Sygnatura akt: KIO 4692/26

WYROK

Warszawa, 20 października 2026 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Joanna Gawdzik-Zawalska

Protokolant: Krzysztof Chmielewski

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie 21 września 2026 r. przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia:

P.Ż. - Ż.P. "Remdom" P.P.U.H Dąbrowa Górnicza NIP: 629-209-98-98ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego w postępowaniu prowadzonym przez:

Gmina Zduny NIP: 621-169-40-95,przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy ubiegającego się wspólnie o udzielenie zamówienia:

Ekolas II Sp. z o.o. Przygodzice i

Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynierii „EKOINŻYNIERIA" Sp. z o.o. Ostrów Wielkopolski

orzeka:

Umarza odwołanie w zakresie zarzutów związanych z:

- wymaganiem z pkt 8.2. wiersz 2 ppkt 2 lit. b specyfikacji warunków zamówienia dotyczącym wartości wykazywanych prac projektowych odnoszących się do wskazanej usługi,

− wymaganiem z pkt 8.2. wiersz 2 specyfikacji warunków zamówienia dotyczącym konieczności dysponowania projektantem w specjalności konstrukcyjno-budowlanej, kierownikiem budowy oraz kierownik robót w specjalności drogowej;

Oddala odwołanie w pozostałym zakresie;

Kosztami postępowania odwoławczego w całości obciąża odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego koszty odwołującego 10 000 zł 00 gr (dziesięć tysięcy złotych zero groszy) wpisu od odwołania.

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:……..…...……..

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

Gmina Zduny Rynek 2, 63-760 Zduny NIP: 621-169-40-95(zamawiający) prowadzi na podstawie ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. 2024r. poz. 1320 ze zm.) (Ustawa lub Pzp) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Modernizacja przestrzeni publicznej Rynku w Zdunach wraz z niezbędną infrastrukturą techniczną" znak postępowania ZP.271.33.2026 , ogłoszenie o zamówieniu nr 2026/BZP 00334468 z 9 lipca 2026 r.(Postępowanie). Zasady, warunki i przedmiot zamówienia opisuje specyfikacja warunków zamówienia (SWZ).

21 września 2026 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie wpłynęło odwołanie P.Ż. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Ż.P. "Remdom" P.P.U.H ul. Władysława Sikorskiego 49 42-520 Dąbrowa Górnicza NIP: 629-209-98-98 ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego w Postępowaniu (odwołujący).

Przystąpienie po stronie zamawiającego wniósł wykonawca ubiegający się wspólnie o udzielenie zamówienia, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza EKOLAS II Sp z o.o. Przygodzice i Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynierii „EKOINŻYNIERIA" Sp. z o.o. Ostrów Wielkopolski (przystępujący lub Ekolas). Izba nie stwierdziła bezskuteczności przystąpienia oraz posiadanie legitymacji do złożenia skutecznego przystąpienia jako składanego przez wszystkich konsorcjantów. Izba ustaliła bowiem, wbrew twierdzeniu odwołującego, że lider składając przystąpienie działał w imieniu i na rzecz obu konsorcjantów, co wynika ze złożonego a udzielonego jeszcze na etapie Postępowania pełnomocnictwa. Opisanie w główce przystąpienia jednego podmiotu lidera nie zmienia woli zgłoszenia przystąpienia przez lidera w imieniu wszystkich wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia. Wskazuje na to nie tylko pełnomocnictwo lecz także dodatkowo treść pisma, gdzie pełnomocnik używa liczby mnogiej, np. przy wskazywaniu dokonywanych przez stronę przystępującą czynności lub ocen.

Odwołujący zaskarżył zaniechanie zamawiającego dokonania czynności odrzucenia oferty konsorcjum Ekolas, ewentualnie zaniechanie wezwania ich do uzupełnienia lub poprawienia złożonych dokumentów.

Zaskarżonej czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, w której zawierają się również wskazane zaniechania zamawiającego, gdyż oceniono i wybrano ofertę wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w

