

WYROK
z dnia 28 lipca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 lipca 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 lipca 2022 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: **MAL-POL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** (lider konsorcjum), **K. R., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Inżynierskich K. R., Koronto Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, K. W., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Firma Remontowo Budowlana Mal-Pol K. W.** z siedzibą dla lidera: **ul. Targowa 7A, 08-110 Siedlce** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Miasto Siedlce, ul. Skwer Niepodległości 2, 08-110 Siedlce**

przy udziale wykonawcy **S. P., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Elektrotechniczny ZELTECH S. P., ul. Brzeska 139, 08-110 Siedlce,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: **MAL-POL Spółka z ograniczoną**

odpowiedzialnością (lider konsorcjum), K. R., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Inżynierskich K. R., Koronto Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, K. W., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Firma Remontowo Budowlana Mal-Pol K. W. z siedzibą dla lidera: ul. Targowa 7A, 08-110 Siedlce i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: MAL-POL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (lider konsorcjum), K. R., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Inżynierskich, Koronto Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, K. W., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Firma Remontowo Budowlana Mal-Pol z siedzibą dla lidera: ul. Targowa 7A, 08-110 Siedlce tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W odniesieniu do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.: *„Przebudowa basenu przy Szkole Podstawowej nr 8 w Siedlcach”*, prowadzonego przez Gminę – Miasto Siedlce, Skwer Niepodległości 2, 08-110 Siedlce (dalej „zamawiający”) wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego – konsorcjum firm w składzie: MAL-POL Sp. z o.o., ul. Targowa 7A, 08-110 Siedlce (lider), Zakład Usług Inżynierskich K. R., ul. Brzeska 97, 08-110 Siedlce, KORONTO Sp. z o.o., ul. Sokołowska 157, 08-110 Siedlce oraz Firma Remontowo Budowlana MAL-POL, K. W., ul. Targowa 7A, 08-110 Siedlce (dalej „odwołujący”) złożyli odwołanie wobec wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy S. P., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Elektrotechniczny ZELTECH z siedzibą w Siedlcach przy ul. Brzeskiej 139 (dalej: „ZELTECH”) na skutek zaniechania odrzucenia oferty tego wykonawcy z postępowania jako złożonej przez wykonawcę nie spełniającego warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej: „ustawa Pzp”) art. 239 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp, poprzez wybór oferty ZELTECH, która nie jest ofertą najkorzystniejszą, gdyż została wybrana na skutek zaniechania czynności odrzucenia oferty tego wykonawcy, gdyż jest on wykonawcą, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie ogólnego doświadczenia, ponieważ MORIS POLSKA Spółka z o.o. (dalej „MORIS”) jako podmiot udostępniający zasoby wykonawcy ZELTECH nie był podmiotem realizującym dostawę i wykonanie niecki basenowej ze stali nierdzewnej w ramach zadania ujętego w uzupełnionym wykazie i obejmującego zadanie pn.: *„Budowa krytej pływalni wraz z zagospodarowaniem terenu oraz infrastrukturą techniczną przy ulicy Zjednoczenia w Nowej Soli”*.

Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania,
2. nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
3. przeprowadzenie dowodów zawnioskowanych w odwołaniu oraz na rozprawie;,
4. zasądzenie od zamawiającego na jego rzecz kosztów zastępstwa i reprezentacji przed Izbą oraz kosztów dojazdu na posiedzenie i rozprawę.

Odwołujący podał, że przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, są roboty budowlane obejmujące m.in.

„ROZDZIAŁ 5 OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA

5.1. Przedmiotem zamówienia jest „Przebudowa basenu przy Szkole Podstawowej nr 8 w Siedlcach”.

5.3. Zakres zamówienia obejmuje:

- 1. Roboty budowlane w tym m. in. - roboty rozbiórkowe i przygotowawcze, wymiana niecki żelbetowej na nową stalową (podkreślenie Odwołującego), naprawa i remont stropu nad piwnicami w pomieszczeniu niecki basenowej, przebudowa i remont pomieszczeń zaplecza technicznego i basenowego (przebudowa ścianek działowych, tynki wewnętrzne, roboty malarskie, okładziny ścienne, posadzki), przebudowa klatki schodowej, stolarka okienna i drzwiowa wewnętrzna i zewnętrzna, dostosowanie obiektu do wymagań p.poż, dostosowanie obiektu dla osób niepełnosprawnych, wyposażenie pomieszczeń, schody techniczne zewnętrzne, elewacja.*
- 2. Roboty elektryczne w tym m. in. - instalacje elektryczne wewnętrzne: oświetleniowa i gniazd wtykowych, instalacja oświetlenia awaryjnego i ewakuacyjnego, instalacja LAN, instalacja nagłośnienia, instalacja pomiaru czasu, instalacja zasilania nagrzewnic wentylacyjnych, elektroniczny system obsługi klienta, instalacja odgromowa.*
- 3. Roboty sanitarne w tym m. in. – instalacja kanalizacji sanitarnej wewnętrznej i zewnętrznej, instalacja z.w. i c.w.u., instalacja wodociągowa przeciwpożarowa, montaż urządzeń i armatury wod.-kan. i p.poż., instalacja c.o., instalacja c.t., instalacja wentylacji mechanicznej, technologia uzdatniania wody basenowej. DOWÓD: Rozdział 5 SWZ (w aktach postępowania)”*

Podał także, iż w SWZ zamawiający w ROZDZIALE 9 „INFORMACJA O WARUNKACH UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU” wskazał m.in., że:

„9.1. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu, na zasadach określonych w Rozdziale 8 SWZ, oraz spełniają określone przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu.

9.2. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące:

4) zdolności technicznej lub zawodowej: Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże że:

a) w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, zrealizował jedną robotę budowlaną obejmującą wykonanie robót ogólnobudowlanych (w tym niecki basenowej ze stali nierdzewnej), instalacji elektrycznych i sanitarnych (w tym instalacji wod-kan i c.o.) o łącznej wartości nie mniejszej niż 6 000 000,00 zł brutto” (Dowód: Rozdział 9 SWZ)

Wskazał, że oferty złożyło dwóch wykonawców, tj. odwołujący z ceną 15.577.777,77 zł oraz ZELTECH z ceną 13.433.000,00 zł

(Dowód: informacja z otwarcia ofert – pismo z 11.05.2022 r.).

