

Warszawa, dnia 23 października 2020 r.

**Prezes Krajowej Izby Odwoławczej  
ul. Postępu 17a  
02-676 Warszawa**

**Zamawiający:**

Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej „Żyrardów” sp. z o.o.  
ul. Czysta 5, 96-300 Żyrardów  
e-mail: [pgk@pgk.zyrardow.pl](mailto:pgk@pgk.zyrardow.pl), faks: (46) 855-32-80

**Odwołujący:**

T4B Ekotechnologie sp. z o.o.  
al. Stanów Zjednoczonych 32 lok. U15  
04-036 Warszawa  
e-mail: [biuro@t4b-ekotechnologie.pl](mailto:biuro@t4b-ekotechnologie.pl)

## **O D W O Ł A N I E**

Na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843), zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”, działając w imieniu Odwołującego T4B Ekotechnologie sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej również jako „Odwołujący” lub „T4B”), niniejszym wnoszę odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy czynności (zaniechań) Zamawiającego podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego o szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy, którego przedmiotem jest *„Zaprojektowanie oraz wykonanie robót budowlanych: Modernizacji (przebudowy) oczyszczalni ścieków w Żyrardowie oraz Przebudowy przepompowni przy ul. Gdańskiej w Żyrardowie”* (numer referencyjny ZP/JRP/RB/2/2020), opublikowanego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2020/S 105-252803 w dniu 02 czerwca 2020 r., dalej również jako „Zamówienie” lub „Postępowanie”.

**Odwołujący podnosi niezgodność z ustawą czynności (zaniechań) Zamawiającego polegających na:**

- a) **wykluczeniu Odwołującego z Postępowania;**
- b) **zaniechaniu wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty oraz oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w Postępowaniu.**

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu, że powyższe czynności zostały dokonane (względnie zaniechano ich podjęcia) z naruszeniem:

- 1) **art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp** poprzez jego błędne zastosowanie i wykluczenie z Postępowania Odwołującego pomimo, iż nie zachodziły ku temu podstawy, a Odwołujący wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu i w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu (w zakresie zdolności zawodowej) Odwołujący udowodnił Zamawiającemu, że realizując zamówienie będzie dysponował niezbędnymi zasobami podmiotu trzeciego UAB „Arginta”, który zrealizuje roboty/usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane;
- 2) **art. 22a ust. 4 Pzp** poprzez jego błędną wykładnię i uznanie, że zdolności podmiotu udostępniającego zasoby UAB „Arginta” są wymagane do zrealizowania całego przedmiotu zamówienia;
- 3) **art. 22a ust. 3 Pzp** poprzez jego błędną wykładnię skutkującą oceną Zamawiającego, iż udostępniane wykonawcy przez UAB „Arginta” zdolności techniczne lub zawodowe nie pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełniania warunków udziału w Postępowaniu;
- 4) **art. 22a ust. 1 Pzp** poprzez jego błędną wykładnię i zaniechanie zastosowania, co doprowadziło do faktycznej niemożliwości korzystania przez wykonawcę ze zdolności technicznych innych podmiotów;
- 5) **art. 87 ust. 1 i art. 26 ust. 4 Pzp** poprzez ich błędną wykładnię i zaniechanie zastosowania polegające na wezwaniu Odwołującego do wyjaśnienia oferty oraz dokumentów w kontekście wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu;
- 6) **art. 7 ust. 1 Pzp** poprzez zaniechanie przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców.

#### **Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu:**

- I. unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z Postępowania,
- II. dokonania powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

Zawiadomienie o wykluczeniu z Postępowania Odwołujący otrzymał w dniu 14 października 2020 r., toteż termin zawity do wniesienia odwołania został dotrzymany. Kopia odwołania została przesłana Zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania i w taki sposób, że mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu. Wpis został uiszczony przelewem na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych.

## **UZASADNIENIE**

### **I. Stan faktyczny**

Przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie oraz wykonanie robót budowlanych: Modernizacji (przebudowy) oczyszczalni ścieków w Żyrardowie oraz Przebudowy przepompowni przy ul. Gdańskiej w Żyrardowie.

Zamawiający w punkcie 7.2.3.a) SIWZ postawił następujący warunek udziału w Postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej wykonawcy:

*„Wykonawca musi wykazać się wiedzą i doświadczeniem, w wykonaniu (zakończeniu) w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej jednego zadania polegającego na zaprojektowaniu i budowie/rozbudowie/przebudowie oczyszczalni ścieków o przepustowości co najmniej 7 000 m<sup>3</sup>/dobę lub wydajności  $\geq$  35 000 RLM oraz o minimalnej wartości zadania wynoszącej co najmniej 12 000 000,00 zł brutto.”*

Do upływu terminu składania ofert, w niniejszym Postępowaniu wpłynęły dwie oferty, w tym oferta Odwołującego. Odwołujący wraz z ofertą złożył zobowiązanie podmiotu udostępniający zasoby firmy FAMBUD – Jerzy Pietrzak sp. z o.o., z którego treści wynikało, że podmiot ten weźmie udział w realizacji zamówienia poprzez koordynację i nadzór nad wykonaniem projektu oraz wykonanie części robót budowlanych w charakterze podwykonawcy.

Zamawiający powziął wątpliwości co do tak przedstawionego zobowiązania i w dniu 10 sierpnia 2020 r. działając na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp oraz art. 87 ust. 1 Pzp zwrócił się do Odwołującego o wyjaśnienie jaką część zamówienia (roboty/prace) będzie wykonywał FAMBUD i kto wykona pozostałe roboty/prace. Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie przedstawił oświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby i wyjaśnił, że nadzór i koordynacja nad wykonaniem projektu, będzie polegała na uczestnictwie w realizacji prac zespołu projektantów wskazanych przez FAMBUD.

Zamawiający uznał, że zobowiązanie FAMBUD nie jest wystarczające i na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp w dniu 31 sierpnia 2020 r. wezwał Odwołującego do złożenia nowego zobowiązania.

W odpowiedzi na nie, Odwołujący przedstawił Zamawiającemu zobowiązanie UAB „Arginta” z siedzibą w Wilnie.

Zamawiający zakwestionował przedmiotowe zobowiązanie i w dniu 14 października wykluczył Odwołującego z Postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp. Zamawiający jako uzasadnienie swojej decyzji podał, że z treści zobowiązania wynika, że podmiot udostępniający zasoby weźmie udział w realizacji części zamówienia jako podwykonawca: *„sporządzenie projektów, część robót technologicznych (dostawa i montaż wyposażenia technologicznego, wykonanie instalacji technologicznych), AKPiA, część robót budowlanych (roboty konstrukcyjne, żelbetowe, blacharskie na obiektach m.in. 24a, ob. 4.1., ob.4.2., ob.4.3., ob.27, obiekt BF), modernizacja WKF, udział w przeprowadzeniu rozruchu oczyszczalni”.*

W ocenie Zamawiającego tak skonstruowane zobowiązanie UAB „Arginta” nie pozwala uznać, że Odwołujący wykazał spełnianie warunku udziału w Postępowaniu. Zamawiający wskazał, że z treści zobowiązania wynika, że podmiot udostępniający zasoby będzie jedynie częściowo brał udział w realizacji zamówienia. Zamawiający wywiódł z tego, że prace inne niż wykonywane przez UAB „Arginta” będą jego zdaniem realizowane przez podmioty (Wykonawcę lub innych podwykonawców), które nie mają wymaganego doświadczenia lub doświadczenie to nie zostało zweryfikowane na etapie postępowania przetargowego. Zdaniem Zamawiającego dopuszczenie do takiej sytuacji przeczyłoby istocie i celowi stawiania warunków udziału w postępowaniach. Zamawiający zaznaczył, że poprzez wykazanie wcześniej zrealizowanych zadań odpowiadających swoim zakresem warunkom postawionym przez zamawiających, wykonawcy mają udowodnić swoje rzeczywiste, a nie formalne doświadczenie. Zamawiający na poparcie swojej tezy przywołał wyrok Krajowej Izby

Odwoławczej z dnia 3 września 2018 r. o sygn. KIO 1643/18 oraz z dnia 11 maja 2018 r. o sygn. KIO 764/18. Zamawiający odwołał się do treści przepisu art. 22a ust. 4 Pzp, wywodząc z niego, iż skoro Odwołujący korzysta z zasobów UAB „Arginta” celem wykazania całego warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt. 7.2.3.a) SIWZ, to zdolności podmiotu udostępniającego zasoby są wymagane do zrealizowania wszystkich prac w ramach przedmiotu zamówienia. Z drugiej natomiast strony Zamawiający stwierdził, że **możliwe jest wspólne wykonywanie tych prac przez Wykonawcę i UAB „Arginta”**, gdyż w ten sposób wykonawca nabywałby kwalifikacje, a przedmiot zamówienia byłby realizowany przez podmiot mający doświadczenie w tego typu inwestycjach.

## II. Uzasadnienie zarzutów

Z powyższymi wywodami Zamawiającego nie sposób się zgodzić. W ocenie Odwołującego Zamawiający bezpodstawnie zastosował art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp i wykluczył Odwołującego z Postępowania, pomimo, iż Odwołujący wykazał spełnianie warunków udziału w Postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia i przedstawił prawidłowe zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów zgodnie z art. 22a ust. 4 Pzp, które zapewnia rzeczywisty i realny dostęp tych zasobów w ramach realizacji zamówienia.

W pierwszej kolejności podnieść trzeba, iż żaden przepis prawa zamówień publicznych nie stanowi o tym, że całość robót budowlanych, dla których udostępniane są zasoby podmiotu trzeciego, musi być realizowana przez ten podmiot. Dyspozycja art. 22a ust. 4 Pzp umożliwia poleganie na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. Nie oznacza to jednak, że wszystkie te roboty, czy też całość zamówienia ma być realizowana przez podmiot udostępniający zasoby. Nie ulega wątpliwości, że podmiot trzeci powinien uczestniczyć w realizacji zamówienia stosownie do swoich zdolności, niemniej z przepisu nie wynika, że podmiot ten ma samodzielnie zrealizować 100% zakresu.

Orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej wprost wskazuje na możliwość realizowania zamówienia wspólnie przez wykonawcę z podmiotem udostępniającym zasoby: *„Reasumując, dla udostępnienia zasobu doświadczenia przez podmiot trzeci, zgodnie z art. 22a ust. 4 ustawy Pzp i orzecznictwem w tym zakresie, koniecznym jest wykazanie rzeczywistego dysponowania zasobami podmiotu trzeciego i realizacja robót przez ów podmiot - samodzielna **lub wspólnie z wykonawcą.** Jak wskazuje TSUE w wyroku C-324/14 "w praktyce, jak słusznie zauważyła Komisja Europejska, wydaje się trudne, a wręcz niemożliwe, aby wykonawca mógł przewidzieć a priori wszystkie możliwe przypadki wykorzystania zdolności innych podmiotów". Należy zatem uznać, że dopuszczalne jest udzielenie zasobu doświadczenia w sytuacji realizacji robót przez podmiot, niezależnie od tego, w jakim charakterze podmiot ów będzie roboty realizował, o ile nie uczyni to udostępnienia zasobów pozornym. W niniejszej sprawie zachodzi nietypowy przypadek wykorzystania zdolności innego podmiotu, który jest dopuszczalny właśnie wobec braku ustawowego ograniczenia charakteru udziału podmiotów udostępniających zasoby do podwykonawstwa. Z.U.H. J. L. zobowiązał się do udzielenia zasobu doświadczenia w formie konsultacji i nadzoru wykonywanego przez J. L., którym wykonawca będzie dysponował na podstawie umowy o pracę w charakterze brygadzysty. O ile powszechnie w orzecznictwie wskazuje się, że "konsultacje i doradztwo" nie mogą stanowić skutecznego udzielenia zasobu doświadczenia w odniesieniu do robót budowlanych, o tyle należy zważyć, że w niniejszej sprawie nadzór i konsultacje mają być prowadzone przez osobę, która zostanie zatrudniona jako brygadzysta - i zgodnie z wyjaśnieniami Odwołującego z pisma 17.06.2018 r., będzie ona w tym charakterze brała udział w realizacji wszystkich czynności na etapie realizacji zamówienia. Jak*

powołał Odwołujący, czemu nie zaprzeczył Zamawiający, do zadań osób pełniących funkcję brygadzysty należy m.in. organizacja i koordynacja podległych pracowników oraz koordynowanie i ustalanie robót z kierownictwem. (...) Należy zwrócić uwagę, że odmienne rozumienie zwrotu "zrealizują roboty", którym posługuje się art. 22a ust. 4 ustawy Pzp, wymagałoby przyjęcia, że podmiot trzeci - w tym wypadku jednoosobowa działalność gospodarcza - a zatem osobiście Jerzy Lewandowski, ma samodzielnie, fizycznie wykonać całość robót budowlanych. Ustawa Pzp natomiast w najmniejszym stopniu nie ogranicza możliwości powołania się na zasoby doświadczenia należące do podmiotów będących przedsiębiorstwami w formie jednoosobowych działalności gospodarczych." (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 lipca 2018 r. o sygn. KIO 1336/18).

Warto zwrócić również w tym kontekście uwagę na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 czerwca 2020 r. o sygn. akt KIO 835/20, 843/20:

„Zamawiający w informacji o wykluczeniu Odwołującej enigmatycznie wskazał, że "Podmiot, na którego doświadczenie Wykonawca się powołuje winien wykonywać osobiście zakres, którego dotyczy jego doświadczenie, a w pozostałym zakresie Wykonawca winien posłużyć się własnym zasobem, jeśli posiada doświadczenie, a w tym przypadku Wykonawca sam nie posiada żadnego doświadczenia", abstrahując od faktu, że Zamawiający nie doprecyzował, co w jego ocenie stanowiłoby osobiste wykonywanie zakresu zamówienia i czy podstawą wykluczenia jest nierealność udostępnienia zasobów, czy też niespełnienie przez Odwołującą warunków udziału w postępowaniu dla wiedzy i doświadczenia, to w ocenie Izby Odwołująca uczyniła zadość wymaganiu określonymu w Informacji. Jak już zaznaczono, zobowiązanie i złożone do niego wyjaśnienia określiły zakres obowiązków, które osobiście wykonywał będzie podmiot trzeci, są to obowiązki związane z realizacją przedmiotu zamówienia, odnoszą się do nadzorowania pracy pracowników (w tym pracowników własnych), merytorycznego planowania sposobu wykonywania określonych zadań składających się na opis przedmiotu zamówienia, odnoszą się również do pracy w terenie i określają procentowo miesięczny poziom zaangażowania podmiotu trzeciego w realizację przedmiotu zamówienia. Nieuprawnione są zatem w ocenie Izby dywagacje, że jakieś czynności nie będą wykonywane osobiście, zwłaszcza, że takich zastrzeżeń (katalogu czynności) SIWZ nie zawierał. Zamawiający nie wskazywał natomiast na pozorną (brak realności) udostępnionego zasobu, czy też na brak określenia konkretnej więzi łączącej Odwołującą i podmiot trzeci. Izba podziela stanowisko wynikające z doktryny i orzecznictwa, że "do uznania spełnienia przesłanki, o której mowa w art. 22a ust. 4 ustawy Pzp nie wystarczy udział podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia poprzez doradztwo, konsultacje czy kontrolę, bowiem takie rozwiązanie powoduje, że to inny podmiot wykonuje zamówienie a nie podmiot trzeci w zakresie, w jakim udostępnił swoje zasoby" (tak wyrok KIO z 17 grudnia 2018 roku, sygn. akt KIO 2480/18), tym niemniej ze zobowiązania Odwołującej, złożonych wyjaśnień oraz przedstawionej umowy o współpracę wynika, że udział podmiotu trzeciego, udostępniającego zasoby, będzie daleko dalej idący niż konsultacje czy doradztwo. W ocenie składu orzekającego Izby pełnienie określonych i opisanych w zobowiązaniu funkcji przez podmiot trzeci wpisuje się w przesłankę osobistego wykonywania części zamówienia, zatem udział ten będzie miał charakter realny.”

Jak sam zresztą zauważa Zamawiający w uzasadnieniu wykluczenia, przez udział wykonawcy w robotach realizowanych wspólnie z podmiotem udostępniającym zasoby, wykonawca nabywa stosowne kwalifikacje, a przedmiot zamówienia jest realizowany przez podmiot mający doświadczenie w tego typu inwestycjach. Przeciwna interpretacja ww. przepisu art. 22a ust. 4 Pzp prowadziłaby do irracjonalnych konkluzji i uniemożliwiłaby

osobisty udział wykonawcy w realizacji zamówienia, za które odpowiada całym swoim majątkiem. Gdyby przyjąć wykładnię Zamawiającego sprowadzającą się do konieczności realizowania robót w całości (i de facto wyłącznie) przez podmiot udostępniający zasoby, to efekt byłby taki, iż pewne inwestycje mogłyby być wykonywane tylko przez podmioty trzecie. W konsekwencji prowadziłoby to do wątpliwości, czy wykonawca w takiej sytuacji mógłby legitymować się w kolejnych postępowaniach referencjami w zakresie wykonanej przez podmiot trzeci roboty budowlanej, skoro w istocie nic nie robił w ramach danego zadania. Celem natomiast przepisu art. 22a ust. 4 Pzp jest zapewnienie, ażeby udział podmiotu udostępniającego zasoby nie pozostawał pozorny, a tym samym, aby był realny/rzeczywisty.

Taką wykładnię przepisu art. 22a ust. 4 Pzp należy powiązać także z treścią art. 36a ust. 1 Pzp, zgodnie z którym wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy. We wzorze formularza ofertowego, Zamawiający sam wskazał miejsce do wytypowania „części zamówienia” powierzanej podwykonawcom. Stąd też w zobowiązaniu podmiotu trzeciego znalazła się fraza „udział w realizacji części zamówienia jako podwykonawca”. Przepisy ustawy Pzp uniemożliwiają (a przynajmniej budzi to poważne wątpliwości) zrealizowanie całości zamówienia przez podwykonawców, a oferta zakładająca powierzenie im wszystkich prac mogłoby być uznana za niezgodna z ustawą (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 lutego 2020 r. o sygn. KIO 299/20: *„Nie ma możliwości powierzenia całości zamówienia do realizacji podwykonawcom. Problematyczne jest wprawdzie określenie tego, co należy rozumieć przez część zamówienia i określenie tego w sposób procentowy. Nie sposób ustalić bowiem jednej granicy, kiedy należy uznać, że zamówienie zostało w całości powierzone do wykonania podwykonawcy i ustalenie jakiegoś określonego, minimalnego zakresu do wykonania dla wykonawcy. Powyższe należy rozważać każdorazowo, mając na uwadze zakres prac powierzonych do wykonania podwykonawcy mając na uwadze, że zlecenie wykonania zamówienia podwykonawcom nie może być postrzegane jako obejście przepisów p.z.p., w zakresie weryfikacji wykonawcy zdolnego do należytego wykonania zamówienia w ramach ustawowej procedury”*).

Reasumując, nie da się pogodzić tezy o konieczności całościowej realizacji zamówienia przez podmiot trzeci (w razie udostępnienia potencjału) z treścią art. 36a ust. 1 Pzp. Zatem taka wykładnia art. 22a ust. 4 Pzp powinna być odrzucona. W tym kontekście warto również zauważyć, iż w przedmiotowej sprawie Zamawiający nie zastrzegł obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia w myśl art. 36a ust. 2 pkt 1 Pzp.

Nie wiadomo także skąd Zamawiający wywodzi, iż przedmiotowy warunek odnosi się do całości zamówienia. Zamawiający nigdzie w SIWZ nie wskazał, iż całość robót budowlanych musi być wykonywana przez jeden podmiot, a już na pewno na próżno poszukiwać takiej interpretacji w treści postawionego przez Zamawiającego warunku udziału w Postępowaniu. **W SIWZ Zamawiający nie wprowadził dodatkowego opisu wymagań w odniesieniu do udowodnienia dysponowania przez wykonawcę zasobami innego podmiotu z zakresu wiedzy i doświadczenia.**

Z powyższych rozważań wynika zatem, iż dla oceny spełniania warunku przez wykonawcę:

- 1) podmiot, na zdolności którego polega wykonawca, musi zadeklarować wykonanie części zamówienia w sposób wyraźny, zapewniający zamawiającemu gwarancję rzeczywistego udziału tego podmiotu w wykonaniu zamówienia,

- 2) udział podmiotu udostępniającego musi być zapewniony przez cały okres realizacji zamówienia,
- 3) udział wykonawcy jest dopuszczalny – nawet jeżeli nie wykazał się żadnym własnym doświadczeniem (choć taka sytuacja w przedmiotowej sprawie nie zachodzi, o czym dalej) w zakresie związanym z robotami budowlanymi, które zostały wskazane w treści warunku udziału,
- 4) wykonywanie zamówienia przez wykonawcę wraz z podmiotami posiadającymi wymagane zdolności umożliwia wykonawcy zdobycie doświadczenia.

Wszystkie ww. wymogi są bez wątpienia spełnione w niniejszej sprawie, a zobowiązanie UAB „Arginta” w zakresie realizacji takich prac jak: *„sporządzenie projektów, część robót technologicznych (dostawa i montaż wyposażenia technologicznego, wykonanie instalacji technologicznych), AKPiA, część robót budowlanych (roboty konstrukcyjne, żelbetowe, blacharskie na obiektach m.in. 24a, ob. 4.1., ob.4.2., ob.4.3., ob.27, obiekt BF), modernizacja WKF, udział w przeprowadzeniu rozruchu oczyszczalni”, w pełni gwarantuje realny i rzeczywisty udział tego podmiotu w wykonaniu zamówienia, a tym samym UAB Arginta zrealizuje roboty budowlane lub usługi, do realizacji których wymagane są odpowiednie zdolności. Zwłaszcza, że nastąpi to w części nie mniejszej niż 12 000 000,00 zł brutto, w zakresie to której wartości należało wylegitymować się doświadczeniem.*

Jednocześnie nie sposób przyznać racji Zamawiającemu, iż przedmiotowe roboty budowlane będą wykonywane przez podmioty (Wykonawcę), które nie posiadają wymaganego doświadczenia. Po pierwsze roboty będą **realizowane wspólnie** przez podmiot udostępniający potencjał jak i przez Odwołującego. Odwołujący posiada bowiem stosowne doświadczenie, które umożliwia mu realizację zamówienia razem z UAB „Arginta”. Odwołujący nie jest nowicjuszem w tym zakresie i posiada bogate doświadczenie w tego typu robotach. Odwołujący aktualnie realizuje inwestycję odpowiadającą ww. warunkowi udziału w postępowaniu, która jest praktycznie na ukończeniu (zaawansowanie prac wynosi 81 % i tylko lecz ze względu na pandemię COVID-19 nie została już zakończona) Doświadczenie Odwołującego obejmuje także wiele innych kontraktów wykonanych i aktualnie wykonywanych, potwierdzonych referencjami. Odwołujący posiada również własną wykwalifikowaną kadrę, która jest zdolna do uczestnictwa w wykonaniu przedmiotowego zamówienia. W rezultacie najpewniej w pierwszym kwartale 2021 r., na gruncie art. 36b ust. 2 Pzp uzyska możliwość prowadzenia całkowicie samodzielnych działań w granicach kontraktu, co również uzasadniało „częściowe” zaangażowanie podmiotu trzeciego.

W związku z powyższym, w ramach realizacji inwestycji będzie brał udział zarówno podmiot, który w pełni posiada wymagane doświadczenie (UAB „Arginta”) jak i Odwołujący, który dysponuje adekwatnym potencjałem technicznym i zawodowym. W tym kontekście warto przywołać wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 lutego 2016 r. o sygn. 113/16, wydany wprawdzie na bazie starego stanu prawnego odnoszącego się do art. 26 ust. 2b ustawy, jednakże jest to orzeczenie odpowiednie do niniejszego stanu faktycznego i traktuje o sytuacji posiadania częściowego doświadczenia przez wykonawcę:

*„Postawiony przez odwołującego zarzut w rzeczywistości sprowadza się do przyjęcia przez odwołującego, że oferta PDM we Włodawie jest wewnętrznie sprzeczna tj., że ze zobowiązania podmiotu PRD w Białej Podlaskiej wynika szerszy zakres udostępnienia zasobów - wykonanie robót remontowych dróg, niż w rzeczywistości PDM we Włodawie ma zamiar z tego zasobu*

korzystać - wykonanie robót brukarskich. W ocenie Izby odwołujący dokonał nadinterpretacji przepisu art. 26 ust. 2b ustawy zdanie drugie oczekując, że realność udostępnienia potencjału innego podmiotu występuje tylko wtedy, gdy podmiot ten realizuje przedmiot zamówienia w takim samym zakresie, w jakim udostępnił wiedzę i doświadczenie, podczas gdy treść art. 26 ust. 2b ustawy wskazuje, że wykonawca ma dysponować zasobami używanymi, ale tylko niezbędnymi do wykonania zamówienia. To też w ocenie Izby realność udostępnienia taka jakiej oczekuje odwołujący, czyli wykonywanie przez PRD w Białej Podlaskiej robót budowlanych, których przedmiotem było bieżące utrzymanie ulic (tj. wykonanie robót remontowych przywracających pierwotny stan drogi), o łącznej wartości wykonanych robót nie mniejszej niż 2 000 000 zł brutto **w ramach przedmiotowego zamówienia byłoby niezbędne w sytuacji, gdy wykonawca, posiadający się tym zasobem, byłby podmiotem nie posiadającym żadnej wiedzy i doświadczenia w oczekiwanym przez zamawiającego zakresie i dla takiego wykonawcy za niezbędny zakres udostępnienia należałoby rzeczywiście uważać za tożsamy z używanym doświadczeniem.**” (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 lutego 2016 r. o sygn. 113/16). Tak też należy wyklądać przepis art. 22a ust. 4 Pzp, gdzie realności udostępnienia potencjału nie należy utożsamiać z obowiązkiem wykonania przedmiotu zamówienia w pełnym zakresie.

Rekapitulując, podmiot na zdolności którego powołuje się wykonawca nie musi wykonać sam zakresu zamówienia, do którego wykonania wymagane są te zdolności. Oczywiście udział tego podmiotu nie może pozostać iluzoryczny, symboliczny w stosunku do całości robót. Z takim zagrożeniem nie mamy do czynienia w niniejszej sprawie, co obrazuje szeroki zakres czynności jakie będzie wykonywał UAB „Arginta”. Nie sposób jest ustalić jednego wzorcowego poziomu – np. procentowego – udziału podmiotu w wykonywaniu zamówienia, który zagwarantuje, że warunek zostanie uznany za spełniony. Zawsze decydować będą okoliczność konkretnej sprawy. Jednakże w oparciu o całokształt oferty, w tym treści zobowiązania UAB „Arginta” oraz dokumentów Zamawiający winien dokonać oceny, że zakres zamówienia powierzony temu podmiotowi jest bez wątplenia realny i gwarantuje prawidłową realizację przedsięwzięcia, a tym samym, że UAB Arginta zrealizuje roboty do realizacji których konieczne są stosowne zdolności.

Kończąc godzi się wspomnieć, że przywołane przez Zamawiającego orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej nie jest miarodajne dla niniejszej sprawy. W szczególności wyrok KIO 1643/18 dotyczył sytuacji, gdzie warunek udziału wyszczególniał rodzaje robót: w specjalności konstrukcyjno - budowlanej, elektrycznej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń: elektrycznych i elektroenergetycznych, instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń: wodociągowych i kanalizacyjnych, cieplnych i wentylacyjnych. Wykonawca w tamtej sprawie przedstawił natomiast zobowiązanie podmiotu trzeciego, które obejmowało tylko niewielką część tak skonstruowanego warunku tj. roboty termomodernizacyjne. Z taką sytuacją nie mamy do czynienia w niniejszej sprawie, gdyż zgodnie z zobowiązaniem UAB „Arginta” podmiot ten będzie realizował m.in. prace projektowe (sporządzenie projektów) jak i roboty technologiczne oraz ogólnobudowlane, **w tym będzie brał udział w przeprowadzeniu rozruchu oczyszczalni, co jest chyba najistotniejszym elementem przedmiotowego zamówienia, prowadzącym do jego wykonania w całości.**

Drugie z przywołanych przez Zamawiającego orzeczeń (sygn. KIO 764/18) zostało zacytowane w sposób wybiórczy. Z jego lektury wynika bowiem, że Izba stwierdziła pozornie zobowiązanie podmiotu trzeciego, gdyż wykonawca oświadczył w wyjaśnieniach, że sam będzie wykonywał zamówienie: „Odwołujący natomiast w swoich wyjaśnieniach wskazał Zamawiającemu, że co do



*zasady zamówienie będzie wykonywał sam. Nie może tych robót wykonać sam wykonawca, który nie spełniał danego warunku, niezależnie od tego, jak wysoko ocenia swoje umiejętności - wynika to wprost z art. 22a ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. Stanowiłoby to bowiem obejście przepisów, nie tylko art. 22a ustawy Prawo zamówień publicznych, ale również samej zasady, że zamówienie ma wykonać podmiot posiadający określone kwalifikacje zawodowe (art. 22 ustawy Prawo zamówień publicznych), które z kolei wskazywane i oceniane są według warunków określonych przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W konsekwencji naruszałoby to podstawowe zasady zamówień publicznych - uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości, gdyż wykonawcom na wstępie postawiono inne warunki ubiegania się o zamówienie i realizacji zamówienia, a inne są egzekwowane.”*

Z taką sytuacją nie mamy do czynienia w niniejszej sprawie, gdyż Odwołujący będzie wspólnie z podwykonawcą (a nie samodzielnie) realizować przedmiot zamówienia, co wynika ze złożonego zobowiązania podmiotu trzeciego, jak i deklaracji wykonawcy.

Zamawiający niezasadnie zatem wykluczył z Postępowania Odwołującego pomimo, iż nie zachodziły ku temu podstawy, a Odwołujący wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu, i wykazał brak podstaw wykluczenia. Odwołujący udowodnił Zamawiającemu, że realizując zamówienie będzie dysponował niezbędnymi zasobami podmiotów trzecich, którzy zrealizują roboty/usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. Tym samym Zamawiający naruszył przepis art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp. Zamawiający bezpodstawnie także uznał, że zdolności podmiotu udostępniającego zasoby tj. UAB „Arginta” są wymagane do zrealizowania całego przedmiotu zamówienia i dokonał błędnej wykładni przepisu art. 22a ust. 1-4 Pzp. Doprowadziło to do wadliwej oceny, iż udostępniane wykonawcy przez UAB Arginta zdolności techniczne lub zawodowe nie pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełniania warunków udziału, co prowadzi do naruszenia art. 22a ust. 3 Pzp. Jednocześnie Zamawiający naruszył przepis art. 7 ust. 1 Pzp, gdyż tak dokonana ocena udostępnianych wykonawcy zdolności przeczy zasadzie zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Nieuzasadnione było również zaniechanie wyjaśnienia kwestii związanych ze wspólną realizacją zamówienia i ewentualnych wątpliwości na gruncie zobowiązania do częściowego udziału w inwestycji firmy UAB „Arginta”. Zwłaszcza, że wcześniej, podczas oceny „pierwszego zobowiązania”, Zamawiający nie unikał takich wezwań. Powyższe świadczy o naruszeniu art. 87 ust. 1 i art. 26 ust. 4 Pzp. Gdyby Zamawiający skorzystał z ww. narzędzi prawnych mógłby ustalić także ten fakt, że zakładany udział finansowy UAB „Arginta” to min. 12 000 000 zł brutto, a więc tyle, ile wynosi referencyjne doświadczenie.

W tym stanie odwołanie jest konieczne i uzasadnione, dlatego wnoszę jak w *petitum*.

Załączniki:

- 1) wydruk z KRS Odwołującego;
- 2) dowód uiszczenia wpisu w wymaganej wysokości;
- 3) dowód przesłania kopii odwołania Zamawiającemu.