postępowaniu, zarzucił, iż ocena została dokonana z naruszeniem:
1) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej wspólnie przez wykonawców Ekolas II spółka z ograniczoną odpowiedzialnością oraz Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynierii „Eko-Inżynieria" S.A., podczas gdy wykonawcy Ci nie wykazali spełniania warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do doświadczenia określonego w:
pkt 8.2. wierszu 2 ppkt 2 lit. a specyfikacji warunków zamówienia z uwagi na wskazanie niewystarczającej części zamówienia jako realizowanej przez wykonawcę wykazującego spełnianie tej części warunki oraz realizację istoty zamówienia, odnośnie której przewidziany był warunek, również przez wykonawcę nieposiadającego wymaganego doświadczenia;
pkt 8.2. wierszu 2 ppkt 2 lit. b specyfikacji warunków zamówienia z uwagi na niewystarczającą wartość wykazywanych prac projektowych odnoszących się do wskazanej usługi;
pkt 8.2. wierszu 2 specyfikacji warunków zamówienia w części odnoszącej się do konieczności dysponowania projektantem w specjalności konstrukcyjno-budowlanej, kierownikiem budowy oraz kierownik robót w specjalności drogowej;
2) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b prawa zamówień publicznych w zw. z art. 116 ust. 2 prawa zamówień publicznych poprzez pominięcie okoliczności, iż Ekolas II spółka z ograniczoną odpowiedzialnością nie posiada wymaganych zdolności z uwagi na zaangażowanie zasobów wykonawcy w inne przedsięwzięcia gospodarcze mogące mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia.
W związku podniesionymi zarzutami oraz charakterem wskazanych w nich naruszeń, które miały istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia odwołujący wnosił o: nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej wspólnie przez wykonawców Ekolas II spółka z ograniczoną odpowiedzialnością oraz Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynierii „Eko-Inżynieria" spółka z ograniczoną odpowiedzialnością oraz dokonania ponownego badania i oceny ofert,
nakazania zamawiającemu odrzucenia oferty złożonej wspólnie przez wykonawców Ekolas II spółka z ograniczoną odpowiedzialnością oraz Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynierii „Eko-Inżynieria" spółka z ograniczoną odpowiedzialnością,
ewentualnie nakazanie zamawiającemu wezwania tychże wykonawców do uzupełnienia lub poprawienia złożonych dokumentów:
- oświadczenia składanego na podstawie art. 117 ust. 4 prawa zamówień publicznych, poprzez wyraźne rozgraniczenie zakresu zamówienia realizowanego przez poszczególnych wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia,
− wykazu robót budowlanych i usług projektowych w zakresie wykazywanych usług projektowych.

Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania. Przystępujący popierał stanowisko zamawiającego.
Odwołujący cofnął odwołanie w części wyrażonej w zarzutach opisanych w:
pkt 1 tiret drugie (zarzut niewystarczającej wartości wykazanych prac projektowych),
pkt 1 tiret trzecie (zarzut niewystarczających uprawnień osób skierowanych do realizacji zamówienia),
pkt 2 (zarzut nadmiernego zaangażowania zasobów wybranego wykonawcy w inne przedsięwzięcia gospodarcze) i
podtrzymał odwołanie wyłącznie w zakresie zarzutu wskazania niewystarczającej części zamówienia jako realizowanej przez wykonawcę wykazującego spełnianie warunku doświadczenia oraz realizacji istoty zamówienia, odnośnie której przewidziany był warunek, również przez wykonawcę nieposiadającego wymaganego doświadczenia.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Ustawy. Izba uznała, że odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia i możliwość poniesienia szkody jako przesłanki materialnoprawnej dopuszczalności odwołania z art. 505 ust. 1 Ustawy.

Wobec złożenia przez odwołującego oświadczenia w trybie art. 520 Ustawy o wycofaniu części zarzutów odwołania izba uznała, że w tym zakresie zachodzą przesłanki umożliwiające umorzenie postępowania odwoławczego w trybie art. 568 pkt. 1 Ustawy i umorzyła postępowanie w zakresie wycofanym. Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów związanych z:

- wymaganiem z pkt 8.2. wiersz 2 ppkt 2 lit. b specyfikacji warunków zamówienia dotyczącym wartości wykazywanych prac projektowych odnoszących się do wskazanej usługi,

− wymaganiem z pkt 8.2. wiersz 2 specyfikacji warunków zamówienia dotyczącym konieczności dysponowania projektantem w specjalności konstrukcyjno-budowlanej, kierownikiem budowy oraz kierownik robót w specjalności drogowe.

W pozostałym zakresie izba rozpoznała odwołanie.

Izba mając na uwadze zebrany w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestnika oddaliła zarzuty

wobec niewykazania, że zachowanie zamawiającego naruszyło Ustawę, co wpływ mogło mieć na rozstrzygnięcie Postępowania.

Izba stwierdza, że stan faktyczny leżący u podstawy zarzutu rozpatrywanego merytorycznie nie był sporny tj.:

1. Przedmiot zamówienia obejmuje Modernizację przestrzeni publicznej Rynku w Zdunach wraz z niezbędną infrastrukturą techniczną
2. Zamawiający nie zastrzegł obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych zadań dotyczących: Zamówień na roboty budowlane lub usługi ani prac związanych z rozmieszczeniem i instalacją, w ramach zamówienia na dostawy.
3. Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę: 10 311 466.61 zł brutto.
4. Szacunkowa wartość zamówienia to 8 066 402,52 zł
5. Zgodnie z rozdziałem 8 SWZ zamawiający wymagał wykazania, że wykonawca „w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie) wykonał należycie co najmniej:

   jedną robotę budowlaną realizowaną w formule „zaprojektuj i wybuduj", obejmującą zagospodarowanie przestrzeni publicznej (np. rynek miejski, plac publiczny, park miejski, przestrzeń śródmiejska) o wartości nie mniejszej niż 5 000 000 zł brutto, obejmującą w szczególności:

   -wykonanie nawierzchni utwardzonych (np. chodniki, place, drogi pieszo-jezdne),

   -wykonanie elementów małej architektury,

   -wykonanie lub przebudowę infrastruktury technicznej (co najmniej jednej z branż: sanitarnej lub elektrycznej),

