Sygn. akt: KIO 4144/24

WYROK

Warszawa, dnia 27 listopada 2024 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Ewa Sikorska
Protokolant:Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 listopada 2024 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 listopada 2024 r. przez wykonawcę **Enerko Energy Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Kielcach,** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Zespół Elektrowni Wodnych Niedzica Spółka akcyjna w Niedzicy**

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Enerko Energy Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Kielcach** i:

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego:
- kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) oraz kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), poniesione przez wykonawcę **Enerko Energy Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Kielcach** tytułem – odpowiednio – wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika,
- kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) oraz kwotę **68 zł 00 gr** (słownie: sześćdziesiąt osiem złotych zero groszy), poniesione przez zamawiającego **– Zespół Elektrowni Wodnych Niedzica Spółka akcyjna w Niedzicy** – tytułem wynagrodzenia pełnomocnika i opłaty skarbowej od czterech pełnomocnictw,

2.2. zasądza od wykonawcy **Enerko Energy Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Kielcach** na rzecz zamawiającego – **Zespołu Elektrowni Wodnych Niedzica Spółka akcyjna w Niedzicy** – kwotę **3 668 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset sześćdziesiąt osiem złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i opłaty skarbowej od czterech pełnomocnictw.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r. poz. 1320), na niniejszy wyrok, w terminie 14 dnia od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w Warszawie – sądu zamówień publicznych.

……..

Sygn. akt: KIO 4144/24

Uzasadnienie

Zamawiający – Zespół Elektrowni Wodnych Niedzica Spółka akcyjna w Niedzicy – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem są usługi naprawcze i konserwacyjne w ramach zamówienia pn. „EW Niedzica – Remont średni Hz1 i Hz-2 – część mechaniczna i elektryczna wraz z modernizacją aparatów kierowniczych".

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 roku, poz. 1320), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 7 listopada 2024 r. wykonawca Enerko Energy Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Kielcach (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie od czynności zamawiającego, tj. wezwania z dnia 28 października 2024 r. w zakresie zastąpienia podmiotu wskazanego do spełnienia warunku dotyczącego zdolności technicznej tj. ANDRITZ HYDRO GmbH innym podmiotem lub innymi podmiotami lub wykazania, że Wykonawca samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowania, w zakresie określonym w pkt. 2 ppkt 2 pisma zamawiającego z dnia 28 października 2024 r. oraz w zakresie żądania od wykonawcy, który polega na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotów udostępniających zasoby na zasadach określonych w art. 118 ustawy P.z.p. oświadczeń i dokumentów wymienionych w Rozdziale IX pkt 2 ppkt 1), 2), 3), 5), 6) i 7) SWZ, dotyczących tych podmiotów, potwierdzających, że nie zachodzą wobec tych podmiotów podstawy wykluczenia z postępowania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący podniósł, że zamawiający dokonał niezgodnych z przepisami ustawy P.z.p. czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, polegających na:

1) wezwaniu wykonawcy do zastąpienia podmiotu wskazanego do spełnienia warunku dotyczącego zdolności

technicznej tj. ANDRITZ HYDRO GmbH innym podmiotem lub innymi podmiotami lub wykazania, że wykonawca samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowania,

2) wezwaniu wykonawcy do złożenia wykazu dostaw, pomimo jego złożenia przez wykonawcę, i z którego wynika spełnienie warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt. VIII 2) a) SWZ oraz w zakresie żądania od wykonawcy, który polega na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotów udostępniających zasoby na zasadach określonych w art. 118 ustawy P.z.p. oświadczeń i dokumentów wymienionych w Rozdziale IX pkt 2 ppkt 1), 2), 3), 5), 6) i 7) SWZ, dotyczących tych podmiotów, potwierdzających, że nie zachodzą wobec tych podmiotów podstawy wykluczenia z postępowania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 119 w związku z art. 118 ust. 1 i 2 ustawy P.z.p. poprzez:

- błędną wykładnię art. 118 ust 2 ustawy P.z.p. i przyjęcie, że podwykonawca udostępniający zasoby powinien brać udział w realizacji zamówienia dokładnie w zakresie wskazanym w warunku dotyczącym zdolności technicznej przez zamawiającego, co jest niemożliwe, ponieważ warunek ma charakter alternatywny (modernizacja/remont kapitalny/dostawa z montażem) i nie definiuje pojęcia remontu kapitalnego,

- przyjęcie, iż udostępnienie zasobów nie ma charakteru realnego i nie gwarantuje rzeczywistego dostępu, podczas gdy wskazany w oświadczeniu podmiotu udostepniającego zasoby zakres prac wyczerpuje zakres remontu kapitalnego, obejmuje zasadnicze i kluczowe prace przedmiotu zamówienia i świadczy o realnym zaangażowaniu podmiotu udostępniającego zasoby w realizacji zamówienia,

- wezwanie do zastąpienia podmiotu wskazanego do spełnienia warunku dotyczącego zdolności technicznej przy jednoczesnym wezwaniu do wykazania, iż wobec już wskazanego podmiotu nie zachodzą przesłanki wykluczenia, co czyni sprostanie wezwaniu zamawiającego niemożliwym;

2) art. 128 w zw. z art. 122 ustawy P.z.p. poprzez jego zastosowanie i wezwanie wykonawcy do zastąpienia podmiotu wskazanego do spełnienia warunku dotyczącego zdolności technicznej, podczas gdy podmiot wskazany przez wykonawcę spełnia warunek dotyczący zdolności technicznej,

3) art. 16 pkt 1 i 3 ustawy P.z.p. poprzez wymaganie, by podmiot udostepniający zasoby był zaangażowany w realizacje prac dokładnie w zakresie określonym w warunku dotyczącym zdolności technicznej, co ogranicza możliwość współdziałania wykonawcy i podwykonawców i preferuje podmioty samodzielnie spełniające warunek,

4) pozostałych przepisów wynikających z uzasadnienia.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o:

1) uwzględnienie odwołania w całości;

2) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wezwania z dnia 28 października 2024 r. w zakresie zastąpienia podmiotu wskazanego do spełnienia warunku dotyczącego zdolności technicznej tj. ANDRITZ HYDRO GmbH innym podmiotem lub innymi podmiotami lub wykazania, że wykonawca samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowania oraz w zakresie określonym w pkt. 2 ppkt 2 pisma zamawiającego dnia 28 października 2024 r. tj. przedłożenia wykazu dostaw oraz w zakresie żądania od wykonawcy, który polega na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotów udostępniających zasoby na zasadach określonych w art. 118 ustawy P.z.p. oświadczeń i dokumentów wymienionych w Rozdziale IX pkt 2 ppkt 1), 2), 3), 5), 6) i 7) SWZ, dotyczących tych podmiotów, potwierdzających, że nie zachodzą wobec tych podmiotów podstawy wykluczenia z postępowania,

3) nakazanie zamawiającemu badania i oceny oferty odwołującego z uwzględnieniem polegania przez wykonawcę na zdolnościach podmiotu trzeciego Andritz HYDRO GmbH.

Ponadto odwołujący wniósł o dopuszczenie dowodów wskazanych w treści odwołania na okoliczności w nim wskazane lub zawnioskowanych i przedstawionych na rozprawie.

Odwołujący podniósł, że złożył w przedmiotowym postępowaniu ofertę. Wskazane w odwołaniu czynności i zaniechania zamawiającego, dotyczące niezgodnych z ustawą czynności zamawiającego tj. wezwania do zastąpienia podmiotu wskazanego do spełnienia warunku dotyczącego zdolności technicznej podmiotu wskazanego do spełnienia warunku dotyczącego zdolności technicznej tj. ANDRITZ HYDRO GmbH innym podmiotem lub innymi podmiotami lub

wykazania, że wykonawca samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowania oraz w zakresie określonym w pkt 2 ppkt. 2 pisma zamawiającego dnia 28 października 2024 r. tj. przedłożenia wykazu dostaw oraz w zakresie żądania od wykonawcy, który polega na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotów udostępniających zasoby na zasadach określonych w art. 118 ustawy P.z.p. oświadczeń i dokumentów wymienionych w rozdziale IX pkt 2 ppkt 1, 2, 3, 5, 6 i 7 specyfikacji warunków zamówienia, dotyczących tych podmiotów, potwierdzających, że nie zachodzą wobec tych podmiotów podstawy wykluczenia z postępowania narażają odwołującego na szkodę w postaci możliwości utraty zarobku – spodziewanego zysku z tytułu uzyskania i realizacji zamówienia.

W dniu 28 października 2024 r. zamawiający wezwał wykonawcę do zastąpienia podmiotu wskazanego do spełnienia warunku dotyczącego zdolności technicznej tj. ANDRITZ HYDRO GmbH innym podmiotem lub innym podmiotami lub wykazania, że wykonawca samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowania oraz zasobów zamawiający uznał, iż udostepnienie zasobu nie ma charakteru realnego i nie gwarantuje wykonawcy rzeczywistego dostępu do udostępnionych zasobów.

W ocenie odwołującego stanowisko zamawiającego jest błędne. Zgodnie z pkt. VIII.2) a) SWZ o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej, tj.: zamawiający uzna ww. warunek za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że:

a) wykonał należycie (zakończył):

- co najmniej 2 prace polegające na modernizacji, remoncie kapitalnym lub dostawie wraz z montażem nowych hydrozespołów (turbin i hydrogeneratorów) o mocy jednostkowej zainstalowanej minimum 28 MW oraz średnicy wirnika minimum 4 m w okresie ostatnich 15 lat, liczonych wstecz od dnia w którym upływa termin składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie.

Odwołujący podniósł, że w celu wykazania spełnienia warunku polegał na zdolnościach podmiotu trzeciego tj. ANDRITZ HYDRO GmbH. Z treści zobowiązania ANDRITZ HYDRO GmbH wynika, iż podmiot trzeci zrealizuje rob budowlane, usługi, których jego zdolności dotyczą. Sposób wykorzystania zasobów bezpośrednio jako podwykonawca – udział w realizacji zamówienia poprzez zaprojektowanie, wykonanie i nadzór nad montażem i uruchomieniem uszczelnienia głównego wału oraz łożyska głównego hydrozespołu, udział w realizacji zobowiązań z tytułu udzielonej gwarancji i rękojmi, zapewnienie zasobów zawodowych, technicznych w tym kadrowych tj. poprzez udostepnienie Inżyniera Mechanika. Okres udziału - cały okres realizacji zamówienia i udzielanej rękojmi i gwarancji. Zakres - bezpośrednio jako podwykonawca – udział w realizacji zamówienia poprzez zaprojektowanie, wykonanie i nadzór nad montażem i uruchomieniem uszczelnienia głównego wału oraz łożyska głównego hydrozespołu oraz realizacja zobowiązań wynikających z udzielonej gwarancji i rękojmi, wsparcie techniczne i kadrowe.

W ocenie odwołującego bezsporny jest fakt, iż podmiot udostępniający zasoby ANDRITZ HYDRO GmbH (dalej Andritz) spełnia ww. warunek, co zostało potwierdzone wykazem dostaw. Odwołujący wskazał, że zakres zadeklarowanego przez podmiot udostępniający zasoby podwykonawstwa to jest udział w realizacji zamówienia poprzez zaprojektowanie, wykonanie i nadzór nad montażem i uruchomieniem uszczelnienia wału oraz łożyska głównego hydrozespołu jest tożsamy z wykonaniem remontu kapitalnego, czego oczekiwał zamawiający w treści warunku. Zadeklarowane do wykonania przez podmiot udostępniający zasoby prace stanowią 11,12% całkowitej wartości oferty wykonawcy co wprost wynika z „załącznika nr 6 formularz cenowy", a biorąc pod uwagę szeroki zakres prac objęty zamówieniem i analizując tylko branże turbinową, udział firmy Andritz w tym zakresie wynosi ok 30%. Zakres rzeczowy robót zadeklarowany przez podmiot udostępniający jest kluczowy do modernizacji hydrozespołu i nie sposób przyjąć, że w takiej sytuacji udostępnienie zasobów nie ma charakteru realnego i nie gwarantuje rzeczywistego dostępu do zasobów. Odwołujący zauważył, iż w sytuacji realizacji prac o specjalistycznym charakterze to nie czasochłonność wykonanych prac, ale ich specjalistyczny charakter będzie stanowić o ich kluczowym znaczeniu dla realizacji zamówienia. W sposób oczywisty każde działanie w toku wykonywania prac o różnym charakterze to jest jednocześnie wysokospecjalistycznych jak uszczelnienie wału oraz łożysko oraz prac ogólnobudowlanych związanych z tą częścią zamówienia wymaga kooperacji wykonawcy i podwykonawcy i nie jest możliwym szczególnie na etapie ofertowania ścisłe rozgraniczenie zakresów działania wykonawcy i podwykonawcy. Zaś wskazanie w oświadczeniu podmiotu zakresu prac, które na pewno będą wykonywane przez podmiot udostępniający zasoby nie wyklucza szerszej kooperacji pomiędzy wykonawcą i podwykonawcą, co zresztą wynika z zawartej pomiędzy stronami umowy.

Odwołujący podniósł, że zakres prac, w jakich będzie uczestniczył podwykonawca, odpowiada części pozycji z zakresu prac wskazanych dla hydrozespołu w Formularzu cenowym. Odwołujący zwrócił uwagę, że wobec faktu, iż

zamówienie obejmuje bardzo szeroki zakres prac, który w sposób oczywisty wymusza kooperację wielu podmiotów, przyjęcie takiej ścisłej interpretacji zakresu udostępnienia opierającej się na założeniu, że musi on ściśle powielać doświadczenie określone przez zamawiającego w warunku ograniczałoby w sposób zasadniczy konkurencję, ponieważ preferowałoby jako wykonawców podmioty posiadające wąskie specjalistyczne doświadczenie. Przy czym nie jest wykluczone, że paradoksalnie wskazany przez zamawiającego w treści warunku zakres prac mógłby przez te podmioty zostać powierzony podwykonawcy niemającemu wymaganego doświadczenia. Niemniej przepisy nie precyzują kwestii związanych z zakresem i adekwatnością udziału udostępniającego, pozostawiając tą kwestię ocenie okoliczności każdego konkretnego przypadku. Wykonawca polegający na wiedzy i doświadczeniu innego podmiotu zobowiązany jest do zaangażowania podmiotu trzeciego - w sposób bezpośredni - w realizację tego przedmiotu zamówienia i tak jest w niniejszym postępowaniu.

Odwołujący wskazał, iż zarówno z treści zobowiązania załączonego do oferty, jak i samej oferty wynika wprost, iż Andritz będzie podwykonawcą. W treści zobowiązania podmiot trzeci wyraźnie oświadczył, iż zrealizuje roboty budowlane, usługi, których jego zdolności dotyczą. Wskazanie w treści zobowiązania formy udziału w realizacji zamówienia, którym jest podwykonawstwo, świadczy o faktycznym zrealizowaniu części zamówienia przez podmiot udostępniający swe zasoby. Stosunek podwykonawstwa traktowany jest jako najlepsza gwarancja faktycznego udostępnienia zasobów (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej, sygn. akt. KIO 351/23). Zobowiązanie podmiotu trzeciego zawiera wszystkie elementy określone w art. 118 ust. 4 ustawy P.z.p. Na realność wykonania zamówienia wskazuje treść zobowiązania, który określa, że udostępnienie dotyczy uczestniczenia w realizacji przedmiotu zamówienia w charakterze podwykonawcy w zakresie robót budowlanych, do realizacji których wymagane są udostępnione zasoby. Natomiast zakres udostępnionych zasobów został wyszczególniony w kolumnie pt." Zakres zasobów udostępnionych Wykonawcy" zobowiązania. Zakres ten jest zbieżny z zakresem określonym w warunkach udziału w postępowaniu w rozdziale VIII pkt.1 ppkt. 2) a SWZ. Sam fakt, że w zobowiązaniu podmiotu trzeciego pojawia się sformułowanie, że weźmie on udział w realizacji zamówienia poprzez wykonanie jako podwykonawca zakresu robót budowlanych, do realizacji których wymagane są udostępnione zasoby, nie może być interpretowane w oderwaniu od całej treści zobowiązania. Nie będzie więc tak, że zaangażowanie podmiotu trzeciego będzie miało charakter ograniczony do bliżej nieokreślonej części robót budowlanych. Tym bardziej, że zobowiązanie podmiotu trzeciego, przedkładane na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, ma charakter oświadczenia woli, do którego referuje art. 65 Kodeksu cywilnego, który nakazuje jego wykładnię w sposób, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje (por. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 marca 2023 r. KIO 718/23).

Odwołujący stwierdził, że uwadze zamawiającego uszedł również fakt, iż podmiot trzeci udostępnia również swój zaplecze kadrowe do realizacji przedmiotowego zamówienia. Wskazanie na udział podmiotu trzeciego w realizacji prac, czy to w charakterze podwykonawcy, czy też przez skierowanie personelu do wykonania poszczególnych robót, pozwala uznać, iż wykonawca, który sam nie może wykazać się koniecznym doświadczeniem, będzie realnie korzystał z zasobów podmiotu, który takie doświadczenie już zdobył (tak: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 kwietnia 2023 r. KIO 981/23). Odwołujący wskazał, iż ustawa P.z.p. nie definiuje minimalnego progu procentowego pozwalającego uznać, że podmiot trzeci faktycznie zrealizuje zakres zamówienia, dla wykonania którego udostępniane doświadczenie jest niezbędne i z przepisu 118 ust. 2 ustawy P.z.p. nie wynika, że podmiot trzeci ma samodzielnie zrealizować 100% zakresu zamówienia. Odwołujący zwrócił uwagę, iż z literalnego brzmienia art. 462 ust. 1 ustawy P.z.p. (przepis wskazuje na możliwość powierzenia podwykonawcy do realizacji części zamówienia), jak i logicznej wykładni wskazanego przepisu (zlecenie całości zamówienia podwykonawcy może być postrzegane jako obejście przepisów ustawy P.z.p., polegające na udzieleniu zamówienia podwykonawcy, a nie wykonawcy) wynika, iż wykonawca nie może powierzyć podwykonawcy wykonania całości kontraktu.

