

# KRAJOWA IZBA ODWOŁAWCZA

Warszawa, dnia 8 lipca 2014 r.

UZP/DO/KU/10452/13340/14

dot. KIO/KD 55/14

*Dotyczy 17 segregatorów + 2 odpisy uchwały*  
WPŁYW BEZPOŚREDNI  
*DZU-27359/14*  
2014-07-09



Pani

Izabela Jakubowska

p.o. Prezesa

Urzędu Zamówień Publicznych

URZĄD ZAMÓWIEN PUBLICZNYCH

*Szanowna Pani Prezes,*

W związku z przekazaniem w dniu 23 czerwca 2014 r., pismem o sygnaturze UZP/DKUE/W3/421/38(74)/13/MR(21947), zastrzeżeń do naruszeń wskazanych w Informacji o wyniku kontroli, zgłoszonych przez Zakład Unieszkodliwiania Odpadów Sp. z o.o. po przeprowadzeniu kontroli doraźnej postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Budowa Zakładu Termicznego Unieszkodliwiania Odpadów dla Szczecińskiego Obszaru Metropolitalnego” w załączeniu przekazuję akta postępowania kontrolnego oraz odpisy uchwały Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 lipca 2014 r., sporządzonej na podstawie art. 167 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych ( t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.).

*Z poważaniem*

PREZES  
Krajowej Izby Odwoławczej  
*[Signature]*  
Paweł Trojan

W załączeniu :

1. Akta postępowania kontrolnego-17 segregatorów oraz zastrzeżenia Zamawiającego do wyniku kontroli doraźnej i odpowiedź na zastrzeżenia do wyniku kontroli doraźnej;
2. Odpisy uchwały Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 lipca 2014 r. - 2 egz.

**UCHWAŁA  
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ  
z dnia 8 lipca 2014 r.**

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 5 czerwca 2014 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez **Zakład Unieszkodliwiania Odpadów Sp. z o.o. ul. Czesława 9, 71-504 Szczecin** dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej z dnia 29 maja 2014 r. w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na **„Kontrakt nr 1 Budowa Zakładu Termicznego Unieszkodliwiania Odpadów dla Szczecińskiego Obszaru Metropolitalnego”**

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

**Przewodniczący: Anna Packo  
Katarzyna Prowadzisz  
Małgorzata Rakowska**

wyraża następującą opinię:

**zastrzeżenia zamawiającego – Zakładu Unieszkodliwiania Odpadów Sp. z o.o. w Szczecinie do informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zasługują na uwzględnienie.**

**Uzasadnienie**

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych od 7 października 2013 r. do 29 maja 2014 r. prowadził kontrolę udzielonego przez zamawiającego – Zakład Unieszkodliwiania Odpadów Sp. z o.o. w Szczecinie wykonawcy – Mostostal Warszawa S.A., umową z 18 lipca 2012 r., po przeprowadzeniu przetargu nieograniczonego, zamówienia publicznego na **„Kontrakt nr 1 Budowa Zakładu Termicznego Unieszkodliwiania Odpadów dla Szczecińskiego Obszaru Metropolitalnego”**.

Przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i budowa kompletnego Zakładu Termicznego Unieszkodliwiania Odpadów (ZTUO) w Szczecinie o nominalnej wydajności przekształcania odpadów komunalnych wynoszącej 20 Mg/h (150 000 Mg/rok), wraz z zaprojektowaniem i budową węzłów do odzysku energii, waloryzacji żużla oraz stabilizowania odpadów procesowych. Kontrakt jest wykonywany w oparciu o ramowe warunki realizacji umowy tzw. „żółty FIDIC”.

W informacji o wyniku kontroli doraźnej Prezes UZP stwierdził, że zgodnie z treścią ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia wykonawcy musieli wykazać, że w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie), wykonali co najmniej dwie roboty budowlane, których przedmiotem było zaprojektowanie i wybudowanie (formuła „zaprojektuj i wybuduj”) zakładu termicznego przekształcania stałych odpadów komunalnych (budowa lub przebudowa zakładu), z których: 1) przynajmniej jedna dotyczy budowy lub kompleksowej przebudowy lub kompleksowej modernizacji zakładu o wydajności minimum 100 000 Mg/rok, 2) co najmniej jedna dotyczy robót budowlanych, której przedmiotem było zaprojektowanie i wybudowanie (formuła „zaprojektuj i wybuduj”) instalacji oczyszczania spalin typu mokrego w zakładzie termicznego przekształcania odpadów komunalnych lub przemysłowych.

Zgodnie z subklauzulą 4.4 akapit 2 Warunków Szczególnych Kontraktu „wykonawca przed zawarciem umowy z podwykonawcą musi uprzednio uzyskać pisemną zgodę Inżyniera i Zamawiającego na powierzenie wykonania części zamówienia podwykonawcy. Podstawą do uzyskania takiej zgody będzie wniosek wykonawcy przedstawiający część zamówienia, którego wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcy wraz ze wskazaniem zdolności Podwykonawcy do jej wykonania”. W subklauzuli tej przewidziano możliwość zmiany podwykonawcy w trakcie realizacji umowy wyłącznie za zgodą Inżyniera.

W punkcie 34. specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz subklauzuli 13.1. Warunków Szczególnych Kontraktu zamawiający, zgodnie z art. 144 ustawy Prawo zamówień publicznych, wskazał okoliczności, których wystąpienie może skutkować zmianą istotnych postanowień zawartej umowy w stosunku do treści wybranej oferty, w tym między innymi: „zaistnienie innej okoliczności prawnej, ekonomicznej lub technicznej skutkującej niemożliwością wykonania lub należytego wykonania umowy zgodnie z SIWZ”.

Wykonawca Mostostal Warszawa S.A. (dalej: „Mostostal”) posłużył się na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych doświadczeniem firm: Constructions Industrielles De La Mediterranee (dalej: „CNIM”) oraz LAB S.A.

Zobowiązanie CNIM załączone do oferty Mostostal zawiera sformułowanie: „Oddanie do dyspozycji następuje w oparciu o umowę, która przewiduje doradzanie, konsultowanie oraz uczestnictwo w realizacji zamówienia”.

Mostostal nie wykazał w ofercie żadnego własnego doświadczenia w celu potwierdzenia spełniania ww. warunku udziału w postępowaniu.

W postępowaniu brał udział także Rafako S.A., który na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia posłużył się doświadczeniem firmy Hitachi Zosen Inova AG. Wykonawca ten również nie wykazał w ofercie żadnego własnego doświadczenia.

W trakcie realizacji umowy Mostostal nie podpisał umowy z podwykonawcą CNIM, lecz wystosował do Inżyniera Kontraktu wnioski o zaakceptowanie nowego podwykonawcy – Rafako S.A. w zakresie projektu, dostawy, montażu i nadzoru nad rozruchem linii spalania odpadów (rusztu, kotła i systemu oczyszczania spalin).

W związku z tym, że powyższa zmiana podwykonawcy wiązała się z rozszerzeniem zakresu prac do podwykonania w stosunku do zakresu prac wskazanych pierwotnie w ofercie, Mostostal złożył wnioski o zmianę warunków umowy w trybie subklauzuli 13.1.3.7 Szczegółowych Warunków Kontraktu (zaistnienie innej okoliczności prawnej, ekonomicznej lub technicznej skutkującej niemożliwością wykonania lub nienależytego wykonania umowy zgodnie z SIWZ) poprzez rozszerzenie możliwości wykonania zamówienia siłami podwykonawców o następujące czynności: dostawa rusztu, montaż kotła, montaż instalacji podawania odpadów, montaż instalacji oczyszczania spalin, przy jednoczesnym i równoległym pozostawieniu w mocy możliwości wykonania zamówienia siłami podwykonawców w zakresie uprzednio wskazanym w ofercie wykonawcy.

W uzasadnieniu wniosku wykonawca podniósł, że prowadził negocjacje z wyselekcjonowanymi uprzednio podwykonawcami celem ustalenia z nimi ram współpracy (umów), które odpowiednio zabezpieczałyby interes prawny i ekonomiczny zamawiającego i wykonawcy. Rozmowy te w zakresie technologii podstawowej dla ZTUO nie doprowadziły do osiągnięcia przez wykonawcę pewności, że interesy te byłyby właściwie zabezpieczone w razie zawarcia umowy z CNIM, odstąpiono więc od planów zawarcia umowy z tym podmiotem. Mając na uwadze powyższe wykonawca poszukiwał alternatywnego podwykonawcy. Podwykonawca ten – Rafako S.A. – zgodził się na przyjęcie na siebie wszystkich ryzyk związanych z oferowaną przez niego technologią (w tym ryzyk związanych z gwarantowanymi parametrami eksploatacyjnymi) oraz zgodził się dokonać montażu tej technologii we własnym zakresie. Przejęcie ryzyk nie powoduje ograniczenia odpowiedzialności wykonawcy, a jedynie pojawienie się dodatkowego podmiotu, który gwarantuje zamawiającemu jakość i parametry eksploatacyjne technologii. Zdaniem

wykonawcy zmiana była dopuszczalna, bowiem już po zawarciu kontraktu zaistniała okoliczność prawna i techniczna skutkująca niemożliwością wykonania kontraktu zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia i ofertą wykonawcy (niemożność samodzielnego montażu technologii opisanej we wniosku i dostawy rusztu z uwagi na treść oferty podwykonawcy, który odmówił udzielenia gwarancji na parametry eksploatacyjne i jakość technologii, jeśli to nie on będzie wykonywał montaż technologii, w tym dostarczonego przez niego rusztu).

Zamawiający wyraził zgodę na zmianę podwykonawcy i rozszerzenie zakresu prac przeznaczonych do podwykonania i podpisał aneks do umowy, w którym do zakresu prac, jakie wykonawca może podzielić podwykonawcy, zostały dodane punkty wskazane powyżej. Ponadto Mostostal zwrócił się do zamawiającego z wnioskiem o zatwierdzenie firmy Hitachi Power Europe Service GmbH (dalej: „HPES”) jako podwykonawcy Rafako S.A. w zakresie zaprojektowania, dostawy i montażu rusztu dla ZTUO Szczecin. Zamawiający wyraził zgodę na powierzenie HPES części zamówienia w zakresie wskazanym we wniosku wykonawcy i zawarł kolejny aneks do umowy, w którym do zakresu prac, jakie wykonawca może podzielić podwykonawcy, został dodany punkt „montaż rusztu”.

W kolejnym wniosku o zmianę umowy Mostostal wniósł o rozszerzenie zakresu podwykonawstwa w stosunku do przewidzianego w treści oferty wykonawcy o zasadnicze roboty ogólnobudowlane. Zamawiający wyraził zgodę na rozszerzenie podwykonawstwa w powyższym zakresie i zawarł kolejny aneks do umowy. Powyższe roboty miały zostać wykonane przez Korporację Budowlaną DORACO Sp. z o.o.

W toku kontroli zamawiający wyjaśniał, że jego zdaniem Rafako S.A. wraz z HPES posiadają doświadczenie wystarczające do realizacji powierzonej im części zamówienia, a Hitachi Power Europe Services GmbH dysponuje tożsamym potencjałem technologicznym, jakim dysponowała spółka Hitachi Zosen Inowa AG, a z jakiego korzystać miała Rafako S.A.

Zamawiający stwierdził też, że nie wszystkie roboty wykonywane w ramach realizacji przedmiotu umowy wymagają referencji *stricte* odpowiadających przedmiotowi zamówienia. Zdaniem zamawiającego doświadczenie Rafako S.A. w zakresie realizacji bloków energetycznych, w tym w zakresie projektowania i wykonania kotłów opalanych paliwem stałym, a także przeznaczonych do termicznej utylizacji odpadów i biomasy oraz realizacji systemów oczyszczania spalin metodą moką, dają gwarancję należytego wykonania umowy. Rafako S.A. we współpracy z renomowanymi partnerami europejskimi oferuje kompletne instalacje do termicznej utylizacji odpadów komunalnych i posiada blisko dwudziestoletnie doświadczenie w dziedzinie kotłów przeznaczonych dla instalacji termicznego przekształcania odpadów komunalnych. Wskazał też, że nie ma przesłanek do żądania od potencjalnych podwykonawców Mostostalu udokumentowania doświadczenia w zakresie realizacji zakładów termicznego unieszkodliwiania odpadów komunalnych.

Co zaś do warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia, to po zakończeniu postępowania nie istnieje podstawa prawna do badania powyższej kwestii. Zgodnie z treścią umowy zamawiający przed wyrażeniem zgody na zatrudnienie podwykonawcy analizuje i weryfikuje zdolność podwykonawcy do realizacji tej części zamówienia, którą wykonawca zamierza mu powierzyć. Wniosek Mostostal i załączone do niego dokumenty dają rękojmię prawidłowej realizacji powierzonej części zamówienia, a sam podwykonawca w niniejszym zakresie posiada niezbędną wiedzę i doświadczenie. Ocena zdolności podwykonawcy do realizacji części zamówienia nie odbywa się na podstawie określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia kryteriów. Takie działanie stanowiłoby zbyt dużą ingerencją w autonomię wykonawcy co do sposobu realizacji zaciągniętego zobowiązania. Wykonawca jako w pełni profesjonalny podmiot ma prawo do ułożenia stosunku zobowiązaniowego z różnymi podwykonawcami według własnego uznania. To wykonawca daje rękojmię działania podwykonawców zgodnie z postanowieniami zawartej umowy. Żądanie od podwykonawców doświadczenia weryfikowalnego zgodnie z warunkami udziału w postępowaniu wpływa na konkurencyjność, a brak referencyjnych obiektów na terenie Polski powoduje konieczność angażowania podmiotów zagranicznych do realizacji umowy.

Zamawiający uzyskał oświadczenie Hitachi Power Europe Services GmbH o posiadaniu niezbędnej wiedzy i doświadczenia równoważnej z poziomem określonym w warunku udziału w postępowaniu oraz potwierdzające fakt, iż wykonawca w toku realizacji umowy korzystał z udostępnionego potencjału. Ze zobowiązania HPES na rzecz Rafako S.A. nie wynikało jednak wykonanie co najmniej jednych robót budowlanych, których przedmiotem było zaprojektowanie i wybudowanie instalacji oczyszczania spalin typu mokrego w zakładzie termicznego przekształcania odpadów komunalnych lub przemysłowych.

Zamawiający przedstawił też opinię, z której wynika, że Hitachi Zosen Inova, CNIM, Hitachi Power Services Europe i Rafako S.A. są jednymi z najbardziej liczących się podmiotów w zakresie przedmiotu zamówienia.

W toku kontroli zostało ustalone, że HPES jest podwykonawcą Rafako S.A. zgodnie z warunkami klauzuli 4.4 Warunków Szczególnych Kontraktu.

W związku z powyższym stanem faktycznym Prezes UZP wskazał, że przewidziana w art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych możliwość korzystania z zasobów podmiotów trzecich ma na celu umożliwienie ubiegania się o zamówienie wykonawcom, którzy sami nie spełniają warunków udziału w postępowaniu, ale mając rzeczywisty dostęp do zasobów współpracujących z nimi podmiotów trzecich, będą w stanie należycie wykonać zamówienie publiczne. Obowiązkiem zamawiającego jest dokonanie oceny zasobów udostępnionych przez podmiot trzeci pod kątem tego, czy będą wystarczające do należytego wykonania zamówienia przez wykonawcę, który nie posiada wymaganego doświadczenia.

Konsekwencją dokonania przez zamawiającego pozytywnej oceny zakresu i sposobu udostępnienia zasobów przez podmiot trzeci jest następnie faktyczne użyczenie tych zasobów wykonawcy na etapie realizacji zamówienia. Jeżeli zatem wykonawca nie posiada wymaganego doświadczenia, ale przewidział w ofercie korzystanie w tym zakresie z zasobów podmiotu trzeciego, to na etapie realizacji ten podmiot trzeci musi brać udział w realizacji zamówienia w sposób przewidziany w ofercie, np. w charakterze podwykonawcy. Brak udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia oznaczałoby pozorne udostępnienie zasobów na etapie postępowania i wykonywanie zamówienia przez wykonawcę, który nie posiada wymaganego doświadczenia.

Możliwość zmiany podmiotu trzeciego na etapie realizacji przedmiotu zamówienia obwarowana jest warunkami, tj. powinna być przewidziana na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zgodnie z art. 144 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Jednocześnie nowy podmiot powinien wykazywać spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie nie mniejszym niż podmiot dotychczasowy. Powyższą kwestię porusza m.in. orzeczenie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z 13 kwietnia 2010 r. w sprawie C-91/08, w którym Trybunał wskazał, że zmiana podwykonawcy może stanowić istotną zmianę umowy w sprawie zamówienia publicznego, w przypadku gdy wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu tylko dzięki podwykonawcy. Zmiana treści umowy koncesyjnej na usługi w czasie jej obowiązywania może być uznana za istotną, jeżeli wprowadza ona warunki, które, gdyby zostały wprowadzone w ramach pierwotnej procedury zawarcia umowy, umożliwiłyby dopuszczenie udziału innych oferentów niż ci, którzy zostali pierwotnie dopuszczeni lub umożliwiłyby dopuszczenie innej oferty niż ta, która została pierwotnie dopuszczona.

Zatem zmiana podwykonawcy, dzięki któremu wykonawca wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu, jest istotną zmianą umowy, dopuszczalną wyłącznie w sytuacji, gdy nowy podwykonawca spełnia te same warunki udziału w postępowaniu, które spełniał pierwotny podwykonawca – podmiot trzeci wskazany w ofercie i udostępniający zasoby wykonawcy. Tylko taka zmiana zapewnia bowiem wykonawcy dostęp do zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia i nie powoduje naruszenia uczciwej konkurencji w stosunku do innych wykonawców. Zatem nie sposób zgodzić się z twierdzeniem zamawiającego, że ocena spełniania warunków udziału przez danego wykonawcę powinna być dokonywana jednorazowo na etapie oceny złożonych ofert. Celem warunków udziału w postępowaniu jest wybór wykonawcy, który będzie w stanie należycie zrealizować zamówienie. Twierdzenie, że podmiot faktycznie realizujący zamówienie może mieć inne doświadczenie, a także dopuszczenie do wykonywania zamówienia podmiotu, który nie posiada wymaganych wiedzy i doświadczenia, podważa zasadność i prawidłowość stawiania warunku wiedzy i doświadczenia.

Przyjęcie odmiennego stanowiska powodowałoby iluzoryczność dokonywanej oceny spełniania warunków, tj. oderwanie tej czynności od jej celu, czyli niezakończonej realizacji danego zamówienia przez wybranego wykonawcę oraz stałoby w sprzeczności z zasadą zachowania uczciwej konkurencji.

Nie można zgodzić się z twierdzeniem, że brak jest podstawy upoważniającej do weryfikacji podwykonawcy pod kątem spełniania przez niego warunków udziału w postępowaniu na etapie realizacji zamówienia. Możliwość taka wynika z dokumentów postępowania – specyfikacji istotnych warunków zamówienia i Warunków Szczególnych Kontraktu, np. subklauzula 4.4. pkt d. Uprawnienie takie wynika też z regulacji art. 647<sup>1</sup> § 2-6 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którą do zawarcia umowy z podwykonawcą wymagana jest zgoda inwestora. Uregulowania te umożliwiają weryfikację podwykonawcy i jego potencjału na etapie realizacji zamówienia, w tym również weryfikację pod kątem spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Powyższa zasada została wprost uregulowana w art. 36b ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, który wszedł w życie 24 grudnia 2013 r. Przepis ten stanowi, że jeżeli zmiana albo rezygnacja z podwykonawcy dotyczy podmiotu, na którego zasoby wykonawca powoływał się na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b, wykonawca jest obowiązany wykazać zamawiającemu, iż wykonawca samodzielnie lub proponowany inny podwykonawca spełnia je w stopniu nie mniejszym niż wymagany w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia. Wprawdzie powyższy przepis nie obowiązywał w momencie wszczęcia przedmiotowego postępowania, lecz obowiązek weryfikacji podwykonawcy wynikał m. in. z zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Z treści oferty Mostostal wynika, że CNIM miał pełnić funkcję podwykonawcy, na co w szczególności wskazuje treść zobowiązania CNIM: „uczestnictwo w realizacji zamówienia”, a także treść korespondencji między zamawiającym a wykonawcą. Udział tego podmiotu w trakcie realizacji umowy miał zapewnić należyte wykonanie zamówienia, gdyż sam wykonawca nie posiadał wymaganego doświadczenia. Zatem zamawiający, wyrażając zgodę na zmianę podwykonawcy CNIM na Rafako S.A., zobowiązany był zbadać, czy nowy podwykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu dotyczące doświadczenia w zakresie nie mniejszym niż podmiot trzeci wskazany w ofercie. Natomiast z wyjaśnień i dokumentów przedstawionych przez zamawiającego nie wynika, aby Rafako S.A. spełniał ww. warunek. Zamawiający nie przedstawił też dokumentów na potwierdzenie informacji, że Hitachi Power Europe Services GmbH dysponuje tożsamym potencjałem technologicznym, jakim dysponowała spółka Hitachi Zosen Inova AG, a z jakiego korzystać miała spółka Rafako S.A. Dokumenty nie potwierdzają również, że HPES posiada doświadczenie wymagane przez zamawiającego. Referencje dotyczą bowiem wyłącznie technologii dla rozplanowania, wyprodukowania, dostawy, montażu oraz uruchomienia instalacji spalarni



odpadów oraz zaprojektowania i wykonania instalacji oczyszczania spalin, przy czym brak informacji, czy typu mokrego.

Poza tym pomiędzy wykonawcą Mostostal a HPES nie istnieje stosunek prawny pozwalający na uznanie, że wykonawca realnie dysponuje doświadczeniem ww. podmiotu. HPES łączy umowa o podwykonawstwo z Rafako S.A., brak jest zatem bezpośredniego stosunku z samym wykonawcą realizującym przedmiotowe zamówienie. Jak wynika natomiast z brzmienia art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych wykonawca zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia. Nie ulega zatem wątpliwości, że podmiot trzeci musi zobowiązać się do użyczenia swoich zasobów bezpośrednio na rzecz wykonawcy biorącego udział w postępowaniu, nie zaś na rzecz jakiegokolwiek innego podmiotu, który jest powiązany z wykonawcą.

Zdolność podwykonawcy do realizacji powierzonej mu części zamówienia nie jest tożsama ze spełnianiem warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia, pozwalających na prawidłową realizację całości przedmiotu zamówienia (w przedmiotowej sprawie wykonawca Mostostal nie wykazał żadnego własnego doświadczenia, zatem konieczne jest wykazanie spełniania całego warunku doświadczenia przez podwykonawcę/podwykonawców). Rafako S.A. i HPES realizują jedynie część przedmiotu zamówienia polegającą w głównej mierze na zaprojektowaniu i wykonaniu instalacji oczyszczania spalin, nie zaś na zaprojektowaniu i budowie kompletnego Zakładu Termicznego Unieszkodliwiania Odpadów. W związku z tym wykazywanie przez zamawiającego zdolności ww. podmiotów do realizacji powierzonej im części zamówienia jest niewystarczające do uznania, że posiadają one doświadczenie do realizacji całości przedmiotu zamówienia.

W konsekwencji nie można uznać, że po zmianie umowy polegającej na zmianie podwykonawcy CNIM na Rafako S.A. Mostostal w dalszym ciągu dysponuje potencjałem podmiotu trzeciego, który spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia, a tym samym nie można uznać, że sam wykonawca spełnia warunek doświadczenia. Oznacza to, że zmiana umowy w powyższym zakresie jest zmianą istotną, dotyczy bowiem warunków udziału w postępowaniu, które determinują krąg wykonawców mogących ubiegać się o udzielenie zamówienia, a tym samym mogą mieć wpływ na wynik postępowania. Zatem, gdyby na etapie postępowania wykonawca Mostostal posłużył się potencjałem HPES, zostałby wykluczony z postępowania i nie uzyskałby przedmiotowego zamówienia, co oznacza, że zmianie uległby wynik postępowania.

Stosownie do dyspozycji art. 144 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zakazuje się istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany. Zamawiający nie ma zatem możliwości dokonania zmiany najważniejszych elementów zamówienia, jeśli uprzednio nie dopuścił takiej możliwości w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz jeśli nie wskazał warunków, na jakich zmiany zostaną ewentualnie wprowadzone.

Z treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i Warunków Szczególnych Kontraktu nie wynika, aby zamawiający dopuścił jakąkolwiek możliwość zmiany w niniejszym zakresie, tj. zmianę podmiotu trzeciego pełniącego jednocześnie funkcję podwykonawcy. Wprawdzie w subklauzuli 4.4. lit. d) zostało wskazane, że zamawiający dopuszcza zmianę podwykonawcy na etapie realizacji umowy po uzyskaniu zgody Inżyniera Kontraktu, ale nie obejmuje to sytuacji zmiany podwykonawcy, który jednocześnie udostępniał swój potencjał wykonawcy w celu wykazania spełniania przez niego warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia. Niewątpliwie jest to sytuacja szczególna, która powinna zostać odrębnie przewidziana przez zamawiającego w treści ogłoszenia o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Nie można również uznać, że przedmiotowa zmiana została dokonana na podstawie punktu 34.4.7 specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz subklauzuli 13.1.3.7 Warunków Szczególnych Kontraktu, tj. z uwagi na „zaistnienie innej okoliczności prawnej, ekonomicznej lub technicznej skutkującej niemożliwością wykonania lub należytego wykonania umowy zgodnie z SIWZ”. Przyczyny odstąpienia od zawarcia umowy podwykonawstwa z CNIM przytoczone przez Mostostal wskazują, że niezawarcie umowy podwykonawstwa było bezpośrednim skutkiem braku ustalenia szczegółów współpracy w ramach realizacji przedmiotowego zamówienia na etapie składania oferty, a wraz z nią zobowiązania CNIM do udziału w realizacji zamówienia. Tym samym rezygnacja z podwykonawstwa CNIM jest okolicznością faktyczną, nie zaś prawną (wynikającą ze zmiany przepisów prawa), ekonomiczną lub techniczną.

Zatem zamawiający dokonał istotnej zmiany umowy poprzez dopuszczenie wykonania zamówienia przez wykonawcę i podwykonawcę nie spełniających warunków w zakresie doświadczenia opisanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Jednocześnie zmiana umowy dotyczy warunków udziału w postępowaniu, które wpływały na krąg wykonawców mogących ubiegać się o przedmiotowe zamówienie. Ponadto zamawiający nie przewidział tego rodzaju zmiany umowy w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz nie opisał warunków takiej zmiany. W związku z tym,

wprowadzenie przedmiotowej zmiany do umowy, tj. zastąpienie podwykonawcy CNIM podwykonawcą Rafako S.A., stanowi naruszenie art. 144 ust. 1 i art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający nie zgodził się ze stanowiskiem Prezesa UZP i złożył zastrzeżenia do wyników kontroli. Wskazał, że nie jest prawdą, iż wykonawca Mostostal Warszawa S.A. złożył wniosek w celu zmiany podwykonawcy Constructions Industrielles De La Mediterranee na podwykonawcę Rafako S.A., a zamawiający wyraził zgodę na zmianę podwykonawcy. CNIM nie pełnił roli podwykonawcy. Mostostal złożył do zamawiającego wniosek o zaakceptowanie CNIM jako podwykonawcy, jednakże został on przed jego rozpatrzeniem przez Inżyniera Kontraktu oraz zamawiającego wycofany. W świetle powyższego błędne jest także ustalenie, że zamawiający udzielił zgody na zmianę podwykonawcy.

Nie jest prawdą, że Hitachi Power Europe Service GmbH nie udostępniła zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia bezpośrednio na rzecz Mostostal. Wynika to z oświadczenia HPES (jest ono skierowane do Mostostalu, a nie Rafako S.A.) i z oświadczenia Mostostalu. Tym samym Mostostal jako generalny wykonawca dysponuje wiedzą i doświadczeniem posiadanym przez HPES.

Nie jest prawdą, że referencje przedstawione przez HPES dotyczą wyłącznie zaprojektowania i wykonania instalacji oczyszczania spalin. Z referencji tych wynika, że HPES posiada wymagane doświadczenie, jako że dokonała między innymi dwóch kompleksowych modernizacji instalacji w Bremen. Prezes UZP bezpodstawnie przyjął, że sformułowanie „linia” odnosi się wyłącznie do instalacji oczyszczania spalin, podczas gdy obejmuje ono kompletny zakres wykonawczy poszczególnych linii Spalarni Odpadów w Bremen. Powyższe należy traktować jako łączne spełnienie warunku posiadania wiedzy i doświadczenia w zakresie kompleksowej przebudowy zakładu termicznego przekształcania stałych odpadów komunalnych.

Prezes UZP błędnie założył, że CNIM miał pełnić rolę podwykonawcy. Tymczasem CNIM w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego występował w roli innego podmiotu oddającego do dyspozycji wykonawcy swoje zasoby w rozumieniu art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych. Jak wskazuje art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych nie ma znaczenia charakter prawny stosunku łączącego wykonawcę i inny podmiot i nie ma podstaw do twierdzenia, że udostępnienie zasobów oznacza w sposób automatyczny konieczność wystąpienia tego podmiotu w charakterze podwykonawcy. Część oświadczenia CNIM mówiąca o „umowie”, „doradztwie”, czy bliżej niedoprecyzowanym „uczestnictwie w realizacji zamówienia” nie jest wymagana przez ustawę Prawo zamówień publicznych i nie może stanowić podstawy do twierdzenia, że CNIM musiał być podwykonawcą. Udział innego podmiotu w wykonaniu zamówienia nie

musi polegać jednak wyłącznie na podwykonawstwie, lecz może nastąpić w każdej dozwolonej przez prawo formie.

Oferta złożona przez Mostostal wskazywała zakres przeznaczony do powierzenia podwykonawcom, jednakże nie wymieniała nazw tych podwykonawców, w szczególności nie wskazywała jako podwykonawcy CNIM.

Zamawiający zbadał zakres zobowiązania do udostępnienia zasobów i stwierdził, że udostępnienie wiedzy i doświadczenia polegać będzie na faktycznym udziale CNIM w postępowaniu, a tym samym wykonawca spełnił warunki udziału w postępowaniu.

CNIM faktycznie brał udział w realizacji zamówienia. Przejawem tego jest udział przedstawiciela CNIM w spotkaniach kontraktowych, a przedstawiciele CNIM opracowali koncepcję architektoniczną ZTUO. Jednocześnie osoby te nie były związane bezpośrednio żadnym węzłem zobowiązaniowym z zamawiającym ani z Mostostalem, Rafako S.A. czy HPES, co pozwala domniemywać, że wszelkie czynności wykonywane były na rzecz CNIM, a tym samym CNIM faktycznie brał i bierze udział w realizacji zamówienia. Zobowiązanie CNIM nie wskazywało dokładnie zakresu, w jakim CNIM miał brać udział w realizacji zamówienia, tym samym nie można przyjąć, aby z treści oferty Mostostalu wynikało, że CNIM miał być np. wykonawcą rusztu.

CNIM jest podmiotem biorącym udział w wykonywaniu zamówienia, tym samym zobowiązania CNIM wobec Mostostalu wynikające z oświadczenia o udostępnieniu, jak również zobowiązania Mostostalu wobec zamawiającego wynikające ze złożonej oferty, w której posłużył się on potencjałem podmiotu trzeciego, są wykonywane. Zamawiający nie ma wpływu na stopień, w jaki CNIM faktycznie zaangażowany będzie przy realizacji zamówienia. Zamawiający nie ma podstaw prawnych do żądania zwiększenia udziału CNIM w wykonywaniu zamówienia. Ani CNIM, ani Mostostal nie poinformowały zamawiającego o wycofaniu oświadczenia o udostępnieniu zasobów. Tym samym oświadczenie to nadal wywołuje skutki prawne.

Udział CNIM w charakterze innego podmiotu uczestniczącego w wykonywaniu zamówienia ze względu na udostępnienie zasobów nie wyłącza udziału w wykonywaniu zamówienia innych podmiotów, w tym również w charakterze podwykonawcy. Oferta Mostostal nie zawierała szczegółowego zakresu, w którego wykonywaniu brać miał udział CNIM.

Powierzenie przez Mostostal wykonania części robót podwykonawcy Rafako S.A. nie wymagało zmiany umowy ani zmiany zakresu świadczenia wykonawcy w stosunku do jego zobowiązania zawartego w ofercie. W związku ze stanowiskiem Rafako S.A. dotyczącym odpowiedzialności za wykonanie części przedmiotu zamówienia, zamawiający podjął decyzję o umożliwieniu powierzenia Rafako S.A. wykonania także innych części zamówienia niż wskazane przez Mostostal w ofercie jako przeznaczone do powierzenia podwykonawcom. Zmiana umowy w tym zakresie nie miała bezpośredniego wpływu na zakres czynności

wykonywanych przez CNIM w ramach realizacji zamówienia. Niezależnie od zmiany umowy możliwe było powierzenie przez Mostostal wykonania części przedmiotu zamówienia Rafako. Zmiana zakresu powodowała wyłącznie rozszerzenie zakresu odpowiedzialności z tytułu niewłaściwego wykonania przedmiotu umowy na kolejne podmioty.

Udział CNIM w realizacji zamówienia nie stoi na przeszkodzie wzięciu udziału w realizacji zamówienia przez inne podmioty, w tym także w charakterze podwykonawców, także w zakresie, w którym gotowość do udziału w wykonywaniu zamówienia zgłosił CNIM.

Informacja wskazuje, że zmiana podmiotu trzeciego na etapie realizacji przedmiotu zamówienia obwarowana jest pewnymi warunkami, tj. powinna być przewidziana na etapie postępowania o udzielenie zamówienia, zgodnie z art. 144 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. W ocenie zamawiającego kluczowy jest art. 140 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, który wskazuje, że zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie. Przedmiotowy przepis mówi o zakresie świadczenia wykonawcy, którym jest budowa zakładu termicznego unieszkodliwiania odpadów, a nie sposobie wykonania świadczenia, który jest odrębny od zakresu.

Stosunek zobowiązaniowy pomiędzy Mostostal a CNIM, powstały w wyniku złożenia oświadczenia o udostępnieniu zasobów, nie tworzy automatycznie stosunku zobowiązaniowego pomiędzy CNIM a zamawiającym. Zamawiający nie ma podstaw do żądania faktycznego udziału CNIM, w szczególności do żądania zawarcia umowy o podwykonawstwo, a CNIM nie ma roszczenia do zamawiającego o udział w postępowaniu. Nawet w przypadku wskazania w zobowiązaniu, że podmiot miałby działać w charakterze podwykonawcy i późniejszego braku wykorzystania podwykonawstwa przy realizacji zamówienia, zamawiający nie ma środków prawnych pozwalających na przymuszenie wykonawcy do realizacji zamówienia przy udziale tego podwykonawcy. Wykorzystanie potencjału podmiotu trzeciego na etapie składania oferty ma wyłącznie charakter zamiaru, który wykonawca może, ale nie musi zrealizować, jeżeli dojdzie do wniosku, że sam jest w stanie wykonać zamówienie. Ustawodawca nie nałożył obowiązku zawarcia umowy pomiędzy wykonawcą a podmiotem udostępniającym zasoby w trybie art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych.

Nieuzasadniony jest również pogląd Prezesa UZP dotyczący istnienia po stronie zamawiającego obowiązku badania, czy podwykonawca Rafako S.A. spełnia warunki udziału w postępowaniu, jakie spełniał podmiot trzeci wskazany w ofercie i udostępniający zasoby wykonawcy. Obowiązujące przepisy nie zawierają żadnej podstawy dla ponownego badania spełniania przez podmioty zaangażowane w wykonanie zamówienia warunków uczestnictwa w postępowaniu. Wywody na temat celu postępowania i związanego z nim obowiązku zamawiającego mają charakter postulatów związanych z dostrzeżoną luką prawną. Jej istnienie potwierdza użyty przez Prezesa UZP argument dotyczący wprowadzenia przez

ustawodawcę nowego uregulowania w art. 36b ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, który nie obowiązywał w momencie zatwierdzenia przez zamawiającego zatrudnienia podwykonawców. Jego wprowadzenie pozwala twierdzić, że przed wejściem w życie ustawy z dnia 8 listopada 2013 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych, nie istniały ograniczenia wskazane w omawianym przepisie.

Nie można zgodzić się także z poglądem, że prawo weryfikacji należy wywieść z art. 647<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego. Przepis ten nie zawiera wzmianki o możliwości weryfikacji podwykonawcy i jego potencjału na etapie realizacji zamówienia. Geneza i *ratio legis* art. 647<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego wskazują, że nie mają one żadnego związku z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, lecz solidarnej odpowiedzialności inwestora i wykonawcy za zobowiązania wykonawcy w stosunku do podwykonawców. Odmowa udzielenia zgody w rozumieniu art. 647<sup>1</sup> § 2 Kodeksu cywilnego nie wywołałaby innego skutku niż uchylenie odpowiedzialności solidarnej inwestora za zapłatę wynagrodzenia należnego podwykonawcy.

Warunki ewentualnej zmiany podwykonawcy w sposób wiążący dla stron określa wyłącznie sam kontrakt (klauzula 4.4.), która wskazuje na obowiązek przedstawienia zamawiającemu wniosku wykonawcy, przedstawiającego część zamówienia, którego wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcy wraz ze wskazaniem zdolności podwykonawcy do jej wykonania.

Powierzenie przez zamawiającego prac podwykonawcom nastąpiło w wyniku pozytywnego rozpatrzenia przez zamawiającego i Inżyniera Kontraktu odpowiednich wniosków wykonawcy oraz weryfikacja zdolności tych podwykonawców do wykonania powierzonych im prac. Wykonawcy zatwierdzeni przez zamawiającego posiadają zdolność do wykonania prac, co nie jest podważane przez Prezesa UZP.

Podwykonawca Rafako działając wraz z HPES także zapewnia Mostostalowi spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia. Referencje nie są dokumentem potwierdzającym zakres wykonanych robót budowlanych, a dokumentem potwierdzającym, że usługi zostały wykonane należycie. Brak jest podstaw, aby referencje potwierdzały zakres robót budowlanych wykonywanych przez HPES. Dodatkowym potwierdzeniem spełniania warunków udziału w postępowaniu były opinie obu biegłych wydane w toku postępowania, które jednoznacznie stwierdzały, że Mostostal, nawet w przypadku nieposłużenia się potencjałem CNIM, spełnia warunki udziału w postępowaniu. HPES wykazało posiadanie wiedzy i doświadczenia wykazem wykonanych robót, a referencjami potwierdziło ich należyte wykonanie. Jednocześnie zasób w postaci wiedzy i doświadczenia został udostępniony na rzecz Mostostalu.

Na podstawie punktu 34.4.7 specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz subklauzuli 13.1.3.7. Warunków Szczególnych Kontraktu dokonanie zmian w umowie możliwe jest z uwagi na „zaistnienie innej okoliczności prawnej, ekonomicznej lub technicznej skutkującej

niemożliwością wykonania lub należytego wykonania umowy zgodnie z SIWZ". Podstawową okolicznością ekonomiczną był brak porozumienia pomiędzy CNIM a Mostostalem, między innymi z przyczyn ekonomicznych. Ponadto jako okoliczność ekonomiczną można wskazać kryzys panujący na rynku budowlanym, który znacznie pogłębił się pomiędzy momentem złożenia oferty przez wykonawcę, a momentem złożenia wniosku o zmianę umowy. Fakt istnienia kryzysu jest powszechnie znany i zamawiający nie potrzebował dodatkowych dokumentów na potwierdzenie tego faktu. Z dokumentów złożonych przez Mostostal wynika, że z przyczyn ekonomicznych Mostostal nie jest w stanie kontynuować samodzielnego wykonania zamówienia, co groziłoby zamawiającemu utratą dofinansowania i zagrażałoby realizacji inwestycji.

Autorem kontraktu i podmiotem dokonującym jego interpretacji jest zamawiający, który stwierdził, że zaszły obiektywne przesłanki do zmiany kontraktu.

Tym samym zmiany kontraktu zostały przez zamawiającego dokonane bez naruszenia przepisu art. 144 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Powyższa argumentacja nie przekonała Prezesa UZP, który, w związku z nieuwzględnieniem zastrzeżeń, przekazał je do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

**Po zapoznaniu się ze stanem faktycznym wynikającym z przekazanej jej dokumentacji kontroli oraz z uzasadnieniem stanowisk Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych i zamawiającego, Izba stwierdziła, że zastrzeżenia zasługują na uwzględnienie.**

Na wstępie Izba stwierdza, że co do zasady zgadza się ze stanowiskiem Prezesa UZP przedstawionym w informacji o wyniku kontroli. Jeżeli wykonawca, w oparciu o art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych, korzysta z potencjału innego podmiotu powołując się na jego wiedzę i doświadczenie, podmiot ten powinien zostać podwykonawcą robót budowlanych w zakresie, w jakim to doświadczenie było powoływane i w jakim odnosiło się do planowanego zakresu robót będących przedmiotem zamówienia. W przypadku konieczności wymiany w trakcie realizacji umowy tego podmiotu na innego podwykonawcę, nowy podmiot również powinien wykazać się tym samym poziomem kompetencji (wiedzy i doświadczenia), który był wymagany. Co więcej, wykonawca nie posiadający własnej wiedzy i doświadczenia nie może wykonywać przedmiotu zamówienia samodzielnie, z pominięciem podwykonawstwa takiego podmiotu, gdyż po pierwsze zamówienie byłoby realizowane przez podmiot niedoświadczony, a po drugie – powodowałoby to obejście przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych o kwalifikacji wykonawców (spełnianiu

warunków udziału w postępowaniu) powodujące udzielenie zamówienia wykonawcy, który w sposób oczywisty nie spełnia postawionych warunków. Należy przyznać rację Prezesowi UZP, że jest to zaprzeczenie podstawowej zasady udzielania zamówień publicznych, czyli zachowania uczciwej konkurencji.

Również wybór innych podwykonawców innych niż podmioty, których potencjał służył spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, powinien dotyczyć podmiotów kompetentnych i gwarantujących należyte wykonanie zamówienia.

Stanowisko to jednak wskazuje na stan, jaki powinien istnieć i powinno być prezentowane przez Prezesa UZP w kategorię sposób od roku 2009, kiedy to wprowadzono zmiany do ustawy Prawo zamówień publicznych w zakresie art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych, a w zakresie pozostałych podwykonawców wręcz od roku 1994.

Zamawiający tymczasem wskazuje na stan, który istniał realnie w trakcie trwania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i realizacji umowy, a częściowo wciąż istnieje.

Należy bowiem przypomnieć, że zamawiający wszczął postępowanie w sierpniu 2011 r., a umowę zawarł w lipcu 2012 r., a więc w okresie, w którym można było zaobserwować największy leseferyzm w zakresie korzystania z potencjałów innych podmiotów.

Tym samym późniejsze definitywne poglądy Prezesa UZP, wyrażane w roku 2014, nie mogą, zdaniem Izby, powodować wstecznych negatywnych skutków dla zamawiającego i wybranego wykonawcy.

Co do uczestnictwa w realizacji zamówienia podmiotu „użyczającego” swoją wiedzę i doświadczenie dla celów spełnienia warunków udziału w postępowaniu, czyli CNIM, należy przede wszystkim zwrócić uwagę, że CNIM w swoim zobowiązaniu w ogóle nie deklarował zamiaru zostania podwykonawcą. Jak wskazano w protokole kontroli (str. 12) zobowiązanie CNIM zawiera sformułowanie: „Oddanie do dyspozycji następuje w oparciu o umowę, która przewiduje doradzanie, konsultowanie oraz uczestnictwo w realizacji zamówienia”. Doradzanie i konsultowanie w oczywisty sposób nie oznacza podwykonawstwa, a enigmatyczne „uczestnictwo w realizacji zamówienia” jest eufemizmem oznaczającym, że podmiot ten w istocie nie będzie podwykonawcą. Jak wskazuje praktyka, jeśli wykonawca i podmiot trzeci zakładają jego udział w realizacji zamówienia jako podwykonawcy, dają temu wyraz, wprost używając w zobowiązaniu określenia „jako podwykonawca”.

Zatem pogląd Prezesa UZP o konieczności udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia jako podwykonawca powinien zaczynać się już od samego powyższego zobowiązania. Tymczasem Prezes w ogóle zobowiązania nie zakwestionował uznając, że deklaracja „udziału w realizacji zamówienia” wystarczy.



Prezes UZP wskazał też, że jeśli wykonawca nie posiada wymaganego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia doświadczenia, podmiot trzeci musi brać udział w realizacji zamówienia w sposób przewidziany w ofercie, np. w charakterze podwykonawcy (str. 44 protokołu). Zatem według Prezesa udział podmiotu trzeciego jako podwykonawcy jest jedynie przykładowy i w ofercie można zadeklarować inny rodzaj uczestnictwa.

Jak wskazywał zamawiający, CNIM rzeczywiście brało ów niesprecyzowany „udział w realizacji”, o którym była mowa w zobowiązaniu (udział w spotkaniach itd.), a więc prawdopodobnie rzeczywiście głównie w postaci doradztwa.

Tym samym podmioty, które są rzeczywistymi podwykonawcami czy podwykonawcami podwykonawców (Rafako, HPES, Doraco) w bardziej realny sposób uczestniczą w wykonaniu zamówienia na rzecz zamawiającego niż podmiot, który złożył taką deklarację (zobowiązanie do oferty). Poza tym są one powiązane z zamawiającym nie jedynie oświadczeniem („zobowiązaniem”), lecz umową o podwykonawstwo, która, nawet jeśli nie jest zawierana bezpośrednio z zamawiającym, ma większe praktyczne znaczenie dla wzajemnych stosunków niż jedynie owo „zobowiązanie”.

Tu Izba zwraca uwagę, iż również z faktu przyjęcia przez zamawiającego zobowiązania takiej treści nie można czynić zamawiającemu zarzutu, gdyż w roku 2011 i 2012 w dużej mierze był propagowany pogląd, że wykonawcy mogą w taki sposób (tj. poprzez doradztwo i konsultacje) wykazywać dysponowanie wiedzą i doświadczeniem, i to nawet przy robotach budowlanych.

Co do udziału w realizacji zamówienia innych podwykonawców niż podmioty użyczające swoją wiedzę i doświadczenie, to również jest to możliwe. Im większy stopień skomplikowania robót budowlanych, tym więcej podwykonawców oraz podwykonawców podwykonawców może się pojawić, nawet jeśli deklarowany podmiot trzeci zostanie podwykonawcą w zakresie, w którym wykazywał wiedzę i doświadczenie.

Co więcej, przy poglądzie, że podmiot trzeci nie musi być podwykonawcą, lecz „doradcą i konsultantem”, jakiś podwykonawca przy realizacji kontraktu musi się pojawić, gdyż ktoś umowę musi faktycznie wykonać.

Słuszna jest idea sprawdzania kwalifikacji podwykonawcy do realizacji zamówienia, ale wymóg ich posiadania oraz zastrzeżenie ich sprawdzenia przez zamawiającego powinny być przewidziane w umowie. Owszem, przepisy art. 647<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego mówią o przedstawieniu inwestorowi umowy z podwykonawcą lub jej projektu i zgodzie inwestora na jej zawarcie, ale rzeczywiście nie są one na tyle jednoznaczne, by wynikało z nich, kiedy inwestor może nie zaakceptować osoby podwykonawcy. Zresztą i tak nie zmieniają faktu, że konieczne są odpowiednie postanowienia umowne.

Zamawiający, bardzo słusznie, przewidział w umowie procedurę akceptacji podwykonawcy, jak też jego zmiany w trakcie realizacji zamówienia (subklauzula 4.4 Warunków Szczególnych Kontraktu). Jak wynika z wyjaśnień zamawiającego, badał on kwalifikacje podwykonawców i uznał je za zadowalające, niezależnie od tego, czy pokrywały się z warunkami udziału w postępowaniu, czy też nie.

Należy też zwrócić uwagę, że subklauzula 4.4 nie odróżnia procedury akceptacji podwykonawcy będącego podmiotem „użyczającym” wiedzę i doświadczenie od „zwykłego” podwykonawcy.

W zamówieniach publicznych nie ma też – i nie było w latach 2011-2013 ani wcześniej – praktyki sprawdzania, czy akceptowany podwykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu. Co więcej – jeżeli jest podwykonawcą w innym zakresie niż warunek lub w stosunku do wycinka robót mniejszego niż wymagane doświadczenie, może się to okazać zupełnie nietrafione, a podmiot, który mógłby wykazać się wymaganym w postępowaniu potencjałem, dzięki któremu mógłby udźwignąć realizację kontraktu, prawdopodobnie nie zostałby podwykonawcą części robót, lecz ubiegał się o status wykonawcy.

Co do zmiany umowy w odniesieniu do zakresu podwykonawstwa, to zamawiający nie ograniczył w specyfikacji istotnych warunków zamówienia możliwości skorzystania z podwykonawstwa. Zatem nie zachodzą tu przesłanki do stwierdzenia, że zakres ten był istotny dla udziału wykonawcy w postępowaniu czy wyboru oferty najkorzystniejszej, a tym samym zmiana umowy była istotna – analogicznie jak w przywołanym orzeczeniu Trybunału. Poza tym zamawiający w umowie (subklauzula 13.1) przewidział możliwość zmiany zakresu podwykonawstwa. Samo określenie, że nastąpi to z przyczyn ekonomicznych, prawnych lub technologicznych jest na tyle pojemne, że można zakwalifikować tu wiele stanów faktycznych. Zamawiający wskazał na przyczyny ekonomiczne, jednak również przyczyny „prawne” to nie tylko zmiana przepisów, ale choćby utrata wymaganych uprawnień, stan upadłości, a prawdopodobnie nawet brak porozumienia stron co do postanowień umowy, a zatem i zgody co do jej zawarcia. Niezrozumiałe jest wykluczenie przez Prezesa UZP możliwości powoływania się na okoliczności faktyczne – wspomniane w subklauzuli 13.1 przyczyny ekonomiczne, prawne lub technologiczne to nic innego jak przyczyny faktyczne o charakterze ekonomicznym, technologicznym czy prawnym, zresztą *notabene* wskazana jako przykład zmiana prawa też jest faktem, który by zaistniał.

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza wyraziła opinię jak na wstępie.

**Przewodniczący:**

*Pał*

**Członkowie:**

*Nowak*

*Roż*



**Na oryginale właściwe podpisy.  
Za zgodność**

**PREZES**  
**Krajowej Izby Odwoławczej**

*[Signature]*  
Fawczi 1001.m