   -zagospodarowanie zieleni, w tym nasadzenia drzew i krzewów"

   lub

   jedną robotę budowlaną obejmującą zagospodarowanie przestrzeni publicznej (np. rynek miejski, plac publiczny, park miejski, przestrzeń śródmiejska) o wartości nie mniejszej niż 4 800 000 zł brutto, obejmującą w szczególności:

   -wykonanie nawierzchni utwardzonych (np. chodniki, place, drogi pieszo-jezdne),

   -wykonanie elementów małej architektury,

   - wykonanie lub przebudowę infrastruktury technicznej (co najmniej jednej z branż: sanitarnej lub elektrycznej),

   - zagospodarowanie zieleni, w tym nasadzenia drzew i krzewów"

   i

   jedną usługę projektową o wartości nie mniejszej niż 200 000 zł brutto obejmującą wykonanie pełnobranżowej dokumentacji projektowej zagospodarowania przestrzeni publicznej, obejmującą w szczególności zaprojektowanie:

   -nawierzchni utwardzonych (np. chodniki, place, drogi pieszo-jezdne),

   -elementów małej architektury,

   -budowy lub przebudowy infrastruktury technicznej (co najmniej jednej z branż: sanitarnej lub elektrycznej),

   - zieleni, w tym nasadzenia drzew i krzewów
6. Przystępujący złożył ofertę wspólnie w ramach konsorcjum (oferta przystępującego)
7. Przystępujący w wykazie wskazał, że **warunek wypełnia wykonawca EKOLKOLAS II sp. z o.o. : Budowa chodnika z oświetleniem i elementami małej architektury wokół zbiornika wodnego w Sośniach Zadanie obejmowało m.in:**
   - **wykonanie nawierzchni utwardzonych**
   - **wykonanie elementów małej architektury,**
   - **wykonanie i przebudowa infrastruktury technicznej (sanitarnej i elektrycznej),**
   - **zagospodarowanie zieleni, w tym nasadzenia drzew i krzewów**
8. Przystępujący ostatecznie zaoferował cenę ofertową:

   Etap I – prace projektowe

   Cena netto: .....235 000,00 ..... zł

   Podatek VAT: .....54 050,00 ..... zł

   Cena brutto: .....289 050,00 ..... zł

   Etap II – roboty budowlane

   Roboty budowlane – remont Rynku

   Cena netto: ..... 7 592 917,00..... zł

   Podatek VAT: ..... 1 746 370,91..... zł

   Cena brutto: ..... 9 339 287,91..... zł

Roboty budowlane – teren za Urzędem Miasta

Cena netto: ..... 329 273,20..... zł

Podatek VAT: ..... 75 732,84..... zł

Cena brutto: ..... 405 006,04..... zł

Łączne wynagrodzenie za realizację zamówienia

Suma cen netto (Etap I + Etap II): ..... 8 157 190,20..... zł

Podatek VAT: ..... 1 876 153,75..... zł

Łączna cena brutto: ..... 10 033 343,95..... zł

9. Przystępujący złożył oświadczenie o tym, że wykonawcy na etapie realizacji zamówienia wykonywać będą następujące roboty / usługi / dostawy:

- EKOLAS II SP. Z O.O.:

Roboty rozbiórkowe, roboty ziemne

Część robót związanych z budową i przebudową nawierzchni

Roboty branży budowlanej – ściany oporowe, schody

Fontanna, pomnik zduna, renowacja pompy

Mała architektura, przystanki

Nasadzenia zieleni, ogrody deszczowe, niecki i rowy infiltracyjne

Instalacje elektryczne, oświetlenie, instalacje telekomunikacyjne

Pozostałe niewymienione roboty oraz nadzór formalny

- Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynierii „EKO-INŻYNIERIA" Sp. z o.o:

Część robót związanych z budową i przebudową nawierzchni

Instalacje sanitarne

10. SWZ nie zawiera postanowień doprecyzowujących zasady dotyczące samodzielnego spełniania warunków przez każdego z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie i brak w SWZ specyficznych regulacji w tym zakresie

11. Roboty z wykazu realizowane były przez EKOLAS OO sp. z o.o. . Drugi z członków konsorcjum nie wykazał posiadania doświadczenia w zakresie wymaganym przez SWZ.

Odwołanie ograniczało się do zakwestionowania jednego zakresu robót wykazanych i jednocześnie wchodzących w zakres kompleksowego przedmiotu zamówienia w Postępowaniu jako, że wykonawca, który wykazał doświadczenie i wykonawca, który nie wykazał doświadczenia, mają zgodnie z oświadczeniem konsorcjantów być zaangażowani w realizację części robót z jednego z zakresów robót wykazanych każdy (bez dookreślenia stopnia zaangażowania wartościowego, rodzajowego, udziałowego), przy czym wszystkie pozostałe roboty odpowiadające zakresowo referencyjnym oraz dodatkowo nadzór nad robotami wykonywanymi w ramach konsorcjum w Postępowaniu realizowany ma być przez wykonawcę, który wykazał doświadczenie.

Odwołujący wskazywał, że w oświadczeniu wskazany został zakres robót objęty warunkiem, który realizowany będzie w części przez jednego i drugiego konsorcjanta tj. robotach związanych z budową i przebudową nawierzchni, podczas gdy wykonawca ten nie wykazał posiadania w tym zakresie wymaganego doświadczenia. Odwołujący wskazał, że (zaznaczenia własne izby):

„1) określenie **„część robót" ma charakter niedookreślony i może obejmować zarówno 2%, jak i 98% robót z podanego zakresu**,

2) w związku z charakterem zamówienia wskazane powyżej roboty realizowane przez wykonawcę niewykazującego doświadczenia **mogą stanowić większość zamówienia w ujęciu wartościowym**,

3) wskazane **roboty nie mają wyłącznie charakteru pomocniczego, a stanowią część istoty realizacji przedmiotowego zamówienia**.

Z uwagi na fakt, iż konsorcjum Ekolas sformułowało swoje oświadczenie w sposób tak ogólny, zamawiający powinien zbadać czy dla całego zakresu znaczeniowego, który może się kryć pod pojęciem „część robót" warunek doświadczenia może zostać uznany za spełniony.

Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z 30 stycznia 2024 r. (sygn. akt KIO 63/24):

„Z art. 117 ust. 4 ustawy Pzp wynika, iż jego celem jest umożliwienie Zamawiającemu weryfikacji, czy planowany podział zadań pomiędzy członków konsorcjum zapewnia realne wykorzystanie deklarowanych przez nich zasobów, posiadania konkretnych uprawnień, doświadczenia, kwalifikacji lub wykształcenia, w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu".

Zgodnie zaś z jeszcze dalej idącym wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z 6 lutego 2024 r. (sygn. akt KIO 190/24): „Rodzi się zatem zasadne pytanie czy wystarczającym było spełnienie warunku dotyczącego doświadczenia wyłącznie przez jednego członka konsorcjum, pomimo, iż z treści oświadczenia z art. 117 ust. 4 wynika, że drugi członek

konsorcjum będzie również realizował zamówienie. Zdaniem Izby, biorąc pod uwagę treść SWZ oraz wskazane przepisy ustawy Pzp, obaj członkowie konsorcjum winni wykazać, że spełniają sporny warunek udziału w postępowaniu, bowiem obaj wykonawcy zadeklarowali, że będą wykonywać zamówienie. Gdyby przyjąć stanowisko Konsorcjum Solveco za prawidłowe, to do realizacji zamówienia zostałby dopuszczony wykonawca, które nie spełnia wymagań Zamawiającego w zakresie posiadanego zamówienia, a tym samym nie jest spełnione cel jakiemu służy wprowadzenie w SWZ warunków udziału w postępowania. Jak Izba wskazała powyżej, celem takich warunków jest minimalizowanie ryzyka powierzenia wykonania zamówienia wykonawcy niedoświadczonemu, który może je wykonać po prostu w sposób nieprawidłowy".

Nie jest dopuszczalne, by etap weryfikacji treści oświadczenia przenieść na etap realizacji zamówienia przez kontrolowania dopiero wówczas zakresu zamówienia realizowanego przez wykonawcę niewykazującego doświadczenia. Istotą ustawowego wymogu żądania oświadczenia o sposobie realizacji zamówienia przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienia jest weryfikacja zdolności wykonawców jeszcze na etapie postępowania o udzielenie zamówienia.

Z uwagi na treść złożonego oświadczenia przez konsorcjum Ekolas na obecnym etapie ocena ta powinna być negatywna."

Zamawiający wskazywał, że „Art. 117 ust. 3 Pzp wymaga, aby wykonawca posiadający odpowiednie doświadczenie wykonywał roboty budowlane lub usługi, do realizacji których dane zdolności są wymagane. Ustawodawca posługuje się więc kryterium rzeczywistego wykonywania odpowiedniego zakresu, a nie kryterium określonego udziału procentowego w wartości lub zakresie zamówienia. Z art. 117 ust. 3 i ust. 4 Pzp nie wynika obowiązek wykonania przez członka Konsorcjum posiadającego wymagane doświadczenie określonego procentu zamówienia. Ustawa nie ustanawia żadnej granicy, po przekroczeniu której jego udział należałoby uznać za „wystarczający", ani poniżej której udział stawałby się „niewystarczający".

Również SWZ w niniejszym postępowaniu nie zawiera takiego wymogu Odwołujący próbuje więc zbudować podstawę odrzucenia oferty na kryterium, którego nie ustanowił ani ustawodawca, ani Zamawiający. Prawidłowość takiego podejścia potwierdza orzecznictwo odnoszące się do rzeczywistego udziału wykonawcy w realizacji zamówienia. W wyroku KIO 3254/23 Izba wskazała, że**podział zadań wynikający z oświadczenia z art. 117 ust. 4 Pzp może mieć zarówno charakter jakościowy, jak i ilościowy. Dopuszczalna jest zatem sytuacja, w której członkowie konsorcjum wykonują te same rodzaje czynności, natomiast podział między nimi dotyczy ich ilości. Izba nie przyjęła tym samym założenia, że poszczególny rodzaj czynności musi zostać przypisany wyłącznie jednemu członkowi konsorcjum**.

