

**WYROK**

**z dnia 12 listopada 2020 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Katarzyna Brzeska**

**Protokolant: Aldona Karpińska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 listopada 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 października 2020 r. przez **wykonawcę T4B Ekotechnologie Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego: Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej „Żyrardów” Sp. z o.o. z siedzibą w Żyrardowie**

**orzeka:**

- 1. Oddala odwołanie;**
- 2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę T4B Ekotechnologie Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i:**
  - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr.** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **wykonawcę T4B Ekotechnologie Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania;
  - 2) zasądza od **wykonawcy T4B Ekotechnologie Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** na rzecz **Zamawiającego: Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej „Żyrardów” Sp. z o.o. z siedzibą w Żyrardowie** kwotę **3 600 zł. 00 gr.** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. nr 2019 r., poz. 1843 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Płocku**.

**Przewodniczący:**

.....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej „Żyrardów” Sp. z o.o. z siedzibą w Żyrardowie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (zwanej dalej również „*ustawą Pzp*”), postępowanie o udzielenie zamówienia pn: „*Zaprojektowanie oraz wykonanie robót budowlanych: modernizacji (przebudowy) oczyszczalni ścieków w Żyrardowie oraz przebudowy przepompowni przy ul. Gdańskiej w Żyrardowie*”.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Wykonawca T4B Ekotechnologie Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwany dalej: „*Odwołującym*”) w dniu 26 października 2020 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie na czynność wykluczenia Odwołującego z postępowania, zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy:

- 1) art. 22a ust. 4 ustawy Pzp poprzez jego błędną wykładnię i uznanie, że zdolności podmiotu udostępniającego zasoby UAB „Arginta” są wymagane do zrealizowania całego przedmiotu zamówienia;
- 2) art. 22a ust. 3 ustawy 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;
- 3) art. 22a ust. 1 ustawy Pzp poprzez jego błędną wykładnię i zaniechanie zastosowania, co doprowadziło do faktycznej niemożliwości korzystania przez wykonawcę ze zdolności technicznych innych podmiotów;
- 4) art. 87 ust. 1 i art. 26 ust. 4 ustawy 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;
- 5) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z Postępowania, dokonania powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, ofertę wykonawcy T4B Ekotechnologie Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie jak również oświadczenia i stanowiska stron złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:**

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu.

Ponadto Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał Zamawiającemu kopię niniejszego odwołania.

Następnie Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania po stronie Zamawiającego nie zgłosił przystąpienia żaden z wykonawców.

**Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Zamawiający – Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej „Żyrardów” Sp. z o.o. z siedzibą w Żyrardowie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na: *„Zaprojektowanie oraz wykonanie robót budowlanych: modernizacji (przebudowy) oczyszczalni ścieków w Żyrardowie oraz przebudowy przepompowni przy ul. Gdańskiej w Żyrardowie”*.

Zamawiający w pkt. 7.2.3.a) SIWZ postawił warunek 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 235 000 RLM oraz o minimalnej wartości zadania wynoszącej co najmniej 12 000 00000 zł brutto.

Wykonawca wraz z ofertą złożył zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby — FAMBUD – J. P. Sp. z o.o. Z treści zobowiązania 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, działając w trybie art. 26 ust. 3 oraz 87 ust. 1 ustawy Pzp, pismem z dnia 10 sierpnia 2020r. zwrócił się do Wykonawcy o wyjaśnienie: (1) Jaką część zamówienia (roboty / prace) będzie wykonywał FAMBUD — J. P. Sp. z o.o.? , (2) Kto wykona pozostałe roboty / prace (inne niż wykonywane przez podmiot udostępniający zasoby)?, (3) Kto wykona projekt, skoro FAMBUD — J. P. Sp. z o.o. deklaruje jedynie koordynację i nadzór nad jego wykonaniem?

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, wykonawca przedstawił oświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby, który wyjaśnił, że nadzór i koordynacja nad wykonaniem projektu, będzie polegała na uczestnictwie w realizacji prac zespołu projektantów wskazanych przez FAMBUD – J. P. Sp. z o.o. Dodatkowo Wykonawca samodzielnie oświadczył, że podmiot udostępniający zasoby będzie realizował między innymi roboty konstrukcyjne, żelbetowe, roboty blacharskie, na obiektach: 24a, ob. 4.1., ob. 4.2., ob. 4.3., ob. 27, obiekt BF.

Zamawiający uznał, że zobowiązanie FAMBUD – J. P. Sp. z o.o. nie jest wystarczające do wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Wobec powyższego, działając w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, pismem z dnia 31 sierpnia 2020r wezwał Wykonawcę do przedstawienia nowego zobowiązania FAMBUD – J. P. Sp. z o.o., które będzie gwarantowało, że podmiot udostępniający zasoby wykona roboty budowlane do realizacji których udostępniane zdolności (zasoby) są wymagane. Zamawiający zaznaczył jednocześnie, że jeżeli nie będzie możliwe przedstawienie nowego zobowiązania FAMBUD – J. P. Sp. z o.o., to stosownie do art. 22a ust. 6 ustawy Pzp, Wykonawca może: (1) zastąpić FAMBUD – J. P. Sp. z o.o., innym podmiotem lub podmiotami lub (2) zobowiązać się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia, jeżeli wykaże zdolności techniczne lub zawodowe na poziomie wymaganym przez Zamawiającego w pkt 7.2.3.a) SIWZ

W odpowiedzi na wezwanie Wykonawca przedstawił zobowiązanie UAB „Arginta” z siedzibą w Wilnie (Litwa). Z treści zobowiązania wynika, że podmiot udostępniający zasoby weźmie udział w realizacji części zamówienia jako podwykonawca. Zakres udziału UAB „Arginta” przy wykonywaniu zamówienia został określony następująco: 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. 240, Ob, 41., ob.,4.2.,ob. 4.3, ob. 27, obiekt BF), modernizacja WKF, udział w przeprowadzeniu rozruchu oczyszczalni.

W ocenie Zamawiającego zobowiązanie UAB „Arginta” nie pozwalało uznać, że Wykonawca wykazał spełnianie warunku udziału w postępowaniu, gdyż z treści

zobowiązania wynikało, że podmiot udostępniający zasoby będzie jedynie częściowo brał udział w realizacji zamówienia. W konsekwencji Zamawiający w dniu 14 października 2020 r. wykluczył wykonawcę T4B Ekotechnologie Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.

Według Odwołującego Zamawiający niezasadnie dokonał wykluczenia Odwołującego z postępowania. W ocenie Odwołującego nie da się pogodzić tezy o konieczności całościowej realizacji zamówienia przez podmiot trzeci (w razie udostępnienia potencjału) z treścią art. 36a ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 22a ust. 4 ustawy Pzp. Ponadto Zamawiający nie zastrzegł obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia w myśl art. 36a ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. W ocenie Odwołującego warunek udziału nie odnosi się do całości zamówienia. Zamawiający w SIWZ nie wskazał, iż całość robót budowlanych musi być wykonywana przez jeden podmiot. W SIWZ Zamawiający nie wprowadził dodatkowego opisu wymagań w odniesieniu do udowodnienia dysponowania przez wykonawcę zasobami innego podmiotu z zakresu wiedzy i doświadczenia.

W ocenie Izby decyzja Zamawiającego o wykluczeniu Odwołującego z postępowania była zasadna.

W pierwszej kolejności zwrócić należało uwagę na treść przepisu art. 22a ust. 4 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 22a ust. 4 ustawy Pzp w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeżeli podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

Ponadto zgodnie z art. 63 Dyrektywy klasycznej w odniesieniu do kryteriów dotyczących wykształcenia i kwalifikacji zawodowych określonych w Załączniku XII Część II lit. f lub dotyczących stosownego doświadczenia zawodowego, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów tylko wtedy, gdy ostatecznie zrealizują roboty budowlane lub usługi, odnośnie do których takie zdolności są niezbędne.

I tak popierając stanowisko wyrażone w wyroku KIO z dnia 4 września 2017 r., sygn. akt KIO 1755/17 należało zauważyć, że: „Ustawodawca wprowadzonym - nowelizacją ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020) - przepisem art. 22a ust. 4 ustawy Pzp przesądził, budzące dotychczas w praktyce oraz orzecznictwie wątpliwości wynikające z interpretacji art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, a odnoszące się do realności zobowiązań podmiotów

*trzecich. W świetle przywołanego przepisu podmiot trzeci zobowiązany jest – w szczegółowo określonych sytuacjach – do zrealizowania robót budowlanych lub usług, do realizacji których te zdolności są wymagane. Wykonawca polegający na wiedzy i doświadczeniu innego podmiotu w sytuacjach określonych niniejszym przepisem zobowiązany jest do zaangażowania podmiotu trzeciego - w sposób bezpośredni - w realizację tego przedmiotu zamówienia. Tylko i wyłącznie wtedy wiedza i doświadczenie, które posiada podmiot trzeci, znajdzie jakiegokolwiek przełożenie na realizację zamówienia – co zostało dostrzeżone przez Ustawodawcę - zwłaszcza w przypadku zamówień na roboty budowlane, w których podmiot trzeci musi czynnie uczestniczyć przy realizacji zamówienia. Zatem przywołany przepis dopuszcza możliwość polegania na potencjale podmiotów trzecich – z zastrzeżeniem jednak, że w robotach budowlanych i usługach – poleganie na potencjale podmiotów trzecich musi być realne, a wykonawca nie może celem wykazania spełnienia warunków udziału – wyłącznie formalnie na potrzeby konkretnego postępowania – powoływać się na potencjał podmiotów trzecich, bez rzeczywistego zaangażowanie tego podmiotu w realizację zamówienia”.*

Zatem w świetle przywołanego przepisu istotne jest nie tylko to, że wykonawca wie jak przedmiot zamówienia zrealizować (posiada stosowną wiedzę), ale dla robót budowlanych oraz usług, istotne znaczenie ma doświadczenie i posiadane umiejętności. Zmiana przepisu art. 22a ust. 4 ustawy Pzp wynikała z tego, że w przypadku robót budowlanych i usług zdobyte doświadczenie niejednokrotnie miało charakter niezbywalny i nie mogło być skutecznie przekazane na rzecz innego podmiotu, dlatego też wykonawca - korzystając z zasobów innego podmiotu – co do robót budowlanych oraz usług - celem wykazania spełnienia warunku udziału - zobowiązuje się do tego, że podmiot udostępniający zasoby jako podwykonawca zrealizuje prace w ramach opisanego przedmiotu zamówienia. Istotą przepisu art. 22a ust. 4 ustawy Pzp jest dopuszczenie posłkowania się potencjałem podmiotu trzeciego – w ramach wykazywanego warunku udziału – niemniej jednak Ustawodawca zauważył, że w przypadku usług oraz robót budowlanych wykonawca polegający na wiedzy i doświadczeniu innego podmiotu w sytuacjach określonych niniejszym przepisem zobowiązany jest do zaangażowania podmiotu trzeciego - w sposób bezpośredni - w realizację tego przedmiotu zamówienia, tak by Zamawiający miał pewność, że przedmiot zamówienia zostanie zrealizowany przez podmiot posiadający stosowne doświadczenie, a spełnienie warunku nie będzie wyłącznie fikcją.

Zgadając się ze stanowiskiem Zamawiającego przedstawionym na rozprawie w pierwszej kolejności – w świetle przepisu art. 22a ust. 4 ustawy Pzp - należało ustalić do

czego powołany w pkt 7.2.3.a) SIWZ warunek udziału był Zamawiającemu niezbędny i jaką pełnił rolę. W ocenie Izby odpowiadając na tak zadane pytanie należało wskazać, że warunek dotyczący zaprojektowania, budowy, przebudowy powołany był celem wykazania, że wykonawca zrealizuje rzetelnie projekt i budowę oczyszczalni ścieków. Skoro zatem Odwołujący w ramach wykazania warunku dotyczącego zaprojektowania i budowy posiłkował się potencjałem podmiotu trzeciego, to jego podwykonawca – w myśl art. 22a ust. 4 ustawy Pzp - powinien zaprojektować i wybudować przedmiot zamówienia. W konsekwencji – wbrew twierdzeniom Odwołującego – podmiot trzeci - powołany celem spełnienia całego (kompletnego i niepodzielnego) warunku udziału w zakres którego wchodziło zarówno zaprojektowanie jak i wykonanie oczyszczalni ścieków - powinien zobowiązać się do wykonania całości robót wchodzących w ten zakres.

W konsekwencji w opisanym stanie faktycznym podmiot trzeci - który powołany został przez wykonawcę celem spełnienia warunku zaprojektowania i wykonania oczyszczalni ścieków o określonej przepustowości – oświadczył, że weźmie udział jedynie w realizacji części zamówienia, zatem – jak słusznie zauważył Zamawiający – pozostała część zamówienia nie byłaby zrealizowana przez podmiot posiadający wymagane specyfikacją doświadczenie (a przecież doświadczenie podmiotu trzeciego, zostało wykazane celem spełnienia kompletnego i niepodzielnego warunku z pkt 7.2.3.a) SIWZ), w konsekwencji zatem wybór oferty Odwołującego nastąpiłby z naruszeniem przywołanego art. 22a ust. 4 ustawy Pzp.

Odnosząc się do postawionego warunku udziału z pkt 7.2.3.a) SIWZ warto również podkreślić, że w warunek udziału zawarty w pkt 7.2.3.a) SIWZ nie został w żaden sposób podzielony na części – był kompletny w swej treści i odpowiadał przedmiotowi zamówienia, zatem trudno zgodzić się z Odwołującym, że warunek ten nie odnosił się do całości zamówienia. Nie budziło wątpliwości, że przedmiot zamówienia stanowiło zaprojektowanie oraz wykonanie robót budowlanych: modernizacji (przebudowy) oczyszczalni ścieków w Żyrardowie a warunek udziału opisany w pkt 7.2.3.a) SIWZ odnosił się właśnie do zaprojektowania i wykonania oczyszczalni ścieków o określonej przepustowości, dlatego też zgodzić należało się z Zamawiającym, iż w opisanym sprawie – wobec oświadczenia podmiotu trzeciego o realizacji wyłącznie części robót - wykonawca nie spełnił warunku udziału zawartego w pkt 7.2.3.a) SIWZ, co mogło prowadzić wyłącznie do wykluczenia go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.

Bez znaczenia pozostaje ewentualne hipotetyczne doświadczenie, które Odwołujący może zdobyć, i wykazywać się nim na moment realizacji zamówienia. Nie budziło w



niniejszej sprawie żadnych wątpliwości, że wykonawca spełnienie warunku udziału miał wykazać na moment składania ofert - nie zaś na moment realizacji zamówienia. W konsekwencji decyzję Zamawiającego o wykluczeniu Odwołującego z postępowania należało uznać za zasadną.

Wobec powyższego, orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 z późn. zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania.

**Przewodniczący:**

.....