

Wojciech Szydło

Uniwersytet Wrocławski
e-mail: wojciech.szydło@uwr.edu.pl
ORCID: 0000-0003-3987-9318

PRAWNE PODSTAWY WYKORZYSTANIA PRZEZ WYKONAWCĘ REALIZUJĄCEGO ZAMÓWIENIE PUBLICZNE W ZAKRESIE ROBÓT BUDOWLANYCH I USŁUG ZDOLNOŚCI W POSTACI WYKSZTAŁCENIA, KWALIFIKACJI ZAWODOWYCH LUB DOŚWIADCZENIA INNEGO PODMIOTU. UWAGI NA TEMAT ART. 22A UST. 4 PZP*

LEGAL BASES FOR THE USE BY CONTRACTORS REALIZING PUBLIC ORDERS IN THE SCOPE OF CONSTRUCTION WORKS AND SERVICES OF THEIR CAPACITIES IN THE FORM OF EDUCATION, PROFESSIONAL QUALIFICATION OR EXPERIENCE OF ANOTHER ENTITY. COMMENTS REGARDING ARTICLE 22A (4) OF PUBLIC PROCUREMENT LAW

DOI: 10.15611/pn.2018.540.05
JEL Classification: K23

Streszczenie: Jednym z warunków udziału wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ustalonych przez zamawiającego może być jego zdolność zawodowa, odzwierciedlająca poziom wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy, umożliwiająca realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości. Wykonawca może wówczas polegać na swoim własnym wykształceniu, własnych kwalifikacjach zawodowych lub własnym doświadczeniu, ale może także polegać na wykształceniu, kwalifikacjach zawodowych lub doświadczeniu innych podmiotów. W artykule dokonano analizy art. 22a ust. 4 Prawa zamówień publicznych, który określa zasady opierania się przez wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w przedmiocie robót budowlanych

* Artykuł powstał w ramach projektu badawczego SONATA BIS finansowanego ze środków Narodowego Centrum Nauki, na podstawie decyzji nr DEC-2014/14/E/HS5/00845, umowa nr UMO-2014/14/E/HS5/00845.

lub usług na wykształceniu, kwalifikacjach zawodowych lub doświadczeniu innego podmiotu oraz zasady późniejszego powierzenia przez wykonawcę realizacji zamówienia publicznego temu innemu podmiotowi.

Słowa kluczowe: prawo zamówień publicznych, roboty budowlane i usługi, zamówienie publiczne.

Summary: One of the conditions of participation of contractors in a procedure for granting public order, established by an ordering party, may be their professional capacity, reflecting their level of education, professional qualifications or experience, enabling the realization of an order on the acceptable quality level. Contractors may then rely on their own education, professional qualifications or experience, but they may also rely on the education, professional qualifications or experience of other entities. The article presents an analysis of Article 22a (4) of Public Procurement Law, which specifies the principles of relying by contractors in proceedings for granting public orders in the scope of construction works and services on education, professional qualifications or experience of another entity and principles of subsequent entrustment by contractors of the execution of public orders.

Keywords: Public Procurement Law, construction works and services, public order.

1. Wstęp

Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych¹ (dalej: Pzp) normują ogólne warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp stanowi, że o udzielenie zamówienia publicznego mogą się ubiegać wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu. Te postawione przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć przede wszystkim zdolności technicznej lub zawodowej wykonawcy (por. art. 22 ust. 1b pkt 3 Pzp), zawierając określenie minimalnych warunków w zakresie wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiających jego realizację na odpowiednim poziomie jakości (por. art. 22d ust. 1 Pzp). Wśród istotnych warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający może zatem ustalić warunki dotyczące na przykład zdolności zawodowej wykonawcy, w których określi minimalne oczekiwania w zakresie wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości. Wykazując czy też potwierdzając spełnienie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, wykonawca może polegać na swoim własnym wykształceniu, własnych kwalifikacjach zawodowych lub własnym doświadczeniu bądź też może polegać na wykształceniu, kwalifikacjach zawodowych lub doświadczeniu innych

¹ Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r., tekst jedn. Dz. U. z 2018, poz. 1986 ze zm.

podmiotów. W sposób niebudzący wątpliwości wynika to z art. 22a ust. 1 Pzp, który stanowi, że „Wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych”. Dodatkowo art. 22a ust. 4 Pzp przesądza, że „W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane”.

Wykonawca, który przy wykonywaniu zamówienia publicznego będzie chciał polegać na zdolnościach innych podmiotów, musi wykazać fakt spełniania warunków udziału w postępowaniu, w tym – w sposób niebudzący wątpliwości – wykazać, że będzie mógł polegać na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów. Ma udowodnić zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, szczególnie przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia (por. art. 22a ust. 2 Pzp). Z kolei na zamawiającym spoczywa obowiązek weryfikacji zdolności lub sytuacji tych innych podmiotów. Zamawiający powinien zatem dokonać oceny, czy udostępniane wykonawcy przez inne podmioty zdolności techniczne lub zawodowe albo ich sytuacja finansowa lub ekonomiczna pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu, oraz dodatkowo zbadać, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13-22 i ust. 5 (por. art. 22a ust. 3 Pzp). W sytuacji gdyby zdolności techniczne lub zawodowe albo sytuacja ekonomiczna lub finansowa innego podmiotu, na którego zasobach wykonawca polegał, nie potwierdzały spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodziły wobec tych innych podmiotów podstawy wykluczenia, zamawiający powinien zażądać, aby wykonawca w terminie przez niego określonym zastąpił ten inny podmiot jeszcze innym podmiotem lub podmiotami albo zobowiązał się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia, jeżeli wykaże zdolności techniczne lub zawodowe albo sytuację finansową lub ekonomiczną, które są wymagane przez zamawiającego jako warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (por. art. 22a ust. 6 Pzp).

2. Wykładnia przepisu art. 22a ust. 4 Pzp

Powołany powyżej art. 22a ust. 4 Pzp przesądza, że „W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane”. Zakres zastosowania tego przepisu jest węższy od zakresu zastosowania wspomniana-

nych przepisów art. 22a ust. 1, 2, 3 i 6 Pzp, dotyczących przecież wykorzystania przez wykonawcę zasobów innych podmiotów, w celu wykazania posiadania przez wykonawcę wszelkiego rodzaju zdolności technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej, jakie mogą być wymagane przez zamawiającego jako warunek udziału w postępowaniu. Przepis art. 22a ust. 4 Pzp dotyczy bowiem polegania przez wykonawcę na zdolnościach innych podmiotów w zakresie spełniania przez te inne podmioty wyłącznie pewnych, dokładnie określonych warunków udziału w postępowaniu, takich jak posiadanie przez nich odpowiedniego wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia. Obejmuje on zatem wyłącznie niektóre tylko warunki dotyczące zdolności technicznych lub zawodowych, o których jest mowa w art. 22a ust. 1, 2, 3 i 6 Pzp oraz nie obejmuje w ogóle warunków dotyczących sytuacji finansowej lub ekonomicznej.

Należy przyjąć, że jeżeli wykonawca wykazuje spełnianie warunku udziału w postępowaniu w postaci posiadania określonego wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, polegając na zdolnościach innego podmiotu (lub podmiotów), to zgodnie z art. 22a ust. 4 Pzp wystarczające będzie zrealizowanie przez ów inny podmiot przynajmniej części robót budowlanych lub usług, do realizacji których te zdolności są wymagane. Przepis art. 22a ust. 4 Pzp nie uzależnia bowiem prawnej dopuszczalności powoływania się przez wykonawcę na wzmiankowane zdolności (tj. wykształcenie, kwalifikacje zawodowe lub doświadczenie) innego podmiotu od tego, by ten inny podmiot wykonał w całości roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. Możliwe będzie zrealizowanie przez ów trzeci podmiot także jedynie części robót budowlanych lub usług, do realizacji których te zdolności są wymagane.

Taki wniosek interpretacyjny wynika w pierwszej kolejności z analizy językowej przepisu art. 22a ust. 4 Pzp. Stanowi on, że wykonawca przy wykazywaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu może polegać na zdolnościach innych podmiotów, „jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane”. Przyjmuje się, że wśród reguł znaczeniowych wykładni językowej² podstawową rolę odgrywa reguła stanowiąca, iż znaczenie przepisu należy ustalać, opierając się na tym, jakie użyte w danym przepisie wyrażenia i słowa mają znaczenie w języku potocznym³. W języku potocznym wyraz „zrealizować” oznacza „urzeczywistnić coś”, „ziścić”, „spełnić”, „wykonać”, „wprowadzić w życie”⁴. To, że inne podmioty „zrealizują roboty budowlane lub

² Zob. szerzej L. Morawski, *Zasady wykładni prawa*, Toruń 2010, s. 97-98 i 103; T. Widła, D. Zienkiewicz, *Logika*, Warszawa 2018, s. 14; postanowienie SN z dnia 2 grudnia 2004 r., III KK 112/04, dostępne na stronie: <http://www.sn.pl/sites/orzecznictwo/orzeczenia/iii%20kk%20112-04.pdf>, s. 4-5.

³ Zob. szerzej J. Wróblewski, *Sądowe stosowanie prawa*, Warszawa 1988, s. 130; W. Lang, J. Wróblewski, S. Zawadzki, *Teoria państwa i prawa*, Warszawa 1979, s. 400.

⁴ *Słownik języka polskiego*, red. W. Doroszewski, t. 1-11, Warszawa 1996-1997, przedruk elektroniczny, hasło „zrealizować” dostępne na stronie: <https://sjp.pwn.pl/doroszewski/zrealizowac;5531422.html>.

usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane”, oznacza, że te inne podmioty, na których potencjale lub zdolnościach w postaci wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawca chce polegać, muszą doprowadzić do wykonania tych robót budowlanych lub usług, dla wykonania których zamawiający wymaga posiadania określonych zdolności. Musi zatem nastąpić zapewnienie, że to inne podmioty urzeczywistnią dane roboty budowlane lub usługi, by wykonawca mógł polegać na zasobach tych innych podmiotów. Przy czym art. 22a ust. 4 Pzp nie zawiera wymogu, by owe inne podmioty zrealizowały roboty budowlane lub usługi, dla których realizowania zamawiający ustanowił wymóg posiadania stosownych zdolności, w całości, w pełnym zakresie i na zasadzie wyłączności. Gdyby wolą ustawodawcy była realizacja danych robót budowlanych lub usług wyłącznie i/lub w całości przez inny podmiot, bez możliwości realizowania tychże przez kogokolwiek innego, to wyraziłby ją w sposób niebudzący żadnych wątpliwości interpretacyjnych, *expressis verbis*, w przepisie art. 22a ust. 4 Pzp. Ewentualna odmienna interpretacja – uznająca, że inny podmiot wymieniony w art. 22a ust. 4 Pzp musi zrealizować w całości i na zasadzie wyłączności roboty budowlane lub usługi, by wykonawca mógł polegać na jego zdolnościach, wykonując zamówienie – wydaje się niedopuszczalną językową nadinterpretacją i oznaczałaby wywodzenie z przepisu art. 22a ust. 4 Pzp treści, które nie wynikają z językowego brzmienia tego przepisu.

Przepis art. 22a ust. 4 Pzp wymaga zatem, aby inny podmiot, na którego zdolnościach w postaci wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawca polega, wykonywał roboty budowlane lub usługi, dla realizacji których zdolności te są wymagane przez zamawiającego, ale nie ma wymogu, aby ów inny podmiot wymieniony w art. 22a ust. 4 Pzp realizował owe roboty budowlane lub usługi w całości, bez możliwości dopuszczenia do ich wykonywania kogokolwiek innego lub nawet wykonywania ich jakiegokolwiek części przez samego wykonawcę. Taką interpretację podpierają użyte przez ustawodawcę definicje legalne zamieszczonych w przepisach Pzp pojęć „robót budowlanych” (zob. art. 2 pkt 8 Pzp) oraz „usług” (zob. art. 2 pkt 10 Pzp), które definiują pojęcia te bardzo szeroko. Pojęcie „robót budowlanych” obejmuje wszakże wiele określonych procesów budowlanych lub działań inwestycyjnych, prowadzących przede wszystkim do realizacji obiektu budowlanego (który to obiekt sam w sobie jest szeroko rozumianym wynikiem całości robót budowlanych i musi być traktowany kompleksowo – zob. art. 2 pkt 5d Pzp), których nie musi wykonywać tylko jeden podmiot (tj. jeden wykonawca lub inny podmiot). Przeciwnie, szerokie zdefiniowanie przez ustawodawcę pojęcia „robót budowlanych” sugeruje, że ich wyniki mogą być, a w zasadzie nawet najczęściej muszą być, dziełem wielu różnych podmiotów, a nie tylko jednego, w tym przede wszystkim tylko jednego podmiotu, o którym jest mowa w art. 22a ust. 4 Pzp. Podobnie na pojęcie „usług”, rozumianych jako wykonywanie wszelkich świadczeń, których przedmiotem nie są roboty budowlane lub dostawy, może składać się wiele różnorodnych świadczeń wykonywanych przez wykonawcę lub inne podmioty, które wspólnie złożą się na wykonanie przedmiotu zamówienia, a nie świadczenia wy-

konywane przez wyłącznie jeden podmiot, w tym szczególnie wyłącznie jeden podmiot, o którym jest mowa w art. 22a ust. 4 Pzp. Warto też zauważyć, że w przepisach Pzp ustawodawca nie zdecydował się na legalne zdefiniowanie pojęcia „realizować” lub „zrealizować” występującego w art. 22a ust. 4 Pzp, w tym przede wszystkim nie określa go w żadnym innym przepisie jako procesu, w którym uczestniczy lub może uczestniczyć wyłącznie jeden podmiot.

Należy zatem uznać, że inne podmioty, o których jest mowa w art. 22a ust. 4 Pzp, nie muszą zrealizować wspomnianych w tym przepisie robót budowlanych lub usług na zasadzie wyłączności oraz w całości, lecz mogą je realizować jedynie w części, przy dopuszczeniu do ich realizacji również samego wykonawcy lub też inne jeszcze podmiotów (tj. innych niż te, o których jest mowa w art. 22a ust. 4 Pzp), co bynajmniej nie pozbawia wykonawcy przewidzianej w art. 22a ust. 4 Pzp możliwości korzystania wówczas ze zdolności innego podmiotu.

3. Poglądy orzecznictwa i doktryny na fakt udostępniania wykonawcy zamówienia swoich zdolności przez podmiot trzeci

Za podobną interpretacją przemawiają wypowiedzi formułowane w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (dalej: KIO) i sądów powszechnych oraz w doktrynie prawa. Mianowicie w jednym z pierwszych orzeczeń KIO, jakie zostało wydane na gruncie dodanego w 2016 r. przepisu art. 22a ust. 4 Pzp⁵, był wyrok z dnia 17 listopada 2016 r., w którym KIO stwierdziła, iż „W ocenie Izby z art. 22 a ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych nie wynika jednoznacznie, że Wykonawca nie może brać udziału w realizacji usługi. Tylko w ten sposób Wykonawca może uzyskać doświadczenie, a jednocześnie udostępnienie potencjału podmiotu trzeciego nie jest fikcją”⁶. KIO zgodziła się w nim z twierdzeniami wykonawcy wnoszącego odwołanie, którego zdaniem w sytuacji opisanej w art. 22a ust. 4 Pzp wykonawca powinien móc uczestniczyć w realizacji zamówienia publicznego obok innego podmiotu (tj. podwykonawcy), tak aby wykonawca mógł uzupełnić swoją wiedzę i doświadczenie w zakresie, w jakim mu ich brakuje⁷. W innych orzeczeniach KIO podkreślano, że z treści art. 22a ust. 4 Pzp wynika co prawda, że wspomniany w tym przepisie inny podmiot (tj. podmiot, na którego doświadczeniu lub innych zasobach wykonawca polega) powinien być podwykonawcą danego zamówienia publicznego, a więc powinien rzeczywiście i faktycznie to zamówienie publiczne wykonywać, ale nie znaczy to wcale, że musi on to zamówienie wykonywać w całości i na zasadzie wyłączności. Może faktycznie realizować jedynie część danego zamówienia

⁵ Przepis ten został dodany przez art. 1 pkt 33 ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, Dz. U. z 2016 r. poz. 1020, ze zm.

⁶ Wyrok KIO z dnia 17 listopada 2016 r., KIO 2082/16, s. 10, dostępny na stronie: ftp://ftp.uzp.gov.pl/KIO/Wyroki/2016_2082.pdf.

⁷ Tamże, s. 3.

publicznego (do realizacji którego doświadczenie to lub inne zasoby są wymagane) lub też może realizować to wchodzące w grę zamówienie publiczne wspólnie z wykonawcą⁸. Nadto w orzecznictwie KIO podkreśla się, że z literalnego brzmienia art. 22a ust. 4 Pzp nie wynika nawet to, by wspomniany w tym przepisie inny podmiot musiał być koniecznie podwykonawcą. Zgodnie z tą interpretacją KIO przepis art. 22a ust. 4 Pzp wymaga co prawda rzeczywistego zaangażowania innego podmiotu, udostępniającego swoje zasoby wykonawcy, w proces realizacji wchodzącego w grę zamówienia publicznego, tak aby udostępnienie przez ów inny podmiot swoich zasobów wykonawcy nie było jedynie pozorne, ale stosunek łączący wykonawcę z tym innym podmiotem nie musi być wcale stosunkiem podwykonawstwa. Może to być wszakże każdy inny stosunek, który zapewniałby wykonawcy rzeczywisty dostęp do udostępnianych przez ów inny podmiot zasobów. Co więcej, ten inny podmiot nie musi wykonywać wchodzącego w grę zamówienia publicznego w całości. Może to czynić razem z wykonawcą⁹. Skoro zatem w świetle tego orzecznictwa KIO ten inny podmiot określony w przepisie art. 22a ust. 4 Pzp nie musi być koniecznie podwykonawcą, lecz wystarczy, by w sposób realny udostępnił swoje zasoby dla realizacji wchodzącego w grę zamówienia publicznego, to tym samym ów inny podmiot nie musi wykonywać danego zamówienia publicznego w całości. Wykonując dane zamówienie publiczne, ten inny podmiot, może wykonywać je wspólnie z innym jeszcze podmiotem, w tym z samym wykonawcą.

Podobne w treści orzeczenia wydawane są przez sądy powszechne, z których wynika, że istniejący w art. 22a ust. 4 Pzp wymóg zrealizowania przez inny podmiot danego zamówienia publicznego może zostać spełniony wyłącznie przez osobisty udział tego podmiotu w realizacji zamówienia, który jednak nie musi polegać koniecznie na podwykonawstwie oraz nie musi koniecznie oznaczać, że podmiot ten będzie wykonywał całe zamówienie publiczne. Ten inny podmiot może wykonać jedynie część danego zamówienia publicznego lub może wykonać je razem z wykonawcą¹⁰.

Także w doktrynie prawa istnieje utrwalony pogląd mówiący o tym, że wymóg z art. 22a ust. 4 Pzp należy rozumieć jako obowiązek faktycznego zrealizowania przez podmiot trzeci części zamówienia publicznego lub obowiązek zrealizowania zamówienia wspólnie z wykonawcą¹¹. W doktrynie prawa również nie stwierdza się,

⁸ Zob. wyrok KIO z dnia 9 listopada 2017 r., KIO 2245/17, s. 21-22, dostępny na stronie: ftp://ftp.uzp.gov.pl/KIO/Wyroki/2017_2245.pdf; wyrok KIO z dnia 20 lutego 2018 r., KIO 211/18, s. 17, dostępny na stronie: ftp://ftp.uzp.gov.pl/KIO/Wyroki/2018_0211.pdf.

⁹ Wyrok KIO z dnia 20 lipca 2018 r., KIO 1336/18, s. 9-11, dostępny na stronie: ftp://ftp.uzp.gov.pl/KIO/Wyroki/2018_1336.pdf.

¹⁰ Wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 6 sierpnia 2018 r., XII Ga 178/17, dostępny na stronie: [http://orzeczenia.ms.gov.pl/content/\\$N/151015000006027_XII_Ga_000178_2017_Uz_2018-08-06_001](http://orzeczenia.ms.gov.pl/content/$N/151015000006027_XII_Ga_000178_2017_Uz_2018-08-06_001).

¹¹ M. Jaworska, [w:] *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, red. M. Jaworska, Warszawa 2018, s. 186 i n.

że w świetle art. 22a ust. 4 Pzp wspomniany w tym przepisie inny podmiot musi koniecznie zrealizować całość wchodzącego w grę zamówienia publicznego.

4. Art. 22a ust. 4 Pzp w relacji do innych przepisów prawa polskiego i unijnego

Z punktu widzenia analizy art. 22a ust. 4 Pzp ciekawy może być również problem relacji tego przepisu do innych przepisów Pzp i do innych aktów prawnych. Trzeba wszakże zauważyć, że o ile w art. 22a ust. 4 Pzp nie mówi się o tym, że wspomniany w tym przepisie inny podmiot musi zrealizować „w całości” dane zamówienie publiczne, o tyle w innych przepisach Pzp stosunkowo często pojawia się zwrot „w całości” – odnoszący się do zamówienia publicznego¹² lub do umowy w sprawie zamówienia publicznego¹³, lub do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego¹⁴. Jest to bardzo ważną wskazówką interpretacyjną pokazującą, że w przepisie art. 22a ust. 4 Pzp ustawodawca świadomie nie posłużył się sformułowaniem „w całości” w odniesieniu do robót budowlanych lub usług stanowiących przedmiot zamówienia publicznego. Z całą pewnością chciał on zatem, aby zrealizowanie przez inny podmiot już choćby części odnośnych robót budowlanych uprawniało wykonawcę do polegania na zdolnościach tego innego podmiotu. Jednocześnie ustawodawca nie używa w innych przepisach Pzp odnoszących się do wspólnego realizowania zamówienia publicznego określeń mówiących o „współrealizacji”, mówiąc w tym kontekście po prostu o „realizacji” zamówienia publicznego, w tym o jego realizacji przez wykonawcę i podwykonawców¹⁵. Oznacza to, że używane przez ustawodawcę w przepisach Pzp sformułowanie mówiące o „realizacji” lub o „zrealizowaniu” zamówienia publicznego nie oznacza samodzielnego realizowania zamówienia publicznego przez jeden tylko podmiot, ale także możliwość realizowania go również przez większą liczbę podmiotów.

Do podobnego wniosku można dojść, analizując przepis art. 7 ust. 1 Pzp, nakazującego zamawiającemu zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców¹⁶. Ewentualne wykluczenie możliwości realizowania części robót budowlanych lub usług stanowiących przedmiot zamówienia publicznego przez kogokolwiek innego poza innym podmiotem wspomnianym w art. 22a ust. 4 Pzp

¹² Zob. art. 4 pkt 1a, art. 4b ust. 1a pkt 1, art. 93 ust. 1a, art. 143a ust. 1 pkt 2 Pzp.

¹³ Zob. art. 144b ust. 3, art. 168 pkt 3 Pzp.

¹⁴ Zob. art. 16 ust. 6 i 7 Pzp.

¹⁵ Zob. np. art. 23 ust. 6, art. 67 ust. 1 pkt 15, art. 143a ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp.

¹⁶ Na temat obu tych zasad w postępowaniu zamówieniowym zob. np. Ł. Pasternak, *Zasady jawności oraz uczciwej konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego*, Krytyka Prawa, 2015, tom 7, s. 365 i n.; W. Starzyńska, *Warunki udziału w postępowaniu i sposób ich spełnienia przez wykonawców a zasada uczciwej konkurencji w zamówieniach publicznych*, Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska Lublin-Polonia 2015, sectio H, vol. XLIX, s. 169 i n.; A. Panasiuk, *System zamówień publicznych. Zarys wykładu*, Warszawa 2013, s. 98 i n.

w ewidentny sposób naruszałoby uczciwą konkurencję i prowadziłyby do nierównego traktowania wykonawców. Byłaby to tego rodzaju bariera w dostępie do wykonywania zamówienia publicznego, która dawałaby przewagę konkurencyjną jednemu tylko podmiotowi, i to w zakresie, w jakim nie jest to wcale obiektywnie konieczne.

Ewentualne wykluczanie w przepisie art. 22a ust. 4 Pzp możliwości wykonywania robót budowlanych lub usług przez kogokolwiek innego niż inny podmiot wspomniany w tym przepisie stanowiłoby także przejaw ograniczenia konstytucyjnej wolności wszelkich innych podmiotów zainteresowanych i uprawnionych do wykonywania danego zamówienia publicznego (w tym samego wykonawcy)¹⁷, będąc naruszeniem m. in. art. 31 ust. 1 Konstytucji RP, mówiącym o wolności jednostek, oraz art. 20 i art. 22 Konstytucji RP, mówiącym o wolności działalności gospodarczej. Wszelkie bowiem ograniczenia konstytucyjnych wolności muszą wynikać z wyraźnie brzmiącego przepisu ustawy wprowadzającego określone ograniczenia, których nie można domniemywać¹⁸. A skoro przepis art. 22a ust. 4 Pzp nie zawiera postanowień jednoznacznie mówiących o tym, że roboty budowlane lub usługi wykonywać może tylko ów wspomniany w tym przepisie inny podmiot (na którego zdolnościach wykonawca polega), inne zaś jeszcze podmioty, w tym sam wykonawca, nie mogą już tychże robót budowlanych lub usług realizować, to nie wolno ich domniemywać.

Podobna interpretacja przepisu art. 22a ust. 4 Pzp wynika również z przepisów prawa unijnego, a konkretnie z przepisu art. 63 ust. 1 akapit 1 dyrektywy 2014/24/UE¹⁹, którego implementacją jest w prawie polskim przepis art. 22a ust. 4 Pzp. Przepis art. 63 ust. 1 akapit 1 dyrektywy 2014/24/UE stanowi, że „wykonawcy mogą jednak polegać na zdolności innych podmiotów tylko wtedy, gdy te ostatnie zrealizują roboty budowlane lub usługi, odnośnie do których takie zdolności są niezbędne”. Z przytoczonego przepisu nie wynika wcale w sposób literalny, że wspomniane w tym przepisie inne podmioty muszą wykonywać roboty budowlane lub usługi w całości i na zasadzie wyłączności, a *ratio legis* tej regulacji była chęć zapobiegania temu, by udostępnianie wykonawcy zasobów innych podmiotów miało charakter jedynie formalny²⁰. Tymczasem pomiędzy udostępnianiem wykonawcy zasobów innych podmiotów w sposób jedynie formalny (co jest niepożądane i zakazane prawem unijnym) a całościowym i wyłącznym wykonywaniem danych robót budowlanych przez inny podmiot, na którego zasobach wykonawca polega

¹⁷ Zob. szerzej M. Szydło, *Wolność działalności gospodarczej jako prawo podstawowe*, Bydgoszcz 2011, s. 9 i n.

¹⁸ Orzeczenie TK z dnia 21 listopada 1995 r. w sprawie K 12/95, OTK Z. U. 1995, poz. 35, pkt III uzasadnienia oraz wskazane tam wcześniejsze orzeczenia TK; wyrok TK z dnia 10 listopada 1998 r. w sprawie K 39/97, OTK Z. U. 1998, nr 6, poz. 99, pkt IV.1 uzasadnienia; wyrok TK z dnia 13 maja 2008 r. w sprawie P 50/07, OTK Z. U. 2008, nr 4A, poz. 58, pkt III.4 uzasadnienia.

¹⁹ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE, Dz. Urz. UE 2014, L 94/65.

²⁰ A. Sánchez Graells, *Public Procurement and the EU Competition Rules*, Oxford-Portland 2015, s. 316-317.

(co jest w świetle art. 63 ust. 1 akapit 1 dyrektywy 2014/24/UE prawnie dopuszczalne, ale nie jest wyraźnie tym przepisem nakazane), istnieje jeszcze wiele stanów pośrednich, w których wspomniany wyżej inny podmiot rzeczywiście pozostawia do dyspozycji wykonawcy swoje zasoby niezbędne dla wykonywania danych robót budowlanych lub usług (co nie jest jedynie formalnością lub pozorem), ale jednak nie wykonuje ich w całości i na zasadzie wyłączności, dopuszczając w tym zakresie działania realizacyjne również ze strony innych jeszcze podmiotów, w tym ze strony samego wykonawcy²¹. Widać więc i w prawie unijnym swobodę wykonawcy w zakresie zadecydowania, w jakiej części dane zamówienie ma być wykonane przez podmiot udostępniający wykonawcy swoje zasoby, w jakiej przez siebie, a w jakiej przez jeszcze inny podmiot.

5. Cel wprowadzenia regulacji art. 22a ust. 4 Pzp

Celem²², dla którego został ustanowiony przepis art. 22a ust. 4 Pzp oraz art. 63 ust. 1 akapit 1 dyrektywy 2014/24, było wyeliminowanie tzw. handlu referencjami, polegającego na tym, że inny podmiot udostępniał wykonawcy swoje zasoby (zdolności) w sposób jedynie formalny, następnie zaś w ogóle nie brał udziału w wykonywaniu danego zamówienia publicznego albo jego udział był pośredni lub jedynie formalny²³. Dla jego osiągnięcia wystarczające wydaje się, by podmiot trzeci, udostępniający wykonawcy swoje zdolności, zrealizował choćby część wchodzących w grę robót budowlanych lub usług, pozwalając jednocześnie na wykonywanie pozostałej części tych robót samemu wykonawcy, który w ten sposób może się zresztą uczyć od podmiotu trzeciego należytego wykonywania danych robót. Możliwe jest zresztą również wykonywanie danych robót budowlanych lub usług przez inny jeszcze podmiot, który jest podwykonawcą uprawnionym do wykonywania danego zamówie-

²¹ Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej wprost stwierdził, że wykonawca ma prawo do polegania, w przypadku konkretnego zamówienia, na zdolnościach innych podmiotów, niezależnie od charakteru łączących go z nimi powiązań, o ile zostanie wykazane instytucji zamawiającej, że wykonawca będzie w rzeczywistości dysponował zasobami tych podmiotów, które to zasoby są niezbędne do wykonania zamówienia; wykonawca zatem ma swobodę wyboru w zakresie ustanowienia i charakteru powiązań, które zamierza ustanowić z podmiotami, na których zdolnościach polega. Zob. wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w sprawie C-324/14, *Partner Apelski Dariusz przeciwko Zarządowi Oczyszczania Miasta*, ECLI:EU:C:2016:214, pkt 33 i 37.

²² Zob. szerzej T. Gizbert-Studnicki, *Wykładnia celowościowa*, *Studia Prawnicze* 1985, z. 3-4, s. 52; L. Morawski, wyd. cyt., s. 155; wyrok WSA we Wrocławiu z dnia 31 maja 2016 r., II SA/Wr 122/16; wyrok WSA w Warszawie z dnia 21 sierpnia 2014 r., III SA/Wa 268/14.

²³ Zob. np. wyrok KIO z dnia 9 listopada 2017 r., KIO 2245/17, wyd. cyt., s. 21-22; zob. też wypowiedź Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zamieszczoną w artykule prasowym pt. „Prezes UZP: Ograniczyliśmy patologie dotyczące firm-teczek i handlu referencjami”, dostępnym na stronie: <https://www.rynekinfrastruktury.pl/wiadomosci/drogi/malgorzata-streciwilk-ograniczylismy-patologie-dotyczace-firmteczek-i-handlu-referencjami--60826.html>.

nia, nawet jeżeli wykonawca nie polegał na jego zasobach przy ubieganiu się o dane zamówienie publiczne.

Nadto trzeba podkreślić, że ewentualne przyjęcie, iż wspomniany w przepisie art. 22a ust. 4 Pzp inny podmiot musi wykonywać całość danych robót budowlanych, mogłoby prowadzić do całkowicie absurdalnych i szkodliwych następstw, utrudniających efektywne wykonywanie wchodzących w grę robót budowlanych lub usług. Jeżeli bowiem dany inny podmiot udostępniający swoje zasoby miał zdolności techniczne lub zawodowe umożliwiające mu efektywną realizację jedynie części robót budowlanych lub usług, podczas gdy do wykonywania pozostałej części wchodzących w grę robót budowlanych nie miałby on niezbędnego potencjału technicznego lub zawodowego, to wymaganie, by wykonał całość danych robót budowlanych tylko dlatego, że udostępnił wykonawcy pewne swoje zasoby, prowadziłoby do niemożliwości skutecznego wykonania i sfinalizowania danego zamówienia. Aby zatem ograniczyć niepożądany handel referencjami lub zdolnościami, ale jednocześnie nie sparaliżować procesu efektywnego wykonywania zamówienia publicznego na roboty budowlane lub usługi, należy przyjąć interpretację art. 22a ust. 4 Pzp, zgodnie z którą wspomniany w tym przepisie inny podmiot musi rzeczywiście (faktycznie) realizować odnośne roboty budowlane, ale zakres realizacji tychże robót budowlanych przez ów inny podmiot może być ustalany swobodnie, stosownie do rzeczywistych potrzeb zamawiającego oraz zdolności i możliwości technicznych oraz zawodowych zarówno tego innego podmiotu, jak i wykonawcy.

Interpretowanie przepisu art. 22a ust. 4 Pzp w sposób wykluczający możliwość realizacji odnośnych robót budowlanych przez wykonawcę i zastrzegający ich wykonywanie tylko przez wspomniany w tym przepisie inny podmiot byłoby niezasadne i niepraktyczne również z tego powodu, że przecież sam wykonawca może mieć zdolności (techniczne, zawodowe oraz inne) umożliwiające mu efektywne realizowanie części danych robót budowlanych. Całkowite odsuwanie go wówczas od realizacji przedmiotu zamówienia doprowadziłoby do skutków szkodliwych ekonomicznie, zagrażających słusznym interesom zamawiającego oraz wykonawcy. Zamawiający i wykonawca są i powinni być bowiem zainteresowani efektywnym wykonaniem danych robót budowlanych, czemu może stać na przeszkodzie pełne wyeliminowanie wykonawcy z procesu realizacji tychże robót.

6. Podsumowanie

Podsumowując, należy stwierdzić, że jeżeli w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający dojdzie do przekonania, że wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu w postaci posiadania stosownego wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, gdyż tego rodzaju zdolności miał i ma inny podmiot, to nie ma jakichkolwiek prawnych i faktycznych przeszkód, by zamówienia publicznego nie udzielić właśnie temu wykonawcy. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykonawca jest bowiem w pełni uprawniony

do polegania na wykształceniu, kwalifikacjach zawodowych lub doświadczeniu innego podmiotu zgodnie z wymaganiami przepisu art. 22a ust. 4 Pzp. Wówczas ten inny podmiot będzie wykonywał część robót budowlanych lub usług stanowiących przedmiot zamówienia publicznego. Prawnej dopuszczalności oparcia się przez wykonawcę na wykształceniu, kwalifikacjach zawodowych lub doświadczeniu innego podmiotu nie neguje w najmniejszym stopniu okoliczność, iż będzie on wykonywał jedynie pewną część prac stanowiących przedmiot zamówienia publicznego. Powyższa analiza art. 22a ust. 4 Pzp udowadnia, że wykonawca może polegać na zdolnościach innego podmiotu nawet wtedy, gdy ów inny podmiot nie będzie realizował całości prac, do realizacji których zdolności te są wymagane, lecz gdy będzie realizował przynajmniej część wzmiankowanych prac stanowiących przedmiot zamówienia publicznego, byleby wykonanie to miało charakter rzeczywisty, a nie jedynie pozorny, symboliczny, na niewielkim poziomie w stosunku do całości mających być wykonywanych robót budowlanych czy usług. Zamawiający, oceniając to, czy wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w postaci posiadania stosownego wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia polegając na wykształceniu, kwalifikacjach zawodowych lub doświadczeniu innego podmiotu, nie narusza zatem przepisu art. 22a ust. 4 Pzp w związku z innymi przepisami Pzp mówiącymi o warunkach udziału w postępowaniu oraz o wykluczaniu wykonawców niespełniających warunków udziału w postępowaniu.

Taka wykładnia przepisu art. 22a ust. 4 Pzp w sposób optymalny godzi ze sobą różne relewantne cele ustawodawstwa dotyczącego zamówień publicznych, pozwalając na wykluczenie handlu referencjami i udostępnianie określonych zasobów w sposób całkowicie fikcyjny lub co najwyżej formalny oraz umożliwia efektywne wykonywanie danych robót budowlanych i usług z korzyścią dla zamawiającego.

Literatura

- Gizbert-Studnicki T., *Wykładnia celowościowa*, Studia Prawnicze, 1985, z. 3-4.
- Jaworska M., [w:] *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, red. M. Jaworska, Warszawa 2018.
- Lang W., Wróblewski J., Zawadzki S., *Teoria państwa i prawa*, Warszawa 1979.
- Morawski L., *Zasady wykładni prawa*, Toruń 2010.
- Panasiuk A., *System zamówień publicznych. Zarys wykładu*, Warszawa 2013.
- Pasternak Ł., *Zasady jawności oraz uczciwej konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego*, Krytyka Prawa, 2015, tom 7.
- Postanowienie SN z dnia 2 grudnia 2004 r., III KK 112/04, dostępne na stronie: <http://www.sn.pl/sites/orzecznictwo/orzeczenia1/iii%20kk%20112-04.pdf>, s. 4-5.
- Sánchez Graells A., *Public Procurement and the EU Competition Rules*, Oxford-Portland 2015.
- Starzyńska W., *Warunki udziału w postępowaniu i sposób ich spełnienia przez wykonawców a zasada uczciwej konkurencji w zamówieniach publicznych*, Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska Lublin-Polonia 2015, sectio H, vol. XLIX.

Szydło M., *Wolność działalności gospodarczej jako prawo podstawowe*, Bydgoszcz 2011.

Widła T., Zienkiewicz D., *Logika*, Warszawa 2018.

Wróblewski J., *Sądowe stosowanie prawa*, Warszawa 1988.

Źródła prawa

Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE, Dz. Urz. UE 2014, L 94/65.

Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r., tekst jedn. Dz. U. z 2018, poz. 1986 ze zm.

Wypowiedź Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zamieszczoną w artykule prasowym pt. „Prezes UZP: Ograniczyliśmy patologie dotyczące firm-teczek i handlu referencjami”, dostępnym na stronie: <https://www.rynekinfrastruktury.pl/wiadomosci/drogi/malgorzata-streciwilk-ograniczylismy-patologie-dotyczace-firmteczek-i-handlu-referencjami--60826.html>.

Wyrok TK z dnia 21 listopada 1995 r. w sprawie K 12/95, OTK Z. U. 1995, poz. 35.

Wyrok TK z dnia 10 listopada 1998 r. w sprawie K 39/97, OTK Z. U. 1998, nr 6, poz. 99.

Wyrok TK z dnia 13 maja 2008 r. w sprawie P 50/07, OTK Z. U. 2008, nr 4A, poz. 58.

Wyrok WSA w Warszawie z dnia 21 sierpnia 2014 r., III SA/Wa 268/14.

Wyrok WSA we Wrocławiu z dnia 31 maja 2016 r., II SA/Wr 122/16.

Wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 6 sierpnia 2018 r., XII Ga 178/17, dostępny na stronie: [http://orzeczenia.ms.gov.pl/content/\\$N/151015000006027_XII_Ga_000178_2017_Uz_2018-08-06_001](http://orzeczenia.ms.gov.pl/content/$N/151015000006027_XII_Ga_000178_2017_Uz_2018-08-06_001).

Wyrok KIO z dnia 9 listopada 2017 r., KIO 2245/17, s. 21-22, dostępny na stronie: ftp://ftp.uzp.gov.pl/KIO/Wyroki/2017_2245.pdf.

Wyrok KIO z dnia 17 listopada 2016 r., KIO 2082/16, s. 10, dostępny na stronie: ftp://ftp.uzp.gov.pl/KIO/Wyroki/2016_2082.pdf.

Wyrok KIO z dnia 20 lutego 2018 r., KIO 211/18, s. 17, dostępny na stronie: ftp://ftp.uzp.gov.pl/KIO/Wyroki/2018_0211.pdf.

Wyrok KIO z dnia 20 lipca 2018 r., KIO 1336/18, s. 9-11, dostępny na stronie: ftp://ftp.uzp.gov.pl/KIO/Wyroki/2018_1336.pdf.

Wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w sprawie C-324/14, *Partner Apelski Dariusz przeciwko Zarządowi Oczyszczania Miasta*, ECLI:EU:C:2016:214.