Oświadczył, że pierwotnie ZELTECH na potwierdzenie spełnienia ogólnego warunku doświadczenia złożył (w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z 13.05.2022 r. oparte o treść art. 274 ust. 1 ustawy Pzp) zobowiązanie podmiotu trzeciego, tj. AQUA WORD Spółka z o.o. z siedzibą w Ząbkach zrealizowane na rzecz MIRBUD S.A. w zakresie zadania pn.: „Budowa kompleksu obiektów sportowych przy Centrum Edukacji Zawodowej i turystyki w Świnoujściu wraz z rozbudową szkoły”.

(Dowód: oferta wykonawcy ZELTECH, w tym zobowiązanie AQUA WORD Spółka z o.o. z 04.05.2022 r.).

Wskazał nadto, że zamawiający wezwał ZELTECH do wyjaśnienia lub uzupełnienia dokumentów pismem z 30.05.2022 r: *„Zamawiający, będąc w posiadaniu umowy podwykonawczej zawartej pomiędzy firmą MIRBUD S.A. i firmą AQUA WORLD Sp. z o.o., umowy podwykonawczej pomiędzy firmą AQUA i dalszym Podwykonawcą - GRUPĄ KONSULTINGOWOINŻYNIERYJNĄ KOMPLEKS na zadaniu „Budowa kompleksu obiektów sportowych przy Centrum Edukacji Zawodowej i Turystyki w Świnoujściu wraz z rozbudową szkoły” oraz dokumentów złożonych przez Państwa firmę na wezwanie, po przeprowadzeniu analizy uznał, że firma AQUA WORLD Sp. z o.o. nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, określonego w Rozdziale 9 ust. 9.2 pkt 4) SWZ, tj. nie jest Wykonawcą roboty budowlanej, na którą się powołuje. (...)*

W omawianej sytuacji warunek udziału w postępowaniu dotyczący „realizacji roboty budowlanej obejmującej wykonanie robót ogólnobudowlanych (w tym niecki basenowej ze stali nierdzewnej), instalacji elektrycznych i sanitarnych (w tym instalacji wod-kan i c.o.)” byłby przez Państwa spełniony jeśli firma AQUA WORLD Sp. z o.o. faktycznie byłaby zaangażowana w wykonanie zamówienia w zakresie wymaganym przez Zamawiającego i brałaby czynny i aktywny udział w realizacji tej roboty budowlanej. Rzeczywistym Wykonawcą robót budowlanych polegających na „dostawie i montażu nierdzewnej niecki basenowej wraz z wyposażeniem”, zgodnie z umową podwykonawczą była Firma GRUPA KONSULTINGOWO-INŻYNIERYJNA KOMPLEKS S.A. ul. Ogrodowa 19, 58-306 Wałbrzych, była za nie w pełni odpowiedzialna, sprawowała nadzór nad ich wykonaniem i odpowiadała przed Wykonawcą głównym.

W związku z powyższym Zamawiający uznaje za fakt, że podmiot udostępniający zasoby – firma AQUA WORLD Sp. z o.o nie wykazuje realizacji roboty budowlanej i nie może się na jej wykonanie powoływać, co skutkuje brakiem spełniania warunku określonego w Rozdziale 9 ust. 9.2 pkt 4) SWZ.

(Dowód: wezwanie skierowane przez Zamawiającego do wykonawcy ZELTECH zawarte w piśmie z 30.05.2022 r.).

Odwołujący wskazał w dalszej kolejności, że ZELTECH z pismem z 09.06.2022 r. złożył nowe zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby wraz z wykazem robót oraz referencjami, zobowiązaniem wykonawcy oraz zobowiązaniem podmiotu udostępniającego zasoby; w treści pisma ZELTECH wskazał m.in., że: *„Jednocześnie Zakład Elektrotechniczny ZELTECH Stanisław Przesmycki wyjaśnia, mając na uwadze brzmienie warunku w Rozdziale 9 pkt 9.2.4) a) SWZ, że doświadczenie ww. podmiotu udostępniającego zasób (MORIS POLSKA sp. z o.o.) – jako generalnego wykonawcy potwierdza spełnienie ww. warunku i nie ogranicza tego faktu wykonanie prac przez podwykonawcę – producenta niecki basenowej ze stali nierdzewnej (Berndorf Baderbau sp. z o.o.), w szczególności z uwagi na okoliczność, że generalny wykonawca realizował umowę ponosząc odpowiedzialność za działania, zaniechania, uchybienia i zaniedbania podwykonawcy tak, jakby były one działaniem, zaniechaniem, uchybieniem lub zaniedbaniem samego generalnego wykonawcy (zgodnie z zasadami wynikającymi z przepisów art. 474 k.c. oraz art. 356 § 1 k.c.), co jednocześnie zgodne jest z orzecznictwem KIO – np. wyrok KIO z dnia 2 kwietnia 2021 r., sygn. akt KIO 270/21, wyrok KIO z dnia 11 czerwca 2021 r., sygn. akt 1347/21).*

(Dowód: uzupełniony wykaz robót wraz z referencjami, zobowiązanie wykonawcy oraz zobowiązanie MORIS POLSKA Spółka z o.o. z 02.06.2022 r.).

Odwołujący uznał, że MORIS POLSKA Spółka z o.o. (dalej: „MORIS”) powołał się w zobowiązaniu na cudze doświadczenie i objął to doświadczenie zakresem własnego zobowiązania skierowanego do ZELTECH. Zdaniem odwołującego jeżeli warunek był szeroki i obejmował roboty ogólnobudowlane (w tym wykonanie niecki basenowej ze stali nierdzewnej), jak również roboty instalacyjne elektryczne i sanitarne to rolą wykonawcy było „pozyskanie” takich podmiotów jako udostępniających zasoby, aby podmioty te rzeczywiście takim doświadczeniem dysponowały, w przeciwnym bowiem wypadku w ramach realizacji przedmiotu zamówienia wykonawca ten będzie realizował zakres, co do którego nie posiada żadnego doświadczenia (tak samo jak podmiot udostępniający zasoby) lub nadal będzie zmuszony poszukiwać podwykonawcy, który zrealizuje ten zakres (w tym wypadku produkcję, dostawę i montaż niecki basenowej ze stali nierdzewnej wraz z robotami towarzyszącymi).