W ocenie odwołującego, biorąc pod uwagę specyfikę zamówienia, udostępnienie zasobów ma charakter realny i gwarantuje rzeczywisty do nich dostęp, co oznacza, że zamówienie będzie realizowane przez podmiot, który posiada doświadczenie. Brak jest więc podstaw do żądania zastąpienia podmiotu wskazanego do spełnienia warunku dotyczącego zdolności- technicznej innym podmiotem lub innymi podmiotami, lub do wykazywania, że wykonawca samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu.

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 21 listopada 2024 roku zamawiający wniósł o:

1) oddalenie odwołania w całości,

2) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów wskazanych w uzasadnieniu odpowiedzi na odwołanie na okoliczności

tam wskazane,

3) o zasądzenie na rzecz zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego

Zamawiający podniósł, ze w art. 118 ust. 4 ustawy P.z.p. określono, że zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby ma potwierdzać, iż stosunek łączący wykonawcę z podmiotami udostępniającymi zasoby gwarantuje rzeczywisty dostęp do tych zasobów. Dokonanie weryfikacji realności udostępnienia zasobów na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu nie może być dokonywane w oderwaniu od postawionego warunku udziału w postępowaniu. Ocena wykazania przez wykonawcę faktycznego dysponowania zasobami podmiotu trzeciego powinna być dokonywana z uwzględnieniem realiów wykorzystania określonych zasobów przy realizacji konkretnego zamówienia.

Zamawiający wskazał, że w przedmiotowym przypadku podmiot trzeci ANDRITZ HYDRO GmbH udostępniając Wykonawcy doświadczenie zobowiązał się tylko do wykonania pewnego zakresu zamówienia, z tym że jest to mały zakres w stosunku do wykazywanego warunku udziału. Wskazany zakres obejmuje tylko łożysko nośnie i uszczelnienie wału. Kwotowo stanowi to 11,12% całej wartości zamówienia.

Zamawiający zauważył, że zgodnie z zakresem prac określono 6 obszarów zakresu prac z podziałem na:
- hydrozespół,
- generator,
- wyprowadzenie mocy,
- turbina,
- wlot wylot oraz sztolnia,
- system sterowania, wizualizacji i pomiarów.

Zamawiający wskazał, że w każdym z powyższych obszarów występują istotne elementy mające wpływ na powodzenie całego remontu średniego EW Niedzica, podczas gdy ANDRITZ HYDRO GmbH, udostępnia swoje zasob tylko w dwóch z powyższych obszarów i to w ograniczonym zakresie (łożysko nośne turbiny i uszczelnienie wału). Prowadzi to do wniosku, że pomimo bardzo dużego doświadczenia ANDRITZ HYDRO GmbH, jego udział w wykonaniu przedmiotu zamówienia jest marginalny. Ponadto oświadczenia wykonawcy Enerko Energy Sp. z o.o. są niespójne. W treści wniosku o unieważnienie czynności wykonawca wskazał, iż udział podmiotu trzeciego w realizacji przedmiotowego zamówienia będzie wynosił 11,12% całkowitej wartości oferty wykonawcy natomiast w oświadczeniu wykonawcy dotyczącym przesłanek wykluczenia z art. 5k rozporządzenia 833/2014 oraz art. 7 ust. 1 ustawy o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego nie wskazał podmiotu udostępniającego zasoby, na którego zdolnościach lub sytuacji Wykonawca polega w zakresie odpowiadającym ponad 10% wartości zamówienia.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 119 w związku z art. 118 ust. 1 i 2 ustawy P.z.p. poprzez wezwanie do zastąpienia podmiotu wskazanego do spełnienia warunku dotyczącego zdolności technicznej przy jednoczesnym wezwaniu do wykazania, iż wobec już wskazanego podmiotu nie zachodzą przesłanki wykluczenia, co czyni sprostanie wezwaniu zamawiającego niemożliwym, zamawiający stwierdził, że postawił także warunek w zakresie dysponowania co najmniej jednym Inżynierem Mechanikiem posiadającym wyższe wykształcenie techniczne oraz co najmniej 5 lat doświadczenia zawodowego w branży hydroenergetycznej, a także doświadczenie zawodowe polegające na pełnieniu funkcji Inżyniera Mechanika przy realizacji zadania inwestycyjnego polegającego na budowie, przebudowie lub remoncie hydrozespołu o mocy minimum 32 MW. Wykonawca Enerko Energy Sp. z o.o. w celu potwierdzenia spełniania ww. warunku udziału w postępowaniu złożył zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby pochodzące od ANDRITZ HYDRO GmbH.

Natomiast w wyniku wezwania zamawiającego do złożenia podmiotowych środków dowodowych, wykonawca nie przedstawił wykazu osób. Zatem nie jest wykluczona sytuacja, że w zakresie spełniania powyższego warunku dotyczącego wykształcenia i kwalifikacji ocena podmiotu trzeciego ANDRITZ HYDRO GmbH będzie pozytywna.

W ocenie zamawiającego nieuprawniony jest zarzut odwołującego dotyczący naruszenia przez zamawiającego art. 128 w zw. z art. 122 ustawy P.z.p. poprzez jego zastosowanie i wezwanie wykonawcy do zastąpienia podmiotu wskazanego do spełnienia warunku dotyczącego zdolności technicznej.

Zamawiający podniósł, że powierzenie realizacji pozostałych prac, poza wykonaniem i nadzorem nad montażem i uruchomieniem uszczelnienia wału oraz łożyska głównego hydrozespołu, podmiotowi czy wykonawcy, który nie posiada doświadczenia, niesie za sobą istotne ryzyka dla ZEW Niedzica SA. Ryzyka te wynikają głównie z faktu, że oba hydrozespoły w EW Niedzica są najistotniejszymi aktywami Spółki i pozwalają corocznie uzyskiwać ponad 70% jej przychodów. Dodatkowo hydrozespoły te są kluczowym elementem prowadzenia gospodarki wodnej (w tym przeciwpowodziowej) na stopniu piętrzenia Niedzica. Wynika to z faktu, iż zgodnie z zapisami „Instrukcji gospodarki wodnej ZEW Niedzica S.A.” – w przypadku wystąpienia powodzi – w pierwszej kolejności wymagana jest praca pełnym przełykiem obu hydrozespołów. Ich wyłączenie w trakcie powodzi wiąże się z ograniczeniem zdolności przepustowych

stopnia, a tym samym stwarza zagrożenie przepełnienia rezerwy przeciwpowodziowej zbiornika czorsztyńskiego. Wobec powyższych faktów zamawiający przykłada szczególną uwagę, aby remont tak istotnych aktywów powierzyć wykonawcy mającemu odpowiednie doświadczenie i wiedzę techniczną.

Do postepowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił podmiot Voith Hydro GmbH & Co KG w St. Pölten (Austria). Odwołujący na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postepowania odwoławczego, przed otwarciem rozprawy, wniósł opozycję wobec przystąpienia tego podmiotu do postępowania.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z pkt. VIII.2 lit. a SWZ o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej, tj.: zamawiający uzna ww. warunek za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że:

a) wykonał należycie (zakończył):

- co najmniej 2 prace polegające na modernizacji, remoncie kapitalnym lub dostawie wraz z montażem nowych hydrozespołów (turbin i hydrogeneratorów) o mocy jednostkowej zainstalowanej minimum 28 MW oraz średnicy wirnika minimum 4 m w okresie ostatnich 15 lat, liczonych wstecz od dnia w którym upływa termin składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie *(dowód: SWZ)*

Odwołujący w celu potwierdzenia spełniania ww. warunku udziału w postępowaniu złożył zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby pochodzące od ANDRITZ HYDRO GmbH. Podmiot trzeci ANDRITZ HYDRO GmbH złożonym zobowiązaniu oświadczył, że będzie realizował zamówienie w zakresie udziału w realizacji zamówienia poprzez zaprojektowanie, wykonanie i nadzór nad montażem i uruchomieniem uszczelnienia wału oraz łożyska głównego hydrozespołu *(dowód: zobowiązanie podmiotu trzeciego w ofercie odwołującego).*

W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do złożenia podmiotowych środków dowodowych odwołujący przedstawił wykaz dostaw, w którym wykazał dostawy z opisem wraz z referencjami wystawionymi dla podmiotu trzeciego ANDRITZ HYDRO GmbH *(dowód: wykaz dostaw).*

Pismem z dnia 28 października 2024 roku skierowanym do odwołującego zamawiający wskazał, co następuje:

(…) Ponadto Zamawiający - Zespół Elektrowni Wodnych Niedzica Spółka Akcyjna, działając na podstawie art. 128 ust. 1 w związku z art. 122 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r. poz. 1320), zwanej dalej „ustawa PZP", żąda, aby Wykonawca zastąpił podmiot wskazany do spełnienia warunku dotyczącego zdolności technicznej tj. ANDRITZ HYDRO GmbH innym podmiotem lub innymi podmiotami albo aby Wykonawca wykazał, że samodzielnie spełnia warunki udziału postępowaniu.

Zamawiający postawił warunek dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej w następujący sposób:

„Zamawiający uzna ww. warunek za spełniony jeżeli Wykonawca wykaże, że:

a) wykonał należycie (zakończył):

- co najmniej 2 prace polegające na modernizacji, remoncie kapitalnym lub dostawie wraz z montażem nowych hydrozespołów (turbin i hydrogeneratorów) o mocy jednostkowej zainstalowanej minimum 28 MW oraz średnicy wirnika minimum 4 m w okresie ostatnich 15 lat, liczonych wstecz od dnia w którym upływa termin składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie".

Wykonawca, zgodnie z art. 118 ust. 1 ustawy PZP może w celu potwierdzenia spełniania tego warunku udziału w postępowaniu polegać na podmiotach udostępniających zasoby, niezależnie od charakteru prawnego stosunków prawnych łączących wykonawcę z podmiotami udostępniającymi.

Jednak Zamawiający stwierdził, że podmiot udostępniający zasoby ANDRITZ HYDRO GmbH nie spełnia warunku określonego powyżej.

Warto mieć na uwadze stanowiska wynikające z orzecznictwa KIO. Przykładowo w wyroku KIO z dnia 2.11.2023 r., 3056/23 zauważono, że skoro wykonawca powołał się na spełnienie przez podmiot trzeci warunku dotyczącego doświadczenia w realizacji robót budowlanych, to stosownie do art. 118 ust. 2 ustawy PZP podmiot trzeci powinien realizować roboty budowlane w ramach realizacji zamówienia. Zamówienie nie może być realizowane przez podmiot, który nie posiada doświadczenia.

Zamawiający oczekiwał w treści warunku doświadczenia przy realizacji prac polegających na modernizacji, remoncie

kapitalnym lub dostawie wraz z montażem nowych hydrozespołów, to Wykonawca powinien wykazać, że takie doświadczenie posiada i w takim właśnie zakresie powinien brać udział w realizacji zamówienia. Zamawiający stawiając warunek oczekiwał, że zamówienie będzie realizowane przez podmiot, który posiada doświadczenie. Tymczasem podmiot trzeci oświadczył, że będzie realizował zamówienie jedynie w zakresie udziału w realizacji zamówienia poprzez zaprojektowanie, wykonanie i nadzór nad montażem i uruchomieniem uszczelnienia wału oraz łożyska głównego hydrozespołu.

W ocenie Zamawiającego jest to jedynie ułamek prac, jakie stanowią przedmiot zamówienia w postępowaniu. Nie można zatem uznać, że udostępnienie zasobów ma charakter realny i gwarantuje Wykonawcy rzeczywisty dostęp do udostępnionych zasobów. Zobowiązanie do wykonania jedynie części zamówienia, gdy Wykonawca powoływał się na doświadczenie w zakresie całości, nie może być uznane za wystarczające.

W przedmiotowym przypadku podmiot trzeci udostępniający Wykonawcy doświadczenie zobowiązał się tylko do wykonania pewnego zakresu zamówienia, z tym że jest to mały zakres w stosunku do wykazywanego warunku udziału. Prowadzi to do wniosku, że jego zdolności techniczne nie potwierdzają spełniania przez Wykonawcę warunku udziału w postępowaniu.

Należy mieć na uwadze zwłaszcza art. 122 ustawy PZP, z którego wynika, że jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe podmiotu udostępniającego zasoby nie potwierdzają spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, zamawiający żąda, aby wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami albo wykazał, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Ponadto zgodnie z art. 128 ust. 1 ustawy PZP, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne, lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie.

Regulacja wyrażona w art. 128 ust. 1 ustawy PZP jest regulacją określającą w sposób kompleksowy zasady wezwania o uzupełnienie oświadczeń z art. 125 ust. 1 ustawy PZP, podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu. Natomiast art. 122 ustawy PZP doprecyzowuje możliwe działania wykonawcy, w sytuacjach określonych w art. 128 ustawy PZP, przy powoływaniu się na potencjał podmiotu trzeciego. Przepis art. 122 ustawy PZP dotyczy zatem okoliczności, gdy zgłoszony przez wykonawcę na etapie składania ofert podmiot udostępniający z jakichś przyczyn nie potwierdza, że dysponuje wymaganym przez zamawiającego zasobem lub gdy w odniesieniu do podmiotu trzeciego nie zostanie potwierdzony brak podstaw do wykluczenia.

Należy przy tym na marginesie pamiętać – za wyrokiem KIO z dnia 15.2.2023 r., KIO 281/23, KIO 283/23 – że nie można czytać art. 122 ustawy PZP w taki sposób, że daje on możliwość nie tylko zmiany w zakresie podmiotu udostępniającego swoje zasoby, ale też w zakresie przedmiotu deklarowanego udostępnienia (np. rozszerzenia zakresu, w jakim podmiot trzeci zadeklarował udostępnienie swoich zasobów). Nie da się bowiem na mocy art. 122 ustawy PZP dokonać zmiany podmiotu udostępniającego na inny, który zrealizowałby zakres szerszy niż ten zadeklarowany w formularzu oferty.

Znaczące rozszerzenie zakresu prac zlecanych podwykonawcy będącemu podmiotem trzecim, który udostępnia zasoby dotyczące spełnienia warunku posiadania właściwej zdolności technicznej w postaci doświadczenia dla Wykonawcy, o prace inne niż wskazane w ofercie, jest niedopuszczalne na gruncie art. 123 ustawy PZP.

Wobec tego Zamawiający żąda, aby Wykonawca w terminie do końca dnia 8 listopada 2024 r. zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami przez złożenie zobowiązania nowego podmiotu udostępniającego zasoby do oddania Wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji danego zamówienia lub inny podmiotowy środek dowodowy potwierdzający, że Wykonawca realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, albo aby Wykonawca wykazał, że samodzielnie spełnia warunek udziału w postępowaniu (dowód: pismo z dnia 28 października 2024 roku).

Z ustaleń dokonanych w sprawie wynika, że podmiot Voith Hydro GmbH & Co KG w St. Pölten (Austria) nie złożył oferty w przedmiotowym postępowaniu.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony

prawnej w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy P.z.p. Okoliczność ta nie była pomiędzy stronami sporna.

Izba uwzględniła opozycję odwołującego wobec przystąpienia Voith Hydro GmbH & Co KG w St. Pölten (Austria) do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Zgodnie z art. 526 ust. 1 ustawy P.z.p. zamawiający lub odwołujący może zgłosić opozycję przeciw przystąpieniu innego wykonawcy, nie później niż do czasu otwarcia rozprawy. W myśl ust. 2 Izba uwzględnia opozycję, jeżeli zgłaszający opozycję uprawdopodobni, że wykonawca nie ma interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystąpił. W przeciwnym przypadku Izba oddala opozycję.

Odwołujący zgłosił opozycję wobec przystąpienia Voith Hydro GmbH & Co KG w St. Pölten na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego, przed otwarciem rozprawy. Tym samym warunek formalny wniesienia opozycji został dochowany.

W ocenie Izby odwołujący uprawdopodobnił, że Voith Hydro GmbH & Co KG w St. Pölten nie ma interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystąpił. Odwołujący podniósł, że brak interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego wynika z faktu, że podmiot ten nie złożył oferty w przedmiotowym postępowaniu.

Voith Hydro GmbH & Co KG w St. Pölten podniósł, że pomimo niezłożenia oferty w postępowaniu posiada interes prawny w tym, aby po unieważnieniu postępowania złożyć ofertę w kolejnym postępowaniu o udzielenie zamówienie publicznego, którego przedmiotem będzie remont średni Hz-1 i Hz2 – część mechaniczna i elektryczna wraz z modernizacją aparatów kierowniczych w Elektrowni Wodnej pozostającej w dyspozycji zamawiającego. Jest bowiem podmiotem działającym na rynku remontów w elektrowniach wodnych jako jeden z największych producentów turbin na rynku europejskim, który był zainteresowany złożeniem ofert w przedmiotowym postępowaniu. W szczególności występował z szeregiem pytań do kwestii formalnych (umowy i warunków zamówienia) oraz dokumentacji technicznej, w szczególności zadając zamawiającemu pytania.

