

WYROK

Warszawa, 23 czerwca 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie 18 czerwca 2025 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 26 maja 2025 r. przez wykonawcę SKANSKA spółkę akcyjną z siedzibą w Warszawie przy Al. Solidarności 173 (00-877 Warszawa) w postępowaniu prowadzonym przez Miasto Poznań z siedzibą w Poznaniu przy Placu Kolegiackim 17 (61-841 Poznań) oraz AQUANET spółkę akcyjną z siedzibą w Poznaniu przy ul. Dolna Wilda 126 (61-492 Poznań) w imieniu i na rzecz których działają Poznańskie Inwestycje Miejskie spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu przy Placu Wiosny Ludów 2 (61-831 Poznań)

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: NDI Energy spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Dąbrowie przy ul. Innowatorów 8 (62-070 Dopiewo) oraz Terlan spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu przy ul. Lutyckiej 95 (60-478 Poznań)

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w części dotyczącej zarzutów oznaczonych w *petitum* odwołania pkt 1.4), 1.5) i 1.6) w związku cofnięciem odwołania w tej części.

2. Oddala odwołanie.

3. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę SKANSKA spółkę akcyjną z siedzibą w Warszawie i:

3.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez tego wykonawcę tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 617 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset siedemnaście złotych zero groszy) stanowiącą koszty zamawiającego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i uiszczenia opłaty od pełnomocnictwa;

3.2. zasądza od wykonawcy SKANSKA spółki akcyjnej z siedzibą w Warszawie na rzecz zamawiającego Miasta Poznań z siedzibą w Poznaniu oraz AQUANET spółki akcyjnej z siedzibą w Poznaniu w imieniu i na rzecz których działają Poznańskie Inwestycje Miejskie spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu kwotę w wysokości 3 617 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset siedemnaście złotych zero groszy) stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz uiszczenia opłaty od pełnomocnictwa.

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 2128/25

Uzasadnienie

Miasto Poznań oraz AQUANET S.A. z siedzibą w Poznaniu zwani dalej „zamawiającym” w imieniu i na rzecz których działają Poznańskie Inwestycje Miejskie Sp.

z o.o. z siedzibą w Poznaniu, prowadzą postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, na podstawie przepisów ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2024 r., poz. 1320 ze zm.) zwanej dalej: „Pzp”, w trybie przetargu nieograniczonego, pn.: *Budowa trasy tramwajowej w ul. Ratajczaka na odcinku od ul. Św. Marcin do ul. Królowej Jadwigi wraz ze skrzyżowaniem z ul. Matyi i Wierzbicice w ramach projektu Program Centrum – etap II – budowa trasy tramwajowej wraz z uspokojeniem ruchu samochodowego w ul. Ratajczaka*, o numerze PIM/11/24/ZP52/2024-380, zwane dalej „postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 4 grudnia 2024 r., pod numerem publikacji: 739227-2024 (numer wydania Dz.U. S: 236/2024).

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są roboty budowlane jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp.

26 maja 2025 r. wykonawca SKANSKA S.A. z siedzibą w Warszawie (zwany dalej: „odwołującym”) wniósł odwołanie od czynności i zaniechania dokonania czynności przez zamawiającego, polegających na wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: NDI Energy Sp. z o.o. z siedzibą w Dąbrowie (Lider konsorcjum) oraz Terlan Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu (wcześniej TORMEL Sp. z o.o.).

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1) art. 239 ust.1 Pzp przez wybór oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: NDI Energy Sp. z o.o. z siedzibą w Dąbrowie oraz Terlan Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu (zwanym dalej jako: „Konsorcjum”), podczas, gdy wybór ten był przedwczesny, a oferta powinna zostać odrzucona;

2) art. 226 ust.1 pkt 2 lit. b) i c) Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy, który podlega wykluczeniu z postępowania z uwagi na niespełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia podmiotu udostępniającego zasoby tj. NDI S.A. w odniesieniu do wezwań zamawiającego w przedmiocie potwierdzenia doświadczenia w zakresie konsorcjum zintegrowanego;

3) art. 226 ust.1 pkt 3 w związku z art.117 ust.3 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy, którego oferta powinna być odrzucona bowiem jest niezgodna z przepisami ustawy z uwagi na to, że oświadczenia podmiotu udostępniającego zasoby i oświadczenie Konsorcjum są wzajemnie sprzeczne, w zakresie w jakim podmiot udostępniający zasoby ma zrealizować roboty budowlane do realizacji których jego zdolności były wymagane, bowiem Konsorcjum oświadcza, że zakres robót które powinien wykonywać podmiot udostępniający zasoby wykonają członkowie Konsorcjum, ewentualne zaniechanie wezwania w tym zakresie Konsorcjum do wyjaśnienia na podstawie art. 223 Pzp, chociaż odwołujący uważał, że wyjaśnienie zmieniloby tylko pierwotne treści oświadczeń, co nie powinno być możliwe, bowiem będzie prowadziło do negocjacji w zakresie tego, jaki zakres ma wykonać podmiot, a jaki członkowie Konsorcjum, co będzie także nadużyciem prawa podmiotowego i próbą dostosowania sytuacji do błędów w oświadczeniach;

4) art. 226 ust.1 pkt 2 lit. a) Pzp w związku z art. 109 ust.1 pkt 10 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy, który podlega wykluczeniu z postępowania, bowiem przedstawił nieprawdziwe informacje w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w odniesieniu do doświadczenia kierownika robót branży sanitarnej, co miało wpływ na wynik postępowania;

5) ewentualny zarzut do zarzutu nr 4 – art. 226 ust.1 pkt 2 lit. b) Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy, który podlega wykluczeniu z postępowania, bowiem nie spełnia warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia kierownika branży sanitarnej;

6) ewentualny zarzut do zrzutu nr 5 – art. 128 ust.1 Pzp przez zaniechanie wezwania do uzupełnienia wykazu osób w zakresie doświadczenia pana M. W., bowiem osoba ta nie spełniała warunków udziału w postępowaniu, gdyż na wykazanym projekcie nie pełniła funkcji kierownika robót branży sanitarnej.

W związku z powyższymi zarzutami odwołujący wniósł o:

- unieważnienie czynności wyboru oferty Konsorcjum;

- odrzucenie oferty Konsorcjum na podstawie art. 226 ust.1 pkt 3 w związku z art. 117 ust.3 Pzp, ewentualny zarzut – zaniechanie wezwania do wyjaśnień w zakresie sprzeczności oświadczeń Konsorcjantów a podmiotu udostępniającego zasoby;

- odrzucenie oferty Konsorcjum na podstawie art. 226 ust.1 pkt 2 lit. b) i c) Pzp z uwagi na niespełnienie warunków udziału w postępowaniu i nieprzedłożenie stosownych dokumentów w zakresie potwierdzenia doświadczenia NDI S.A. w ramach konsorcjum zintegrowanego;

- odrzucenie oferty konsorcjum na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp w związku z art.109 ust.1 pkt 10 Pzp z uwagi na przedstawienie nieprawdziwych informacji – żądanie co do zarzutu ewentualnego, odrzucenie oferty konsorcjum na podstawie art. 226 ust.1 pkt 2 lit. b) Pzp

z uwagi na niespełnienie warunku udziału w postępowaniu – żądanie co do drugiego zarzutu ewentualnego, zaniechanie wezwania do uzupełnienia z uwagi na fakt, iż Konsorcjum nie spełnia wymagań w zakresie doświadczenia w pełnieniu funkcji przez kierownika robót branży sanitarnej;

- ponowne badanie i ocenę ofert.