W ocenie odwołującego MORIS próbuje udostępnić wykonawcy ZELTECH zasób w postaci doświadczenia, którym nie dysponuje, gdyż wykonawcą niecki basenowej i samej technologii basenowej w Nowej Soli był odrębny od niego podmiot, tj. Berndorf Baderbau Spółka z o.o., co zostało przyznane w piśmie ZELTECH z 09.06.2022 r.)

(Dowód: pismo ZELTECH z dnia 09.06.2022 r. złożone w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z 30.05.2022 r.

Podniósł, że sama odpowiedzialność generalnego wykonawcy, na którą powołuje się ZELTECH pozostaje bez znaczenia, gdyż przedmiotem zobowiązania skutkującym spełnieniem warunku jest wiedza i doświadczenie, nie zaś odpowiedzialność cywilnoprawna. Uzupełnił, że żaden warunek udziału w postępowaniu obejmujący wiedzę i doświadczenie nie odnosi się do kwestii odpowiedzialności cywilnoprawnej (odpowiedzialności kontraktowej, w tym odpowiedzialności na zasadzie ryzyka), lecz do posiadania wiedzy i doświadczenia w realizacji określonych usług, dostaw, czy też robót budowlanych, ponieważ jest kwestią faktów (obejmuje zdobycie wymaganych umiejętności przy realizacji określonych czynności faktycznych), nie zaś kwestią prawa – nawet jeżeli jego źródłem są zobowiązania cywilnoprawne.

Wskazując na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 lutego 2020 r., sygn. akt KIO 126/20 stwierdził, że wykonawca nie może powołać się na doświadczenie w realizacji prac przez wszystkich członków konsorcjum, musi to być doświadczenie, które faktycznie nabył, realizując określone zadania; przyjęcie stanowiska przeciwnego pozwalałoby w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego ukształtować praktykę, która dopuszcza fikcję w wykazywaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Wskazał dodatkowo, że w ramach zespołu podmiotów tworzących konsorcjum każdy z nich ma inny zasób doświadczenia i wiedzy, gdyż realizuje swoje zadania na różnych odcinkach i z różnym zaangażowaniem; szczególnie dotyczy to sytuacji, gdy członkowie takiego konsorcjum „dzielą” między siebie zupełnie odmienne typologicznie roboty np. jeden z nich wykonuje roboty mostowe, inny układa nawierzchnię drogową i przygotowuje podbudowę, kolejny wykonuje konstrukcję obiektu inżynierskiego lub kubaturowego, pozostali zajmują się odpowiednio instalacjami sanitarnymi, energetycznymi, elektrycznymi i teletechnicznymi. Realizacja zadania przez konsorcjum – wywodził odwołujący – nie jest faktycznym wykonywaniem zadania przez danego wykonawcę, każdy z wykonawców w ramach konsorcjum realizuje bowiem przypisane mu prace i nabywa doświadczenie w tym zakresie, a nie w odniesieniu do zadań zrealizowanych przez innych wykonawców.

Odwołując się do wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 kwietnia 202 r., sygn. akt KIO 270/21., podał, że Izba orzekła, że generalny wykonawca jest uprawniony do tego, aby powoływać zdobyte w ramach określonego zadania doświadczenie, nawet w przypadku, gdy część prac związanych z elektroenergetyką trakcyjną realizował przy pomocy podwykonawcy, który realizował je pod jego nadzorem. Uzupełnił, że teza ta odnosi się jednak do takiego rodzaju wiedzy i doświadczenia, którego posiadaczem jest sam generalny wykonawca – nie zaś do bardzo wyspecjalizowanej dostawy urządzeń bądź instalacji.

Zdaniem odwołującego w tym przypadku trudno założyć, że generalny wykonawca nabywa na skutek samego faktu ponoszenia odpowiedzialności nad realizacją kontraktu doświadczenie w wykonaniu i instalacji specyficznej dostawy w postaci niecki basenowej ze stali nierdzewnej, jeżeli dostawa ta jest realizowana przez specjalistyczne podmioty, których na rynku jest bardzo niewiele i zazwyczaj ich nazwy pojawiają się tylko i wyłącznie przy realizacji tego typu dostaw, zaś ich rola ogranicza się zazwyczaj do dostawy i montażu tego typu urządzeń (np. AQUA WORLS Spółka z o.o.; Poolsystem Spółka z o.o. spółka komandytowa; Berndorf Baderbau Sp. z o.o.).

Oświadczył, że wyjątkiem jest czeska spółka, której doświadczenie zostało udostępnione odwołującemu (AKVAHELP METAL s.r.o.), która zajmuje się kompleksową realizacją kąpielisk basenowych „pod klucz” obejmujących wykonanie wszystkich robót budowlanych, w tym podmiot ten (jako jeden z niewielu) jest producentem, dostawcą i wykonawcą robót obejmujących montaż niecek basenowych wykonanych ze stali nierdzewnej.

Podał również, że na rynku krajowym brak jest podmiotów, które w sposób kompleksowy realizują roboty budowlane i instalacyjne wraz z wykonawstwem niecek basenowych ze stali nierdzewnej.

Wynioskował, że przy tak specyficznej dostawie i instalacji brak jest możliwości, aby doszło do swego rodzaju „nabycia”, czy też „przeniesienia” doświadczenia na generalnego wykonawcę już z samego faktu ponoszenia odpowiedzialności kontraktowej wobec zamawiającego.

Podkreślił, że MORIS lub sam ZELTECH będzie musiał na etapie realizacji zlecić wykonanie niecki basenowej ze stali nierdzewnej kolejnemu podwykonawcy, gdyż żaden z tych podmiotów nie posiada doświadczenia w tym zakresie, dodając że ZELTECH, aby mógł wykazać spełnienie warunku w tym zakresie powinien złożyć zobowiązanie od Berndorf Baderbau Sp. z o.o., zdobytego w ramach inwestycji w Nowel Soli, lub innego wykonawcy niecek basenowych ze stali nierdzewnej.