W przedmiotowym postępowaniu w ocenie Voith Hydro GmbH & Co KG w St. Pölten, odwołujący nie spełnił warunku udziału w postępowaniu wskazanym w VIII ust. 1 pkt 2 lit a)*tiret* pierwsze SWZ. W interesie Voith Hydro GmbH & Co KG w St. Pölten jest, aby zamawiający postąpił w sposób zgodny z przepisami ustawy P.z.p., co w przypadku nieuczynienia zadość zobowiązaniu z wezwania do wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu będzie prowadziło do konieczności odrzucenia oferty odwołującego i unieważnienia postępowania. W interesie Voith Hydro GmbH & Co KG w St. Pölten jest uzyskanie potwierdzenia, że działanie zamawiającego w postaci wezwania odwołującego do wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, które może prowadzić do odrzucenia oferty odwołującego i unieważnienia postępowania doprowadzi finalnie do ponownego wszczęcia postępowania o udzielenie tego zamówienia, co umożliwi Voith Hydro GmbH & Co KG w St. Pölten udział w kolejnym postępowaniu i złożenie oferty.

Stanowisko Voith Hydro GmbH & Co KG w St. Pölten nie zasługiwało na uwzględnienie. W szczególności podnieść należy, że zarzuty odwołania nie dotyczyły czynności unieważnienia postępowania i czynność taka w postępowaniu nie miała miejsca. Ponadto nie można zgodzić się z Voith Hydro GmbH & Co KG w St. Pölten, że odwołujący nie spełnił warunku udziału w postępowaniu. Czynności badania i oceny oferty odwołującego nie zostały jeszcze zakończone i brak jest podstaw do stwierdzenia, że oferta odwołującego zostanie odrzucona. Tym samym argumentacja Voith Hydro GmbH & Co KG w St. Pölten, aby po unieważnieniu postępowania wziąć udział w kolejnym postępowaniu, nie ma oparcia w ustalonym stanie faktycznym.

Odnosząc się do zarzutów odwołania Izba wskazuje, co następuje:

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 57 ustawy P.z.p., o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy:

1) nie podlegają wykluczeniu;

2) spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego.

W myśl art. 112 ust. 1 ustawy P.z.p., zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.

Zgodnie z ust. 2, warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć:

1) zdolności do występowania w obrocie gospodarczym;

2) uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów;

3) sytuacji ekonomicznej lub finansowej;

4) zdolności technicznej lub zawodowej.

Zgodnie z art. 114 ustawy P.z.p., w odniesieniu do uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej zamawiający może w postępowaniu o udzielenie zamówienia wymagać udowodnienia posiadania:

1) odpowiedniego zezwolenia, licencji, koncesji lub wpisu do rejestru działalności regulowanej lub

2) odpowiedniego zezwolenia, licencji, koncesji lub wpisu do rejestru działalności regulowanej, jeżeli ich posiadanie jest niezbędne do świadczenia określonych usług w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, lub 3) statusu członka danej organizacji, jeżeli członkostwo w tej organizacji jest niezbędne do świadczenia określonych usług w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania.

Ze powyższym przepisem koreluje przepis § 7 ust. 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. poz. 2415), zgodnie z którym, w przypadku zamówień na usługi, w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu dotyczących wymaganych uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, zamawiający może żądać:

1) odpowiedniego zezwolenia, licencji, koncesji lub potwierdzenia wpisu do rejestru działalności regulowanej, jeżeli ich posiadanie jest niezbędne do świadczenia określonych usług w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania;

2) dokumentu potwierdzającego status członka danej organizacji, jeżeli członkostwo w tej organizacji jest niezbędne do świadczenia określonych usług w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania.

Przepisy ustawy P.z.p. nie definiują pojęcia „warunki udziału w postępowaniu". W następstwie zastosowania wykładni językowej należy stwierdzić, iż pod tym pojęciem należy rozumieć wszelkie okoliczności faktyczne lub prawne, od istnienia albo nieistnienia których uzależniona jest możliwość uczestniczenia wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a tym samym ubiegania się o przedmiotowe zamówienie. Warunek posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenie należy do tzw. „warunków pozytywnych" rozumianych jako kwalifikacja podmiotowa wykonawcy dająca gwarancję należytego wykonania zamówienia publicznego.

Rolę i znaczenie warunków udziału w postępowaniu potwierdza w swoim orzecznictwie wielokrotnie Krajowa Izba Odwoławcza. W uzasadnieniu do wyroku z dnia 19 maja 2011 r. (sygn. akt KIO 978/11) Izba wskazała, że „(…) ustalenie warunków udziału w postępowaniu, w tym opisu oceny sposobu spełniania tych warunków jest jedną z najważniejszych czynności zamawiających, którzy zobowiązani są do określenia tych warunków w sposób dostatecznie jasny i precyzyjny, by zarówno wykonawcy zainteresowani udziałem w postępowaniu jak i sami zamawiający dokonując oceny spełniania tych warunków mogli ją przeprowadzić na zasadzie zerojedynkowej (inaczej określanej jako zasada „spełnia – nie spełnia"). W oczywisty sposób warunki udziału w postępowaniu ustalone przez zamawiających i wymagane przez nich dokumenty, wpływają na krąg wykonawców, który może się ubiegać o zamówienie – zawężając go w mniejszym lub większym stopniu, co jest dopuszczalne w granicach wyznaczonych wymaganie przepisu art. 22 ust. 4 wskazującego na konieczność powiązania i proporcjonalności opisu sposobu dokonania oceny spełniania tych warunków z przedmiotem zamówienia. Na zamawiających ciąży przy tym obowiązek zapewnienia, by te warunki podmiotowe pozwalały na wyłonienie wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia, nie naruszając przy tym zasady równego traktowania wykonawców czy zasady uczciwej konkurencji. Jednocześnie z uwagi na obowiązującą zasadę pisemności, opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, oraz dokumenty żądane w tym celu muszą zostać w sposób wyczerpujący, jasny i precyzyjny opisany przez zamawiających w dokumentach postępowania udostępnionych potencjalnym wykonawcom, gdyż z uwagi na zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, przy ich interpretowaniu należy stosować literalną wykładnię odpowiednich postanowień SIWZ lub ogłoszenia o zamówieniu, co zapobiega jakiejkolwiek uznaniowości zamawiających na etapie oceny ich spełniania przez wykonawców, którzy przystąpili już do udziału we wszczętym postępowaniu (…)".

Zgodnie z art. 118 ust. 1 ustawy P.z.p. wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotów udostępniających zasoby, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków prawnych. W myśl ust. 2 w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy mogą

polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. Zgodnie z ust. 3 wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, składa, wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo odpowiednio wraz z ofertą, zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji danego zamówienia lub inny podmiotowy środek dowodowy potwierdzający, że wykonawca realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów. Stosownie do ust. 4 zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby, o którym mowa w ust. 3, potwierdza, że stosunek łączący wykonawcę z podmiotami udostępniającymi zasoby gwarantuje rzeczywisty dostęp do tych zasobów oraz określa w szczególności:
1) zakres dostępnych wykonawcy zasobów podmiotu udostępniającego zasoby;
2) sposób i okres udostępnienia wykonawcy i wykorzystania przez niego zasobów podmiotu udostępniającego te zasoby przy wykonywaniu zamówienia;
3) czy i w jakim zakresie podmiot udostępniający zasoby, na zdolnościach którego wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje roboty budowlane lub usługi, których wskazane zdolności dotyczą.

Odwoływanie się do zasobów innych podmiotów jest ustawowym uprawnieniem wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. To uprawnienie jest związane z koniecznością umożliwienia wykonawcom, którzy samodzielnie nie byliby w stanie dokonać potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, uczestnictwa w zamówieniach publicznych i ubiegania się o publiczne kontrakty. Ustawodawca zastrzegł, że powołanie się na zasoby podmiotu trzeciego jest dopuszczalne, jeżeli podmiot ten wykona roboty budowlane lub usługi, do których wymagane są zdolności, na które się powołał wykonawca. Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 4 marca 2021 roku, sygn. akt KIO 442/21: *W pierwszej kolejności należy zauważyć, że z art. 22a ust. 4 ZamPublU* (obecnie art. 118 ust. 2 ustawy P.z.p.) *wynika, że podmiot, który użycza swoich zasobów w zakresie np. doświadczenia, musi następnie rzeczywiście realizować te roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zasoby są wymagane. Po to bowiem zamawiający opisuje warunki udziału w postępowaniu, aby sprawdzić zdolność wykonawców do należytej realizacji zamówienia. Gdyby podmiot trzeci jedynie formalnie udostępniał swoje zasoby, ale w rzeczywistości nie wykonywał tych robót lub usług, do których wykonania jego zasoby (np. doświadczenie) są potrzebne, opisywanie warunków udziału w postępowaniu i wykazywanie ich spełnienia miałoby charakter wyłącznie pozorny i w żadnym wypadku nie służyłoby należytej realizacji zamówienia. Dlatego tak ważne jest, aby podmioty udostępniające swoje zasoby rzeczywiście wykonywały zamówienie w zakresie, w którym – w myśl opisanych warunków – niezbędne jest posiadanie odpowiedniego doświadczenia, wykształcenia, czy kwalifikacji zawodowych.*

W rozpoznawanym przypadku zamawiający wymagał wykazania się zdolnością techniczną lub zawodową polegającą na wykonaniu co najmniej 2 prac, polegających na modernizacji, remoncie kapitalnym lub dostawie wraz z montażem nowych hydrozespołów (turbin i hydrogeneratorów) o mocy jednostkowej zainstalowanej minimum 28 MW oraz średnicy wirnika minimum 4 m w okresie ostatnich 15 lat, liczonych wstecz od dnia w którym upływa termin składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie.

Odwołujący w celu wykazania się wskazanym wyżej warunkiem powołał się w całości na zasoby podmiotu trzeciego, co jest równoznaczne z tym, że to wyłącznie podmiot trzeci posiada doświadczenie do wykonania przedmiotu zamówienia. Odwołujący nie posiada natomiast wymaganego doświadczenia, zatem w świetle przepisów wskazanych wyżej, to podmiot trzeci daje gwarancję należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Wskazanie, iż podmiot trzeci wykona jedynie około 11% zakresu zamówienia oznacza, że znacząca jego część miałaby być wykonywana przez podmiot nieposiadający odpowiednich kwalifikacji.

Podkreślenia wymaga, że ustawa P.z.p. w art. 118 ust. 2 nie stanowi, że podmiot trzeci ma „wziąć udział" czy „wykonać znaczącą część" przedmiotu zamówienia, ale że ma wykonać usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. Zobowiązanie do wykonania jedynie części zamówienia, gdy wykonawca powoływał się na doświadczenie w zakresie całości nie może być zatem uznane za wystarczające (tak np. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 1 lutego 2021 r., sygn. akt KIO 3545/20).

Izba nie podziela stanowiska odwołującego, że zakres zadeklarowanego przez podmiot udostępniający zasoby podwykonawstwa, to jest udział w realizacji zamówienia poprzez zaprojektowanie, wykonanie i nadzór nad montażem i uruchomieniem uszczelnienia wału oraz łożyska głównego hydrozespołu, jest tożsamy z wykonaniem remontu kapitalnego. Nawet w sytuacji, w której zamawiający nie zdefiniował pojęcia „remontu kapitalnego", samo określenie „remont" funkcjonuje w życiu codziennym i jest rozumiane jako czynności związane z podtrzymaniem bądź odtworzeniem stanu pierwotnego całości. Dodanie określenia „kapitalny" oznacza natomiast znaczny rozmiar bądź zakres wykonywanych prac. Ponadto, w rozpoznawanym przypadku, czynności wykonywane w ramach remontu kapitalnego należało wykonać wobec całości wskazanych w treści warunku urządzeń, tj. hydrozespołów (turbin i hydrogeneratorów). Wykonanie jedynie czynności w zakresie uszczelnienia wału i łożyska, co stanowi około 11%

zakresu zamówienia, nie może być uznane za remont kapitalny.

Z uwagi na powyższe orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania oraz na podstawie § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący:……