Orzeczenie to ma istotne znaczenie dla niniejszej sprawy. Pokazuje bowiem, że samo współuczestnictwo dwóch członków Konsorcjum w realizacji określonego rodzaju robót nie jest sytuacją sprzeczną z art. 117 Pzp. Decydujące jest rzeczywiste wykorzystanie wymaganej zdolności, nie zaś wyłączność jednego wykonawcy na cały rodzaj robót.

Dodatkowego argumentu dostarcza wyrok KIO 331/26. W końcowej części uzasadnienia Izba zaakcentowała znaczenie faktycznego i realnego udziału wykonawcy w realizacji zamówienia oraz odwołała się do wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z 16 maja 2024 r., sygn. akt I GSK 870/20, wskazując, że**w orzecznictwie TSUE nie określono minimalnego udziału wykonawcy we wspólnej realizacji zamówienia jako warunku możliwości powoływania się na doświadczenie grupy.**

Znaczenie tego orzecznictwa dla niniejszej sprawy należy odczytywać precyzyjnie. KIO 331/26 i NSA I GSK 870/20 dotyczą wprost doświadczenia zdobywanego przy wcześniejszej realizacji wspólnego zamówienia. Potwierdzają jednak istotną zasadę interpretacyjną: prawo zamówień publicznych nie posługuje się mechanicznym, procentowym miernikiem doświadczenia ani minimalnym progiem udziału wykonawcy, lecz wymaga badania jego faktycznego i konkretnego uczestnictwa. Trafnie oddaje to także argumentacja przywołana w KIO 331/26, zgodnie z którą ocena zaangażowania wykonawcy powinna następować przez pryzmat jego bezpośredniego uczestnictwa, a nie poprzez wymaganie przypisania mu absolutnie pełnego zakresu prac.

Właśnie tego rozróżnienia Odwołujący w niniejszej sprawie nie dokonuje. Odwołujący nie wykazuje braku rzeczywistego udziału Ekolas II w realizacji zamówienia. Próbuje natomiast wykazać, że udział ten będzie ilościowo niewystarczający, mimo że nie wskazuje żadnego przepisu ani postanowienia SWZ określającego wymagany minimalny poziom takiego udziału. Nie można również przyjąć, że sam fakt powierzenia EKO-INŻYNIERII instalacji sanitarnych, robót ziemnych rozbiórkowych czy części robót nawierzchniowych automatycznie oznacza niewykorzystanie doświadczenia Ekolas II.

Warunek ustanowiony przez Zamawiającego dotyczył doświadczenia w realizacji jednej kompleksowej roboty budowlanej obejmującej zagospodarowanie przestrzeni publicznej, w ramach której występował określony minimalny zestaw elementów. Nie był to zbiór odrębnych warunków branżowych, wymagających, aby każdy pojedynczy rodzaj robót w przyszłym zamówieniu był wykonywany wyłącznie przez członka Konsorcjum wykazującego doświadczenie referencyjne. Odwołujący usiłuje zatem wprowadzić dodatkowy wymóg, zgodnie z którym Ekolas II powinien nie tylko

posiadać wymagane doświadczenie i rzeczywiście uczestniczyć w realizacji odpowiadających mu robót, lecz również realizować bliżej nieokreśloną „odpowiednio dużą" część zamówienia.
Takiego wymagania nie zawiera art. 117 ust. 3 Pzp. Nie zawiera go również art. 117 ust. 4 Pzp, który wymaga wskazania, jakie roboty budowlane, dostawy lub usługi wykonają poszczególni członkowie konsorcjum, ale nie nakazuje ustalania procentowego udziału każdego z nich w wartości całego kontraktu. Nie ustanowił go wreszcie Zamawiający w SWZ. Odwołujący powołuje na poparcie swojego stanowiska KIO 63/24 oraz KIO 190/24. Z orzeczeń tych nie wynika jednak ogólna zasada, zgodnie z którą każdy udział członka konsorcjum nieposiadającego danego doświadczenia w robotach rodzajowo odpowiadających inwestycji referencyjnej prowadzi do niespełnienia art. 117 ust. 3 Pzp.
W szczególności KIO 190/24 zapadło w innym stanie faktycznym, w którym z treści oświadczenia z art. 117 ust. 4 Pzp wynikało wykonywanie świadczenia objętego spornym warunkiem również przez członka konsorcjum, który sam tego warunku nie wykazywał. W niniejszym postępowaniu Odwołujący nie wskazuje analogicznego, jednoznacznego zapisu. Sam posługuje się natomiast rozważaniem hipotetycznym, zgodnie z którym „część robót" może wynosić 2% albo 98%, a przypisany EKO-INŻYNIERII zakres „może" stanowić większość wartości zamówienia. Nie jest rolą Zamawiającego przyjmowanie najbardziej niekorzystnego dla wybranego wykonawcy hipotetycznego wariantu realizacji umowy tylko po to, aby stworzyć podstawę do odrzucenia jego oferty. Zamawiający miał obowiązek ocenić dokumenty znajdujące się w postępowaniu. Z dokumentów tych wynika, że Ekolas II wykazał wymagane doświadczenie własne oraz będzie uczestniczył w realizacji zamówienia. Nie wynika z nich natomiast, aby jego udział miał być pozorny, aby został on odsunięty od robót wymagających wykazanego doświadczenia albo aby całość tego zakresu została przekazana EKO-INŻYNIERII. Odwołujący żadnej z tych okoliczności nie wykazał.
W konsekwencji zarzut „niewystarczającego zadeklarowanego udziału" Ekolas II opiera się nie na treści art. 117 ust. 3 Pzp, lecz na skonstruowanym przez Odwołującego kryterium ilościowym, którego ustawa Pzp i SWZ nie przewidują. Ekolas II wykazał wymagane doświadczenie własne i będzie rzeczywiście uczestniczył w realizacji zamówienia, zaś sam fakt współudziału EKO-INŻYNIERII w określonych częściach robót nie prowadzi do wniosku o niewykorzystaniu zdolności Ekolas II. Brak jest zatem podstaw do zastosowania art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp.W konsekwencji zarzut dotyczący niewystarczającego udziału Ekolas II w realizacji zamówienia nie znajduje podstaw w dokumentacji postępowania ani w przepisach Pzp i nie może prowadzić do odrzucenia oferty Konsorcjum."

Izba wskazuje, że co do zasady zgadza się z przywołanymi przez strony postępowania stanowiskami judykatury. Jednak każde z nich wymaga odniesienia do konkretnego stanu faktycznego i wydawane było także w konkretnych okolicznościach faktycznych.

Izba zważyła i stwierdziła, co następuje

Izba stwierdza, że odwołujący nie przywołał żadnych dowodów ani argumentów dla wykazania okoliczności, z których wywodził zarzut tj. tego, że roboty związane z budową i przebudową nawierzchni **mogą i kiedy, w jakich okolicznościach stanowić większość zamówienia w ujęciu wartościowym lub ilościowym, ani że roboty te nie mają wyłącznie charakteru pomocniczego, a stanowią część istoty realizacji przedmiotowego zamówienia**.

Odwołujący pominął także okoliczność, że warunek wymagał wykazania doświadczenia w kompleksowej realizacji roboty budowlanej wskazując minimalną wartość wszystkich robót i wskazując minimalny zakres tej roboty budowlanej niedookreślając jednak wartościowego ani ilościowego udziału poszczególnych robót rodzajowo w tym w szczególności nie wskazywał, jaki procent, udział, wartość, ilość stanowić mają w robocie referencyjnej kompleksowej roboty polegające na robotach związanych z przebudową i budową nawierzchni. Odwołujący nie wykazywał także ani nie wskazywał, jaki udział procentowy, wartościowy lub ilościowy mają roboty związane z przebudową i budową nawierzchni w Postępowaniu. Nie wykazała ani nie wskazywał, i nie wynika to z SWZ, że roboty związane z przebudową lub budową nawierzchni są kluczowymi lub wiodącymi w robotach objętych Postępowaniem. Z SWZ nie wynika również wartość tego zakresu.

Odwołujący nie wykazał ani nie wskazał, że udział wykonawcy, który wykazał doświadczenie w realizacji kompleksowej roboty referencyjnej ma charakter iluzoryczny, wobec tego, że jeden z wielu zakresów roboty referencyjnej realizowany będzie wspólnie zarówno przez podmiot, który wykazał doświadczenie jak przez podmiot, który doświadczenia nie wykazał, podczas, gdy wszystkie pozostałe zakresy kompleksowej roboty referencyjnej z wykazu i nadzór formalny nad realizacją całości przedmiotu zamówienia sprawowany będzie przez podmiot, który wykazał doświadczenie w robocie referencyjnej. Drugi z podmiotów wykonywać będzie część jednego z wielu zakresów roboty kompleksowej oraz zakres roboty kompleksowej, który nie musiał być objęty wykazywanym doświadczeniem tj. roboty instalacyjne.

Izba wskazuje, że:

Zgodnie z art. 239 ust. 1 Pzp zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Zgodnie z art. 16 Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w

sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny. Równe traktowanie nie jest celem samym w sobie, lecz instrumentem rozpatrywanym w świetle rezultatów, do jakich ma doprowadzić. Wymaga, by porównywalne sytuacje nie były traktowane w sposób odmienny, a sytuacje odmienne nie były traktowane w sposób identyczny, chyba że takie traktowanie jest obiektywnie uzasadnione.

Zgodnie z art. 117 Pzp

1. Zamawiający może określić szczególny, obiektywnie uzasadniony, sposób spełniania przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia warunków udziału w postępowaniu, jeżeli jest to uzasadnione charakterem zamówienia i jest proporcjonalne. (…)

3. 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.

4. W przypadku, o którym mowa w ust. 2 i 3, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia dołączają odpowiednio do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo do oferty oświadczenie, z którego wynika, które roboty budowlane, dostawy lub usługi wykonają poszczególni wykonawcy.

Zgodnie z art. 128 Pzp Ust. 1 Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że: 1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub 2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

Ust. 4) Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu.

Ust. 5 Jeżeli złożone przez wykonawcę oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowe środki dowodowe budzą wątpliwości zamawiającego, może on zwrócić się bezpośrednio do podmiotu, który jest w posiadaniu informacji lub dokumentów istotnych w tym zakresie dla oceny spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, kryteriów selekcji lub braku podstaw wykluczenia, o przedstawienie takich informacji lub dokumentów.

Izba wskazuje, że:

- art. 117 Pzp wprowadza zasadę korelacji pomiędzy podmiotem posiadającym wymagane doświadczenie a podmiotem faktycznie realizującym zamówienie w tym zakresie
- celem tej regulacji jest wyeliminowanie tzw. „papierowego doświadczenia", czyli sytuacji, w której doświadczony konsorcjant firmuje ofertę jedynie w celu spełnienia warunków formalnych, podczas gdy rzeczywista realizacja kluczowych zadań powierzana jest podmiotowi niedoświadczonemu
- celem złożenia oświadczenia, o którym mowa w art. 117 ust. 4 Pzp, jest umożliwienie weryfikacji, czy planowany podział zadań pomiędzy wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia zapewnia realne wykorzystanie deklarowanych przez nich zasobów w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Z treści oświadczenia ma wynikać, że zamówienie będzie realizował wykonawca, który posiada wymagane warunkiem uprawnienie, doświadczenie, kwalifikacje lub wykształcenie (tak E. Walkowiak, Oświadczenie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - art. 117 ust. 4 p.z.p., LEX/el. 2024.); powyższe nie wyklucza jednak sytuacji, że do realizacji zamówienia w zakresie części robót tożsamych rodzajowo do referencyjnych dopuszczony może zostać również drugi z wykonawców; Przepis nie określa także jednoznacznej cezury udziału wykonawcy, który wykazał doświadczenia w realizacji przedmiotu zamówienia dla uznania realności jego udziału w realizacji prac, dla których wykonania wymagane było wykazanie się doświadczeniem, czego konsekwencją jest potrzeba badania każdego przypadku i oceny zarówno brzmienia warunku jak i składanego oświadczenia w świetle przedmiotu zamówienia danego postępowania o udzielenie zamówienia.

W tej sprawie odwołujący nie wykazał ani nie uprawdopodobnił, że roboty do których wykonania wymagane jest doświadczenie nie będą realizowane przez podmiot posiadający doświadczenia, w tym w stopniu czyniącym udział konsorcjanta pozornym. Tutaj w szczególności wobec:

- planowanej realizacji wszystkich zakresów robót, co do których wykazano doświadczenie przez podmiot, który doświadczenie to wykazał,
- dopuszczenia wspólnej realizacji z drugim konsorcjantem wyłącznie jednego z tych zakresów.

Odwołujący nie wykazał, ani nie uprawdopodobnił również, że:

- oświadczenie konsorcjantów o podziale zadań ma charakter pozorny,
- nie będą realizowane przez podmiot, który wykazał doświadczenie roboty kluczowe, wiodące lub że będą wykonywane ale w stopniu niewystarczającym – niewspółmiernym do zakresu wymaganego doświadczenia.

Na taką konstatację nie pozwala:

- treść oświadczenia złożonego przez konsorcjantów, które jednoznacznie wskazuje, że zakresowo wszystkie roboty, dla których wymagane jest doświadczenie będą realizowane przez podmiot, który doświadczenie to wykazał i który dodatkowo nadzorować będzie całość robót a tylko jeden z zakresów z wykazu realizowany będzie i to tylko w części przez drugiego konsorcjanta;
- treść warunku, który jako robotę referencyjną wskazuje robotę kompleksową, bez dookreślania gradacji, wartości, udziału lub ilości zakresów robót, które mają w szczególności składać się na tę robotę kompleksową a więc, które dodatkowo z założenia nie muszą wyczerpywać ani wartości ani zakresu wykazywanej roboty kompleksowej.

Ocena oświadczenia dokonywana winna być w świetle treści warunku.

W tym przypadku doświadczenie nabyte winno być przy realizacji roboty o charakterze kompleksowym określonej wartości łącznej, warunek nie precyzuje, jakiej wartości, ilości, udziału lub gradacji w ramach roboty referencyjnej mają mieć poszczególne zakresy, w tym także roboty dotyczące nawierzchni.

Skoro oświadczenie nie jest pozorne (nie kwestionował tego odwołujący) to zobowiązanie do realizacji części zakresu robót, w sytuacji gdy robota referencyjna jest wartości znacząco niższej od ceny przedmiotu zamówienia a odwołujący nie wykazał ani nie wskazał jakiej wartości, udziału ilościowego są roboty dotyczące nawierzchni, ani że są robotami kluczowymi wiodącymi dla roboty referencyjnej lub chociaż roboty w Postępowaniu, to nie sposób przyjąć, że oświadczenie o podziale robót przesądza o tym, że wykonawca który doświadczenia nie wykazał realizować będzie część robót w zakresie lub o wartości przesądzającej o pozorności realizacji robót odpowiadających referencyjnym przez wykonawcę, który doświadczenie posiada. Powyższe nie pozwala na uwzględnienie zarzutu.

Skoro możliwość, powierzenia realizacji zakresu ilościowo, wartościowo lub rodzajowo w części wykonawcy, który doświadczenia nie wykazał, w stopniu wskazującym na prawdopodobieństwo pozorności realizacji i zaangażowania w realizację przedmiotu zamówienia w zakresie robót referencyjnych przez podmiot, który wykazał doświadczenie nie zostało uprawdopodobnione, ani nawet w sposób przekonujący i relewantny do brzmienia warunku i opisu przedmiotu zamówienia opisane, to brak także podstaw do uwzględnienia zarzutu zaniechania wezwania do wyjaśnień.

Nie każda niejednoznaczność oświadczenia jest takiego rodzaju, że rodzi po stronie zamawiającego obowiązek wezwania do wyjaśnień, lecz tylko taka, której powzięcie uzasadnione jest treścią warunku i oświadczenia wykonawcy jako wskazująca, że oświadczenie może mieć charakter pozorny lub niewystarczający dla ustalenia, że intencją konsorcjantów jest realizacja przedmiotu zamówienia w części, co do której wymagane było wykazanie doświadczenia w zakresie wymaganym warunkiem przez podmiot, który tego doświadczenia nie wykazał.

Skoro nie wykazano, że zakres związany z nawierzchnią jest kluczowy, o istotnym skomplikowaniu robót, istotnej wartości w porównaniu z pozostałymi zakresami roboty kompleksowej a zamawiający okoliczności tej zaprzeczył (czemu izba dała wiarę wobec brzmienia SWZ a nadto jakichkolwiek twierdzeń i dowodów w tym zakresie odwołującego) to brak uzasadnienia dla oczekiwania jaki miałby być procentowy , rodzajowy, kwotowy etc udział każdego z konsorcjantów w realizacji tego zakresu.

Sama powierzchnia nawierzchni przy braku jakiegokolwiek odniesienia do pozostałych prac roboty kompleksowej i ich wartości gradacji udziału nie jest wystarczająca do stwierdzenia szczególnej istotności tego zakresu i naruszenia oczekiwań zamawiającego i Ustawy wobec niedoprecyzowania udziałów i założenia, że ten zakres realizowany będzie wspólnie (w części przez każdego z konsorcjantów) przy założeniu że wszystkie inne zakresy wykazane i nadzór realizowany będzie przez podmiot, który doświadczenie wykazał a drugi z konsorcjantów realizować będzie wyłącznie roboty instalacyjne i część robót związanych z nawierzchnią.

Izba wskazuje, że to na wykonawcy ubiegającym się wspólnie ciąży obowiązek wykazania, że zakresem objęta będzie realizacja robót kompleksowych przez podmiot, który wykazał doświadczenie. W tym przypadku jednak brzmienie warunku, oświadczenia oraz podnoszone w odwołaniu argumenty nie podważyły realności i prawidłowości założeń podziału obowiązków.

Stąd izba oddaliła zarzuty w zakresie nie umorzonym.

Zarzut naruszenia art. 239 Pzp podlegał oddaleniu jako zarzut wynikowy.

Izba podkreśla, że zgodnie z art. 534 pkt 1 w związku z art. 506 i n. Ustawa kładzie obowiązek wykazania, że działanie zamawiającego były niezgodne z prawem na odwołującego.

Dokonując oceny zarzutów izba bierze pod uwagę całość zgromadzonego materiału dowodowego, w tym także ewentualne przeciwdowody składane przez strony i uczestników. Każda ze stron ponosi konsekwencje przyjętej strategii dowodowej. W niniejszym postępowaniu odwołujący nie wykazał okoliczności przemawiających za zasadnością żadnego ze sformułowanych zarzutów.

Okoliczności i dowody przywołane przez przeciwników procesowych potwierdzały zaś adekwatność ich stanowisk i dodatkowo prawidłowość decyzji zamawiającego potwierdziły przedłożone przez niego dowody w postaci

pism zamawiającego potwierdzające zgodność usług z wykazu z referencyjnymi i prawdziwość złożonych przez wykonawcę oświadczeń.

W świetle art. 555 ust. 1 w zw. z art. 516 ust. 1 pkt. 8-10 Ustawy „Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu", zaś „Odwołanie zawiera: (…) 8) zwięzłe przedstawienie zarzutów; 9) żądanie co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania; 10) wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności". W niniejszej sprawie, odwołanie nie zawierało uzasadnienia faktycznego, które pozwoliłoby na zrekonstruowanie sprzecznego z Ustawą zachowania zamawiającego czy zdarzenia, wypełniającego przepisy prawa, których naruszenie zarzucił odwołujący.

Zgodnie z art. 554 ust. 1 Ustawy „Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi: 1) naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców", co nie zostało wykazane odwołaniem.

Jednocześnie poczynione w sprawie ustalenia przeczą założeniom opisanym w odwołaniu.

Mając na uwadze powyższe, izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553, art. 554 ust. 1 pkt. 1) Ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 575 i 574 Ustawy oraz § 5 i § 8 ust. 2 pkt 1 poz. 2437). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis wniesiony przez odwołującego oraz koszty stron poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocników.

Mając na uwadze powyższe izba orzekła jak w sentencji.

Przewodnicząca :……