Jako przykład podejścia negującego, co do zasady, automatyczne nabycie doświadczenia podwykonawców przytoczył wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 lutego 2021 r. wydany w sprawie rozpoznawanej pod sygn. akt KIO 46/21 – w przedmiotowej sprawie KIO musiała odpowiedzieć m.in. na pytanie, czy w przetargu, w którym jednym z warunków udziału w postępowaniu było posiadanie doświadczenia w zdalnym odczycie ciepłomierzy, wykonawca może powołać się na doświadczenie w realizacji usługi kompleksowego utrzymania, w której skład wchodził taki odczyt ciepłomierzy, ale zakres ten wykonawca realizował siłami podwykonawcy; Izba uznała, że wykonawca nie nabył doświadczenia

w realizacji zakresu, którego wykonanie powierzył podwykonawcy i tym samym nie posiada

wymaganego przez zamawiającego doświadczenia („W przywołanym wykonaniu zamówienia firma ... wykonywała zamówienie w zakresie AMR (Automatic Meter Reading – zdalnych odczytów ciepłomierzy), natomiast wykonawca ... w pozostałych zakresach. Dlatego wykonawca ... nie może samodzielnie wykazywać, że nabył doświadczenie w zakresie zdalnych odczytów ciepłomierzy, bo takie doświadczenie uzyskała i posiada tylko firma ...

i doświadczenie to nie emanuje samo z siebie na innych wykonawców, a trzeba je nabyć przez wykonywanie prac danego rodzaju. Bardzo obrazowo zostało to pokazane w wyroku Izby

z dnia 18 kwietnia 2019 r. (sygn. akt: KIO 588/19)”.

Powołał się także na wyrok z dnia 6 lutego 2020 r., sygn. akt KIO 126/20: *”Niewątpliwie celem przedmiotowego warunku było zagwarantowanie, by wykonawca, który podejmie się realizacji zamówienia, posiadał dostateczne doświadczenie w konkretnie wskazanym przez Zamawiającego obszarze, nabyte we wskazanym okresie czasu i o wartości określonej jako nie niższa niż 600 000,00 zł brutto.”* Podkreślił, że stan faktyczny obejmował usługi zagospodarowania lasu, zrywki i pozyskania drewna, którymi to usługami „trudnił się” zarówno generalny usługodawca, jak i jego podwykonawcy (inaczej niż MORIS, który nie zajmuje się produkcją i instalacją tego typu niecek.

(Dowód: odpis KRS MORIS z 29.06.2022 r.).

Ponownie przywołał wyrok KIO 126/20: *”Sam fakt ponoszenia odpowiedzialności za wykonanie prac przez inny podmiot nie oznacza, że podmiot odpowiedzialny nabył doświadczenia w wykonaniu tych prac. Podmiot odpowiedzialny może w takim przypadku wykazać się doświadczeniem w zakresie koordynowania prac wykonywanych przez inne podmioty. Izba podziela stanowisko zawarte w wyrokach przywołanych w odpowiedzi na odwołanie, zgodnie z którymi: okoliczność, że sporne zamówienie zostało zrealizowane przez podwykonawcę, nie oznacza braku nabycia doświadczenia przez wykonawcę.*

Jednakże podkreślenia wymaga, że w takich okolicznościach wykonawca nabywa doświadczenia jedynie w zakresie, który realnie wykonywał. Podkreślenia wymaga, że sam fakt pełnienia funkcji podmiotu odpowiedzialnego za wykonanie umowy nie przesądza automatycznie o nabyciu całościowego, kompleksowego doświadczenia w realizacji usług objętych przedmiotem zamówienia.”

Uzupełniając podał, że Izba w powyższym orzeczeniu wskazała, że podziela stanowisko Naczelnego Sądu Administracyjnego wyrażone w wyroku z dnia 1 lutego 2018 r., sygn. akt II GSK 4133/17, (który dotyczył wprawdzie doświadczenia nabytego w ramach konsorcjum, jednak na gruncie przedmiotowej sprawy stanowi analogię w stosunku do podmiotu nabywającego doświadczenie) iż *„w ramach zespołu podmiotów tworzących*

konsorcjum każdy z nich ma inny zasób doświadczenia i wiedzy, gdyż realizuje swoje zadania na różnych odcinkach i z różnym zaangażowaniem. Wykonanie zadania przez konsorcjum nie jest faktycznym wykonaniem zadania przez danego wykonawcę. Każdy z wykonawców w ramach konsorcjum realizuje przypisane mu zadania, nabywając doświadczenie w tym zakresie, a nie w zakresie zadań realizowanych przez innych wykonawców. (...) doświadczenie wykonawcy należy postrzegać w kategoriach faktycznych a nie prawnych. Powyższe wynika z istoty art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Warunek udziału w postępowaniu

o udzielenie zamówienia publicznego, dotyczący doświadczenia, o którym mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp odnosi się do rzeczywistego zrealizowania przez wykonawcę części lub całości zamówienia, a nie skutków prawnych powiązań wynikających z wcześniej zawartych przez wykonawcę umów.”

Wskazał, że kwestia koordynacji prac podwykonawców przez generalnego wykonawcę i nabycia doświadczenia tylko w zakresie nadzoru i kierownictwa nad pracami innych podmiotów była przedmiotem wyroku z dnia 18 kwietnia 2019 r., sygn. akt KIO 588/19:

- *„Nie jest tak, jak twierdził Przystępujący, że wystarczy, by wykonawca faktycznie i realnie uczestniczył w realizacji jakiegokolwiek części zamówienia, aby mógł powoływać się na jego całość, np. będąc odpowiedzialnym za budowę drogi, mógł też wskazywać na doświadczenie w budowie mostu, której dokonał inny wykonawca albo będąc odpowiedzialnym za prace elektryczne, wskazywał też na wykonanie robót sanitarnych - nie uzyskał bowiem żadnego faktycznego/realnego doświadczenia w tym zakresie.”*,
- *„Gdyby w niniejszym postępowaniu warunek udziału dotyczył ogólnie doświadczenia w zakresie rewaloryzacji/rewitalizacji parku wpisanego do rejestru zabytków, nie byłoby wątpliwości, że osiemdziesięcioprocentowa realizacja zapewniałaby takie doświadczenie. Zamawiający jednak wymagane doświadczenie bardzo szczegółowo rozpiął na poszczególne, pojedyncze elementy, z których każdy musiał być osobno wykazany. Tym samym samo wykonanie 80% prac nie było wystarczające, gdyż wykonawca musiał wykazać doświadczenie w każdym z tych elementów. Nie byłoby więc również wątpliwości, że nawet przy wykonywaniu 80% całości prac, lecz braku doświadczenia w nasadzeniach i przesadzeniach drzew i krzewów, wykonawca nie spełniałby warunku w tej części (Zamawiający bowiem nie wymagał i nie oceniał jego kompleksowego doświadczenia w rewitalizacji, lecz w konkretnych czynnościach).”*

Podkreślił, że to specyficzne skonstruowanie warunku udziału w postępowaniu powoduje odmiennosc oceny jego spełnienia przez wykonawcę i tym samym konieczność

„realnego” podejścia do faktu zdobycia doświadczenia w ramach konsorcjum, czy też przy realizacji zamówień jako generalny wykonawca z udziałem podwykonawców; w niniejszym wypadku wymagane przez zamawiającego wraz z doświadczeniem ogólnobudowlanym doświadczenie obejmuje wykonanie bardzo specyficznej dostawy wraz z instalacją niecki basenowej ze stali nierdzewnej, która jest realizowana na rynku tylko przez kilka wyspecjalizowanych podmiotów.