Odwołujący wyjaśnił, że ma interes w uzyskaniu zamówienia, ponieważ jego interes doznał uszczerbku, w wyniku naruszenia przez zamawiającego powyżej wskazanych przepisów Pzp, w szczególności odwołujący może ponieść szkodę w rozumieniu art. 505 ust. 1 Pzp. Odwołujący wskazał, że jego oferta uzyskała łącznie 94,44 punktów i w związku z tym została sklasyfikowana na 2 pozycji wśród ofert niepodlegających odrzuceniu w postępowaniu. Oferta Konsorcjum została natomiast sklasyfikowana na 1 pozycji z sumaryczną liczbą punktów 100. Zdaniem odwołującego na

skutek niezgodnych z prawem czynności i zaniechań zamawiającego, został pozbawiony możliwości pozyskania przedmiotowego zamówienia oraz zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. W przypadku uznania przez Krajową Izbę Odwoławczą zasadności odwołania, a następnie po dokonania przez zamawiającego żądanych czynności, odwołujący ma realną szansę na pozyskanie przedmiotowego zamówienia. Odwołujący stwierdził, że w zaistniałym stanie faktycznym, bezsprzecznie istnieje możliwość poniesienia przez niego szkody. Wskazał, że może ponieść szkodę polegającą na pozbawieniu go korzyści finansowych w tym zysku, wynikających z możliwości uzyskania przez niego przedmiotowego zamówienia i w konsekwencji braku możliwości zawarcia umowy na realizację tego zamówienia.

W uzasadnieniu odwołania została przedstawiona argumentacja dla podniesionych zarzutów.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: NDI Energy Sp. z o.o. z siedzibą w Dąbrowie oraz Terlan Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu.

17 czerwca 2025 r. zamawiający złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie wraz z załącznikami, w której przedstawił argumentację dla wniosku o oddalenie odwołania w całości.

17 czerwca 2025 r. również wykonawca zgłaszający przystąpienie złożył do akt sprawy pismo wraz z załącznikami, w którym przedstawił stanowisko dla wniosku o oddalenie odwołania w całości.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, złożonych dowodów oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 525 Pzp, Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia zgłoszonego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: NDI Energy Sp. z o.o. z siedzibą w Dąbrowie oraz Terlan Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu (zwanych dalej jako: „przystępujący”), do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego. W związku z tym ww. wykonawca stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Odwołujący na posiedzeniu oświadczył, że cofa odwołanie w części dotyczącej zarzutów oznaczonych w *petitum* odwołania punktami I.4), I.5) i I.6). W pozostałym zakresie odwołujący podtrzymał zarzuty odwołania. Zgodnie z art. 520 ust. 1 Pzp *odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy*, zaś stosownie do art. 568 pkt 1) Pzp, *Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku cofnięcia odwołania*. Skoro dyspozycja zawarta w art. 520 ust. 1 Pzp uprawnia odwołującego do cofnięcia odwołania w całości, wnioskowanie na zasadzie *a maiori ad minus* uzasadnia przyjęcie, że odwołujący może cofnąć odwołanie jedynie w części tj. w zakresie niektórych zarzutów. Potwierdza to art. 522 ust. 3 Pzp, w którym jest mowa o *wycofaniu pozostałych zarzutów* (nieuwzględnionych przez zamawiającego) – co również stanowi wycofanie odwołania w części. Z treści art. 568 pkt 1 Pzp wynika, że Izba związana jest oświadczeniem odwołującego o cofnięciu odwołania. W związku z powyższym Izba była zobowiązana do umorzenia postępowania odwoławczego w zakresie, w jakim odwołujący cofnął odwołanie. Tym samym Izba w punkcie 1 sentencji orzeczenia, na podstawie art. 568 pkt 1) Pzp, umorzyła postępowanie odwoławcze w części dotyczącej zarzutów oznaczonych w *petitum* odwołania punktami I.4), I.5) i I.6).

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp i skierowała odwołanie na rozprawę (oprócz części zarzutów, które zostały cofnięte).

Izba uznała, że odwołujący posiadał interes w uzyskaniu zamówienia oraz mógł ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp.

Izba zaliczyła na poczet materiału dowodowego:

- 1) dokumentację przekazaną w postaci elektronicznej, zapisaną na płycie DVD, przesłaną do akt sprawy przez zamawiającego 17 czerwca 2025 r., w tym w szczególności:
 - ogłoszenie o zamówieniu;
 - specyfikację warunków zamówienia (zwaną dalej nadal: „SWZ”) wraz z załącznikami;
 - ofertę złożoną przez przystępującego, która obejmowała również zobowiązanie podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji wykonawcom wspólnie ubiegającym się o zamówienie niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia oraz oświadczenie wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, o którym mowa w art. 117 ust. 4 Pzp;
 - wykaz robót budowlanych złożony w postępowaniu przez przystępującego;

- wezwanie z 24 kwietnia 2025 r. skierowane do przystępującego na podstawie art. 128 ust. 1 oraz 4 Pzp;
 - wyjaśnienia z 6 maja 2025 r. wraz z załącznikami złożone przez przystępującego w odpowiedzi na powyżej wskazane wezwanie;
 - informację o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu z 14 maja 2025 r.;
- 2) złożone wraz z odpowiedzią na odwołanie pismo spółki Katowickie Inwestycje S.A.

z 2 czerwca 2025 r. wraz z załącznikami;

3) dokumenty załączone do pisma przystępującego:

- Dziennik budowy nr 1/2018 tom XIII (wyciąg);
- Dziennik budowy nr 1/2018 tom XIV (wyciąg);
- Dziennik budowy nr 1/2018 tom XV (wyciąg);
- Dziennik budowy nr 1/2018 tom XVI (wyciąg);
- Dziennik budowy nr 1/2018 tom XVII (wyciąg);
- Dziennik budowy nr 1/2018 tom XXII (wyciąg);
- Dziennik budowy nr 1/2018 tom XXV (wyciąg);
- pismo do Inżyniera Kontraktu z 25 marca 2019 r. wraz z oświadczeniem pana M. W. z 21 marca 2019 r. o podjęciu obowiązków kierownika robót;
- protokół z 9 września 2022 r.;
- protokół z 20 września 2022 r.;
- protokół z 20 września 2022 r.;
- odpowiedź Urzędu Miasta Katowice z 12 czerwca 2025 r.;
- pismo Katowickie Inwestycje S.A. z 12 czerwca 2025 r.;

