

WYROK

z dnia 3 lutego 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Danuta Dziubińska

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 lutego 2022 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 stycznia 2022 r. przez wykonawcę **CONTROL PROCESS Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie**, ul. Obrońców Modlina 16, 30-733 Kraków w postępowaniu prowadzonym przez **OPEC GRUDZIĄDZ Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Grudziądzu**, ul. Budowlanych 7, 86-300 Grudziądz

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie** i nakazuje zamawiającemu dokonanie zmiany Specyfikacji warunków zamówienia przez usunięcie:

- 1.1. ppkt 16 w pkt 3 *Opis przedmiotu zamówienia* - dotyczącego obowiązkowego wykonania przez wykonawcę wskazanego w nim zakresu zamówienia;
- 1.2. postanowienia wskazującego na konieczność eksploataowania instalacji po jej odbiorze przez inwestora zgodnie z założeniami projektowymi przez wskazany minimalny okres, zawartego pkt 5 *Warunki udziału w postępowaniu oraz podstawy wykluczenia*, część A ppkt 4:
 - w uwadze dotyczącej instalacji referencyjnych, o których mowa w ppkt 1) a, b i c,
 - w zakresie opisu wymagań dotyczących ekspertów;

2.Ko
sztami postępowania obciąża zamawiającego **OPEC GRUDZIĄDZ Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Grudziądzu**, i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2.zasądza od zamawiającego: **OPEC GRUDZIĄDZ Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Grudziądzu** na rzecz odwołującego: **CONTROL PROCESS Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie** kwotę 23 895 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące osiemset dziewięćdziesiąt pięć złotych zero groszy) tytułem zwrotu uiszczzonego przez odwołującego wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) i zwrotu kosztów związanych z dojazdem na wyznaczone posiedzenie i rozprawę w wysokości 295 zł 00 gr (słownie: dwieście dziewięćdziesiąt pięć złotych zero groszy).

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

OPEC GRUDZIĄDZ sp. z o.o. z siedzibą w Grudziądzu (dalej: Zamawiający) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129), dalej: „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych dla zadania inwestycyjnego pn. „Rozwój wysokosprawnej kogeneracji poprzez budowę biomasowej jednostki kotłowej w Elektrociepłowni Łąkowa w Grudziądzu” numer referencyjny: PN/01/22. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 10 stycznia 2022 roku w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem: 2022/S 006-012693. W tej samej dacie Zamawiający zamieścił na stronie internetowej Specyfikację Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ”).

Z zachowaniem terminu ustawowego wykonawca CONTROL PROCESS S.A. (dalej: „Odwołujący”) wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 121 pkt 1 Pzp poprzez nadmierne i nieuzasadnione zastrzeżenie obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę części zamówienia,
- 2) art. 112 ust. 1 Pzp w zw. z art. 116 Pzp poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu w sposób, którego spełnienie leży poza zakresem możliwości Wykonawcy.

Wskazując na powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

I. usunięcie z SWZ pkt 3 ppkt 16 o treści:

„16. Zamawiający zgodnie z art. 60 i art. 121 Ustawy PZP zastrzega obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych zadań, tj.: wykonania dokumentacji projektowej dotyczącej kotła, wykonania kotła, układu podawania paliwa do kotła wraz z magazynem.”

lub nadanie mu brzmienia

„16. Zamawiający nie zastrzega obowiązku osobistego wykonania w żadnym zakresie.”

II. usunięcie z SWZ:

- (pkt 5., część A, ppkt 4) zapisu: „Uwaga: Każda z instalacji referencyjnych, o których mowa w pkt a), b), c) powinna uzyskać pozwolenie na użytkowanie i być eksploatowana

po jej odbiorze przez inwestora – zgodnie z założeniami projektowymi – przez minimum 2 lata.”,

- w zakresie opisu wymagań dot. ekspertów zapisu: „*powinna uzyskać pozwolenie na użytkowanie i być eksploatowana – zgodnie z założeniami projektowymi – przez minimum 2 lata.”

W uzasadnieniu Odwołujący przywołał art. 121 Pzp i zaznaczył, że prawo Zamawiającego do zastrzeżenia osobistego wykonania zamówienia prowadzi do ograniczenia uprawnień i swobody wykonawców, w zakresie prawa do polegania na zasobach podmiotów trzecich w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, określonego w art. 118 Pzp. Skutkuje również ograniczeniem swobody Wykonawcy w zakresie zlecenia podwykonawstwa, co 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.

Zdaniem Odwołującego w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający w sposób nieuzasadniony i całkowicie nieracjonalny zastrzegł obowiązek osobistego wykonania. Postawiony warunek w szczególności uniemożliwia zlecenie w zakresie dokumentacji projektowej dotyczącej kotła, wykonania kotła, układu podawania paliwa do kotła wraz z magazynem innym podmiotom, w tym np. ich producentom, czy autoryzowanym przedstawicielom producenta. Działanie takie jest całkowicie nieuzasadnione i nieracjonalne, gdyż tego typu prace, tj. projektowanie, wykonanie, 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. Przedmiotem zamówienia jest kompleksowe zadanie polegające na zaprojektowaniu i wybudowaniu obiektu budowlanego. Takie zadania realizowane są zwykle w formule generalnego wykonawstwa, gdzie Generalny Wykonawca angażuje podmioty specjalistyczne do fragmentów zadania odpowiadających ich specjalizacjom. Tym samym oczekiwanie Zamawiającego osobistego wykonania prac w zakresie wskazanym w Ogłoszeniu o zamówieniu oraz SWZ jest całkowicie nieuzasadnione technicznie, gdyż w żaden sposób nie podnosi jakości realizacji zamówienia, a tym samym nie wpływa korzystnie na celowość i rzetelności wydatkowania środków publicznych. Zastrzeżenie osobistego wykonania tego zakresu w praktyce 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 solidarnej odpowiedzialności za całość zadania, w skład którego w większości wchodzi prace ich nie dotyczące. 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 (takich jak: prowadzenie postępowania w języku polskim, nienegocjowane zapisy umowne, restrykcyjne zapisy o karach umownych, podległość prawu polskiemu i sądom powszechnym) nie uczestniczą w postępowaniach publicznych. Powyższe wskazuje, że zastrzeżenie osobistego wykonania ogranicza konkurencję w postępowaniu, co skutkować musi również podwyższeniem cen składanych ofert w porównaniu do sytuacji braku przedmiotowego zastrzeżenia – także i z tej przyczyny, dokonanie rzeczzonego zastrzeżenia nie jest racjonalne i uzasadnione.

Odwołujący powołując się na przywołane orzecznictwo, z zaznaczeniem jego aktualności, w tym na wyrok Izby z 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.”*, stwierdził, 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 będący specjalistą w swojej dziedzinie. Zaangażowanie podwykonawców będących specjalistycznymi podmiotami pozytywnie wpłynie na jakość realizacji zamówienia.

W ocenie Odwołującego zaangażowanie specjalistycznego podmiotu zajmującego się projektowaniem i budową kotłów będzie konieczne w toku realizacji zamówienia, gdyż, według jego wiedzy, żaden z obecnych na polskim rynku generalnych wykonawców budownictwa przemysłowego nie dysponuje samodzielnie zasobami umożliwiającymi realizację zakresu wskazanego przez Zamawiającego, jako zastrzeżony do osobistego wykonania. Tym samym w aktualnym brzmieniu dokumentacji kluczowym elementem dla pozyskania zamówienia nie będzie przygotowanie konkurencyjnej oferty, a pozyskanie do współpracy w charakterze konsorcjanta podmiotu, który zaprojektuje i wykona kocioł. 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. Zdaniem 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 podmiot, który zaprojektuje i wykona kocioł, a realna konkurencja pomiędzy wykonawcami zostanie sprowadzona do tego, któremu z oferentów uda się pozyskać taki podmiot do współpracy w charakterze konsorcjanta.