Odwołał się nadto do wyroków:

- z dnia 11 kwietnia 2018 r. (KIO 568/18): *„Dysponowanie przez wykonawcę określonym potencjałem ma fundamentalne znaczenie z punktu widzenia zapewnienia prawidłowego wykonania zamówienia. Aby wykonawca dawał rękojmię należytej realizacji powierzonego zadania, musi wymagany potencjał rzeczywiście - a nie tylko formalnie - posiadać. W odniesieniu do doświadczenia oznacza to, że musi to być doświadczenie faktycznie przez danego wykonawcę nabyte poprzez realizację określonych zadań. Przyjęcie stanowiska przeciwnego byłoby tożsame z zezwoleniem na ukształtowanie się w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego szkodliwej praktyki, dopuszczającej fikcję w wykazywaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu, dając możliwość uzyskania zamówień podmiotom, które nie są zdolne do ich właściwej realizacji. W tym kontekście szczególnego znaczenia nabiera kwestia realności dysponowania zasobami przedstawianymi na potwierdzenie zdolności do wykonania zamówienia” (...)* Z kolei na zamawiającego nałożony został obowiązek oceny m.in. czy udostępniane wykonawcy przez inne podmioty zasoby pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu (art. 22a ust. 3 ustawy Pzp), skorelowany z uprawnieniem do żądania od wykonawcy, w razie negatywnej oceny tej kwestii, zastąpienia podmiotu trzeciego innym podmiotem (podmiotami), bądź zobowiązania się przez wykonawcę do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia, po wykazaniu spełniania postawionych warunków udziału w postępowaniu (art. 22a ust. 6 ustawy Pzp), w którym Izba odniosła się do tez ujętych w orzeczeniu Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej sygn. akt C-387/14 wskazując, że: *„Kwestia realności dysponowania wymaganym potencjałem dotyczy nie tylko sytuacji powoływania się na zasoby podmiotu trzeciego, ale jest również istotna w odniesieniu do zasobów przedstawianych zamawiającemu jako zasoby własne wykonawcy. Zagadnieniu temu poświęcony został wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14 Esaprojekt, w którym Trybunał*

wypowiedział się m.in. na temat możliwości i zakresu powoływania się przez wykonawcę na zamówienie wykonane przez niego wspólnie z innymi podmiotami. Trybunał podkreślił w tym wyroku, że zdobyte przez wykonawcę doświadczenie stanowi szczególnie istotne kryterium kwalifikacji podmiotowej wykonawcy, gdyż umożliwia instytucji zamawiającej sprawdzenie, zgodnie z art. 44 ust. Dyrektywy 2004/18, predyspozycji kandydatów lub oferentów do realizacji danego zamówienia. Trybunał stwierdził, że: gdy wykonawca polega na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem, doświadczenie to należy oceniać w zależności od konkretnego zakresu udziału tego wykonawcy, a więc jego faktycznego wkładu w prowadzenie działań, które były wymagane od tej grupy w ramach danego zamówienia publicznego. (...) wykonawca nabywa realne doświadczenie nie przez sam fakt bycia członkiem grupy wykonawców i bez względu na to, jaki miał w tę grupę wkład, lecz wyłącznie poprzez bezpośredni udział w realizacji przynajmniej jednej z części zamówienia, do którego całościowego wykonania zobowiązana jest ta grupa wykonawców. Wynika z tego, że wykonawca nie może polegać, do celów wymaganego przez instytucję zamawiającą doświadczenia, na realizacji świadczeń przez innych członków grupy wykonawców, w których realizacji faktycznie i konkretnie nie brał udziału.”

Stwierdził na powyższej podstawie, że cytowane orzeczenie TSUE należy rozciągać nie tylko na relacje horyzontalne pomiędzy członkami konsorcjum, lecz również w niektórych wypadkach na relacje wertykalne, tj. relacje generalny wykonawca – podwykonawca; taka wykładnia i rozumienie tez zawartych w powyższym orzeczeniu jest wynikiem realnego podejścia do kwestii doświadczenia i wiedzy wykazywanych w ramach warunków udziału w postępowaniu.

Na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nadesłanej przez zamawiającego na informatycznym nośniku danych przy piśmie z dnia 7 lipca 2022 r. (wpływ do Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 lipca 2022 r.) – dokumentów przywołanych w dalszej części uzasadnienia, „Odpowiedzi na odwołanie” – pismo zamawiającego z dnia 13 lipca 2022 r., złożonych przez przystępującego stanowisk zawartych w pismach z dnia 7 lipca 2022 r. („Zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego”) oraz 25 lipca 2022 r., a także oświadczeń i stanowisk stron oraz przystępującego, zaprezentowanych na rozprawie skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp (posiada legitymację do wniesienia odwołania), czego ani zamawiający, ani przystępujący nie kwestionowali.

Zarzut dotyczący naruszenia przez zamawiającego art. 239 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b tej ustawy, poprzez wybór oferty przystępującego, która nie jest ofertą najkorzystniejszą, gdyż została wybrana na skutek zaniechania czynności odrzucenia oferty tego wykonawcy, gdyż jest on wykonawcą, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie ogólnego doświadczenia, ponieważ podmiot udostępniający zasoby przystępującemu nie był podmiotem realizującym dostawę i wykonanie niecki basenowej ze stali nierdzewnej w ramach zadania pn.: „Budowa krytej pływalni wraz z zagospodarowaniem terenu oraz infrastrukturą techniczną przy ulicy Zjednoczenia w Nowej Soli” nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Zgodnie z rozdziałem 9 SWZ „Informacja o warunkach udziału w postępowaniu” pkt 9.2. ppkt 4) o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej – wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże że „w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, zrealizował jedną robotę budowlaną obejmującą wykonanie robót ogólnobudowlanych (w tym niecki basenowej ze stali nierdzewnej), instalacji elektrycznych i sanitarnych (w tym instalacji wod-kan i c.o.) o łącznej wartości nie mniejszej niż 6 000 000,00 zł brutto”

Odpowiadając na wezwanie zamawiającego z dnia 30 maja 2022 r. (żądanie na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp zastąpienia podmiotu udostępniającego przystępującemu zasoby – pierwotnie wskazanego, innym podmiotem albo wykazania przez przystępującego, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu), przystępujący, przy piśmie z dnia 9 czerwca 2022 r., złożył: Wykaz robót budowlanych przystępującego oraz Moris-Polska Sp. z o.o. z Warszawy obejmujący tą samą pozycję, tj. „Budowę krytej pływalni wraz z z „Poświadczeniem” z dnia 26 listopada 2021 r. Gminy Mowa Sól, iż „MORIS – POLSKA Sp. z o.o. (...) była Wykonawcą przedmiotu umowy – inwestycji pn.: „Budowa krytej pływalni wraz z zagospodarowaniem terenu oraz infrastrukturą techniczną przy ulicy Zjednoczenia w Nowej Soli” (w Wykazie przystępującego wskazano jako

wykonawcę tej roboty Moris-Polska Sp. z o.o.) Oba podmioty złożyły także oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu.

W ww. poświadczeniu wskazano m.in.: „Przedmiot umowy (...) został wykonany na podstawie zawartej pomiędzy Gminą Nowa Sól – Miasto a MORIS – Polska Sp. z o.o. (...) umowy 272.22.2018 z dnia 31/08/2018r. i późniejszymi aneksami. (...) Terminy wykonania przedmiotu oraz uzyskania pozwolenia na użytkowanie zostały dotrzymane zgodnie z zapisami zawartymi w Umowie i Aneksach do Umowy. (...) Prace wykonano zgodnie z warunkami umowy oraz dokumentacją projektową.”

W treści pisma przystępujący z 9 czerwca 2022 r. oświadczył m.in.: „mając na uwadze brzmienie warunku (...) doświadczenie ww. podmiotu udostępniającego zasób (MORIS POLSKA sp. Z o.o.) – jako generalnego wykonawcy potwierdza spełnienie ww. warunku i nie ogranicza tego faktu wykonanie prac przez podwykonawcę – producenta niecki basenowej ze stali nierdzewnej (Berndorf Baderbau sp. z o.o.), w szczególności z uwagi na okoliczność, że generalny wykonawca realizował umowę ponosząc odpowiedzialność za działania, zaniechania, uchybienia i zaniedbania podwykonawcy tak, jakby były one działaniem, zaniechaniem, uchybieniem lub zaniedbaniem samego generalnego wykonawcy”.

Pismem z dnia 13 czerwca 2022 r. zamawiający zwrócił się do Urzędu Miejskiego Nowa Sól „W związku z wątpliwościami czy wskazana przez Wykonawcę firma - MORIS POLSKA Sp. z o.o., wykonywała ww. robotę budowlaną w zakresie wskazanym w referencjach i może się na jej realizację powoływać, tym samym spełniać warunek udziału w postępowaniu” (...) o udzielenie niezbędnych informacji oraz przekazanie:

1. umowy z Wykonawcą MORIS POLSKA Sp. z o.o. wraz z załącznikami oraz aneksami do umowy;
2. umowy z Podwykonawcami firmy MORIS POLSKA Sp. z o.o. wraz z załącznikami;”

Pismem z dnia 27 czerwca 2022 r. „Zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej” zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty przystępującego.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Art. 16 pkt 1 ustawy Pzp brzmi: „Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty”

Zgonie z przepisem art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp *„Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) została złożona przez wykonawcę: (...) niespełniającego warunków udziału w postępowaniu”*

Zgodnie zaś z przepisem art. 239 ust. 1 ustawy Pzp *„Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia”*

Skład orzekający Izby doszedł do przekonania, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający zasadnie ocenił, że przystępujący spełnia warunek zdolności technicznej lub zawodowej, ponieważ podmiot trzeci (Moris), udostępniający przystępującemu zasób wiedzy i doświadczenia nabył je (i mógł udostępnić takie zasoby przystępującemu), realizując robotę *„Budowa krytej pływalni wraz z zagospodarowaniem terenu oraz infrastrukturą techniczną przy ulicy Zjednoczenia w Nowej Soli”* (dalej także „robota referencyjna”) jako generalny wykonawca z wykorzystaniem w zakresie prac/robót dotyczących niecki basenowej ze stali nierdzewnej wyspecjalizowanego wykonawcy (Berndorf Baderbau).

Analiza brzmienia treści warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej prowadzi do wniosku, że:

po pierwsze – jedną z niezbędnych składowych wymaganego doświadczenia, tj. wykonania robót ogólnobudowlanych jest wykonanie niecki basenowej ze stali nierdzewnej – zamawiający użył „w tym” – *„wykonanie robót ogólnobudowlanych (w tym niecki basenowej ze stali nierdzewnej)”*,

po wtóre – wartość składowej w postaci wykonania niecki basenowej ze stali nierdzewnej pozostaje bez znaczenia dla oceny spełniania warunku referującego do robót ogólnobudowlanych – zamawiający określił ogólną, łączną wartość robót (6 mln zł brutto).

Zdaniem składu orzekającego Izby na aprobatę nie zasługuje ani automatyczne uznanie zdobycia doświadczenia przez wykonawcę co do robót/prac realizowanych przez podwykonawcę z tego tylko względu, że wykonawca był generalnym wykonawcą zamówienia, ani automatyczna odmowa uznania zdobycia doświadczenia przez wykonawcę – generalnego wykonawcę co do robót/prac realizowanych przez podwykonawcę z tego względu, że wykonawca ten nie wykonywał ich „osobiście/fizycznie”.

Przeszkodą jest wynikający z przepisu art. 16 ustawy obowiązek prowadzenia przez zamawiającego postępowania z poszanowaniem wskazanych tam zasad, tj. przede wszystkim zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a także przejrzystości, wymagający – w odniesieniu do każdego przypadku – starannej analizy

pozyskanych przez zamawiającego dokumentów i wyjaśnień (w tym przede wszystkim złożonych przez ocenianego wykonawcę) pod kątem spełniania przez tego wykonawcę ustanowionych w danym postępowaniu warunków udziału w postępowaniu.

Każdorazowo zatem zamawiający winien pochylić się nad zgromadzonymi dokumentami i ustalić na czym polegała rola wykonawcy pełniącego funkcję generalnego wykonawcy w realizacji zamówienia, co pozwoli zamawiającemu ocenić czy wykonawcy można/należy przypisać realny (faktyczny, konkretny, czynny, bezpośredni) udział w realizacji zamówienia w sytuacji, gdy prace/roboty były „fizycznie” wykonywane przez podwykonawcę.

Pomocną wskazówką przy ocenie realnego udziału wykonawcy w realizacji zamówienia stanowi wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 15 października 2019 r. sygn. Akt XXIII Ga 157/19, tj. iż *„doświadczenie bowiem zdobywa się nie tylko poprzez wykonywanie własnych działań ale także poprzez możliwość aktywnej współpracy z innymi podmiotami, wymienianie się doświadczeniami niezbędnymi do wykonania całej inwestycji oraz obserwowanie jak działają inni oraz czerpanie wiedzy i nabywanie nowych umiejętności dzięki współpracy.”*

Wskazówka ta skłania do wniosku, że zdobycie doświadczenia jest możliwa także w przypadku, gdy wykonawca nie wykonał „fizycznie” prac/robót.

Poddając analizie złożone przez przystępującemu dokumenty oraz wyjaśnienia, a także dokumenty uzyskane staraniem zamawiającego stwierdzić należy, że wykonawcy Moris należy przypisać realny udział w pracach/robotach związanych z wykonaniem niecki basenowej w ramach roboty referencyjnej.

Charakter udziału wykonawcy Moris wynika przede wszystkim z postanowień umów:

- nr 272.22.2018 zawartej w dniu 31 sierpnia 2018 r. pomiędzy Gminą Nowa Sól a Moris Polska Sp. z o.o. (dalej jako „umowa wykonawcza”),
- umowy nr 11/Powykonawczej/Nowa Sól/2019 zawartej w dniu 19 lipca 2019 r. pomiędzy Moris Polska Sp. z o.o. a Berndorf Baderbau Sp. z o.o. (dalej jako „umowa podwykonawcza”).

I tak zgodnie z:

- § 1 ust. 1 umowy wykonawczej *„Zamawiający zleca a wykonawca przyjmuje do wykonania budowę krytej pływalni wraz z zagospodarowaniem terenu oraz infrastrukturą techniczną przy ulicy Zjednoczenia w Nowej Soli wraz z uzyskaniem – w imieniu zamawiającego – pozwolenia na użytkowanie krytej pływalni oraz przyjęcia zgłoszenia zakończenia robót budowlanych”,*
- § 2 umowy wykonawczej:

- *Wykonawca jest zobowiązany, do wykonania z należytą starannością wszelkich robót i czynności niezbędnych dla zrealizowania przedmiotu umowy w celu przekazania zamawiającemu obiektu budowlanego, który zostanie bezwarunkowo dopuszczony do użytkowania.*
- *Wykonawca jest zobowiązany niezwłocznie, jednak nie później niż w terminie 7 dni od dnia stwierdzenia wady lub przeszkód i trudności, powiadomić zamawiającego o stwierdzonych wadach w dokumentacji projektowej lub o zaistniałych przeszkodach i trudnościach mogących wpłynąć na jakość wykonywanych robót albo opóźnienie w realizacji przedmiotu umowy.*
- *Zamawiający ma prawo, jeżeli jest to niezbędne do zgodnej z umową realizacji robót, polecać dokonywanie zmian w zakresie wykonania przedmiotu Umowy, a wykonawca winien wykonać każde z poniższych poleceń:*
 - a) *pomiąć wskazane roboty,*
 - b) *wykonać roboty nieprzewidziane (,,).*
- *Zamawiający jest uprawniony do dokonywania zmian dokumentacji projektowej w zakresie niezbędnym do prawidłowego wykonania przedmiotu umowy w przypadku, gdy konieczność wprowadzenia zmian w dokumentacji projektowej jest następstwem nienależytego wykonywania przedmiotu umowy przez wykonawcę - koszty z tym związane obciążają wykonawcę.*
- *W toku realizacji przedmiotu umowy odbywać się będą rady budowy (spotkania koordynacyjne obu stron umowy). Wykonawca jest zobowiązany do zapewnienia i udostępnienia na terenie budowy pomieszczenia umożliwiającego odbycie rady budowy. Spotkania rady budowy będą odbywać się w terminach ustalonych przez zamawiającego (nie rzadziej niż raz w miesiącu) lub na wniosek wykonawcy lub nadzoru inwestorskiego. Wykonawca jest zobowiązany uczestniczyć w wyznaczonych przez zamawiającego radach budowy, przedstawiać na radach budowy sprawozdania dotyczące w szczególności: stanu realizacji przedmiotu umowy, zaawansowania robót w odniesieniu do obowiązującego harmonogramu, problemów w realizacji.*
- *W przypadku, gdy uzgodnienia z właścicielami sieci to nakazują, wykonawca zobowiązany jest do wykonywania prac pod nadzorem właścicieli sieci oraz poniesienia kosztów tego nadzoru.*
- *Wykonawca jest zobowiązany wykonać niezbędne badania, pomiary, próby, sprawdzenia, rozruch technologiczny obiektu pływalni oraz zapewnić odbiory realizowanych robót przez odpowiednie służby, instytucje i właścicieli sieci oraz uzyskać wszystkie niezbędne decyzje umożliwiające stwierdzenie poprawności*

wykonania przedmiotu umowy, uzyskać zaświadczenie o przyjęciu zawiadomienia o zakończeniu budowy/pozwolenie na użytkowanie. Wykonawca zobowiązany jest do przekazania zamawiającemu protokołów odbioru z zarządcami sieci uzbrojenia terenu, które wynikają z uzgodnień dokumentacji projektowej.