4) dokumenty złożone przez przystępującego 18 czerwca 2025 r. za pośrednictwem poczty elektronicznej:

- umowę podwykonawczą nr 5200/20/01 z 20 lutego 2020 r. (strony pierwsza i ostatnia);
- umowę podwykonawczą nr 5878/20/01 z 22 września 2020 r. (strony pierwsza i ostatnia);
- zamówienie nr 10075/19/01 z 15 lipca 2019 r. (strony pierwsza, druga i ostatnia);
- umowę podwykonawczą nr 5200/19/01 z 13 maja 2019 r. (strony pierwsza i ostatnia);
- umowę podwykonawczą nr 10517/20/01 z 1 lipca 2020 r. (strony pierwsza i ostatnia);
- umowę podwykonawczą nr 10704/21/01 z 10 sierpnia 2021 r. (strony pierwsza i ostatnia);
- umowę podwykonawczą nr 10129/19/01 z 23 sierpnia 2019 r. (strony pierwsza i ostatnia);
- umowę podwykonawczą nr 8880/19/02 z 23 kwietnia 2019 r. (strony pierwsza i ostatnia);
- umowę podwykonawczą nr 10103/19/01 z 29 lipca 2019 r. (strony pierwsza i ostatnia).

Izba ustaliła co następuje

W rozdziale VIII ust. 2 pkt 1 lit d) tiret pierwsze SWZ zamawiający określił następujący warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej:

Zamawiający wymaga, by Wykonawca:

w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzonej działalności jest krótszy – w tym okresie wykonał należycie:

(1) dwie roboty budowlane, z których każda obejmowała budowę lub przebudowę drogi klasy min. Z w granicach miasta o wartości każdej z tych robót budowlanych wynoszącej co najmniej 30 000 000,00 PLN brutto i długości wynoszącej co najmniej 500mb każda wraz z sieciami kanalizacyjnymi (wodociągową, deszczową, sanitarną lub ogólnospławną), gazową, elektryczną, teletechniczną i sygnalizacją świetlną oraz nasadzeniami zieleni,

a dodatkowo minimum jedna z ww. robót budowlanych obejmowała nawierzchnię chodnika i/lub jezdni z kostki kamiennej.

(2) dwie roboty budowlane, z których każda obejmowała budowę lub przebudowę lub rozbudowę torowiska tramwajowego wraz z trakcją o wartości każdej z tych robót budowlanych co najmniej 15 000 000,00 PLN brutto i o długości co najmniej 500mb każda,

a dodatkowo minimum jedna z ww. robót budowlanych obejmowała zabudowę płyt torowych w technologii szyn w otulinie ciągłej z żywic poliuretanowych lub równoważnej.

Zamawiający dopuszcza wykazanie się inwestycjami spełniającymi jednocześnie warunki wskazane w punktach (1) i (2).

W postępowaniu oferty złożyło pięciu wykonawców, w tym odwołujący i przystępujący. W rozdziale IV formularza ofertowego przystępujący wskazał m. in.:

IV. RÓWNOCZEŚNIE OŚWIADCZAM, IŻ WW. WYKONAWCA / WYKONAWCY:

(...)

- podwykonawcom powierzone zostanie wykonanie następujących części zamówienia:

a) roboty branży: drogowej, torowej, elektrycznej i elektroenergetycznej, w tym sieć trakcyjna, sieć kanalizacyjna,

wodociągowa i gazowa, sieć teletechniczna i sygnalizacja świetlna, zieleni nazwa/adres podwykonawcy*** NDI S.A.

Przystępujący wraz z ofertą złożył m.in. zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów na podstawie art. 118 Pzp oraz oświadczenie wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, o którym mowa w art. 117 ust. 4 Pzp.

W zobowiązaniu podmiotu trzeciego została wymieniona NDI S.A. z siedzibą

w Sopocie. Ponadto podmiot trzeci wskazał w przedmiotowym zobowiązaniu następujące okoliczności:

I. Zakres dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu:

Oddaje do dyspozycji NDI ENERGY Sp. z o.o. i TORMEL Sp. z o.o. swoje zasoby w postaci zdolności zawodowej doświadczenia.

Na spełnienie warunku określonego w Rozdziale VIII pkt 2 d (1):

1. „Budowa linii tramwajowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą w ulicy Nowej Bulońskiej Północnej w Gdańsku w ramach Gdańskiego Projektu Komunikacji Miejskiej - etap IV A”, zrealizowanej w okresie od 17.04.2018 r. do 31.08.2020 r. o wartości robót powyżej 30 000 000,00 zł brutto, w ramach której wybudowano ulicę Nową Bulońską Północną klasy Z o długości ponad 500 mb oraz sieć wodociągową, deszczową, sanitarną, gazową, teletechniczną oraz sygnalizację świetlną wraz z wykonaniem robót drogowych o nawierzchni z kostki kamiennej oraz nasadzeniem zieleni;

2. „Rozbudowa Drogi Krajowej nr 81 od węzła autostrady A – 4z z DK 86 do budowanego węzła autostrady A4 z DK 86 do budowanego węzła z ul. Armii Krajowej”, zrealizowanej

w okresie od 30.04.2018 r. do 31.10.2022 r. o wartości robót powyżej 30 000 000,00 zł,

w ramach której wykonano rozbudowę ul. Pszczyńskiej klasy GP oraz sieć wodociągową, deszczową, sanitarną, gazową, teletechniczną oraz sygnalizacją świetlną wraz z nasadzeniem zieleni.

Na spełnienie warunku określonego w Rozdziale VIII pkt 2 ppkt d (2):

1. „Budowa linii tramwajowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą w ulicy Nowej Bulońskiej Północnej w Gdańsku w ramach Gdańskiego Projektu Komunikacji Miejskiej - etap IV A”, zrealizowanej w okresie od 17.04.2018 r. do 31.08.2020 r. o wartości robót powyżej 15 000 000,00 zł brutto i długości torowiska tramwajowego powyżej 500 mb;

2. „Przebudowa liniowej infrastruktury tramwajowej w Częstochowie (odcinek 1,2,3,4,5a,6)” zrealizowanej w okresie od 29.05.2018 r. do 15.11.2021 r., w wartości robót powyżej 15 000 000,00 zł brutto i długości torowiska tramwajowego powyżej 500 mb w ramach której wykonano roboty budowlane obejmujące zabudowę płyt torowych w technologii szyn w otulinie ciągłej z żywic poliuretanowych.

II. Sposób wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia:

Udostępnione zasoby zostaną wykorzystane poprzez udział NDI S.A. w realizacji przedmiotowego zamówienia jako podwykonawcy, przy wykonywaniu zamówienia i realizacji odpowiedniego do udostępnionych zasobów zakresu robót będących częścią zamówienia.

II. Zakres i okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia:

Wykonanie określonego zakresu robót będących częścią zamówienia, odpowiedniego do udostępnionych zasobów, przez cały okres realizacji zamówienia.

IV. Zapewnienie wykonania zamówienia / części zamówienia, w tym wskazanie charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem:

NDI S.A. na podstawie umowy podwykonawczej będzie realizować w ramach zamówienia roboty w zakresie odnoszącym się do udostępnionych przez NDI S.A. w/w zasobów.

Z oświadczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie wskazano:

oświadczamy, że:

1) NDI ENERGY Sp. z o.o. (wskazać właściwego Wykonawcę spośród Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia) wykazujący warunek dotyczący Rozdział VIII pkt. 2 ppkt. d) wskazać właściwy warunek z SWZ) wykona następujące roboty budowlane:

- a) Branża torowo-drogowa,
- b) Branża sieć trakcyjna tramwajowa,
- c) Branża wodno-kanalizacyjna,
- d) Branża gazowa,
- e) Branża sieć ciepłna,
- f) Branża elektroenergetyczna,
- g) Sygnalizacja świetlna,
- h) Oświetlenie uliczne,
- i) Zasilanie małej architektury,
- j) Systemy bezpieczeństwa oraz monitoring,
- k) Branża teletechniczna,

- l) Branża architektoniczna,
- m) Przebudowa przejść podziemnych,
- n) Branża zieleni
- o) Koordynacja robót

2) *TORMEL Sp. z o.o. (wskazać właściwego Wykonawcę spośród Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia) wykazujący warunek dotyczący Rozdział VIII pkt. 2 ppkt. d) (wskazać właściwy warunek z SWZ) wykona następujące roboty budowlane:*

- a) Branża torowo-drogowa,
- b) Branża sieć trakcyjna tramwajowa,
- c) Branża wodno-kanalizacyjna,
- d) Branża gazowa,
- e) Branża sieć ciepła,
- f) Branża elektroenergetyczna,
- g) Sygnalizacja świetlna,
- h) Oświetlenie uliczne,
- i) Zasilanie małej architektury,
- j) Systemy bezpieczeństwa oraz monitoring,
- k) Branża teletechniczna,
- l) Branża architektoniczna,
- m) Przebudowa przejść podziemnych,
- n) Branża zieleni,

W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do złożenia podmiotowych środków dowodowych, przystępujący przedstawił m. in. wykaz robót budowlanych, który obejmował 4 roboty. Jako wykonawca w tych robotach przystępujący wskazał: *Konsorcjum zintegrowane*, które w każdej pozycji obejmowało co najmniej NDI S.A. oraz NDI SOPOT S.A.

Wezwaniem z 24 kwietnia 2025 r. zamawiający zwrócił się do przystępującego m. in.

z wnioskiem o następującej treści:

Działając na podstawie art. 128 ust. 1 oraz 4 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U. z 2024 r. poz. 1320) zwanej dalej „Ustawą” lub „Ustawą Pzp”, w związku ze złożeniem podmiotowych środków dowodowych, Zamawiający wzywa Wykonawcę, do złożenia w terminie do 30 kwietnia 2025 r. do godz. 10:00 (złożenie / przekazanie za pośrednictwem maila na adres: z. lub

w inny sposób zgodny z SWZ), wyjaśnień / uzupełnień w następującym zakresie:

(...)

2) *DOT. WYKAZU ROBOT BUDOWLANYCH (DOŚWIADCZENIA):*

• *wyjaśnienie roli podmiotu udostępniającego aktualnie zasoby – NDI S.A. w realizacjach wskazanych w złożonym Wykazie, z uwzględnieniem roli w tworzonych konsorcjach (lider – podmiot zarządzający sprawami konsorcjum / partner – uczestnik) oraz potwierdzeniem, że zakres udostępnianych zasobów na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu został wykonany przez podmiot udostępniający zasoby*

Ze złożonych wraz z wykazem dowodów potwierdzających należyte wykonanie wynika, iż liderem konsorcjum realizujących zadania było każdorazowo NDI SOPOT S.A., z dokumentów nie wynika jednoznacznie zakres prac zrealizowanych przez poszczególne podmioty tworzące konsorcjum, w szczególności przez NDI S.A.

Pogląd o możliwości powoływania się na doświadczenie całego konsorcjum przez jego uczestników bez względu na to czy wykonywali dany zakres prac, w świetle aktualnego orzecznictwa z zakresu zamówień publicznych oraz stanowiska prezentowanego przez Urząd Zamówień Publicznych, należy uznać za nieaktualny. Doświadczenie konsorcjum jako całości nie może być automatycznie przypisane każdemu z jego członków, jeśli nie brali oni udziału w realizacji konkretnego zakresu prac.

Przystępujący udzielił wyjaśnień dotyczących określonej powyżej kwestii pismem

z 6 maja 2025 r. W wyjaśnieniach przystępujący stwierdził:

Ad.2

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego dotyczące wyjaśnienia roli podmiotu udostępniającego zasoby – NDI S.A. w realizacjach wskazanych w Wykazie robót budowlanych, Wykonawca przedkłada wyjaśnienia złożone przez NDI S.A. Jak wynika

z załączonych dokumentów, NDI S.A. jako podmiot bezpośrednio, faktycznie i realnie zaangażowany w realizację całości prac budowlanych wykazanych w Wykazie robót, działająca w ramach konsorcjum zintegrowanego, nabyła i może legitymować się doświadczeniem związanym z wykonaniem robót ujętych w Wykazie. Wykonawca w całości przychyła się do wyjaśnień NDI S.A. i wnosi o ich przyjęcie przez Zamawiającego.

W tym miejscu Wykonawca przywołuje wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 kwietnia 2019 r. (KIO 588/19), w którym Izba zasądza, że dany konsorcjant, żeby wykazać się doświadczeniem, nie musiał wykonywać absolutnie wszystkiego w danym zamówieniu czy danej jego części, na którą się powołuje (byłoby to sprzeczne z zasadami działania konsorcjów), ale jego udział w tym zamówieniu (lub odpowiednio jego części – w zależności od brzmienia warunku), musi być na tyle istotny, by zarówno jego udział, jak i nabyte doświadczenie, były faktyczne i realne, a także w miarę kompleksowe. Wobec powyższego Wykonawca wskazuje, że roboty wykazane w Wykazie robót zostały faktycznie wykonane przez NDI S.A., konsorcjanta działającego w formie konsorcjum zintegrowanego.

Podobnie w wyroku z dnia 21 grudnia 2018 r. (KIO 2506/18) – Izba musi podkreślić, że w ustawodawstwie oraz w orzecznictwie brak jest wskazania progu procentowego wykonania zamówienia, od którego współwykonawca może legitymować się doświadczeniem bądź poniżej którego wykonawca nie może legitymować się nabyciem doświadczenia w wykonaniu określonych rodzajów świadczeń. Dlatego każdą sytuację zamawiający musi analizować indywidualnie. Jednak zdaniem Izby legitymowanie się około 50% realizacją inwestycji, a w tym istotnymi jej elementami, musi być uznane za wystarczające nabycie doświadczenia do wykazania spełnienia warunku doświadczenia. Wyrokiem z dnia 15.10.2019 r. (sygn. XXIII Ga 157/19) Sąd Okręgowy w Warszawie oddalił skargę na powyższy wyrok KIO 2506/18, uznając prawidłowość rozważań w nim zawartych.

Wykonawca stoi na stanowisku, że wyjaśnienia są pełne, potwierdzają spełnianie warunków SWZ i wyjaśniają wątpliwości Zamawiającego.

Ponadto do wyjaśnień z 6 maja 2025 r. przystępujący załączył pismo NDI S.A. z 30 kwietnia 2025 r., do którego zostały załączone:

- umowa konsorcjalna z 9 kwietnia 2018 r. (Projekt I);
- aneks nr 1 z 31 grudnia 2018 r. do umowy konsorcjalnej z 9 kwietnia 2018 r. (Projekt I);
- umowa konsorcjalna z 25 kwietnia 2018 r. (Projekt II);
- aneks nr 1 z 31 grudnia 2018 r. do umowy konsorcjalnej z 25 kwietnia 2018 r. (Projekt II);
- umowa konsorcjalna z 25 kwietnia 2018 r. (Projekt III);
- aneks nr 1 z 31 grudnia 2018 r. do umowy konsorcjalnej z 25 kwietnia 2018 r. (Projekt III).

14 maja 2025 r. zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty

w postępowaniu. Jako najkorzystniejsza została wybrana oferta przystępującego. Oferta odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu w rankingu.

Treść przepisów dotyczących zarzutów w obu odwołaniach:

- art. 239 ust. 1 Pzp – *Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia;*

- art. 226 ust.1 pkt 2 lit. b) i c) oraz pkt 3 Pzp – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:*

(...)

2) została złożona przez wykonawcę:

(...)

b) niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, lub

c) który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń;

3) jest niezgodna z przepisami ustawy;

- art. 117 ust. 3 Pzp – *W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia 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.;*

- art. 223 Pzp – 1. *W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.*

2. *Zamawiający poprawia w ofercie:*

1) *oczywiste omyłki pisarskie,*

2) *oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek,*

3) *inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty*

– *niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.*

3. *W przypadku, o którym mowa w ust. 2 pkt 3, zamawiający wyznacza wykonawcy odpowiedni termin na wyrażenie*

zgody na poprawienie w ofercie omyłki lub zakwestionowanie jej poprawienia. Brak odpowiedzi w wyznaczonym terminie uznaje się za wyrażenie zgody na poprawienie omyłki.
Izba zważyła co następuje.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności skład orzekający odniósł się do zarzutu drugiego, który został podniesiony w pkt I.2) *petitum* odwołania. W ocenie Izby przedmiotowy zarzut został skonstruowany w sposób, który uniemożliwiał jego uwzględnienie. Przede wszystkim odwołujący zdecydował się określić zakres zarzutu w sposób daleko idący. W związku z tym zarzutem odwołujący domagał się odrzucenia oferty przystępującego na podstawie art. 226 ust.1 pkt 2 lit. b) i c) Pzp. Odwołujący stanął na stanowisku, że przystępujący nie spełnił warunku udziału w postępowaniu, określonego w rozdziale VIII ust. 2 pkt 1 lit d) tiret pierwsze SWZ, w zakresie doświadczenia podmiotu udostępniającego zasoby tj. NDI S.A. Podkreślić jednak należało, że obowiązek odrzucenia oferty wykonawcy powstaje w sytuacji, gdy uprzednio wyczerpana zostanie procedura określona w art. 128 ust. 1 Pzp. Powyższy przepis nakłada na zamawiającego obowiązek wezwania wykonawcy do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia m.in. podmiotowych środków dowodowych w sytuacji gdy, wykonawca nie złożył wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, lub gdy są one niekompletne bądź zawierają błędy, z zastrzeżeniem dwóch wyjątków przewidzianych tym przepisem. W sytuacji gdy złożone przez wykonawcę dokumenty, np. wykaz wykonanych robót, nie będą potwierdzały spełniania warunków udziału w postępowaniu, to po stronie zamawiającego, co do zasady, będzie aktualizował się obowiązek wezwania wykonawcy do ich uzupełnienia. Dopiero po wyczerpaniu tej procedury, jeśli okaże się, że wykonawca – pomimo wezwania – dalej nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, zamawiający ma obowiązek odrzucić jego ofertę na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp. Przy czym w przypadku doświadczenia udostępnionego przez podmiot trzeci należy zwrócić uwagę na treść art. 122 Pzp, który wskazuje, że *Jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe, sytuacja ekonomiczna lub finansowa podmiotu udostępniającego zasoby nie potwierdzają spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, zamawiający żąda, aby wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami albo wykazał, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu.*

Odwołujący stawiając przedmiotowy zarzut pominął okoliczność, że zamawiający nie wzywał przystępującego do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego w postaci wykazu robót budowlanych, który dotyczył warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej. Co prawda zamawiający, pismem z 24 kwietnia 2025 r. wzywał przystępującego do złożenia wyjaśnień lub uzupełnień, które dotyczyły spełnienia warunku udziału w postępowaniu, a podstawą prawną tego wezwania był art. 128 ust. 1 i 4 Pzp. Izba zwróciła uwagę, że wezwanie określone w piśmie z 24 kwietnia 2025 r. składało się z dwóch części. Pierwsza część tego wezwania dotyczyła uzupełnienia wykazu osób (pkt 1), natomiast część druga dotyczyła wyjaśnień odnoszących się do wykazu robót budowlanych (pkt 2). Tym samym skład orzekający stwierdził, że przedmiotem uzupełnienia dokumentów, o którym mowa w art. 128 ust. 1 Pzp był co najwyżej wykaz osób, którego odwołanie w zakresie skierowanym na rozprawę nie dotyczyło. Wykaz robót budowlanych był wyłącznie przedmiotem wyjaśnień, o których mowa w art. 128 ust. 4 Pzp. Reasumując Izba stwierdziła, że zamawiający nie wzywał przystępującego do uzupełnienia wykazu robót budowlanych, co skutkowało uznaniem, że w tym zakresie zamawiający nie zastosował wobec przystępującego art. 128 ust. 1 Pzp.

Odwołujący nie postawił zarzutu naruszenia art. 128 ust. 1 Pzp, ani art. 122 Pzp. Jak wskazano powyżej zarzut drugi miał charakter daleko idący, ponieważ dotyczył zaniechania odrzucenia oferty przystępującego. Zgodnie z art. 555 Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Tym samym ewentualne uznanie za zasadną argumentacji odwołującego dotyczącej niewykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez przystępującego, wobec błędnej konstrukcji zarzutu odwołania, nie mogłoby prowadzić do jego uwzględnienia i nakazania zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty, powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym wezwania przystępującego do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego w postaci wykazu robót budowlanych, ponieważ nie została wyczerpana procedura z art. 128 ust. 1 Pzp (podobnie m.in. wyrok z 18 marca 2024 r., sygn. akt KIO 721/24 lub wyrok z 7 lutego 2025 r., sygn. akt KIO 67/25). Powyższe w sposób samoistny przesądzało o konieczności oddalenia zarzutu.

Niezależnie od powyższego, w ocenie składu orzekającego, odwołujący i tak nie dowiódł, że podmiotowe środki dowodowe złożone przez przystępującego nie potwierdzały spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale VIII ust. 2 pkt 1 lit d) tiret pierwsze SWZ. Ciężar dowodu w zakresie wykazania, że przystępujący nie spełnił ww. warunku udziału w postępowaniu spoczywał na odwołującym, jako na podmiocie wywodzącym skutki prawne z wniesionego odwołania, które zawierało przedmiotowy zarzut. Izba uznała, że odwołujący nie sprostował obowiązkowi wynikającemu z zasady rozkładu ciężaru dowodu. Argumentacja odwołującego sprowadzała się do stwierdzenia, że przystępujący nie spełnił warunku udziału w postępowaniu ponieważ podmiot trzeci, na którego doświadczenie

powoływał się ten wykonawca, nie posiadał doświadczenia wymaganego w tym warunku, gdyż zostało ono zdobyte w związku z realizacją inwestycji w ramach tzw. konsorcjum zintegrowanego.

Zdaniem składu orzekającego oczywiste jest, że sam udział danego podmiotu w ramach tzw. konsorcjum zintegrowanego nie może z góry oznaczać, że podmiot ten ma doświadczenie, które można uznać za spełniające określony warunek. Tym samym konsorcjum zintegrowane nie może być „wytrychem”, który zwalnia zamawiającego z badania oferty wykonawcy pod kątem spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Niezależnie od tego jak określone zostanie konsorcjum czy też jaki charakter będzie miało, wykonawca, w celu spełnienia warunku w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, musi wykazać spełnienie wszystkich wymogów składających się na ten warunek, w sytuacji gdy powołuje się na doświadczenie związane z funkcjonowaniem w takim konsorcjum.

W złożonym wykazie robót, w celu spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu, przystępujący wskazał trzy zadania inwestycyjne realizowane przez NDI S.A. w ramach tzw. konsorcjum zintegrowanego:

- Budowa linii tramwajowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą w ulicy Nowej Bulońskiej Północnej w Gdańsku w ramach Gdańskiego Projektu Komunikacji Miejskiej – etap IV”, (Projekt I);
- Rozbudowa Drogi Krajowej nr 81 od węzła autostrady A4 z DK-86 do budowanego węzła z ul. Armii Krajowej – etap I w ramach zadania inwestycyjnego Rozbudowa Drogi Krajowej nr 81 od węzła autostrady A4 z DK-86 do budowanego węzła z ul. Armii Krajowej, (Projekt II);
- Przebudowa liniowej infrastruktury tramwajowej w Częstochowie (odcinek 1,2,3 4, 5a, 6), (Projekt III).

Ponadto, jak wskazano powyżej, zamawiający pismem z 24 kwietnia 2025 r. wezwał przystępującego do wyjaśnień dotyczących roli podmiotu udostępniającego zasoby

w realizacjach wskazanych w złożonym wykazie robót, z uwzględnieniem roli w tworzonych konsorcjach (lider – podmiot zarządzający sprawami konsorcjum / partner – uczestnik) oraz potwierdzeniem, że zakres udostępnianych zasobów na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu został wykonany przez podmiot udostępniający zasoby.

Na powyżej wymienione wezwanie przystępujący odpowiedział pismem z 6 maja 2025 r. Co istotne do tych wyjaśnień przystępujący załączył również wyjaśnienia z 30 kwietnia 2025 r. udzielone przez podmiot udostępniający zasoby (NDI S.A.) oraz umowy konsorcjum i aneksy dotyczące ww. inwestycji. W wyjaśnieniach z 30 kwietnia 2025 r. podmiot udostępniający zasoby wskazał, że trzy powyżej wymienione inwestycje zostały zrealizowane w ramach tzw. „konsorcjum zintegrowanego” oraz wyjaśnił m. in., że:

Jednocześnie, na potwierdzenie realnego udziału każdego z członków konsorcjum

w realizację całości prac w ramach przedmiotowych Projektów NDI S.A. odsyła do Poświadczenia należytego wykonania inwestycji, wydanego w dniu 23.09.2020 r. dotyczącego Projektu I („Budowa linii tramwajowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą w ulicy Nowej Bulońskiej Północnej w Gdańsku w ramach Gdańskiego Projektu Komunikacji Miejskiej - etap IV A”), Protokołu odbioru końcowego robót i przekazania do użytkowania (eksploatacji) w dniu 31.10.2022 r. dotyczącego Projektu II („Rozbudowa Drogi Krajowej nr 81 od węzła autostrady A4 z DK-86 do budowanego węzła z ul. Armii Krajowej – etap I” w ramach zadania inwestycyjnego „Rozbudowa Drogi Krajowej nr 81 od węzła autostrady A4 z DK 86 do budowanego węzła z ul. Armii Krajowej”) oraz Poświadczenia wykonania zadania inwestycyjnego dotyczącego Projektu III („Przebudowa liniowej infrastruktury tramwajowej w Częstochowie (odcinek 1,2,3,4,5a,6)”. Jak wynika z owych dokumentów, poświadczenie wykonania ww. Projektów, dotyczy całości prac realizowanych wspólnie przez wszystkich wykonawców działających w ramach Konsorcjum.

W zakresie realizacji Projektu I, Projekt ten był realizowany w ramach konsorcjum zintegrowanego, w następującym składzie: NDI Spółka Akcyjna z siedzibą w Sopocie (obecnie NDI SOPOT S.A.), NDI Sp. z o.o. z siedzibą w Sopocie (obecnie NDI S.A.), Balzola Polska Spółka z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Constructiones y Promociones Balzola Sociedad Anonima (Spółka Akcyjna) z siedzibą w Bilbao (Hiszpania).

W/w Wykonawcy występujący wspólnie w celu realizacji Projektu I zawarli w dniu 9 kwietnia 2018 r. Umowę konsorcjalną. Biorąc pod uwagę, że praktycznie od samego początku Projekt był realizacją zarządzany i realizowany wyłącznie przez obie spółki z grupy NDI, w dniu 31 grudnia 2018 r., Aneksem nr 1 strony dokonały zmiany Umowy Konsorcjalnej w ten sposób, że 100% udziałów w realizacji Projektu zostało przyznane łącznie NDI S.A. (obecnie NDI SOPOT S.A.) oraz NDI Sp. z o.o. (obecnie NDI S.A.). Wyrazem powyższego jest Poświadczenie wystawione przez Gminę Miasta Gdańsk – Dyrekcję Rozbudowy Miasta Gdańska z dnia 23.09.2020 r. potwierdzające fakt wykonania Projektu I przez wykonawców w składzie: NDI S.A. (obecnie NDI SOPOT S.A.) oraz NDI Sp z o.o. (obecnie NDI S.A.)

W zakresie realizacji Projektu II, NDI Spółka Akcyjna podaje, iż Projekt ten był również realizowany w ramach konsorcjum zintegrowanego, w następującym składzie: NDI S.A.

z siedzibą w Sopocie (obecnie NDI Sopot S.A.), NDI Sp. z o.o. z siedzibą w Sopocie (obecnie NDI S.A.), Balzola Polska Spółka z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Constructiones y Promociones Balzola Sociedad Anonima (Spółka Akcyjna) z siedzibą w Bilbao (Hiszpania).

W/w Wykonawcy występujący wspólnie, w celu realizacji przedmiotowego Projektu II zawarli w dniu 25 kwietnia 2018 r.

Umowę Konsorcjalną. W tej sytuacji również, że względu na fakt iż, praktycznie od samego początku realizacji inwestycji był on zarządzany i realizowany wyłącznie przez obie spółki z grupy NDI, w dniu 31 grudnia 2018 r. Aneks nr 1 strony dokonały zmiany Umowy Konsorcjalnej w ten sposób, że 100% udziałów w realizacji Projektu zostało przyznane łącznie NDI S.A. (obecnie NDI SOPOT S.A.) oraz NDI Sp. z o.o. (obecnie NDI S.A.). Zmiany w zakresie udziału konsorcjantów realizacji Projektu II były związane

z przyczynami leżącymi po stronie Balzola Polska Spółka z o.o. oraz Constructiones

y Promociones Balzola Sociedad Anonima (Spółka Akcyjna) z siedzibą w Bilbao (Hiszpania), które w tamtym czasie (tj. 2018 rok) chciały wycofać się z prowadzenia działalności na terenie Polski (w szczególności dotyczyło to Constructiones y Promociones Balzola Sociedad Anonima).

W zakresie realizacji Projektu III, NDI S.A. wyjaśnia, że Projekt ten był realizowany również

w ramach konsorcjum zintegrowanego, w następującym składzie: NDI SOPOT S.A., NDI S.A. (poprzednio NDI Spółka ograniczoną odpowiedzialnością), Balzola Polska Spółka z o.o.

z siedzibą w Warszawie oraz Constructiones y Promociones Balzola Sociedad Anonima (Spółka Akcyjna) z siedzibą w Bilbao (Hiszpania). W przypadku tego Projektu, miała miejsce identyczna sytuacja, jak w przypadku Projektu I i Projektu II.

Reasumując NDI S.A. poświadczają, że zakres faktycznie wykonanych przez NDI S.A.

w ramach Projektu I, Projektu II oraz Projektu III odpowiada treści warunku, o którym mowa w Specyfikacji Warunków Zamówienia oraz potwierdza spełnianie tego warunku. 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 (por. wyrok KIO z dnia 21 grudnia 2018 r., KIO 2534/18).

W uzasadnieniu odwołania, odwołujący odniósł się do wyjaśnień przystępującego z 6 maja 2025 r., natomiast zupełnie pominął okoliczność złożenia wyjaśnień przez podmiot udostępniający zasoby (pismo z 30 kwietnia 2025 r.), które należało potraktować jako część wyjaśnień złożonych przez przystępującego. W związku z tym Izba nie znalazła powodów do zakwestionowania argumentacji wynikającej z wyjaśnień z 30 kwietnia 2025 r. udzielonych przez podmiot udostępniający zasoby. Skład orzekający uznał za zasadne stanowisko przystępującego wskazujące, że wspólna realizacja zadań referencyjnych objętych wykazem robót przejawiała się przede wszystkim w następujących obszarach:

- wspólne decydowanie o wyborze podwykonawców i dostawców zamówień referencyjnych;

- zawieranie przez wszystkich współkonsorcjantów umów podwykonawczych oraz umów na dostawy i inne umowy powiązane z realizacją zadań referencyjnych;

- wspólny nadzór i kontrola w przedmiocie powierzenia części prac objętych danym zamówieniem podmiotom trzecim;

- wspólna koordynacja nad realizacją oraz wspólne zarządzanie umową konsorcjum (aktywny udział w sprawach dotyczących konsorcjum zapewniony każdemu konsorcjantowi);

- delegowanie do realizacji prac łączonych ekip wykonawczych, składających się

z pracowników / współpracowników wyznaczonych przez wszystkich konsorcjantów.

Nie bez znaczenia pozostawał również opisany w wyjaśnieniach fakt, że w przypadku każdego z Projektów referencyjnych ostateczny skład konsorcjów realizujący te zadania obejmował tylko dwa podmioty z jednej grupy kapitałowej, tj. NDI S.A. oraz NDI SOPOT S.A.

W konsekwencji Izba uznała, że nie można było stwierdzić, że podmiot udostępniający zasoby nie mógł posługiwać się doświadczeniem związanym z realizacją inwestycji wskazanych

w wykazie robót budowlanych w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu wymienionego w rozdziale VIII ust. 2 pkt 1 lit d) tiret pierwsze SWZ.

Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów na potwierdzenie swojej argumentacji. Dodatkowo na posiedzeniu odwołujący powołał się na dowód złożony przez przystępującego (jako załącznik nr 11 do pisma procesowego), przy okazji zarzutów, które finalnie zostały cofnięte. Dowód ten obejmował protokół z rozpoczęcia końcowego odbioru robót w branży sanitarnej sporządzony 20 września 2022 r. Odwołujący zwrócił uwagę, że w tym protokole ze strony wykonawcy, jako obecni przy odbiorze zostali wskazani wyłącznie przedstawiciele NDI SOPOT S.A. Nie było przy tym natomiast przedstawicieli NDI S.A., czyli podmiotu udostępniającego zasoby w postępowaniu. W ocenie składu orzekającego powołanie się na jeden z zapewne licznych protokołów powstałych na trzech dużych inwestycjach było niewystarczające.

W okolicznościach przedmiotowej sprawy sam fakt, że akurat w jednym dokumencie, nie zostali wskazani przedstawiciele członka konsorcjum nie mógł prowadzić do uwzględnienia zarzutu. Warto w tym miejscu przypomnieć, że zamawiający badał okoliczności związane z zarzutem, tj. wezwał przystępującego do wyjaśnień, a w odpowiedzi na wezwanie uzyskał wyjaśnienia zarówno od przystępującego jaki od podmiotu udostępniającego zasoby, które dodatkowo zostały poparte materiałem dowodowym, którego odwołujący nie podważył. Co więcej odwołujący w swojej argumentacji nawet nie odniósł się do tych dokumentów. Dodatkowo odwołujący nie podjął właściwie żadnej inicjatywy dowodowej, która uprawdopodobniłaby jego stanowisko. W tym zakresie działanie odwołującego miało charakter reaktywny i polegało

de facto na próbie wykorzystania na swoją korzyść dowodów złożonych przez stronę przeciwną.

W związku z powyższym Izba oddaliła zarzut naruszenia art. 226 ust.1 pkt 2 lit. b) i c) Pzp wskazany w pkt 1.2) *petitum* odwołania.

W zakresie zarzutu podniesionego w pkt 1.3), Izba w pierwszej kolejności podtrzymała stanowisko określone we wstępie uzasadnienia dla oddalenia wcześniejszego zarzutu. W tym kontekście należało przypomnieć, że wszystkie rozpoznane zarzuty ostatecznie dotyczyły warunku udziału w postępowaniu opisanego w rozdziale VIII ust. 2 pkt 1 lit d) tiret pierwsze SWZ. Przepisy Pzp regulują kwestię badania oferty pod kątem podmiotowych środków dowodowych, także w przypadku udostępnienia zasobów przez podmiot trzeci. W przypadku ustalenia, że wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu zamawiający co do zasady wzywa wykonawcę do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych (art. 128 ust. 1 Pzp), a jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe podmiotu udostępniającego zasoby nie potwierdzają spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, zamawiający żąda, aby wykonawca zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami albo wykazał, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu (art. 122 Pzp). Za pośrednictwem trzeciego zarzutu odwołujący domagał się odrzucenia oferty przystępującego jako niezgodnej z przepisami ustawy lub ewentualnie wnosił o nakazanie wyjaśnień treści oferty na podstawie art. 223 Pzp. W ocenie składu orzekającego przedmiotowy zarzut (podobnie jak zarzut drugi), był nieprawidłowo skonstruowany. Odwołujący mógł skutecznie domagać się odrzucenia oferty przystępującego jako niezgodnej z przepisami ustawy, a nawet wezwania tego wykonawcy do wyjaśnienia treści oferty, dopiero gdyby zamawiający zastosował procedury związane *stricte* z badaniem podmiotowych środków dowodowych. Tym samym zamawiający nie mógł odrzucić oferty jako niezgodnej z treścią ustawy w sytuacji, w której nie zastosował wynikających z Pzp obowiązków związanych z badaniem spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Bez zastosowania art. 128 ust. 1 Pzp lub art. 122 Pzp nie można było stwierdzić jaką ostatecznie treść miałyby podmiotowe środki dowodowe złożone przez przystępującego w celu spełnienia kwestionowanego przez odwołującego warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej. Zdaniem Izby dopiero po zastosowaniu ww. przepisów i ustaleniu ostatecznej treści dokumentów można skutecznie podnieść zarzut związany z koniecznością odrzucenia oferty jako niezgodnej z przepisami ustawy.

Ponadto z treści zobowiązania do udostępnienia zasobów złożonego przez NDI S.A. wynikało, że spółka ta udostępniła zasoby wskazane w pkt I zobowiązania, które to zasoby zostaną *wykorzystane poprzez udział NDI S.A. w realizacji przedmiotowego zamówienia jako podwykonawcy, przy wykonywaniu zamówienia i realizacji odpowiedniego do udostępnionych zasobów zakresu robót będących częścią zamówienia*. Ponadto z treści zobowiązania do udostępnienia zasobów wynikało, że NDI S.A. *wykona określony zakres robót będących częścią zamówienia, odpowiedniego do udostępnionych zasobów, przez cały okres realizacji zamówienia*, a NDI S.A. będzie realizować roboty jako podwykonawca. Tożsamy z treścią zobowiązania do udostępnienia zasobów był formularz ofertowy, w którym wskazano, że NDI S.A. będzie podwykonawcą oraz określono roboty, które będzie wykonywać NDI S.A. Tym samym w przypadku udzielania przystępującemu zamówienia, podmiot trzeci będzie zawierał umowę o podwykonawstwo z przystępującym jako wykonawcami wspólnie realizującymi zamówienie. W konsekwencji to konsorcjanci pozostaną wykonawcami całości prac, objętych zamówieniem i nie mogła budzić wątpliwości treść złożonego przez nich oświadczenia

o współrealizacji prac wchodzących w zakres tego zamówienia – we wszystkich branżach

z nim związanych. Złożone przez przystępującego dokumenty można było w ten sposób interpretować, że podmiotowi trzeciemu zostanie powierzony przez konsorcjantów do realizacji odpowiedni zakres prac z branż wymienionych w oświadczeniu konsorcjantów

i odpowiadających użyczonym przez podmiot trzeci zdolnościom. Tym samym Izba nie dostrzegła wewnętrznej sprzeczności między treścią oświadczenia konsorcjantów dotyczącego współrealizacji prac objętych zamówieniem, a treścią zobowiązania podmiotu trzeciego.

Dodatkowo podmiot trzeci nie zobowiązał się do wykonania tylko części robót, co do których oświadczył, że ma doświadczenie. Podmiot trzeci zobowiązał się do wykonania części zamówienia – tj. prac odpowiednich do udostępnionych zasobów (*odpowiedniego do udostępnionych zasobów zakresu robót, będących częścią zamówienia*).

Warto przy tym zwrócić uwagę, że w toku postępowania nie było przedmiotem wątpliwości ze strony zamawiającego, jaki zakres prac będzie realizowany przez podmiot trzeci. Zobowiązanie podmiotu trzeciego dotyczyło bowiem wykonania prac, odpowiadających użyczonym zdolnościom na potwierdzeniem spełnienia warunku udziału określonego w rozdziale VIII ust. 2 pkt 1 lit d) tiret pierwsze SWZ – co wynikało wprost z treści zobowiązania. Tym samym odesłanie do przytoczonych warunków udziału dało podstawy do uznania, że podmiot trzeci będzie realizował prace związane z budową drogi o określonej w treści warunku udziału długości wraz z określonymi sieciami i sygnalizacją świetlną, wraz z wykonaniem nawierzchni chodnika lub jezdni z kostki kamiennej oraz wykona nasadzeni, jak i rozbudową torowiska o określonej w treści warunku długości wraz z trakcją oraz zabudową płyt torowych

w technologii szyn w otulinie ciągłej z żywic poliuretanowych lub w technologii równoważnej.

W świetle powyższego Izba uznała, że NDI S.A. w sposób realny udostępniła zasoby na rzecz przystępującego, co skutkowało oddaleniem zarzutu naruszenia art. 226 ust.1 pkt 3 w związku z art.117 ust.3 Pzp.

Konsekwencją oddalenia powyżej opisanych zarzutów było oddalenie również zarzutu wskazanego w pkt I.1) *petitum* odwołania. Skoro ww. zarzuty zostały oddalone, to nie można było uznać, że oferta przystępującego podlegała odrzuceniu, a przez to czynność wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu powinna zostać unieważniona. Tym samym Izba oddaliła zarzut naruszenia art. 239 ust.1 Pzp.

W związku z powyższym Izba uznała, że odwołanie podlegało oddaleniu i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 557 i 575 Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b) i d) w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 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), zaliczając na poczet kosztów postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania, koszty poniesione przez zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz wnioskowany przez zamawiającego koszt uiszczenia opłaty skarbowej od pełnomocnictwa. Jednocześnie Izba zasądziła od odwołującego na rzecz zamawiającego koszty związane z wynagrodzeniem pełnomocnika (na podstawie rachunku złożonego na rozprawie) oraz uiszczeniem opłaty skarbowej od pełnomocnictwa (na podstawie potwierdzenia załączonego do odpowiedzi na odwołanie).

Przewodniczący:.....