

Orzysz, dnia 26 października 2021 r.

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

Dotyczy sprawy: KIO 3063/21

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@zukorzysz.pl

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

ODPOWIEDŹ NA ODWOŁANIE

Uwzględnienie odwołania przez Zamawiającego
w trybie art.522 ust.1 ustawy Prawo zamówień publicznych

Odpowiadając na odwołanie z dnia 18 października 2021 r. wniesione przez wykonawcę - Control Process S.A. z siedzibą w Krakowie, w 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)¹, Zamawiający - Zakład Usług Komunalnych Spółka Gminy - Spółka z o.o. z siedzibą w Orzyszu, oświadcza:

1. nie jest intencją, a tym bardziej zamiarem Zamawiającego, w jakikolwiek sposób zakłócać lub ograniczać konkurencyjność w prowadzonym postępowaniu, a wręcz przeciwnie - w dobrze pojętym interesie Zamawiającego jest uzyskanie w prowadzonym postępowaniu - w procedurze otwartej - dobrych i rzetelnych ofert doświadczonych wykonawców;

¹ Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Suplemencie do Dziennika Urzędowego UE (TED) w dniu 6 października 2021 roku, nr 2021/S 194-506466

2. zakwestionowane postanowienie SWZ zawarte w Rozdz. 4 pkt.6 jest przyjęciem przez Zamawiającego uprawnień, jakie nadaje mu ustawa – Prawo zamówień publicznych, przepisem art.121. Stanowi on wprost implementację do krajowego porządku prawnego postanowień ujętych w: art.63 ust.2 dyrektywy klasycznej (2014/24/UE) oraz w art.79 ust.3 dyrektywy sektorowej (2014/25/UE);
3. Zamawiający utożsamia swoje rozumienie pojęcia słowa „kluczowe” wynikające z sensu i znaczenia tego słowa oraz poglądów wyrażonych np. w wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 stycznia 2021 r. KIO 3321/20, z dnia 5 lipca 2021 r. w połączonych sprawach KIO 1381/21, KIO 1388/21, w których pojęcie „kluczowe części” rozumiane jest jako:

„najważniejsze, najbardziej newralgiczne (być może najdroższe) świadczenie, czy też elementy będące sednem samego zamówienia”,

„Za kluczowe części zamówienia należy uznać prace, które stanowią elementy danego zamówienia o takiej wadze i znaczeniu, że ich wykonanie wymaga osobistego zaangażowania wybranego wykonawcy, którego kompetencje oraz osobista odpowiedzialność wobec zamawiającego powinny zwiększyć szanse na wykonanie tego szczególnego elementu, a w następstwie również całego przedmiotu zamówienia”;

Podobnie w wyroku WSA w Lublinie – wyrok z dnia 7 marca 2017 r. Sygn. sprawy III SA/Lu 826/16 – odnosząc się do pojęcia „kluczowa część zamówienia” Sąd stwierdził:

„W literaturze przedmiotu trafnie wskazuje się, że największą trudność w interpretacji dopuszczalnych granic wymagania osobistego spełnienia świadczenia w przypadku zamówienia na roboty budowlane lub usługi następuje określenie „kluczowa część zamówienia”. (...) Wskazuje się, że zamiarem ustawodawcy było w tym wypadku wprowadzenie podziału na elementy istotne dla prawidłowego wykonania umowy związane z osobą wykonawcy oraz o mniejszym znaczeniu, pozostające w mniejszym stopniu w związku z podmiotem wykonującym zamówienie.”

4. Zamawiający ma świadomość, iż wymóg osobistego wykonania kluczowych części zamówienia kreuje pewne ograniczenie podwykonawstwa, ale w tym zakresie opiera ocenę poprawności swoich działań na okolicznościach wskazanych np. w wyrokach Wojewódzkich Sądów Administracyjnych: we Wrocławiu – wyrok z dnia 9 listopada 2016 r. Sygn. III SA/Wr 921/16; w Lublinie – wyrok z dnia 7 marca 2017 r. Sygn. sprawy III SA/Lu 826/16, wskazujących, iż takie ograniczenie podwykonawstwa, może być stosowane w wyjątkowych sytuacjach „związanych z charakterem i zakresem zamówienia, jak również z uwagi na oczekiwane przez zamawiającego osobiste przymioty wykonawcy, mające znaczenie dla należytego wykonania przedmiotu zamówienia”, co pozostaje w ścisłej korelacji z warunkiem udziału w postępowaniu wskazanym postanowieniem Rozdz. 9 pkt. 1.2.1.1. SWZ;
5. potwierdzeniem właściwego rozumienia przez Zamawiającego pojęcia „kluczowe części” oraz świadomości skutków, jakie wywołuje kwestionowany zapis SWZ, może być

stanowisko wyrażone w Komentarzu UZP do treści art. 121 ustawy², w którym autorzy stwierdzają:

„Ani art. 121 Pzp ani art. 63 ust. 2 dyrektywy klasycznej nie precyzują terminu „kluczowe zadania”. Jak się wydaje, jest to zwrot celowo niedookreślony, wprowadzony po to, aby pozostawić zamawiającemu pewną swobodę ograniczenia podwykonawstwa, upoważniając go do uwzględniania takich czynników, jak charakter, zakres, znaczenie lub przeznaczenie robót budowlanych (...).

Kluczowe zadania to z pewnością zadania istotne, krytyczne, wrażliwe z punktu widzenia zagwarantowania należytego wykonania zamówienia i dlatego wymagające wykonania przez podmiot, którego kwalifikacje zostały zweryfikowane w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia”³

6. Mając powyższe na uwadze, Zamawiający nie podziela argumentów Odwołującego, wynikających z przywołania poglądów wyrażonych przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyrokach: z dnia 27 maja 2019 r. KIO 867/19 oraz z dnia 31 grudnia 2020r. KIO 3244/20, w których Izba dokonuje zadziwiającej interpretacji prawa stwierdzając, iż „kluczowa część przedmiotu zamówienia [w rozumieniu przepisu art. 36a ust. 2 pkt 1 Pzp] nie oznacza głównego elementu (zakresu) zadania, tylko część, którą musi osobiście wykonać wybrany wykonawca”. Być może celem było wywarcie „wrażenia”, na istnienie tak ugruntowanej linii orzeczniczej KIO, dotycząca interpretacji przepisu dotyczącego prawa zamawiającego do wymagania osobistego wykonania „kluczowych”, tzn. decydujących, najważniejszych, newralgicznych etc. części zamówienia. Szkoda, że umknęło uwadze Odwołującemu, iż uzasadnienie późniejszego wyroku (KIO 3244/20) rozpoczyna się od stwierdzenia: „Przechodząc do meritum odwołania Izba za punkt wyjścia wzięła, przytoczoną w odwołaniu, treść wyroku z 27 maja 2019 r. o sygn. akt KIO 867/19 ...”;
7. równie mało przydatne jako nieadekwatne do przedmiotowego zamówienia, jest przywołanie przez Odwołującego fragmentu uzasadnienia wyroku KIO z dnia 21 września 2017 r. Sygn. akt KIO 1837/17, które odnosi się tylko do jednego z przykładów – zupełnie hipotetycznej okoliczności – jakim posłużył się skład orzekający. Znacznie lepiej byłoby już przytoczyć, inne „drogowe” przykłady, w których Izba nie kwestionowała zakwalifikowania obiektów inżynierskich na modernizowanej drodze, jako „kluczowych części zamówienia”⁴ albo też, takich w których Izba stwierdzała wprost, iż „W ocenie Izby nie można wykluczać, że w indywidualnych okolicznościach danego zamówienia na roboty budowlane, w tym takiego, którego przedmiotem są obiekty liniowe, można i powinno się wyodrębnić część kluczową.”⁵

² Prawo zamówień publicznych. Pod redakcją: H. Nowaka i M. Winiarza. UZP, Warszawa 2021 r. str.457–458

³ Podkreślenia i pogrubienia – własne

⁴ Wyrok KIO z dnia 22 października 2015 r. Sygn. akt 2126/15. Wyrok została zaskarżony. Sąd Okręgowy w Warszawie wyrokiem z dnia 14 stycznia 2016 r. (Sygn. sprawy XXIII Ga 1990/15) podtrzymał w całości wyrok Izby.

⁵ Wyrok z dnia 5 lipca 2021 r. w połączonych sprawach – Sygn. akt KIO 1381/21, KIO 1388/21

8. uwzględniając jednak niektóre, wskazane przez Odwołującego - Control Process S.A. z siedzibą w Krakowie - okoliczności, które mogą potencjalnie stwarzać skutki, jakie w swoim następstwie powodować może wymóg sformułowany postanowieniem SWZ w Rozdz.4 pkt.6:

Zamawiający - Zakład Usług Komunalnych Spółka Gminy - Spółka z o.o. z siedzibą w Orzyszu, działając zgodnie z przepisami Działu IX Rozdział 2 Oddział 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych,

uwzględnia w całości zarzut zawarty w odwołaniu
i postanawia,

z dniem dzisiejszym tj. z dniem 26 października 2021 r. zmienić treść zapisu Rozdz.4 pkt. 6 SWZ, w następujący sposób:

Pierwotna treść SWZ Rozdz 4 pkt. 6

„6. 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 podwykonawcą.”

Nowa treść SWZ Rozdz 4 pkt. 6:

„6.1. Zamawiający, działając zgodnie z przepisem art. 121 pkt. 1 ustawy wymaga osobistego wykonania przez wykonawcę składającego ofertę dostawy i montażu kotłów opalanych biomasą, z zastrzeżeniem okoliczności wskazanych w pkt. 6.2.

6.2. Zamawiający dopuszcza możliwość powierzenia dostawy i montażu kotłów opalanych biomasą podwykonawcom – **producentowi oferowanych kotłów lub jego autoryzowanemu przedstawicielowi – tylko wówczas, gdy** producent wymaga, by dostawa, montaż i rozruch kotłów jego produkcji, były wykonane wyłącznie przez niego lub autoryzowane przez niego podmioty, po groźbą utraty części lub całości gwarancji udzielanej na dostarczane urządzenia, a fakt ten wykonawca będzie w stanie ten wykazać i udokumentować.

6.3. W pozostałym zakresie przedmiotu zamówienia Zamawiający dopuszcza powierzenie wykonania części zamówienia podwykonawcom.”

INFORMACJE DODATKOWE

Informacja o wniesieniu odwołania przez Control Process S.A. z siedzibą w Krakowie wraz z wezwaniem wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego oraz treść odwołania, zostały zamieszczona w dniu 20 października 2021 r. na stronie internetowej, na której prowadzone jest przedmiotowe postępowanie.

Do końca dnia 25 października 2021 r. – koniec terminu określonego przepisem art.525 ust.1 ustawy Prawo zamówień publicznych – do postępowania odwoławczego nie przystąpił żaden wykonawca.

Do wiadomości:

ODWOŁUJĄCY – Control Process SA ul. Obronców Modlina 16 30-733 Kraków, reprezentowany przez adwokata Norberta Stachurę email: nm@controlprocess.pl