Następnie Odwołujący wskazał, że Zamawiający postawił w ramach warunków udziału wymóg, aby instalacja referencyjna (zarówno dla Wykonawcy, jak i ekspertów) była eksploatowana po jej odbiorze przez inwestora – zgodnie z założeniami projektowymi – przez minimum 2 lata i stwierdził, że taki zapis zrywa związek wymogów referencyjnych z Wykonawcą, gdyż uzależnia go od podmiotu trzeciego (inwestora instalacji referencyjnej), na który nie ma on żadnego wpływu. W istocie bowiem po dokonaniu odbioru i przekazaniu instalacji inwestorowi, Wykonawca nie może ingerować w to, czy Inwestor ją eksploatuje i jak ją eksploatuje, w tym, czy robi to zgodnie z założeniami projektowymi. Przykładem na tę okoliczność może być głośna sprawa Bloku węglowego Ostrołęka C, który w zamierzeniach projektowych miał być opalany węglem, natomiast z uwagi m.in. na politykę klimatyczną Unii Europejskiej rozpoczętą budowę zakończono. W sytuacji gdyby nastąpiło to np. już po oddaniu do eksploatacji, a przed zakończeniem okresu 2 lat, o których mowa w SWZ, doświadczenie personelu nabyte podczas realizacji stałoby się bezprzedmiotowe. Dodatkową istotną okolicznością jest fakt braku możliwości pozyskania dokumentu potwierdzającego, że instalacja była eksploatowana po jej odbiorze przez inwestora – zgodnie z założeniami projektowymi – przez minimum 2 lata. Wykonawca nie ma bowiem żadnych instrumentów prawnych aby uzyskać od inwestora informację czy tym bardziej dokument potwierdzający okoliczność eksploatacji instalacji w sposób zgodny z założeniami projektowymi po dokonaniu odbioru.

Pismem z 1 lutego 2022 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie. W uzasadnieniu swojego stanowiska odnośnie pierwszego z zarzutów Zamawiający podał m.in., że każdorazowe zastrzeżenie przez zamawiającego obowiązku osobistego wykonania zamówienia części zamówienia na podstawie art. 121 ustawy Pzp będzie w pewien sposób ograniczać możliwość skorzystania z zasobów podmiotów trzecich oraz z podwykonawców. Ustawodawca dostrzegając taką ewentualność i jej skutki zdecydował się na nadanie zamawiającym takiego uprawnienia - w świetle powyższego przepis ten ze swojego założenia zakłada ograniczenie konkurencyjności oraz ingeruje w zakładany przez wykonawcę sposób realizacji zamówienia. Zdaniem Zamawiającego Odwołujący w tym zakresie nie kwestionuje działań Zamawiającego, ale wchodzi w polemikę z zasadnością uregulowań rangi ustawowej. Zamawiający stwierdził, że nie naruszył w żaden sposób dyspozycji wynikającej z art. 121 Pzp. Przepis ten statuuje uprawnienie po stronie Zamawiającego do zastrzeżenia osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia (w przypadku przedmiotowego zamówienia kluczowy zakres prac obejmuje wykonanie projektu i roboty polegające na budowie kotła, a więc Zamawiający prawidłowo zastrzegł zakres osobistego wykonawstwa). Skorzystanie z tego uprawnienia nie jest uwarunkowane koniecznością zbadania jego wpływu na konkurencję w postępowaniu czy też podejmowania przez Zamawiającego jakichkolwiek dodatkowych działań zmierzających do zniwelowania skutków poczynionego zastrzeżenia. Odwołanie przysługuje od czynności lub zaniechania czynności zamawiającego niezgodnej z przepisami ustawy Pzp, do której był zobowiązany. W sytuacji, w której ustawa Pzp nie nakładała na Zamawiającego żadnych obowiązków do wykonania określonych czynności (albo zaniechania czynności) statuując jedynie uprawnienie do ograniczenia zakresu podwykonawstwa, to brak jest prawnej możliwości zarzucenia Zamawiającemu, że naruszył dyspozycję art. 121 Pzp. Twierdzenia Odwołującego, że: "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" nie wynika ani z przepisów ustawy Pzp ani z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej. Powyższe argumenty stanowią jedynie własną interpretację przepisów ustawy dokonaną przez Odwołującego. Nadto Odwołujący nie sformułował zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1 Pzp, który określa zakres działań Zamawiającego związany z zapewnieniem konkurencyjności w postępowaniu, i który mógłby stanowić ewentualną postawę do formułowania żądania zmiany SWZ, jako ograniczającą dostęp wykonawców do zamówienia. Zdaniem zamawiającego z uwagi na art. 555 Pzp przedmiot oceny Izby winien oscylować wyłącznie wokół rzekomego naruszenia przez Zamawiającego art. 121 ustawy Pzp i wszelkie

kwestie związane z ograniczeniem konkurencji w postępowaniu nie powinny stanowić przedmiotu oceny, gdyż wykraczają one poza dyspozycję tego przepisu.

W ocenie Zamawiającego stanowisko Odwołującego świadczy o nieznanomości przedmiotu zamówienia oraz dodatkowo przesądza o niezasadności stawianych Zamawiającemu zarzutów. Przedmiotem zamówienia nie jest budowa standardowej instalacji dotyczącej spalania biomasy, ale dotyczy rozwiązania, które pod względem skomplikowania, zakresu oraz zakładanych rozwiązań technologicznych, nie było nigdy wcześniej realizowane w Polsce. Odwołujący automatycznie i bezrefleksyjnie przyjmuje, że realizacja zamówienia będzie "typowym" przedsięwzięciem, dla którego forma generalnego wykonawstwa będzie optymalnym rozwiązaniem. Z odwołania nie sposób uzyskać wiedzy czy Odwołujący w ogóle przeanalizował czy przedmiot zamówienia jest możliwy do realizacji w tej formule. Przytoczone w odwołaniu argumenty ogólnie odnoszą się do inwestycji wykonywanych w formule pod klucz, a nie do zakresu przedmiotowego zamówienia.

Zamawiający stwierdził, że jedynie bezpośrednie zaangażowanie doświadczonych podmiotów, bez rozdrabniania zakresu prac związanych z budową kotła, daje gwarancję należytego wykonania zamówienia. W niniejszym stanie faktycznym poza koniecznością wyłonienia wykonawcy, który jest w stanie należycie wykonać zamówienie, istnieje również potrzeba znalezienia takiego partnera, którego doświadczenie oraz wiedza pozwolą na ukończenie zamówienia w terminie oraz uzyskanie osiągnięcia tzw. parametrów gwarantowanych. Zapewnienie powyższych warunków jest dla Zamawiającego kluczowe z punktu widzenia zawartej z NFOŚG umowy o dofinansowanie. Ograniczenie zakresu podwykonawstwa zgodnie z założeniami Zamawiającego ma na celu wyeliminowanie z postępowania wykonawców, którzy nie posiadają wystarczającego doświadczenia (albo żadnego) w wykonaniu tego rodzaju zamówień, i wykonawcy, którzy będą bazować jedynie na zasobach podmiotów trzecich. Z doświadczenia Zamawiającego wynika, że tego rodzaju sytuacja jest powszechnym zjawiskiem. Niejednokrotnie udział takich podmiotów ma charakter formalny i symboliczny. Zamawiający nie może dopuścić do sytuacji, w której wykonawca będzie nabywał wiedzę co do sposobu wykonywania zamówienia dopiero realizując przedmiotowe zamówienie. Z uwagi na skutki braku wystarczających kompetencji wykonawcy (utrata dofinansowania, dodatkowe kary z uwagi na niedotrzymanie parametrów gwarantowanych) Zamawiający nie może podzielić zapatrywań Odwołującego w tym zakresie. Okoliczność, iż Odwołujący funkcjonuje jako wykonawca bazujący na zasobach innych podmiotów, który podzleca większość zamówień podwykonawcom nie świadczy ani o tym, że Zamawiający ogranicza konkurencję w postępowaniu, jak również, że określony warunek jest nadmiarowy. Nie bez znaczenia pozostaje również fakt, że pomimo dużego zainteresowania wykonawców zamówieniem (o czym świadczy ilość zadawanych pytań do

SWZ) żaden z nich nie zdecydował się na przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego. Sam fakt, że dany podmiot nie może wziąć udziału w postępowaniu z uwagi na stawiane przez Zamawiającego wymagania (albo wymagania te powodują utrudnienia po stronie wykonawcy) nie powoduje, że Zamawiającemu można zarzucić naruszenie przepisów ustawy. Dodatkowo zaangażowanie do wykonania kluczowych części zamówienia przez podwykonawców zawsze wiąże się z ryzykiem związanym z (i) konfliktem na linii wykonawca - podwykonawca (odstąpieniem od umowy o podwykonawstwo), (ii) zmianą podwykonawcy (a więc i technologii) w trakcie wykonania zamówienia, (iii) rozproszeniem odpowiedzialności za zdarzenia kontraktowe wpływające na proces inwestycyjny etc. Zamawiający nie posiada instrumentów natury prawnej, jak i faktycznej, aby kontrolować lub wpływać na koordynację i sposób alokacji podwykonawców przez wykonawcę na etapie realizacji inwestycji. Wszystkie te okoliczności wpływają zarówno na terminowość wykonywania prac, jak i jakość - zatem celowym wydaje się, aby najistotniejszy zakres prac, determinujący możliwość osiągnięcia kamieni milowych, był wykonywany bezpośrednio przez wykonawcę. Zamawiający na podstawie umowy o zamówienie publiczne ma możliwość bieżącej weryfikacji działań podejmowanych przez wykonawcę oraz podejmowanie działań prewencyjnych, które zmniejszą ryzyko niedochowania założeń umownych. W świetle powyższego określony przez Zamawiającego wymóg jest w pełni uzasadniony. Określone wymaganie, nawet jeśli ogranicza dostęp wykonawców do uzyskania zamówienia, mieści się w tzw. obiektywnym i uzasadnionym interesie Zamawiającego. Nie powinien on być utożsamiany z próbą ograniczenia rynku w udziale w postępowaniu, ale jako wyraz przezorności oraz ostrożności Zamawiającego. Jak wskazuje się w orzecznictwie KIO: "Zamawiający określając poziom zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia przy ustalaniu warunków udziału w postępowaniu ma prawo i obowiązek zapewnić sobie wybór wykonawcy, który zdolny jest świadczyć usługi i na wysokim poziomie, o wysokiej jakości. Ma zatem prawo żądać, aby wykonawca dysponował odpowiednio przeszkolonym i sprawnym zespołem, który zapewni prawidłowe wykonanie zamawianych usług. Tylko taki bowiem wykonawca daje rękojmię należytego wykonania zamówienia. Konieczność wskazania jednej osoby, która zna dany sprzęt i przeszła przeszkolenie u producenta tego sprzętu nie można uznać za wymaganie nadmierne. (KIO 1814/15).

Dalej Zamawiający wskazał, że żaden z dostawców urządzeń nie kwestionował przedmiotowego zapisu, jak również nie podnosił, że nie ma możliwości sprzedaży swoich produktów z uwagi na określone w SWZ uwarunkowania. Odwołujący nie wskazuje również jacy producenci / dostawcy nie wyrażają woli udziału w postępowaniu jako wykonawca. Niejednokrotnie zamawiający w ramach zamówienia z wolnej ręki udzielają producentom

zamówień na świadczenie usług gwarancyjnych / serwisowych lub wymiany urządzeń po upływie umownego okresu gwarancji. Producenci bez żadnych przeszkód zawierają z zamawiającym tego rodzaju umowy bez angażowania wykonawcy robót budowlanych. W świetle powyższego trudno uznać, że przedstawiana przez Odwołującego niechęć producentów do udziału w zamówieniu w ramach konsorcjum oraz konieczność zawarcia z zamawiającym bezpośredniej umowy stanowi miarodajny argument przemawiający za uwzględnieniem odwołania. Co do solidarności odpowiedzialności członków konsorcjum to wskazania wymaga, że podmioty wspólnie ubiegające się o udzielenie zamówienia odpowiadają solidarnie jednie w stosunkach z Zamawiającym. Wewnętrzny zakres odpowiedzialności będzie regulować umowa konsorcjalna, która może limitować zakres odpowiedzialności poszczególnych konsorcjantów. Nadto Odwołujący potwierdza, że określony przez Zamawiającego wymóg w równym stopniu dotyka wszystkich wykonawców potencjalnie zainteresowanych wykonaniem zamówienia, co wskazuje, że określony przez Zamawiającego warunek nie preferuje i nie stawia w lepszej sytuacji określonej kategorii podmiotów. W tym zakresie trudno zarzucać Zamawiającemu, że nie prowadzi postępowania zgodnie z zasadą konkurencyjności i równego traktowania wykonawców.

Odnosząc się do drugiego z zarzutów odwołania Zamawiający stwierdził, że warunek udziału w postępowaniu wypełnia dyspozycję art. 112 oraz art. 116 Pzp. Wymóg jest proporcjonalny oraz adekwatny do przedmiotu zamówienia, gdyż zgodnie z założeniami Zamawiającego wykonawca w ramach przedmiotowego zamówienia będzie obowiązany do uruchomienia instalacji, a następnie w okresie jej eksploatacji - do świadczenia usług gwarancyjnych i serwisowych. Udział wykonawcy przy realizacji inwestycji nie kończy się zatem w momencie podpisania protokołu odbioru, ale trwa nadal aż do upływu terminu określonego w umowie. W tym zakresie określony przez Zamawiającego warunek udziału w postępowaniu jest zarówno proporcjonalny, jak i adekwatny do przedmiotu zamówienia. W ocenie Zamawiającego doświadczenie w wykonaniu instalacji, która została wybudowana, ale której eksploatacja nigdy nie została rozpoczęta wydaje się być irrelevantne dla potrzeb Zamawiającego i nie daje gwarancji, że wykonawca należycie wykona zamówienie. W ramach przedmiotowego zamówienia kwestia posiadania doświadczenia w realizacji instalacji, która została oddana do użytkowania i była eksploatowana przez inwestora jest o tyle istotna, że dokumentacja przetargowa zakłada, że wykonawca będzie ponosił odpowiedzialność za niedotrzymanie tzw. parametrów gwarantowanych instalacji w okresie korzystania z niej przez Zamawiającego. Parametry te będą oceniane na etapie eksploatacji instalacji, a ich nieosiągnięcie będzie pociągać za sobą daleko idące skutki dla Zamawiającego (utrata dofinansowania, kary nałożone przez NFOŚiG), a w konsekwencji również dla wykonawcy (kary umowne, odpowiedzialność odszkodowawcza regresowa). W

świetle powyższego Zamawiający posiada uprawnienie do żądania wykazania się doświadczeniem w tym zakresie. Dopiero na etapie korzystania z wybudowanej instalacji inwestor jest w stanie potwierdzić, czy została ona wykonana prawidłowo (i umożliwia osiągnięcie zakładanych parametrów), w świetle powyższego nie ma możliwości potwierdzenia, że wykonawca zrealizował wszystkie założenia projektowe. Na etapie odbioru końcowego, w tym także na etapie rozruchu, brak jest możliwości identyfikacji ewentualnych nieprawidłowości, które uniemożliwiają pełne korzystanie z przedmiotu zamówienia. Przywołany w odwołaniu przykład budowy bloku węglowego Ostrołęka C pozostaje bez znaczenia w sprawie - ten projekt nie spełnia wymagań referencyjnych (nie dotyczy instalacji opalanej słomą). Dodatkowo zgodnie z postanowieniami SWZ wykonawca jest obowiązany wykonać przedmiot zamówienia zgodnie z przepisami prawa aktualnymi na dzień projektowania oraz wykonywania robót budowlanych. W przypadku budowy bloku węglowego w Ostrołęce kwestia związane z koniecznością zmiany technologii wykonania zamówienia nie wynikała ze zmiany przepisów prawa w trakcie realizacji inwestycji (obostrzenia prawne były znane temu inwestorowi przed zawarciem umowy z wykonawcą), ale z innych czynników o podłożu politycznym i finansowym. Argumentacja w tym zakresie pozostaje bez znaczenia w sprawie, gdyż na ten moment dla tej inwestycji nie ukończono w ogóle robót budowlanych, tak dla bloku węglowego, jak i gazowego. W świetle powyższego w ocenie Zamawiającego brak jest przesłanek przemawiających za podzieleniem przytoczonej przez Odwołującego argumentacji.

Następnie Zamawiający podał, że wychodząc naprzeciw oczekiwaniom Odwołującego oraz dążąc do zwiększenia liczby wykonawców biorących udział w postępowaniu 31 stycznia 2022 r. przekazał do Dziennika Urzędowego UE ogłoszenie o zmianie ogłoszenia, zawierające zmianę pkt 5, część A ppkt 4, na co załączył do pisma dowód w postaci ogłoszenia zmieniającego ogłoszenie, w następujący sposób:

- Było:

„Uwaga: Każda z instalacji referencyjnych, o których mowa w pkt a), b), c) powinna uzyskać pozwolenie na użytkowanie i być eksploatowana po jej odbiorze przez inwestora — zgodnie z założeniami projektowymi — przez minimum 2 lata.

- w zakresie opisu wymagań dot. ekspertów zapisu „* powinna uzyskać pozwolenie na użytkowanie i być eksploatowana — zgodnie z założeniami projektowymi — przez minimum 2 lata.

- Jest:

„Uwaga: Każda z instalacji referencyjnych, o których mowa w pkt a), b), c) powinna uzyskać pozwolenie na użytkowanie i być eksploatowana po jej odbiorze przez inwestora - zgodnie z założeniami projektowymi - przez minimum 6 miesięcy.

- w zakresie opisu wymagań dot. ekspertów zapisu powinna uzyskać pozwolenie na użytkowanie i być eksploatowana - zgodnie z założeniami projektowymi - przez minimum 6 miesięcy.

W ocenie Zamawiającego dokonana w powyższym zakresie zmiana czyni zadość sformułowanym przez Odwołującego postulatowi oraz jednocześnie chroni interes Zamawiającego, który dąży do wyłonienia wykonawcy, który posiada wiedzę oraz doświadczenie niezbędne do wykonania zamówienia.

Odwołujący w piśmie z 2 lutego 2022 r. podtrzymał zarzuty odwołania. Do pisma załączył oświadczenia podmiotów z branży kotłowej tj. HoSt Bio-Energy Installations oraz SUGIMAT i wskazał na ich zainteresowanie udziałem w realizacji zamówienia będącego przedmiotem postępowania, jednak wyłącznie na zasadach komercyjnych, jako podwykonawców. Odwołujący wskazał, że usunięcie obowiązku osobistego wykonania, przy zachowaniu warunków udziału w postępowaniu, nie wpłynie na obniżenie poziomu profesjonalizmu w zakresie obejmującym wykonanie dokumentacji projektowej dotyczącej kotła, wykonania kotła, układu podawania paliwa do kotła wraz z magazynem. Skorzystanie w tym zakresie z podwykonawcy będzie się wiązało z koniecznością wykazania przez tego podwykonawcę posiadania doświadczenia wynikającego z brzmienia warunku udziału w postępowaniu - wynika to z art. 117 ust. 3 Pzp.

Następnie Odwołujący podał, że duże publiczne podmioty z branży energetycznej w postępowaniach dotyczących podobnego zakresu – budowy/rozbudowy elektrociepłowni nie stosują zastrzeżenia osobistego wykonania części zamówienia. Tytułem przykładu wskazał: Tauron Ciepło sp. z o.o. - Budowa kotłowni szczytowo-rezerwowej w Tauron Ciepło sp. z o.o., Zakład Wytwarzania Bielsko-Biała Elektrociepłownia Bielsko-Północ EC-2 w formule zaprojektuj i wybuduj pod klucz, numer referencyjny 2020/TC/TC/02254/L, publikacja: 2020/S 249-622269; PGE Energia Ciepła SA - Realizacja „pod klucz” kotłowni rezerwowo-szczytowej (KRS II) dla PGE Energia Ciepła S.A. Oddział Wybrzeże - Elektrociepłownia w Gdyni , numer referencyjny: POST/PEC/PEC/ZCI/01837/2020 publikacja: 2020/S 252-637606; PGE Energia Ciepła S.A. - Zaprojektowanie i budowa instalacji kotłów wodnych gazowo-olejowych w PGE EC S.A. Oddział Elektrociepłownia w Lublinie Wrotków, numer referencyjny: POST/PEC/PEC/ZSR/01920/2020, publikacja: 2021/S 040-100805; PGE Energia Ciepła S.A. - Budowa kotłowni gazowej o mocy 5x32 MWt dla PGE EC S.A. Oddział Elektrociepłowni w Kielcach, numer referencyjny POST/PEC/PEC/UZS/00087/2021,

publikacja: 2021/S 041-103485; Gmina Daszyna - "Budowa Elektrociepłowni opalanej słomą Daszyna", numer referencyjny: PPI.271.3.2021, publikacja: 2021/S 181-467684; PGE Energia Ciepła S.A. - Budowa źródła kogeneracyjnego na paliwo gazowe o mocy min. 50 MWe opartego o silniki gazowe oraz źródła ciepłowniczego rezerwowo-szczytowego w PGE EC S.A. Oddział Elektrociepłownia w Bydgoszczy, publikacja: 2021/S 235-619825 i stwierdził, że standardem rynkowym jest brak zastrzeżenia osobistego wykonania w zakresie branży kotłowej.

W zakresie zarzutu zawartego pkt 2 odwołania Odwołujący wskazał na art. 116 Pzp i stwierdził, że eksploatacja instalacji przez właściciela leży całkowicie poza zakresem działalności wykonawcy i nie sposób uznać, że wykonawca w jakikolwiek sposób nabywa kwalifikacje zawodowe czy doświadczenie poprzez to, że właściciel w prawidłowy sposób eksploatuje wykonaną przez niego instalację.

Na rozprawie Strony podtrzymały swoje stanowiska.

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania złożonej przez Zamawiającego oraz złożone w sprawie dowody, w tym załączone do złożonego przez Odwołującego pisma.

Izba dołączyła do akt sprawy złożony na rozprawie przez Odwołującego dowód w postaci wydruku ze strony internetowej dotyczący rynku smartfonów, jednak z uwagi na to, że nie zostało wykazane, aby informacje w nim zawarte były miarodajne dla rynku kotłów opalanych słomą, uznała go za nieprzydatny dla rozpoznania odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie odwołanie, uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska Stron, a także zgromadzone dowody, ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie nie zawiera braków formalnych. Wpis w prawidłowej wysokości został wniesiony w ustawowym terminie. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp.

Wykazując swoje uprawnienie do skorzystania ze środków ochrony prawnej Odwołujący wskazał m.in., że czynności Zamawiającego polegające na określeniu obowiązku osobistego wykonania oraz wymogu eksploatacji instalacji po odbiorze uniemożliwiają w sposób skuteczny Odwołującemu udział w postępowaniu, a tym samym uniemożliwiają uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do skorzystania w postępowaniu ze środków ochrony prawnej. Zostały wypełnione przesłanki, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp. Odwołujący jest zainteresowany złożeniem oferty w postępowaniu i pozyskaniem zamówienia, jednak, kwestionowane w odwołaniu postanowienia SWZ to

uniemożliwiają. W przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania miałby szansę ubiegać się o zamówienie i osiągnąć korzyści z tym związane.

Następnie Izba ustaliła, co następuje:

Stosownie do 1.1.2. P Programu Funkcjonalno-Użytkowego zawierającego Założenia wyjściowe: (...) *Inwestycję należy zrealizować na terenie istniejącej Elektrociepłowni OPEC-INEKO Sp. z o.o. województwo kujawsko-pomorskie. Numery działek ewidencyjnych: ul. Budowlanych 7, dz. nr geod. 8/2, 8/6, 9/2, 9/6, 10/2, 10/6, 11/2, 12/4 i 12/6 obręb nr 0085, 085, jednostka ewidencyjna 04621_1, M. Grudziądz, Miasto Grudziądz, gmina M. Grudziądz, powiat M. Grudziądz, woj. kujawsko-pomorskie.*

Wykonawca w ramach zamówienia pozyska wszelkie niezbędne uzgodnienia, pozwolenia, zgody i decyzje administracyjne potwierdzające zgodność zamierzenia budowlanego z wymaganiami wynikającymi z oddzielnych przepisów, m.in.:

- 1. Dokumenty potwierdzające zgodność zamierzenia budowlanego z wymaganiami wynikającymi z odrębnych przepisów.*
- 2. Oświadczenie Zamawiającego stwierdzające jego prawo do dysponowania nieruchomością na cele budowlane.*
- 3. Przepisy prawne i normy związane z projektowaniem i wykonaniem zamierzenia budowlanego.*
- 4. Inne posiadane informacje i dokumenty niezbędne do zaprojektowania robót budowlanych, w szczególności:*
 - a. kopię mapy zasadniczej,*
 - b. badania geotechniczne na etapie projektowania Instalacji,*
 - c. inwentaryzację zieleni,*
 - d. dane dotyczące zanieczyszczeń atmosfery do analizy ochrony powietrza oraz posiadane raporty, opinie lub ekspertyzy z zakresu ochrony środowiska (wg. projektu budowlanego),*
 - e. pomiary ruchu drogowego, hałasu i innych uciążliwości (wg. projektu budowlanego),*
 - f. inwentaryzację lub dokumentację obiektów budowlanych, jeżeli podlegają one przebudowie, odbudowie, rozbudowie, nadbudowie, rozbiórkom lub remontom w zakresie architektury, konstrukcji, instalacji i urządzeń technologicznych, a także wskazania Zamawiającego dotyczące zachowania urządzeń naziemnych i podziemnych oraz obiektów przewidzianych do rozbiórki i ewentualne uwarunkowania tych rozbiórek,*

- g. porozumienia, zgody lub pozwolenia oraz warunki techniczne i realizacyjne związane z przyłączeniem obiektu do istniejących sieci wodociągowych, kanalizacyjnych, ciepłych, gazowych, energetycznych i teletechnicznych oraz dróg samochodowych (wg projektu budowlanego) – jeśli takie wystąpią,*
- h. dodatkowe wytyczne inwestorskie i uwarunkowania związane z budową i jej przeprowadzeniem.*

Wykonawca Inwestycji zobowiązany będzie w ramach Kontraktu do wykonania, jako element dokumentacji wykonawczej, poniższych opracowań i analiz oraz przedstawienia ich Zamawiającemu do akceptacji:

- 1. Opracowania zamiennego projektu budowlanego i uzyskania zmiany Decyzji Pozwolenie na Budowę.*
- 2. Nowej dokumentacji geotechnicznej.*
- 3. Analizy podłączenia nowej Instalacji Biomasowej do istniejącego układu technologicznego, które zapewni jej funkcjonowanie:*
 - a. jako jedyne źródła ciepła, pozwalającego na pracę tylko tego układu przy wyłączonych istniejących kotłach,*
 - b. pracującej jednocześnie z istniejącą Elektrociepłownią.*
- 4. Analizy zagrożeń i zdolności operacyjnych procesu technologicznego w wyniku wprowadzenia do układu Elektrociepłowni nowej Instalacji Biomasowej.*

Stosownie do rozdziału 3 pkt 16 SWZ: Zamawiający zgodnie z art. 60 i art. 121 Ustawy PZP zastrzega obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych zadań, tj.: wykonania dokumentacji projektowej dotyczącej kotła, wykonania kotła, układu podawania paliwa do kotła wraz z magazynem.

Zgodnie z rozdziałem 5, A - Warunki udziału w postępowaniu pkt 4. W zakresie zdolności technicznej lub zawodowej:

- 1) Wymagane jest wykazanie przez Wykonawcę, że*
 - a) wykonał minimum 1 (jedną) usługę polegającą na wykonaniu kompleksowej dokumentacji projektowej obejmującej wszystkie branże dla budowy (w rozumieniu ustawy Prawo budowlane) kompletnej instalacji dla kotła parowego rusztowego opalanego biomasą o mocy znamionowej kotła nie mniejszej niż 12 MW.*
 - b) w okresie ostatnich 10 (dziesięciu) lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie, zrealizował minimum 1 (jedną) robotę budowlaną polegającą na budowie (w rozumieniu ustawy Prawo*

budowlalne) instalacji wytwarzającej ciepło o mocy znamionowej nie mniejszej niż 12 MW i łącznej wartości robót co najmniej 20 000 000 PLN (słownie: dwadzieścia milionów złotych) netto.*

- c) w okresie ostatnich 15 (piętnastu) lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie, zrealizował minimum 1 (jedną) robotę polegającą na dostawie, montażu i rozruchu kompletnej instalacji wytwarzającej ciepło z kotłem parowym, lub wodnym, opalany słomą luźną o mocy znamionowej nie mniejszej niż 12 MW.*

Uwaga: Każda z instalacji referencyjnych, o których mowa w pkt a), b), c) powinna uzyskać pozwolenie na użytkowanie i być eksploatowana po jej odbiorze przez inwestora – zgodnie z założeniami projektowymi – przez minimum 2 lata.

(...)

- 2) Wymagane jest wykazanie przez Wykonawcę, że dysponuje lub będzie dysponował osobami, które będą skierowane do realizacji zamówienia, posiadającymi kwalifikacje zawodowe, doświadczenie i wykształcenie odpowiednie do pełnionej funkcji (specjalności). Wykonawca musi wykazać, iż dysponuje lub będzie dysponował personelem składającym się z:*

- a) kierownika robót branży sanitarnej:*

- posiadającego uprawnienia zawodowe do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych;*
- posiadającego minimum 5 (pięć) lat doświadczenia na stanowisku kierownika robót w branży instalacji i urządzeń cieplnych;*

- b) kierownika robót budowlanych:*

- posiadającego uprawnienia zawodowe do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno-budowlanej;*
- posiadającego minimum 5 (pięć) lat doświadczenia na stanowisku kierownika robót w branży konstrukcyjno-budowlanej;*

- c) kierownika robót branży elektrycznej i AKPiA:*

- posiadającego uprawnienia zawodowe do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych;*

- posiadającego minimum 5 (pięć) lat doświadczenia na stanowisku kierownika robót w branży instalacji elektrycznych i AKPiA;
- posiadającego doświadczenie w realizacji co najmniej 1 (jednego) przedsięwzięcia związanego z budową (w rozumieniu ustawy Prawo budowlane) instalacji* wytwarzającej ciepło o mocy znamionowej kotła nie mniejszej niż 12 MW.

d) technologa:

- posiadającego doświadczenie w pełnieniu funkcji technologa przy realizacji co najmniej 1 (jednego) przedsięwzięcia związanego z budową (w rozumieniu ustawy Prawo budowlane) instalacji* wytwarzającej ciepło w kotle opalonym słomą luźną o mocy znamionowej kotła nie mniejszej niż 12 MW.

e) kierownika budowy:

- posiadającego minimum 7 (siedem) lat doświadczenia na stanowisku kierownika budowy w rozumieniu ustawy Prawo budowlane;
- posiadającego doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika budowy w minimum 2 (dwóch) robotach budowlanych dotyczących budowy (w rozumieniu ustawy Prawo budowlane) ciepłowni lub elektrociepłowni.

f) koordynatora – przedstawiciela Wykonawcy, reprezentującego Wykonawcę na budowie na podstawie stosownych pełnomocnictw:

- posiadającego minimum 5 (pięć) lat doświadczenia w pełnieniu funkcji związanych z zarządzaniem lub koordynacją projektów, w tym przynajmniej 1 (jednej) inwestycji związanej z budową (w rozumieniu ustawy Prawo budowlane) instalacji* wytwarzającej ciepło.

g) projektanta branży sanitarnej:

- posiadającego uprawnienia zawodowe do projektowania bez ograniczeń w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych;
- posiadającego doświadczenie w opracowaniu w branży sanitarnej co najmniej 1 (jednej) dokumentacji projektowej (projekt budowlany i wykonawczy), na podstawie której zrealizowano przedsięwzięcie związane z budową (w rozumieniu ustawy Prawo budowlane) instalacji* wytwarzającej ciepło.

h) projektanta branży elektrycznej i AKPiA:

- posiadającego uprawnienia zawodowe do projektowania bez ograniczeń w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych;

- posiadającego doświadczenie w opracowaniu w branży elektrycznej co najmniej 1 (jednej) dokumentacji projektowej (projekt budowlany i wykonawczy), na podstawie której zrealizowano przedsięwzięcie związane z budową (w rozumieniu ustawy Prawo budowlane) instalacji* wytwarzającej ciepło.

i) projektanta branży konstrukcyjno-budowlanej:

- posiadającego uprawnienia zawodowe do projektowania bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno-budowlanej.

Zamawiający dopuszcza łączenie funkcji, o której mowa w ppkt f) z funkcjami, o których mowa w ppkt a) – e). W pozostałym zakresie Zamawiający nie dopuszcza łączenia funkcji.

* powinna uzyskać pozwolenie na użytkowanie i być eksploatowana – zgodnie z założeniami projektowymi – przez minimum 2 lata.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Ad zarzut naruszenia art. art. 121 pkt 1 Pzp poprzez nadmierne i niezasadne zastrzeżenie obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę części zamówienia

Jak wynika ze stanowiska zaprezentowanego przez Zamawiającego, zarówno w odpowiedzi na odwołanie jak też na rozprawie, interpretuje on przepis art. 121 ust. 1 Pzp z pominięciem zasad obowiązujących na gruncie zamówień publicznych, uznając, że skoro przepis ten przewiduje określoną w nim możliwość, to jest to wystarczające do skorzystania z niej, bez konieczności wykazania kluczowego charakteru zadań zastrzeżonych do osobistego wykonania, czy zbadania wpływu takiej decyzji na konkurencję w postępowaniu. Zamawiający uznaje, że brak jest prawnej możliwości zarzucenia mu naruszenia art. 121 Pzp, a twierdzenia Odwołującego, że przepis ten przewiduje odstępstwo od zasad obowiązujących na gruncie Pzp i powinien być interpretowany możliwie wąsko, stanowią jedynie własną interpretację przepisów ustawy dokonaną przez Odwołującego, która nie jest poparta przepisami Pzp, ani orzecznictwem Izby. Zdaniem Zamawiającego Odwołujący w tym zakresie nie kwestionuje działań Zamawiającego, ale wchodzi w polemikę z zasadnością uregulowań rangi ustawowej.

W ocenie Izby nie sposób się zgodzić z takim stanowiskiem Zamawiającego.

Zauważenia wymaga, że zgodnie z art. 462 ust. 1 Pzp: *Wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy. Zwrócenia uwagi w tym zakresie wymaga również przepis art. 118 ust. 1 i 2 Pzp: 1. Wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach*

technicznych lub zawodowych (...) podmiotów udostępniających zasoby, niezależnie od charakteru łączących go z nimi stosunków prawnych. 2. W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. Z przepisów tych wynika, że decyzja, co do ewentualnego posłużenia się podwykonawcą lub podwykonawcami, należy do wykonawcy. Zamawiający co do zasady nie może pozbawiać wykonawcy takiej możliwości.

Z kolei w myśl art. 121 pkt 1 Pzp: *Zamawiający może zastrzec obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych zadań dotyczących zamówień na roboty budowlane lub usługi. Przepis ten dopuszcza możliwość ograniczenia podwykonawstwa, a więc odstępstwo od ww. regulacji, ale jedynie w odniesieniu do kluczowych zadań. Nie jest więc tak, jak wynika ze stanowiska Zamawiającego, że wyłączenie określonego zakresu zamówienia do osobistego wykonania przez wykonawcę, nie wiąże się z żadnymi ograniczeniami i zależy wyłącznie od dowolnego uznania Zamawiającego.*

Przepis art. 121 pkt 1 Pzp nie zawiera definicji kluczowego zadania. Należy zatem przyjąć, że ocena w tym zakresie uzależniona jest od konkretnego stanu faktycznego, przy uwzględnieniu, że chodzi w szczególności o świadczenia, które mają być zlecone wykonawcy z uwagi na jego szczególne kwalifikacje, umiejętności, środki zarządzania jakością (zob. art. 121, t.2. [w:] *Prawo zamówień publicznych, Komentarz pod redakcją H. Nowaka M. Winiarza*).

Zamawiający, chcąc wprowadzić ograniczenie swobody wykonawcy, co do wyboru części zamówienia, jaka zostanie powierzona podwykonawcom, w tym posłużenia się zasobami podmiotu trzeciego, mając na uwadze zasadę prowadzenia postępowania z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji i niedoprowadzania do nieuzasadnionego ograniczenia wykonawcom dostępu do zamówienia, powinien mieć na uwadze, że jest to wyjątek od zasady, co oznacza, że nie może być interpretowany rozszerzająco. W związku z tym Zamawiający powinien wykazać, że w okolicznościach danego stanu faktycznego występuje pełne uzasadnienie dla jego wprowadzenia. (...) *zgodnie z zasadą exceptiones non sunt extendendae, pojęcie „kluczowego zadania” użyte w art. 121 pkt 1 ww. ustawy nie może być wykładane dowolnie, w sposób umożliwiający zamawiającemu arbitralne ustalenie obowiązku osobistego wykonania zamówienia przez wykonawcę. Decyzja zamawiającego o uznaniu części danego zamówienia za kluczowe może wpływać na konkurencję na rynku, powinna zatem następować wyłącznie w sytuacjach, które można uzasadnić w obiektywny sposób. Zamawiający nie może bowiem stawiać wymagań ponad swe obiektywnie uzasadnione potrzeby.*(por. wyrok Izby z 7 maja 2021 r. sygn. akt KIO 1381/21).

Nie można także zgodzić się ze stanowiskiem Zamawiającego, zaprezentowanym w odpowiedzi na odwołanie, że z uwagi na to, że Odwołujący nie sformułował zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1 Pzp, który określa zakres działań Zamawiającego związany z zapewnieniem konkurencyjności w postępowaniu, i który mógłby jego zdaniem stanowić ewentualną podstawę do formułowania zmiany SWZ, jako ograniczającą dostęp wykonawców do zamówienia, to „*przedmiot oceny Izby winien oscylować, wyłączenie wokół rzekomego naruszenia przez Zamawiającego art. 121 ustawy Pzp i wszelkie kwestie związane z ograniczeniem konkurencji w postępowaniu nie powinny stanowić przedmiotu oceny, gdyż wykraczają one poza dyspozycje tego przepisu*”.

Po pierwsze, wbrew temu co wynika ze stanowiska Zamawiającego, przepis art. 121 Pzp nie może być interpretowany w oderwaniu od treści całej ustawy Pzp, w tym z pominięciem obowiązujących na jej gruncie zasad. Po drugie, jakkolwiek w petitum odwołania nie ma wymienionego przepisu art. 16 pkt 1 Pzp, określającego jedno z podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, tj., że zasadę przygotowania i przeprowadzenia przez zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, to jednak w treści uzasadnienia omawianego zarzutu kilkakrotnie została przedstawiona argumentacja wskazująca na nieuzasadnione ograniczenie przez Zamawiającego konkurencji w postępowaniu na skutek wprowadzenia zakwestionowanego zastrzeżenia.

Dla wykazania prowadzenia postępowania z zastosowaniem ww. zasad obowiązujących na gruncie zamówień publicznych, Zamawiający powinien przedstawić pełne i przekonujące uzasadnienie dla zastosowania przewidzianego w art. 121 ust. 1 Pzp wyłączenia spod podwykonawstwa ww. części zamówienia. Postępowanie przed Izłą jest kontradyktoryjne. Stosownie do art. 534 Pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne, co wiąże się z rozkładem ciężaru dowodu w postępowaniu odwoławczym i wskazuje na potrzebę aktywności dowodowej, przy czym chodzi o dowody zarówno na poparcie swoich twierdzeń, jak też odparcie twierdzeń strony przeciwnej. (art. 535 Pzp).

W ocenie Izby Zamawiający nie wykazał, że wyłączony przez niego do osobistego wykonania zakres zamówienia stanowi kluczowe zadanie w ramach zamówienia, w rozumieniu przepisu art. 121 ust. 1 Pzp. Nie zostało wykazane, aby SWZ zawierała uzasadnienie dla uznania wyłączonego spod podwykonawstwa zakresu zamówienia za usprawiedliwiony okolicznościami danego zamówienia oraz uwarunkowaniami rynku. Także w odpowiedzi na odwołanie, jak też na rozprawie, Zamawiający nie przedstawił takiego uzasadnienia. Ogólnikowe stwierdzenia, w tym, że określone wymaganie, nawet jeśli

ogranicza dostęp wykonawców do uzyskania zamówienia, mieści się w tzw. obiektywnym i uzasadnionym interesie Zamawiającego, bez wykazania o jaki interes Zamawiającego chodzi, a jedynie przywołanie fragmentu orzeczenia Izby odnoszącego się do warunku udziału w postępowaniu, nie może być uznane za wykazanie zasadności wprowadzonego ograniczenia. W analizowanym zakresie spór nie dotyczy bowiem warunku udziału w postępowaniu, lecz wyłączenia przez Zamawiającego określonego zakresu spod podwykonawstwa.

Również twierdzenie Zamawiającego: „Zamawiający kategorycznie nie zgadza się z optyką Odwołującego wskazując, że jedynie bezpośrednio zaangażowanie doświadczonych podmiotów, bez rozdrabniania prac związanych z budową kotła daje gwarancję należytego wykonania zamówienia. W niniejszym stanie faktycznym poza koniecznością wyłonienia wykonawcy, który jest w stanie należycie wykonać zamówienie, istnieje również potrzeba znalezienia takiego partnera, którego doświadczenie oraz wiedza pozwolą na ukończenie zamówienia w terminie oraz uzyskanie osiągnięcia tzw. parametrów gwarantowanych. Zapewnienie powyższych warunków jest dla Zamawiającego kluczowe z punktu widzenia zawartej z NFOŚG umowy o dofinansowanie” nie stanowi wykazania, że wyłączony zakres nie może być wykonany przez podwykonawcę. Nie jest bowiem wiadomo dlaczego, zważywszy na przedmiot zamówienia, wykonanie zastrzeżonego zakresu zamówienia np. przez konsorcjanta, którego rola i odpowiedzialność polegałaby według umowy konsorcjum (na co wskazuje Zamawiający) jedynie na jego wykonaniu, miałyby gwarantować osiągnięcie parametrów gwarantowanych, ale już wykonanie tego samego zakresu przez podwykonawcę, np. przez uznanego specjalistę w tej dziedzinie, już by nie dawało takiej gwarancji.

Nie jest sporne, że przedmiot zamówienia obejmuje szereg innych zadań z wielu różnych branż. Zamawiający, nie wykazał, że projektanci i wykonawcy kotła, układu podawania paliwa do kotła wraz z magazynem są zainteresowani wykonywaniem innych robót budowlanych objętych zamówieniem. Podniesiona przez Zamawiającego okoliczność, że takie podmioty, nie przystąpiły do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego, nie musi oznaczać, że są oni zainteresowani udziałem w postępowaniu, jako jego wykonawcy. Odwołujący natomiast wykazał, że wykonawcy takich robót są zainteresowani udziałem w postępowaniu, ale jako podwykonawcy, co potwierdził złożonymi dowodami w postaci oświadczeń załączonych do ww. pisma z 2 lutego 2022 r. np. HoS, w którym zostało stwierdzone, że jako podmiot zajmujący się projektowaniem, dostawą i montażem kotłów posiada w tym zakresie odpowiednie kompetencje i wieloletnie doświadczenie i jest zainteresowany udziałem w postępowaniu jako podwykonawca, ale nie jest zainteresowany samodzielny składaniem oferty.

Jak wynika ze stanowiska Odwołującego, z uwagi na to, że wykonanie robót z branży energetycznej odbywa się w systemie generalnego wykonawstwa, który zapewnia udział wielu specjalistycznych podmiotów, które specjalizują się w znacznie węższych zakresach i nie wzięliby udziału w postępowaniu samodzielnie, inni zamawiający z branży energetycznej takiego ograniczenia nie stosują. Zamawiający nie wykazał, że twierdzenia Odwołującego w tym zakresie, poparte złożonym przez niego ww. wykazem innych postępowań prowadzonych np. przez PGE Energia Ciepła S.A., nie odpowiadają rzeczywistości, jak też, że nie mają zastosowania w analizowanym postępowaniu. Nie przedstawił kontrargumentów, dla stanowiska Odwołującego, że wyłączony spod podwykonawstwa zakres zamówienia, obejmuje prace, które może wykonać każdy profesjonalny wykonawca będący specjalistą w swojej dziedzinie, a zaangażowanie podwykonawców będących specjalistycznymi podmiotami pozytywnie wpłynie na jakość realizacji zamówienia.

W ocenie Izby nie zostało wykazane, aby przy założeniu prawidłowego sporządzenia SWZ, w tym opisu przedmiotu zamówienia i warunków udziału w postępowaniu, a następnie wyłonienia wykonawcy dającego rękojmię jego należytego wykonania, nie było możliwe wykonanie przedmiotowego zamówienia publicznego inaczej jak tylko przez zabezpieczenie osobistego udziału wykonawcy przy realizacji wskazanego zakresu zamówienia. Ogólnikowe twierdzenia Zamawiającego, nie osadzone w realiach analizowanego postępowania, w tym, że jego działanie ma na celu wyeliminowanie z postępowania wykonawców, którzy nie posiadają wystarczającego doświadczenia w wykonaniu tego rodzaju zamówień i będą bazować jedynie na zasobach podmiotów trzecich, z uwagi na to, że z jego doświadczenia wynika, że niejednokrotnie udział podmiotów trzecich ma charakter formalny i symboliczny, więc nie może dopuścić do sytuacji, w której wykonawca będzie nabywał wiedzę co do sposobu wykonywania zamówienia dopiero realizując przedmiotowe zamówienie, nie stanowi takiego wykazania. Jak sam bowiem wskazał w odpowiedzi na odwołanie przedmiot zamówienia dotyczy rozwiązania, które pod względem skomplikowania, zakresu oraz zakładanych rozwiązań technologicznych, nie było nigdy wcześniej realizowane w Polsce. Natomiast, jak wskazał Odwołujący, producentami kotłów w technologii opalania biomasą są głównie podmioty zagraniczne, które np. z powodu prowadzenia postępowania w języku polskim, nienegocjowanych umów czy restrykcyjnych kar umownych, nie uczestniczą w postępowaniach publicznych. Nie jest zatem wiadomo, o jakie doświadczenia Zamawiającemu chodzi, z jakich postępowań zaczerpnięte. Nadto takie twierdzenie wskazuje na brak uwzględnienia przepisów ustawy dających podstawę do wyeliminowania zjawiska, jakiego się obawia w analizowanym postępowaniu. Pzp zawiera przepisy stanowiące dla Zamawiającego podstawę do weryfikacji zdolności technicznych

podwykonawców, jak też wyraźnie wskazuje, że powierzenie wykonania części zamówienia podwykonawcom nie zwalnia wykonawcy z odpowiedzialności za należyte wykonanie zamówienia (art. 462 ust. 8 Pzp).

Z tych względów Izba uznała za zasadne stanowisko Odwołującego i nakazała usunięcie ww. postanowienia SWZ.

Ad zarzut naruszenia art. 112 ust. 1 Pzp w zw. z art. 116 Pzp poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu w sposób, którego spełnienie leży poza zakresem możliwości Wykonawcy.

Zgodnie z art 112 ust. 1 Pzp: *Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.*

Stosownie do art. 116 Pzp 1. *W odniesieniu do zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może określić warunki dotyczące niezbędnego wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości. W szczególności zamawiający może wymagać, aby wykonawcy spełniali wymagania odpowiednich norm zarządzania jakością, w tym w zakresie dostępności dla osób niepełnosprawnych, oraz systemów lub norm zarządzania środowiskowego, wskazanych przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia. 2. Oceniając zdolność techniczną lub zawodową, zamawiający może, na każdym etapie postępowania, uznać, że wykonawca nie posiada wymaganych zdolności, jeżeli posiadanie przez wykonawcę sprzecznych interesów, w szczególności zaangażowanie zasobów technicznych lub zawodowych wykonawcy w inne przedsięwzięcia gospodarcze wykonawcy może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia.*

Powyższe wskazuje, że Zamawiający przy określaniu warunków udziału w postępowaniu powinien mieć na uwadze wskazane w tych przepisach wytyczne, w tym winien określić warunki na poziomie proporcjonalnym do przedmiotu zamówienia, wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności, tj. takie bez których wykonawca nie będzie w stanie wykonać zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. Służą one bowiem ocenie zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Jednocześnie Zamawiający winien mieć na uwadze potrzebę nieograniczania w sposób nieuzasadniony konkurencji. Na opis w powyższym zakresie ma zatem wpływ przedmiot zamówienia, w tym jego rodzaj, sposób wykonania, stopień skomplikowania.

Jak wskazał Odwołujący, i co wynika z ww. ustaleń, w ramach warunków udziału Zamawiający postawił wymóg, aby instalacja referencyjna (zarówno dla Wykonawcy, jak i ekspertów) była eksploatowana po jej odbiorze przez inwestora – zgodnie z założeniami projektowymi – przez minimum 2 lata, który to okres został następnie skrócony przez Zamawiającego do 6 miesięcy, co wynika z odpowiedzi na odwołanie.

Na wstępie zauważenia wymaga, że dokonana przez Zamawiającego, już po wniesieniu rozpatrywanego odwołania, zmiana SWZ, polegająca na skróceniu okresu eksploatacji instalacji przez inwestora z 2 lat do 6 miesięcy, nie wpływa na istotę zarzutu, tj., że wykonawca nie ma wpływu na czas i sposób eksploataowania instalacji przez inwestora po jej wykonaniu przez wykonawcę i odbiorze przez inwestora, a zatem warunek nie powinien odnosić się do tego okresu. W związku z tym odwołanie w tym zakresie podlega rozpoznaniu.

Zgodzić się należy z Odwołującym, że postawiony przez Zamawiającego wymóg, aby referencyjna instalacja była eksploatowana przez inwestora przez wskazany okres czasu, wskazuje na zerwanie związku tego warunku z wykonawcą, bowiem uzależnia możliwość wykazania się wykonaniem takiej instalacji nie tylko od tego, że została należycie wykonana i odebrana przez inwestora (co może być potwierdzone nie tylko referencjami, ale też np. protokołem odbioru przedmiotu zamówienia), ale też dodatkowo od tego czy, a jeśli tak, to jak długo inwestor ją eksploatował, nadto czy czynił to prawidłowo, zgodnie z założeniami projektowymi, a zatem od okoliczności, na które wykonawca nie ma wpływu. Ponadto, jak zauważył Odwołujący, czemu Zamawiający nie zaprzeczył, wykonawca nie ma żadnych instrumentów prawnych aby uzyskać od inwestora informację, tym bardziej dokument potwierdzający okoliczność eksploatacji instalacji po odbiorze w sposób zgodny z założeniami projektowymi.

W ocenie Izby argumentacja przedstawiona przez Zamawiającego w tym zakresie, wskazująca na to, że proporcjonalność i adekwatność do przedmiotu zamówienia tego warunku Zamawiający upatruje w tym, że wykonawcę będą obciążały także obowiązki wynikające z gwarancji, nie uzasadnia tak postawionego warunku. Wykonywanie obowiązków z tytułu rękojmi czy gwarancji, następuje już po wykonaniu przedmiotu zamówienia i jego przejęciu przez inwestora, a zatem po uznaniu przez niego, że przedmiot zamówienia został wykonany należycie i w związku z tym kwalifikuje się do odbioru.

Nie można także uznać za wykazane, że dopiero na etapie korzystania z wybudowanej instalacji inwestor jest w stanie potwierdzić, że została wykonana należycie i umożliwi osiągnięcie zakładanych parametrów, bowiem zdaniem Zamawiającego, na etapie odbioru końcowego, w tym także na etapie rozruchu, brak jest możliwości identyfikacji

nieprawidłowości, które uniemożliwiają pełne korzystanie z przedmiotu zamówienia. Takie stanowisko Zamawiającego przeczy bowiem celowi, jakiemu służy odbiór końcowy instalacji po jej wykonaniu przez wykonawcę, który następuje po wykonaniu wszystkich obowiązków wynikających z umowy. Trudno zakładać, że inwestorzy dokonują odbioru końcowego bez sprawdzenia, czy przedmiot zamówienia został wykonany zgodnie z umową.

Zauważenia przy tym wymaga, że jak wynika z pkt 1.2.6 *Rozruch, Próby Końcowe odbiór przez Inwestora* Programu Funkcjonalno-Użytkowego, stanowiącego załącznik do SWZ w analizowanym postępowaniu, do obowiązków wykonawcy należy m.in. przeprowadzenie na swój koszt rozruchu instalacji, wykonania wszystkich niezbędnych prób, w tym prób końcowych i pomiarów gwarancyjnych. Uruchomieniu i próbom winny być poddane wszystkie instalacje i urządzenia dostarczone w ramach kontraktu. Wykonawca jest zobowiązany do wykonania wszystkich zobowiązań koniecznych do odbioru i przejęcia robót związanych z realizacją inwestycji oraz przekazaniem instalacji do eksploatacji i użytkowania. W związku z tym sytuacji, gdy Zamawiający zamierza odebrać przedmiot umowy, który odpowiada postawionym przez niego wymaganiom, trudno przyjąć za znajdującą uzasadnienie ogólnikową argumentację wskazującą, że nie jest możliwe przed odbiorem zidentyfikowanie nieprawidłowości uniemożliwiających pełne korzystanie z przedmiotu zamówienia. Zamawiający nie wykazał zasadności takich twierdzeń, chociaż to na nim spoczywał ciężar dowodu w tym zakresie.

Z tych względów zarzut dotyczący wymaganego okresu eksploataowania przez inwestora referencyjnej instalacji potwierdził się.

Odwołujący nie kwestionuje wymogu, aby referencyjna instalacja uzyskała pozwolenie na użytkowanie, a jedynie w żądaniu domaga się skreślenia całych postanowień. W związku z tym Izba nakazała dokonanie zmiany SWZ wyłącznie w zakresie przedmiotu zaskarżenia tj. usunięcie zapisów wskazujących na wymagany okres eksploataowania referencyjnej instalacji przez inwestora, pozostawiając wymóg dotyczący pozyskania pozwolenia na użytkowanie.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, *Izba uwzględni odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.* W analizowanej sprawie zostało stwierdzone zarzucane przez Odwołującego naruszenie przepisów Pzp, które miało wpływ na wynik postępowania, co musiało skutkować uwzględnieniem odwołania.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 553 zdanie pierwsze ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. W analizowanej Izba uwzględniła odwołanie. W związku z tym odpowiedzialność za wynik postępowania ponosi Zamawiający, który został obciążony kosztami postępowania, na które składał się uiszczony przez Odwołującego wpis od odwołania oraz koszty związane z dojazdem na wyznaczone posiedzenie i rozprawę oraz uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika, zasądzone na podstawie złożonych rachunków.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. a i b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: