

Kraków, dnia 18 października 2021 r.

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

Wykonawca: Control Process S.A.

ul. Obrońców Modlina 16
30-733 Kraków
reprezentowany przez adwokata Norberta Stachurę
email: nm@controlprocess.pl

Zamawiający: Zakład Usług Komunalnych Spółka Gminy - Spółka z o.o.

ul. Rynek 3, 12-250 Orzysz
Tel. +48 730 996 700
<http://bip.zuk.orzysz.pl>
email: biuro@zukurzys.pl

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawy o nazwie: „Rozbudowa systemu ciepłowniczego Orzysza - budowa kotłowni bazującej na produkcji energii cieplnej ze spalania biomasy”. Numer referencyjny postępowania: 5/2021/ZUK
Ogłoszenie w TED nr 2021/S 194-506466 z dnia 6 października 2021 roku.

ODWOŁANIE

Control Process S.A. z siedzibą w Krakowie (30-733) przy ul. Obrońców Modlina 16, zarejestrowana w rejestrze przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego pod numerem KRS: 0000285783, dla której numer NIP: 8732898418 (dalej: „Odwołujący”), na podstawie art. 513 pkt 1, 514 ust. 1, 515 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (zwanej dalej „Ustawą” lub „PZP”), w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego,

wnosi niniejszym odwołanie od:

- czynności Zamawiającego, podjętej w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, polegającej na sporządzeniu dokumentacji postępowania w tym SWZ oraz ogłoszenia o zamówieniu z naruszeniem przepisów ustawy.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów Ustawy:

1. **art. 121 pkt 1 PZP** poprzez nadmierne i nieuzasadnione zastrzeżenie obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę części zamówienia,

W związku z powyższym Odwołujący wnosi o uwzględnienie niniejszego odwołania i:

- o nakazanie Zamawiającemu:

- I. **usunięcie** z SWZ zapisu pkt 4 ppkt 6 o treści:

„Zamawiający, działając zgodnie z przepisem art. 121 pkt. 1 ustawy wymaga osobistego wykonania przez wykonawcę składającego ofertę dostawy i montażu kotłów opalanych biomasą. W pozostałym zakresie przedmiotu zamówienia Zamawiający dopuszcza powierzenie wykonania części zamówienia podwykonawcy.”

Interes prawny Wykonawcy:

Odwołujący, jako podmiot zainteresowany udziałem w przedmiotowym postępowaniu posiada interes prawny w złożeniu odwołania, albowiem czynności Zamawiającego polegające na określeniu obowiązku osobistego wykonania uniemożliwiają w sposób skuteczny Odwołującemu udział w postępowaniu, a tym samym – uniemożliwiają uzyskanie przedmiotowego zamówienia. W sytuacji oddalenia niniejszego odwołania przez organ rozpatrujący Odwołujący poniesie szkodę w postaci utraty możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Ponadto, należy podkreślić, że wymienione wyżej naruszenia Zamawiającego mogą mieć istotny wpływ na wynik przedmiotowego postępowania – w szczególności konsekwencją takiego naruszenia może być uniemożliwienie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Termin na wniesienie odwołania

Zgodnie z art. 515 ust. 2 pkt 1 PZP „**Odwołanie** wobec treści ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia lub konkurs lub **wobec treści dokumentów zamówienia wnosi się w terminie 10 dni od dnia** publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia dokumentów zamówienia na stronie internetowej, w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne;”

Odwołujący powziął wiadomość o czynności Zamawiającego w toku przedmiotowego postępowania z treści Ogłoszenia o zamówieniu oraz Specyfikacji Warunków Zamówienia, która to dokumenty zostały opublikowana w dniu 6 października 2021 r. W związku z powyższym termin na wykonanie czynności w postaci złożenia odwołania przypada na

sobotę, to jest 16 października 2021 r. Stosowanie zaś do brzmienia art. 509 ust. 2 PZP „Jeżeli koniec terminu do wykonania czynności **przypada na sobotę** lub dzień ustawowo wolny od pracy, **termin upływa dnia następnego** po dniu lub dniach wolnych od pracy.”

W konsekwencji, termin na wniesienie odwołania został dochowany.

Odwołujący przekazał kopię odwołania Zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania (dowód w załączeniu).

W przypadku uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu (art. 522 Ustawy) Odwołujący żąda od Zamawiającego: jak wyżej tego o co Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu.

Uzasadnienie

1. Zamawiający w punkcie 4 ppkt 6 SWZ zastrzegł obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę dostawy i montażu kotłów opalanych biomasą.
2. Zgodnie z art. 121 PZP Zamawiający może zastrzec obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych zadań dotyczących:
 - 1) zamówień na roboty budowlane lub usługi lub
 - 2) prac związanych z rozmieszczeniem i instalacją, w ramach zamówienia na dostawę.

Należy jednak na wstępie podkreślić, że prawo Zamawiającego do zastrzeżenia osobistego wykonania zamówienia na zasadzie art. 121 PZP prowadzi do ograniczenia uprawnień i swobody wykonawców, w zakresie prawa do polegania na zasobach podmiotów trzecich celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, określone w art. 118 PZP. Skutkuje również graniczeniem swobody wykonawcy w zakresie zlecenia podwykonawstwa, co również stanowi zasadę systemu zamówień publicznych określoną w art. 462 ust. 1 PZP.

W konsekwencji, zastrzeżenie osobistego wykonania, jako odstępstwo od wskazanych wyżej zasad - dopuszczalności podwykonawstwa oraz dopuszczalności korzystania z zasobów podmiotów trzecich - powinno być stosowane w szczególnie uzasadnionych przypadkach, a także interpretowane możliwie wąsko.

3. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający w sposób nieuzasadniony i całkowicie nieracjonalny zastrzegł obowiązek osobistego wykonania. Postawiony warunek w szczególności uniemożliwia zlecenie w zakresie dostawy i montażu kotłów opalanych

biomasą innym od wykonawcy podmiotom – w tym np. ich producentom, czy autoryzowanym przedstawicielom producenta.

Działanie takie jest całkowicie nieuzasadnione i nieracjonalne, gdyż tego typu prace – dostawę, montaż, rozruch zazwyczaj wykonują firmy, które są jednocześnie dostawcami instalacji i urządzeń technologicznych, albowiem daje to rękojmię należytego wykonania prac w tym zakresie, jako że zostają one zrealizowane przez podmiot wysoce profesjonalny i wyspecjalizowany w tej materii.

Nadto, zważyć należy, że producenci tego rodzaju instalacji i urządzeń (lub ich autoryzowani przedstawiciele) wymagają, by do sprawnego działania urządzeń technologicznych, które dostarczają, montaż i rozruch był wykonany właśnie przez te podmioty. Ma to też istotny wpływ na późniejsze świadczenie usług w zakresie serwisowania gwarancyjnego i pogwarancyjnego urządzeń. Wymóg jaki zdaje się stawiać Zamawiający, skutkujący zakupem maszyn i urządzeń za co najmniej kilka milionów złotych bez możliwości ich montażu przez dostawcę/producenta niesie za sobą duże ryzyko – przede wszystkim utraty gwarancji dostawcy i nie może być racjonalnie korzystne dla zamawiającego.

Tym samym, stwierdzić należy, że oczekiwanie Zamawiającego osobistego wykonania prac w zakresie wskazanym w Ogłoszeniu o zamówieniu oraz SWZ jest całkowicie nieuzasadnione technicznie, gdyż w żaden sposób nie podnosi ich jakości realizacji zamówienia, a tym samym nie wpływa korzystnie na celowości i rzetelności wydatkowania środków publicznych.

Zastrzeżenie osobistego wykonania tego zakresu w praktyce zatem prowadzi do przymusowego udziału dostawcy takich urządzeń jako konsorcjanta, co z jednej strony jest niekorzystne dla uczciwej konkurencji – dostawca będący konsorcjantem jednego z oferentów nie może zaoferować swoich urządzeń i usług jako podwykonawca innemu oferentowi, z drugiej zaś ogranicza udział producentów/dostawców albowiem większość tego rodzaju przedsiębiorców nie jest zainteresowana udziałem jako konsorcjant w realizacji zamówienia o wielomilionowej wartości, ze względu na obowiązek solidtarnej odpowiedzialności za całość zadania, w skład którego w większości wchodzi prace jego nie dotyczące.

Odwołujący zwraca uwagę, że producenci kotłów zwykle nie są firmami zajmującymi się realizacją zadań o charakterze budowlanym w formule generalnego wykonawstwa. Dodatkowo producentami kotłów w tej technologii (opalone biomasą) są głównie podmioty zagraniczne, które z powodów o charakterze biznesowym (tak jak: postępowanie prowadzone w języku polskim, nienegocjowalne zapisy umowne,

restrykcyjne zapisy o karach umownych, podległość prawu polskiemu i sądom powszechnym) nie uczestniczą w postępowaniach publicznych.

4. Powyższe okoliczności wskazują jasno, że zastrzeżenie osobistego wykonania niewątpliwie ogranicza konkurencję w niniejszym postępowaniu, co skutkować musi również podwyższeniem cen składanych ofert w porównaniu do sytuacji braku przedmiotowego zastrzeżenia – także i z tej przyczyny, dokonanie rzeczowego zastrzeżenia nie jest racjonalne i uzasadnione.
6. Odwołujący wskazuje na jednolitą linię orzeczniczą KIO (co prawda na bazie poprzednio obowiązującej ustawy, jednak zachowujące aktualność wobec analogicznego brzmienia przepisów) wskazującą na wyjątkowy charakter zastrzeżenia obowiązku osobistego wykonania prac – wyroki:
 - z dnia 27 maja 2019 r. **KIO 867/19**: *„Przysługujące Zamawiającemu na podstawie art. 36a ust. 2 pkt 1 Pzp uprawnienie do ograniczenia swobody wykonawcy w zakresie wyboru części zamówienia jaka zostanie powierzona podwykonawcom nie może prowadzić do naruszenia zasad uczciwej konkurencji i nieuzasadnionego ograniczenia wykonawcom dostępu do zamówienia. Stąd konieczność ścisłej interpretacji art. 36a ust. 2 pkt 1 Pzp - kluczowa część przedmiotu zamówienia w rozumieniu tego przepisu nie oznacza głównego elementu (zakresu) zadania, tylko część, którą musi osobiście wykonać wybrany wykonawca, jako **podmiot, który dysponuje określonymi, osobistymi cechami pozwalającymi na prawidłową realizację tego szczególnego elementu. Zazwyczaj oznacza to wykonanie zadania o charakterze twórczym, artystycznym (np. mural) lub wymagającego ponadprzeciętnej wiedzy specjalistycznej. Konieczność realizacji prac budowlanych, nawet o bardzo złożonym charakterze, nie daje podstawy do ograniczenia dostępu podwykonawców do udziału w realizacji zamówienia.**”*
 - z dnia 21 maja 2014 r. **KIO 923/14**: *„Izba w tym zakresie podziela stanowisko, zaprezentowane przez KIO w uchwale z dnia 7 listopada 2013 roku sygn. KIO/KU 97/13 gdzie stwierdziła, że „zamawiający jest uprawniony do rozważenia wyłączenia z udziału w realizacji zamówienia podwykonawców w sytuacji, gdy jego wykonanie wymagać będzie szczególnego, osobistego doświadczenia i wiedzy wykonawcy. **Najczęściej będą to prace polegające na działalności twórczej, artystycznej czy szkoleniowej np. stworzenie utworu muzycznego, wykonanie robót konserwatorskich zabytku lub dzieła sztuki, wykonanie ekspertyzy wymagającej szczególnej i specjalistycznej wiedzy, itp. Ich wykonanie wymaga bowiem posiadania szczególnych cech i zdolności, zwykle właściwych ściśle określonemu kręgowi wykonawców.**”*

- z dnia 21 września 2017 r. **KIO 1837/17**: „Jako odmienny przykład można wskazać np. wykonanie skrzyżowania w budowanym ciągu drogi, który to **element jako niewątpliwie istotny dla prawidłowego wykonania zamówienia, nie może być uznany za element kluczowy** uzasadniający wyłączenie możliwości skorzystania w tym zakresie z podwykonawców, gdyż na jego wykonanie składają się typowe roboty budowy dróg, **możliwe do wykonania przez każdy fachowy zespół, niekoniecznie posiadający wyjątkowe kwalifikacje.**”
- 7. Odnosząc się do wyżej wskazanego orzecznictwa, stwierdzić należy, że objęte zastrzeżeniem osobistego wykonania prace nie są pracami o takim charakterze jaki może zostać uznany za uzasadniający wprowadzenie obowiązku osobistego ich wykonania. Są to prace, które może wykonać każdy profesjonalny wykonawca. Zaangażowanie podwykonawców będących specjalistycznymi podmiotami pozytywnie wpłynie na jakość realizacji zamówienia.
- 8. Odwołujący wskazuje, że w aktualnym brzmieniu dokumentacji kluczowym elementem dla pozyskania zamówienia nie będzie przygotowanie konkurencyjnej oferty, a pozyskanie do współpracy w charakterze konsorcjanta dostawcy kotła opalanego biomasą. Taka sytuacja w żaden sposób nie zmienia sytuacji Zamawiającego w stosunku do dostawy/montażu kotła przez podwykonawcę, gdyż za działania podwykonawcy Wykonawca odpowiada jak za własne.
- 9. W ocenie Odwołującego powodem, dla którego taki zapis o zastrzeżeniu osobistego wykonawstwa znalazł się w dokumentacji postępowania jest zamiar nieuzasadnionego ograniczenia konkurencji i doprowadzenie do sytuacji, w której złożona zostanie jedna oferta, w której konsorcjantem będzie producent/dostawca kotłów opalanych biomasą.

W tym stanie rzeczy odwołanie jest zasadne i winno zostać uwzględnione.

Załączniki:

- 1) *odpis z KRS Odwołującego;*
- 2) *pełnomocnictwo wraz z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej;*
- 3) *dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu;*
- 4) *dowód uiszczenia wpisu.*