- *Wykonawca zobowiązany jest do dokonywania stosownych wystąpień, uzgodnień, zgłoszeń i powiadomień koniecznych dla zgodnej z prawem i terminowej realizacji przedmiotu umowy”*
- § 4 ust. 6 umowy wykonawczej: *„Wykonawca jest odpowiedzialny za działania, zaniechania, uchybienia i zaniedbania każdego podwykonawcy i dalszego podwykonawcy tak, jakby były one działaniem, zaniechaniem, uchybieniem lub zaniemaniem samego wykonawcy.”*
- § 1 ust. 1 umowy podwykonawczej: *„Zamawiający powierza Wykonawcy, a Wykonawca przyjmuje do realizacji dla potrzeb Inwestycji następujące roboty:*
 - I. Dostawa i montaż niecki sportowej wraz z wyposażeniem*
 - II. Dostawa i montaż niecki wielofunkcyjnej wraz z wyposażeniem*
 - III. Dostawa i montaż brodzika dla dzieci wraz z wyposażeniem*
 - IV Dostawa i montaż wanien z hydromasażem”*
- § 10 ust. 4 umowy podwykonawczej: *„Strony będą dokonywać odbiorów robót ulegających zakryciu lub zanikających na bieżąco, po zgłoszeniu wykonanych robót przez Wykonawcę (zgłoszenie powinno nastąpić na nie mniej niż 3 dni robocze przed terminem zakrycia tych robót). Żadna robota czy urządzenia nie mogą być zakryte lub w inny sposób uczynione niedostępnymi bez Kierownika Budowy Zamawiającego. Wykonawca powinien umożliwić Kierownikowi Budowy sprawdzenie roboty czy urządzenia, które zanika lub ulega zakryciu, a instalacje i podbudowy podlegające pomiarom przez geodetę lub geologa powinny być wykonane zgłoszeniem do Kierownika Budowy, a protokoły potwierdzające ich wykonanie powinny być dołączone do zgłoszenia. W przypadku, gdy roboty ulegające zakryciu lub zanikające nie zostaną zgłoszone do odbioru lub nie zostaną odebrane, Wykonawca zobowiązany jest do umożliwienia sprawdzenia wykonania tych robót w szczególności poprzez ich odkrycie lub wykonanie otworów umożliwiających to sprawdzenie. Jeżeli Kierownik Budowy potwierdzi, iż roboty zostały wykonane w sposób prawidłowy Wykonawca zobowiązany jest do przywrócenia do stanu przed ich odkryciem. Jeśli Kierownik Budowy stwierdzi, że roboty zostały wykonane w sposób nieprawidłowy, Wykonawca zobowiązany jest do usunięcia nieprawidłowo wykonanych robót oraz do ponownego ich wykonania w należyty sposób. Odkrycie, zakrycie, rozebranie i ponowne wykonanie robót, o których mowa powyżej, Wykonawca zobowiązany jest wykonać w ramach*

Wynagrodzenia. Postanowienie to ma odpowiednie zastosowanie, gdy z dokumentacji projektowej wynika obowiązek poinformowania o fakcie wykonania robót ulegających zakryciu lub zanikających osób trzecich.”

Uwzględniając powyższe postanowienia umowne, opisujące sposób realizacji roboty referencyjnej, zakres prac podwykonawcy oraz relacje zamawiający – wykonawca Moris oraz Moris – podwykonawca w toku realizacji tej roboty, stwierdzić należy, że Moris pełnił funkcję generalnego wykonawcy, pozostając odpowiedzialnym za działania Berndorf Baderbau, jako podwykonawcy, organizując i koordynując roboty, wykonując obowiązki – prace dotyczące całego obiektu, a zatem także niecki basenu, a nadto sprawując czynności kontrolne i nadzorcze wobec działań Berndorf Baderbau.

W ocenie składu orzekającego taki udział w realizacji roboty referencyjnej jest wystarczający do uznania, że Moris nabył doświadczenie w zakresie wykonania niecki.

Odwołując się uzupełniająco do brzmienia warunku w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej oraz zakresu prac powierzonych przez Moris podwykonawcy Berndorf Baderbau, dostrzec należy, że w warunku tym mowa o wykonaniu niecki basenowej ze stali nierdzewnej (jako elementu wykonania robót ogólnobudowlanych), w umowie zaś mowa „jedynie” o montażu niecki (poprzedzonym dostawą), co prowadzi do wniosku, że montaż „nie wyczerpuje” roboty ogólnobudowlanej – wykonania niecki, a w dalszej kolejności, że to nie po stronie podwykonawcy (zgodnie z zakresem rzeczowym umowy podwykonawczej) pozostawały inne roboty/prace „składające się” na wykonanie niecki w rozumieniu ustanowionego przez zamawiającego warunku, co warto jest podkreślić wobec tego, że zamawiający określił wyłącznie ogólną, łączną wartość robót (nie zakreślając wartości robót w odniesieniu do wykonania niecki).

Za niezrozumiałe i – wbrew ocenie odwołującego – za nie znajdujące potwierdzenia w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej skład orzekający Izby uznał stanowisko jakoby „doświadczony generalny wykonawca, sprawując i koordynując prace ogólnobudowlane (...) nabywa doświadczenie swoich podwykonawców realizujących te roboty w ramach ogólnego kontraktu tylko wówczas, gdy zakres robót jest zgodny z jego własną branżą” (str. 11 ostatni akapit odwołania).

Stanowisko to zdaje się niezasadnie przypisywać kluczowe znaczenie formalnemu wskazaniu przedmiotu działalności przedsiębiorcy w dokumentach rejestrowych firmy (to zaś może przecież, stosownie do wniosku zainteresowanego, ulec zmianie).

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia i rozważania, skład orzekający uznał, że zamawiający nie dopuścił się zaniechania odrzucenia oferty przystępującego z tego powodu, że nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia (sytuacji technicznej lub zawodowej) z konsekwencją dopuszczenia oferty przystępującego do oceny pod kątem przewidzianym kryteriów oceny ofert i jej wyboru jako najkorzystniejszej wobec czego brak jest podstaw do przypisania zamawiającemu naruszenia przepisu art. 239 ust. 1 ustawy Pzp w zw. Z art. 16 pkt 1 i art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b tejże ustawy toteż orzekł jak w sentencji, oddalając odwołanie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 ustawy Pzp, a także w oparciu o § 8 ust. 2 i § 5 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania

(Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: