie przez każdego z konsorcjantów rozłącznie jako konsorcjum zintegrowane albo też wykonawcy sporządzili do dokumentu aneks realizacyjny – co jest standardem rynkowym, przy czym dokumentu takiego nie złożono poprzedniemu Zamawiającemu. O powyższym świadczy, zdaniem Odwołującego, brak w umowie konsorcjum postanowień na temat rozliczeń finansowych stron umowy.

W ocenie Odwołującego, sam fakt, że konkretna umowa konsorcjum nie zawiera ustaleń w przedmiocie faktycznych części zamówienia, które mają wykonać i być za nie odpowiedzialni poszczególni konsorcjanci, nie może sam w sobie świadczyć o tak ścisłym zintegrowaniu konsorcjantów w fazie realizacji zamówienia, że każdy niezależnie uzyskuje pełne doświadczenie realizacyjne, na które może w przyszłości się powoływać.

Odwołujący podniósł, że przepisy rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych wymagają bezwzględnie od wykonawców, którzy powołują się na fakt uprzedniej realizacji zamówienia w ramach konsorcjum, powoływania się wyłącznie na taki zakres rzeczowy robót, jaki bezpośrednio zrealizowali. Doświadczenie w realizacji robót budowlanych jest kwestią faktu.

Zdaniem Odwołującego, teoria konsorcjum zintegrowanego przy zakresie rzeczowym jak w zamówieniu referencyjnym służyć ma wyłącznie sztucznej możliwości powoływania się każdego z konsorcjantów na pełny zakres zamówienia referencyjnego. Zdaniem Odwołującego, mamy w sprawie do czynienia z próbą obejścia ograniczeń, jakie nakłada ustawodawca w ww. rozporządzeniu. Wykonawca deklaruje, że z samego faktu braku podziału rzeczowego ma automatycznie wynikać, że każdy z konsorcjantów wykonywał tożsame
i wszystkie czynności w ramach zamówienia referencyjnego.

Odwołujący zaznaczył, że skoro NDI twierdzi, że zamówienie referencyjne było wykonywane w całości przez obu konsorcjantów, którzy w nierozerwalny sposób cały zakres zamówienia wykonywali razem, to oznacza wyłącznie, że doświadczenie z tak zrealizowanego zamówienia jest przynależne jedynie konsorcjum, a nie poszczególnym konsorcjantom
z osobna. W konsekwencji, aby uznać za spełniony warunek udziału w zakresie doświadczenia w aktualnym przetargu, wykonawcy musieliby ponownie wspólnie ubiegać się o zamówienie – bowiem zgodnie z twierdzeniami NDI, tylko razem posiadają „zintegrowane" doświadczenie.

Odnośnie pozostałych załączników w postaci umowy zawarta z zamawiającym tj. Narodowym Instytutem Onkologii im. M.S. – Curie - Państwowym Instytutem Badawczym Oddziałem w Gliwicach na realizację robót budowlanych z dnia 28 stycznia 2021 r. – Odwołujący wskazał, że dokument ten nie zawiera żadnych informacji pomocnych dla kwestii konsorcjum zintegrowanego. Odwołujący stwierdził również, że dołączone do wyjaśnień faktury wskazujące, że lider dokonywał w imieniu konsorcjum rozliczeń
z zamawiającym nie mają znaczenia dla ustalenia kwestii konsorcjum zintegrowanego
i faktycznego zakresu prac zrealizowanych przez poszczególnych konsorcjantów.

Odwołujący podał, że zwrócił się w celu weryfikacji zamówienia referencyjnego do poprzedniego Zamawiającego (dalej: „NIO"). Z uzyskanych w dniu 10 kwietnia br. dokumentów z NIO odnośnie postępowania o zamówienie publiczne dla zamówienia referencyjnego NDI S.A. wynika, że:

Zamówienie referencyjne:

„Budowa parkingu wielopoziomowego wraz z infrastrukturą towarzyszącą dla Narodowego Instytutu Onkologii im. M.S. - Państwowego Instytutu Badawczego Oddziału w Gliwicach”

W postępowaniu referencyjnym Zamawiający NIO określił warunek doświadczenia
w wykonaniu robót budowlanych na wartość 18 000 000,00 zł brutto

Zgodnie z SWZ postępowania referencyjnego:

Wykaz i krótki opis kryteriów kwalifikacji:

1. Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże należyte wykonanie w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej jednego zmówienia polegającego na budowie parkingu wielopoziomowego o wartości robót budowlanych minimum 25 000 000,00 PLN brutto (słownie: dwadzieścia pięć milionów złotych) 18.000.000,00 zł brutto - Zmiana odpowiedziami z dnia 3.09.2020

Wartość oferty złożonej w przetargu referencyjnym przez konsorcjum NDI SA oraz NDI Sopot SA: 24 222 471,90zł brutto (w tym 605 561,80 zł brutto dokumentacja – formuła zaprojektuj
i wybuduj)

Zamówienie referencyjne na jakie powoływało się konsorcjum w przetargu NIO pn. „Żoli Żoli tj. budynek mieszkalny wielorodzinny z garażem podziemnym i usługami oraz infrastrukturą przy ul. Rydygiera 6 w Warszawie” wykonane było wyłącznie przez spółkę NDI SOPOT S.A.

Informacja ta nie wynika bezpośrednio z referencji, ponieważ wskazana w nich została spółka NDI S.A., która w dacie realizacji zadania nie istniała – zgodnie z danymi z KRS została utworzona w 2021 r. w wyniku przekształcenia z NDI Sp. z o.o.

Jednoznacznym potwierdzeniem że realizację inwestycji „Żoli Zoli” wykonała spółka NDI SOPOT SA jest fakt iż w piśmie z dnia 19 listopada 2020 r., stanowiącym wyjaśnienie złożone Zamawiającemu, tj. NIO Oddział w Gliwicach, Wykonawca wskazał, że realizację zadania wykonał członek konsorcjum – NDI SOPOT S.A.

Odwołujący stwierdził, że powyższe potwierdza, że:

- w przetargu dla zamówienia referencyjnego dla NDI S.A. – zrealizowanym na rzecz NIO
w Gliwicach – warunek doświadczenia w wykonaniu robót budowlanych w całości
i samodzielnie spełniał NDI Sopot S.A. a nie NDI S.A. – warunek referencyjny 18 mln zł brutto – oferta konsorcjum ok 24 mln zł brutto (pozostało dla NDI S.A. maksymalnie ok 6 mln zł – warunek w aktualnym przetargu to 10 mln)

- powyższe potwierdza, że to nie NDI S.A. ani nie konsorcjum ale NDI Sopot S.A. winien był faktycznie zrealizować zamówienie w zakresie co najmniej potwierdzającym spełnienie warunku udziału.

Odwołujący podkreślił, że to że zamówienie referencyjne było wynikiem postępowania wg poprzedniej ustawy Pzp, gdzie nie było obowiązku składania oświadczeń w trybie jak
w obecnej ustawie Pzp - art. 117 ust. 4 nie zmienia faktu, że to właśnie podmiot potwierdzający spełnienie warunku doświadczenia w wykonaniu robót miał te roboty zrealizować – kwestia była jednolicie rozumiana w poprzednim orzecznictwie KIO.

W ocenie Odwołującego, potwierdza to dodatkowo, że w aktualnym przetargu NDI S.A. nie może legitymować doświadczeniem w całości zamówienia referencyjnego, bowiem to NDI Sopot S.A. skonsumowało większą część referencji z NIO.

Zdaniem Odwołującego, złożone PSD, jak również wyjaśnienia potwierdzają, że na zamówienie referencyjne nie może w całości powoływać się spełniając warunek udziału
w obecnym przetargu jeden z konsorcjantów tj. NDI S.A.

Odwołujący przypomniał, że w doktrynie i orzecznictwie przyjmuje się, że w przypadku projektów realizowanych w ramach umów konsorcjum, członek konsorcjum nabywa doświadczenie jedynie w tym zakresie, w jakim faktycznie wykonywał roboty budowlane
w ramach konkretnej umowy. Wiodącą linię orzeczniczą w tej sprawie wyznaczył wyrok TSUE z 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14 (sprawa Esaprojekt).

Odwołujący wskazał, że wykonawca nie może polegać na realizacji świadczeń przez innych członków grupy wykonawców, w których realizacji faktycznie i konkretnie nie brał udziału. Wymagany jest osobisty i bezpośredni udział w wykonaniu co najmniej części zamówienia. Tymczasem wykonawca NDI nie wykazał w żaden konkretny sposób, aby jakiekolwiek konkretne roboty zostały przez niego wykonane w ramach zamówienia referencyjnego w dodatku na

poziomie co najmniej wartości, jaka wynika z określonego
w SWZ warunku udziału w postępowaniu.

W konsekwencji, w ocenie Odwołującego, konieczne jest uznanie, że wykonawca NDI nie wykazał za pomocą powołanego zamówienia referencyjnego spełnienia warunku udziału w zakresie doświadczenia, a w konsekwencji obligatoryjne stało się wezwanie NDI do uzupełnienia PSD dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca NDI.

Pismem z dnia 29 kwietnia 2025 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości.

Na posiedzeniu Odwołujący złożył oświadczenie, że cofa zarzut dotyczący naruszenia wskazanych w odwołaniu przepisów przez zaniechanie ujawnienia dokumentów
i informacji zastrzeżonych przez NDI jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego wskazanego w treści uzasadnienia, jak też po zapoznaniu się z oświadczeniami i stanowiskami stron
i uczestnika postępowania złożonymi pisemnie oraz ustnie do protokołu w toku rozprawy zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając tym samym Odwołującego na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

Izba ustaliła, że przedmiotem zamówienia jest wybudowanie obiektu p.n. „Punkt Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych" realizowanego w ramach Centrum Recyklingu Odpadów Komunalnych w Krakowie z lokalizacją przy ulicy Igołomskiej 17A wraz z infrastrukturą zewnętrzną niezbędną dla funkcjonowania Punktu Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych (PSZOK). na działce nr 1/169 obr.20 Nowa Huta (pkt 4 ppkt 2 SWZ).

Zgodnie z pkt 9 ppkt 4 SWZ, Zamawiający wymagał od wykonawców ubiegających się o przedmiotowe zamówienie wykazania się zdolnością techniczną lub zawodową (wymagane doświadczenie) określając ją jako:

„o udzielenie zamówienia może ubiegać się Wykonawca, który w okresie ostatnich 5 (słownie: pięciu) lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał co najmniej 1 robotę budowlaną, która obejmowała budowę obiektu budowlanego (biurowego, użyteczności publicznej, mieszkalnego wielorodzinnego), o kubaturze co najmniej 10 000 m³, o konstrukcji szkieletowej – żelbetowej, o wartości robót co najmniej 10 000 000 PLN netto;".

Zamawiający zastrzegł, że „Jeżeli Wykonawca powołuje się na doświadczenie
w realizacji usług lub robót budowlanych, wykonywanych wspólnie z innymi Wykonawcami, wówczas w wykazie usług/robót budowlanych zobowiązany jest podać jedynie te usługi/roboty budowlane, w których wykonaniu Wykonawca bezpośrednio uczestniczył." (pkt 9 ppkt 7 SWZ).

W pkt 9 ppkt 10 SWZ Zamawiający określił dodatkowe wymogi dotyczące wykazywania spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:

„10) Wymagania dotyczące Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielnie zamówienia:

− Zamawiający określa szczegółowy, obiektywnie uzasadniony, sposób spełniania przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, warunków udziału
w postępowaniu. W przypadku podmiotów składających ofertę wspólną, warunek o którym mowa w pkt. 9.4) SWZ musi spełniać jeden podmiot - warunek ten nie podlega dzieleniu. Powyższy wymóg dotyczy również podmiotów trzecich, na potencjale których Wykonawca polega w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu na zasadach określonych w art. 118 ustawy Pzp.

− W przypadku, gdy ofertę składają Wykonawcy wspólnie w okolicznościach wskazanych
w art. 117 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia dołączają do oferty oświadczenie, z którego wynika, które dostawy, usługi lub roboty budowalne wykonają poszczególni wykonawcy. Powyższy obowiązek dotyczy także Wykonawców prowadzących działalność w formie spółki cywilnej.

− Jeżeli Wykonawca wykazuje doświadczenie nabyte w ramach kontraktu (zamówienia/umowy) realizowanego przez Wykonawców wspólnie ubiegających się
o udzielenie zamówienia/wspólnie realizujących zamówienie (konsorcjum wykonawców) Zamawiający nie dopuszcza by

Wykonawca polegał na doświadczeniu grupy Wykonawców, której był członkiem, jeżeli faktycznie i konkretnie nie wykonywał wykazanego zakresu prac. Wykonawca ten może powołać się na doświadczenie grupy wykonawców, której był członkiem pod warunkiem, że faktycznie i konkretnie uczestniczył w wymaganym zakresie w realizacji wykazanej części/elementu zamówienia. Zamawiający zastrzega możliwość zwrócenia się do Wykonawcy o wyjaśnienia, co do zakresu faktycznie i konkretnie wykonywanego części/elementu prac/robót oraz przedstawienia stosownych dowodów okoliczność tę poświadczających np. umowa konsorcjum, z której wynika zakres obowiązków Wykonawcy lub wystawionych przez Wykonawcę faktur.”.

Wykonawca NDI na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu złożył oświadczenie, że na rzecz Narodowego Instytutu Onkologii im. M.S. – Państwowego Instytutu Badawczego Oddziału w Gliwicach wykonał zamówienie:

„Budowa parkingu wielopoziomowego wraz z infrastrukturą towarzyszącą dla Narodowego Instytutu Onkologii im. M.S. – Państwowego Instytutu Badawczego Oddziału w Gliwicach

W ramach zadania wykonano budowę obiektu budowlanego użyteczności publicznej
o kubaturze 55 136,00 m3, o konstrukcji szkieletowej – żelbetowej”

Wartość zamówienia: 20 973 554,39 zł netto.

Wykonawca NDI oświadczył ponadto, że w celu wykazania spełnienia powyższego warunku uczestnictwa nie polega na zasobach innych podmiotów na zasadach, o których mowa w art. 118 ust. 1 ustawy Pzp. Wykonawca ten podał również, że:

„Zadanie wskazane w pkt. 1 tabeli wykonano w ramach konsorcjum zintegrowanego NDI S.A. i NDI SOPOT S.A.

NDI S.A. brała realny i faktyczny udział w wykonaniu ogółu prac wskazanych w wykazie.”.

Wykonawca NDI dołączył też poświadczenie wykonania zadania inwestycyjnego
z dnia 23 sierpnia 2023 r., w którym Narodowy Instytut Onkologii im. M.S. - Państwowy Instytut Badawczy poświadczył, że konsorcjum firm NDI S.A. oraz NDI Sopot S.A. wykonało należycie ww. zamówienie.

Pismem z dnia 21 marca 2025 r. Zamawiający wezwał NDI na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp do wyjaśnienia wykazu wykonanych robót budowalnych oraz poświadczenia wykonania zadania inwestycyjnego. Zamawiający wskazał:

„Z treści przedłożonych przez Wykonawcę dokumentów wynika, iż wskazane na potwierdzenie, spełniania warunku, o którym mowa w 9.4) Specyfikacji Warunków Zamówienia, zamówienie zostało zrealizowane przez konsorcjum firm NDI S.A. oraz NDI Sopot S.A. Zgodnie z utrwalonym w tym zakresie orzecznictwem Zamawiający podczas weryfikacji Wykonawcy, który powołuje się na roboty budowlane będące przedmiotem zamówienia realizowanego przez niego w ramach konsorcjum, zobowiązany jest oceniać to doświadczenie w zależności od realnego zakresu udziału tego Wykonawcy przy wykonywaniu umowy. Wykonawca nabywa realne doświadczenie nie przez sam fakt bycia członkiem grupy wykonawców wspólnie realizujących zamówienie, lecz wyłącznie poprzez bezpośredni udział w wykonywaniu przynajmniej jednej z części zamówienia, do którego całościowego wykonania zobowiązana jest ta grupa wykonawców. Oznacza to, że wykonawca nie może wykazywać się realizacją świadczeń, w których faktycznie i konkretnie nie brał udziału, a które
w rzeczywistości zostały wykonane przez innych członków konsorcjum.

Mając powyższe na uwadze Zamawiający wzywa Wykonawcę do wskazania, który z członków konsorcjum (NDI S.A. czy NDI Sopot S.A.), realizujących robotę budowlaną na rzecz Narodowego Instytutu Onkologii im. M.S. - Państwowy Instytut Badawczy Oddział w Gliwicach, wykonał budowę obiektu budowlanego (biurowego, użyteczności publicznej, mieszkalnego wielorodzinnego), o kubaturze co najmniej 10 000 m3, o konstrukcji szkieletowej - żelbetowej, o wartości robót co najmniej 10 000 000 PLN netto ?”.

Wykonawca NDI pismem z dnia 24 marca 2025 r. wyjaśnił:

„wskazane w wykazie robót budowlanych zadanie pod nazwą: „Budowa parkingu wielopoziomowego wraz z infrastrukturą towarzyszącą dla Narodowego Instytutu Onkologii im. M.S. – Państwowego Instytutu Badawczego Oddziału w Gliwicach”

– było inwestycją wykonaną przez NDI S.A. i NDI SOPOT S.A. w ramach tzw. konsorcjum zintegrowanego, co oznacza że obie spółki brały realny i faktyczny udział w wykonaniu ogółu prac składających się na całość inwestycji.

Na wstępie należy wskazać, iż prace w ramach ww. inwestycji były wykonywane centralnie przez samych konsorcjantów lub poprzez zaangażowanych podwykonawców. Realizacja inwestycji w ramach konsorcjum zintegrowanego oznaczała

również, że nie doszło do podziału przedmiotu prac na wybrane segmenty (zakresy), w ramach których każdy konsorcjant wykonywałby dane prace na własny koszt i odpowiadał w stosunku wewnętrznym za zobowiązania wynikające z tego segmentu czy zakresu (tak jak jest w przypadku konsorcjum niezintegrowanego/zakresowego). Partnerzy konsorcjum tj. NDI S.A. i NDI SOPOT S.A. - wspólnie decydowali o wyborze podwykonawców do realizac określonych robót czy dostaw, jak również wspólnie sprawowali nad nimi nadzór i kontrolę oraz wspólnie koordynowali ich prace w ramach realizacji ww. inwestycji. Wykonawcy wspólnie dokonywali zakupów kluczowych materiałów, wspólnie dokonywali odbioru wszystkich prac. Ponadto, Partnerzy uzgodnili, że wszystkie decyzje będą podejmowali jednomyślnie. Wobec czego każdy
z Partnerów nabył takie samo doświadczenie związane z realizacją całego projektu.

Odnosząc się do rozważań teoretycznych i prawnych w tym zakresie, należy zauważyć, że: „Istotną konsekwencją praktyczną podziału na konsorcja niezintegrowane i zintegrowane jest to, że przy tych drugich każdy z konsorcjantów może powoływać się w postępowaniach
o udzielenie zamówienia publicznego na całość doświadczenia w nim nabytego (zob. wyrok KIO z dnia 25 września 2019 r., KIO 1764/19), podczas gdy przy konsorcjum niezintegrowanym następuje to wyłącznie w zakresie rzeczowego zakresu prac, które taki konsorcjant faktycznie realizował".

Biorąc pod uwagę powyższe, lider konsorcjum w tym przypadku NDI Spółka Akcyjna może powoływać się na doświadczenie w budowie wszystkich elementów zamówienia.

Jak zauważyła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 30 lipca 2019 r. (sygn. akt KIO 1350/19 oraz 1354/19): „Tego rodzaju konsorcjum opiera się na bardziej zależnej, ścisłej współpracy niż w powszechnie istniejącym w Polsce modelu konsorcjów zwanych często niezintegrowanymi. Cechą charakterystyczną konsorcjum zintegrowanego jest, że konsorcjanci, wspólnie realizują całe zamówienie. Polega to niekiedy na wspólnym realizowaniu robót budowlanych, a czasami na wspólnym kontraktowaniu podwykonawców, ich kontrolowaniu, rozliczaniu (dokonywaniu płatności) i koordynowaniu ich prac. Decyzje
w zakresie całości prac podejmowane są wspólnie. W konsorcjach zintegrowanych najczęściej wspólnie rozlicza się zysk lub stratę z danego zamówienia poprzez odniesienie do procentowego udziału poszczególnych wykonawców". Odnoszą się zatem do kwestii podziału zysków jak i zadań wewnątrz konsorcjum zintegrowanego, w literaturze oraz orzecznictwie podkreśla się, że ten rodzaj konsorcjum przypomina niemal spółkę cywilną (choć oczywiście nią nie jest).

Tym samym, zarówno w świetle wyroku TSUE z dnia 4 maja 2017 r. C-387/14 (Esaprojekt),
w tym m.in. sentencji wyroku oraz uzasadnienia opisanego w motywach nr 62, 63 i 64 tego orzeczenia, jako podmiot bezpośrednio, faktycznie i realnie zaangażowany w realizację zamówienia, jak również w świetle bieżącego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej zapadłego po ww. wyroku TSUE (np. wyrok KIO z dnia 18 września 2017 r., sygn. akt KIO 1854/17, jak i przywołanych powyżej orzeczeń KIO), NDI S.A. nabyła i może legitymować się pełnym doświadczeniem związanym z wykonaniem wyżej wymienionej inwestycji. Innymi słowy, skoro udział NDI S.A. w realizacji całej inwestycji miał charakter faktyczny i realny, to spółka jest uprawniona do powoływania się na doświadczenie zdobyte przy realizacji całego zadania wskazanego w wykazie robót budowlanych (por. wyrok KIO z dnia 21 grudnia 2018 r., KIO 2534/18).

Reasumując powyższe, Wykonawca z całą mocą oświadcza i potwierdza, iż - brał faktyczny
i realny udział w wykonaniu ogółu prac wskazanych w przedłożonym Zamawiającemu wykazie robót budowlanych, tj. w ramach zadania pod nazwą: „Budowa parkingu wielopoziomowego wraz z infrastrukturą towarzyszącą dla Narodowego Instytutu Onkologii im. M.S. – Państwowego Instytutu Badawczego Oddziału w Gliwicach" oraz współzarządzał jego realizacją w pełnym zakresie.

Na marginesie, NDI S.A. wskazuje, iż w przedłożonym Wykazie robót Wykonawca umieścił dodatkową informację, że NDI Spółka Akcyjna uczestniczyła w realizacji wszystkich przedmiotowych prac ujętych w wykazie – co odpowiada stanowi faktycznemu i prawnym opisanemu w niniejszych wyjaśnieniach.".

Zamawiający pismem z dnia 25 marca 2025 r. ponownie wezwał NDI do wyjaśnienia treści przedłożonego w dniu 20 marca 2025 r. podmiotowego środka dowodowego w postaci wykazu wykonanych robót budowalnych oraz poświadczenia wykonania zadania inwestycyjnego z dnia 23 sierpnia 2023 r. Mając na względzie zawarte w treści pisma wykonawcy z dnia 24 marca 2025 r. wyjaśnienia w zakresie wykonania robót budowalnych przez konsorcjum firm NDI S.A. i NDI SOPOT S.A. w ramach tzw. konsorcjum zintegrowanego, co oznacza w ocenie Wykonawcy, że obie spółki brały realny i faktyczny udział w wykonaniu ogółu prac składających się na całość inwestycji a tym samym obie Spółki są upoważnione do legitymowania się doświadczeniem zdobytym w wykonaniu ww. zamówienia publicznego Zamawiający wezwał do złożenia dodatkowych wyjaśnień w poniższym zakresie.

„Zamawiający wzywa Wykonawcę do doprecyzowania informacji w zakresie realnego udziału Wykonawcy NDI S.A. przy wykonywaniu umowy na rzecz Narodowego Instytutu Onkologii im. M.S. - Państwowy Instytut Badawczy Oddział w Gliwicach, w tym do przedłożenia dokumentów potwierdzających podział obowiązków pomiędzy członków ww. konsorcjum zintegrowanego. W szczególności takimi dokumentami mogą być:

- oświadczenia, o którym mowa w art. 117 ust. 4 ustawy Pzp sporządzonego dla konsorcjum NDI S.A. i NDI SOPOTS.A.,

—umowy regulującej współpracę wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, o której mowa w art. 59 ustawy Pzp,

—umowę zawartą z zamawiającym tj. Narodowym Instytutem Onkologii im. M.S. - Państwowy Instytut Badawczy Oddział w Gliwicach na realizację robót budowlanych,

—Informacje i/lub faktury potwierdzające, że Wykonawca NDI S. A. - wykonał roboty budowlane w związku z realizacją umowy na rzecz Narodowego Instytutu Onkologii im. M.S. - Państwowy Instytut Badawczy Oddział w Gliwicach o wartości co najmniej 10.000.000 PLN netto,

—inne dokumenty i oświadczenia, które potwierdzają rzeczywiste zaangażowanie Wykonawcy NDI S. A. w realizację ww. zamówienia publicznego.”.

W dniu 31 marca 2025 r. wykonawca NDI wyjaśnił co następuje:

„W ślad za pismem z dnia 24 marca 2025 r. L.dz. UPP/EN/1768/2025 Wykonawca w pełni podtrzymuje zawarte tam stanowisko dot. wskazanego w wykazie robót budowlanych zadania pn.: „Budowa parkingu wielopoziomowego wraz z infrastrukturą towarzyszącą dla Narodowego Instytutu Onkologii im. M.S. - Państwowego Instytutu Badawczego Oddziału w Gliwicach” (dalej: „Zadanie” albo „Inwestycja”), iż Inwestycja była realizowana przez NDI S.A. wraz z NDI SOPOT S.A (spółkę z grupy kapitałowej NDI)
w ramach konsorcjum zintegrowanego, co oznacza tym samym, iż NDI S.A. realnie i faktycznie wykonała wszystkie prace w ramach wyżej wskazanej Inwestycji.

W swoim piśmie Zamawiający „wzywa Wykonawcę do doprecyzowania informacji w zakresie realnego udziału Wykonawcy NDI S.A. przy wykonywaniu umowy na rzecz Narodowego Instytutu Onkologii im. M.S. – Państwowy Instytut Badawczy Oddział
w Gliwicach, w tym do przedłożenia dokumentów potwierdzających podział obowiązków pomiędzy członków ww. konsorcjum zintegrowanego.” W pierwszej kolejności, Wykonawca pragnie wskazać, iż nie posiada dokumentów potwierdzających podział obowiązków w ramach konsorcjum zintegrowanego, gdyż takiego podziału nigdy nie było, jak i również nie był on zakładany. W jednej ze spraw, w której brała udział NDI S.A., Krajowa Izba Odwoławcza odnośnie konsorcjum zintegrowanego wydała następujące stanowisko1:

*„Izba zważa, że przy konsorcjum zintegrowanym nie następuje podział rzeczowy (nie są wydzielane do samodzielnego wykonania przez danego członka konsorcjum samodzielne zakresy robót). Oznacza to, że członkowie konsorcjum zintegrowanego wspólnie
i niepodzielnie realizują cały zakres rzeczowy robót, a następnie partycypują
w wypracowanym zysku albo w powstałej stracie.*

*Izba, za Przystępującym, wskazuje, iż każdy wariant podziału, czy to zaangażowania
w realizację zadania poszczególnych członków konsorcjum, doprowadzi do wykreowania sztucznej sytuacji, która w żadnej mierze nie stanowi odzwierciedlenia idei konsorcjum zintegrowanego. Trzeba bowiem zwrócić uwagę, iż idea możliwości powołania się
w całości przez każdego członka konsorcjum (zintegrowanego) na wspólnie zdobyte doświadczenie polega na tym, że właśnie z uwagi na wspólne realizowanie robót
i wspólne zarządzanie konsorcjum nie jest możliwe i celowe rozdzielanie doświadczenia pomiędzy poszczególnych członków konsorcjum.*

Warto w tym miejscu powołać się na wyrok TSUE z dnia 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14 (Esaprojekt), w którym to wyroku w motywie 62 Trybunał wskazał, iż „Tym samym, gdy wykonawca polega na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem, doświadczenie to należy oceniać w zależności od konkretnego zakresu udziału tego wykonawcy, a więc jego faktycznego wkładu w prowadzenie działań, które były wymagane od tej grupy w ramach danego zamówienia publicznego”, czy też na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 sierpnia 2020 r. o sygn. akt KIO 1529/20, w którym to Izba wskazała, że: „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. (…)"

Mając na uwadze powyższe oraz odpowiadając na wezwanie Zamawiającego aby doprecyzować informację w zakresie realnego udziału NDI S.A. przy wykonywania Zadania, Wykonawca wskazuje, iż: (1) cała kadra kierownicza tj. Kierownik Budowy, jak i zatrudnieni kierownicy robót – to byli pracownicy NDI S.A.

(2) NDI S.A. pełniła funkcję lidera konsorcjum

(3) Jednocześnie obie spółki NDI S.A. i NDI SOPOT S.A. brały realny i faktyczny udział
w wykonaniu ogółu prac składających się na całość Inwestycji. Realizacja Zadania w ramach konsorcjum zintegrowanego oznaczała, że nie doszło do podziału przedmiotu prac na wybrane segmenty (zakresy), w ramach których każdy konsorcjant wykonywałby dane prace na własny koszt i odpowiadał w stosunku wewnętrznym za zobowiązania wynikające z tego segmentu czy zakresu (tak jak jest w przypadku konsorcjum niezintegrowanego/zakresowego). Nie jest możliwe ani celowe rozdzielenie doświadczenia, które zdobyły obie spółki.

(4) Dodatkowo NDI S.A. pragnie zauważyć, iż spółka NDI SOPOT S.A. jest spółką z grupy kapitałowej NDI. Ponadt jedynym akcjonariuszem spółki NDI SOPOT S.A. jest NDI S.A. Innymi słowy NDI S.A. jest właścicielem NDI SOPOT S Poniżej wycinek z odpisu
z Krajowego Rejestru Sądowego dla NDI SOPOT S.A. (…)

Wykonawca wskazuje, iż w jego ocenie stanowisko i oświadczenia zawarte powyżej oraz
w poprzednim piśmie wyjaśniającym, powinny być wystarczające, by rozwiać ewentualne wątpliwości Zamawiającego. Zamawiający jednak w swoim piśmie wezwał również NDI S.A. do przedłożenia określonych dokumentów. W związku z czym, z daleko posuniętej ostrożności Wykonawca niniejszym przedkłada następujące dokumenty:

- umowa regulującą współpracę wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, o której mowa w art. 59 ustawy Pzp, tj. umowa konsorcjum pomiędzy NDI S.A. (wcześniej NDI Spółka z o.o.) a NDI SOPOT S.A. (wcześniej NDI S.A.) dnia 1 października 2020 r.
- umowa zawarta z zamawiającym tj. Narodowym Instytutem Onkologii im. M.S.- Curie- Państwowy Instytut Badawczy Oddział w Gliwicach na realizację robót budowlanych
z dnia 28.01.2021 r.,
- faktury potwierdzające, że Wykonawca NDI S.A. – wykonał roboty budowlane w związku
z realizacją umowy na rzecz Narodowego Instytutu Onkologii im. M.S. – Państwowy Instytut Badawczy Oddział w Gliwicach o wartości co najmniej 10.000.000 PLN netto.

Ponadto NDI S.A. wyjaśnia, że przedłożenie oświadczenia o którym mowa w art. 117 ust. 4 ustawy Pzp sporządzonego dla konsorcjum NDI S.A. i NDI SOPOT S.A. dotyczącego oferty złożonej dla Narodowego Instytutu Onkologii im. M.S. Państwowego Instytutu Badawczego Oddział w Gliwicach nie jest możliwe, z uwagi na fakt, że oferta dla przedmiotowego postępowania składana była 2 października 2020 r. (czyli pod reżimem ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 r., w której postanowieniach nie było przewidziane składanie przez oferentów takowego oświadczenia). Jednakże Wykonawca pragnie z cała stanowczością podkreślić, iż gdyby takie oświadczenie było jednak na tamten czas wymagane przez zamawiającego - Narodowego Instytutu Onkologii im. M.S. – Państwowy Instytut Badawczy Oddział w Gliwicach, to w jego treści NDI S.A. oraz NDI SOPOT S.A. wskazałoby dla każdej ze spółe identyczne roboty budowlane (gdyż tylko taki stan odpowiadałby prawdzie).".

Do ww. pisma wykonawca NDI dołączył Umowę konsorcjum dnia 1 października 2020 r. zawartą pomiędzy NDI S.A. (wcześniej NDI Spółka z o.o.) a NDI SOPOT S.A. (wcześniej NDI S.A.), Umowę na realizację Inwestycji z dn 28.01.2021 r. oraz faktury.

Pismem z dnia 31 marca 2025 r. Zamawiający poinformował wykonawców m.in.
o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę NDI.

Mając na uwadze ustalony w sprawie stan faktyczny Izba stwierdziła, że zarzut naruszenia przez Zamawiającego art.

128 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania NDI do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych dla wykazania spełnienia warunku udziału w zakresie doświadczenia zawodowego zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie zauważenia wymaga, że zawiązanie konsorcjum przez wykonawców oznacza, że dwa podmioty na podstawie wybranej przez siebie formy prawnej nawiązują współpracę w celu ubiegania się do udzielenie zamówienia. Konsorcjum jest wyłącznie formą porozumienia co do podjęcia wspólnych działań przez dwa lub więcej podmiotów. Art. 58 ust. 5 ustawy Pzp wprowadza nakaz odpowiedniego stosowania wobec wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienie przepisów o wykonawcy, przy czym, jak wskazał Sąd Najwyższy, „pojęcie „odpowiedniości" stosowania określonego przepisu oznacza, że niektóre jego postanowienia będzie można stosować bez żadnej modyfikacji, inne trzeba będzie odpowiednio zmodyfikować, a jeszcze innych w ogóle nie będzie można stosować" (Uchwała składu siedmiu sędziów SN z dnia 17 stycznia 2013 r., sygn. akt III CZP 51/13). Możliwość odpowiedniego stosowania przepisów otwiera drogę do wykładni celowościowej
i funkcjonalnej. Celem oraz funkcją art. 58 ustawy Pzp jest niewątpliwie umożliwienie udziału w rynku zamówień publicznych szerszej grupy wykonawców, czyli takich, którzy indywidualnie nie byliby w stanie spełnić wymagań zamawiającego. Jednakże wykładania celowościowa oraz funkcjonalna przepisu art. 58 ustawy Pzp nie może doprowadzić do obejścia innych regulacji wynikających z ustawy Pzp, w szczególności do naruszenia zasady stanowiącej, że celem postępowania przetargowego jest wyłonienie wykonawcy, który poprzez zdobyte doświadczenie daje rękojmię należytego wykonania zamówienia (wyrok KIO z dnia 6 lutego 2024 r., sygn. akt KIO 190/24).

Wskazać również należy, że w świetle art. 117 ust. 3 ustawy Pzp możliwość powołania się na wykształcenie, kwalifikacje zawodowe lub doświadczenie jednego z wykonawców
z grona wspólnie ubiegających się o zamówienie warunkowana jest wykonaniem przez tego wykonawcę tej części zamówienia, do realizacji której dane doświadczenie, wykształcenie, czy kwalifikacje są wymagane. Art. 117 ust. 3 ustawy Pzp to narzędzie, które ustawodawca wprowadził do ustawy Pzp w celu eliminowania patologicznych sytuacji związanych
z fikcyjnym udostępnieniem zasobów pomiędzy konsorcjantami, które miały miejsce na gruncie poprzednio obowiązującej ustawy Pzp, przed wydaniem przez TSUE wyroku
w sprawie C-387/14 Esaprojekt. Wzmocnieniem powyżej regulacji jest § 9 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, który stanowi, że jeżeli wykonawca powołuje się na doświadczenie w realizacji robót budowlanych wykonywanych wspólnie z innymi wykonawcami, składany wykaz robót budowlanych powinien dotyczyć robót, w których wykonaniu wykonawca ten bezpośrednio uczestniczył.

Przywołane przepisy zostały skonstruowane w taki sposób, że wprowadzają warunek co do możliwości polegania na zdolnościach poszczególnych członków konsorcjum w postaci rzeczywistego zaangażowania danego podmiotu w realizację określonej części zamówienia. Ww. przepisy ustawy Pzp, wyrok TSUE w sprawie C-387/24, jak również orzecznictwo
i doktryna jednoznacznie stanowią, że wykonawca, który ubiegając się o zamówienie legitymuje się doświadczeniem uzyskanym w ramach realizacji zamówienia wspólnie z innym wykonawcą (w konsorcjum), zobowiązany jest powołać tylko takie roboty budowlane,
w których wykonaniu bezpośrednio uczestniczył. Przy czym, w przypadku warunku dotyczącego doświadczenia wykonawcy w realizacji robót budowlanych, bezpośrednie uczestnictwo nie może polegać jedynie na nadzorze, doradztwie czy rozliczeniach finansowych. Doświadczenie należy postrzegać w kategoriach faktycznych, a nie prawnych.

W przedmiotowej sprawie wykonawca NDI wykazując spełnianie warunku udziału
w postępowaniu powołał się na okoliczność realizacji zamówienia w ramach konsorcjum zintegrowanego. Konsorcjum zintegrowane nie jest jednak instytucją sformalizowaną, warunki współpracy układają sami członkowie konsorcjum według swego uznania (zgodnie z art. 353^1 KC). W ocenie Izby, wykonawca NDI nie wykazał, że stosunki między członkami konsorcjum oraz sposób realizacji powołanego w Wykazie robót zamówienia były tego rodzaju, że uzasadniają powołanie się przez NDI na realizację całości zamówienia.

Dowodu na tę okoliczność nie stanowi Umowa konsorcjum zawarta w dniu 1 października 2020 r. pomiędzy NDI Sp. z o.o. a NDI Sopot S.A. Umowa ta w żaden sposób nie potwierdza zawarcia przez ww. podmioty konsorcjum o charakterze zintegrowanym. Izba miała na uwadze okoliczność, że powołany w Wykazie robót przedmiot zamówienia umożliwiał wyodrębnienie poszczególnych elementów zamówienia i rozdzielenie określonych zadań pomiędzy członkami konsorcjum, co jest najczęstszą praktyką przy tego rodzaju zamówieniach. Zamiar poczynienia ustaleń pomiędzy członkami konsorcjum co do współpracy Stron Umowy konsorcjum potwierdza jej treść w § 5 ust. 2, który stanowi, że

„Szczegółowe zasady finansowej współpracy Stron, udziałów Stron oraz rozliczeń pomiędzy Stronami, zostaną uzgodnione przez Strony odrębnie".

Dowodem na istnienie konsorcjum zintegrowanego nie mogą być też faktury załączone przez NDI do pisma z dnia 31 marca 2025 r. – dokumenty te potwierdzają jedynie, że wykonawca NDI, jako lider konsorcjum, dokonywał rozliczeń z tytułu powołanego zamówienia.

O zawiązaniu konsorcjum zintegrowanego nie stanowi również Umowa zawarta pomiędzy konsorcjum w składzie NDI S.A. i NDI Sopot S.A. a Narodowym Instytutem Onkologii im M.S. – Państwowym Instytutem Badawczym Oddziałe w Gliwicach.

Żaden z ww. dokumentów załączonych do wyjaśnień złożonych przez wykonawcę NDI nie potwierdza realnego, faktycznego wykonania przez NDI wszystkich prac składających się na powołane jako doświadczenie zamówienie, nie potwierdza też realizacji zamówienia przez obu wykonawców NDI S.A. i NDI Sopot S.A. w tak ścisłej współpracy, że uzasadnia to możliwość legitymowania się realizacją powołanego zamówienia niezależnie zarówno przez NDI S.A., jak i NDI Sopot S.A.

Izba miała na względzie, że to wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia zobowiązany jest wykazać Zamawiającemu spełnianie warunku udziału w postępowaniu
w sposób nie budzący wątpliwości. W ocenie Izby, nie może być tak, że potwierdzeniem realizacji zamówienia w ramach konsorcjum zintegrowanego będzie wyłącznie oświadczenie wykonawcy. Przyjęcie takiej praktyki mogłoby w prosty sposób prowadzić do naruszenia przepisów ustawy Pzp, w tym podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych.

Wobec wycofania w toku posiedzenia zarzutu naruszenia art. 18 ust. 1-3 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 uznk w zw. z art. 74 ust. 2 ustawy Pzp przez zaniechanie ujawnienia dokumentów i informacji zastrzeżonych przez wykonawcę NDI jako tajemnica przedsiębiorstwa, Izba umorzyła postępowanie w zakresie przedmiotowego zarzutu.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 1 pkt 1 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. z 2020 r. poz. 2437, dalej jako „rozporządzenie").

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzpw wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego, z kolei w myśl art. 575 ustawy Pzp strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. Zgodnie
z § 5 rozporządzenia, do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się m.in. wpis (pkt 1), oraz wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, jednak nieprzekraczające łącznie kwoty 3 600 złotych (pkt 2 lit. b).

Jak stanowi § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia, w przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę w całości, koszty ponosi zamawiający. W takiej sytuacji Izba zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego równowartość kwoty wpisu oraz koszty, o których mowa w § 5 pkt 2 rozporządzenia.

W świetle powyższych regulacji, Izba obciążyła Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

Przewodnicząca:……..