Sygn. akt: KIO 3063/21

WYROK

z dnia 12 listopada 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Matecka

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 listopada 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 października 2021 r. przez odwołującego: wykonawcę Control Process Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Zakład Usług Komunalnych Spółka Gminy w Orzyszu Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Orzyszu

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego 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 oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

   2.2. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129, ze zm.) 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: .....

Sygn. akt: KIO 3063/21

Uzasadnienie

Zamawiający Zakład Usług Komunalnych Spółka Gminy w Orzyszu Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Orzyszu prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Rozbudowa systemu ciepłowniczego Orzysza - budowa kotłowni bazującej na produkcji energii cieplnej ze spalania biomasy” (nr: 5/2021/ZUK). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu

6 października 2021 r. w Dzienniki Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2021/S 194-506466.

W dniu 18 października 2021 r. wykonawca Control Process Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności zamawiającego polegającej na sporządzeniu dokumentacji postępowania, w tym Specyfikacji Warunków Zamówienia („SWZ") oraz ogłoszenia o zamówieniu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 121 pkt 1 ustawy z dnia 11 września

2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp", poprzez nadmierne i nieuzasadnione zastrzeżenie obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę części zamówienia.

W związku z podniesionym zarzutem odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu usunięcie z SWZ postanowienia 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 podwykonawcą."

Żaden wykonawca nie zgłosił przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Pismem wniesionym w dniu 26 października 2021 r. zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie. W treści ww. pisma zamawiający przedstawił stanowisko niepodzielające co do zasady stanowiska odwołującego. Jednakże stwierdził, że uwzględniając niektóre okoliczności wskazane przez odwołującego, postanowił w całości uwzględnić zarzut zawarty w odwołaniu i w związku z tym postanowił zmienić treść postanowienia 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 wykonany 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."

W dniu 28 października 2021 r. do akt sprawy wpłynęło pismo odwołującego. Odwołujący stwierdził, że zamawiający uwzględniając zarzut podniesiony w odwołaniu nie dokonał zmiany SWZ zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. W związku z tym odwołujący wniósł o zobowiązanie zamawiającego do zastosowania przepisu art. 522 ust. 1 ustawy Pzp

i w przypadku wykonania przez zamawiającego czynności zgodnie z żądaniem odwołania - wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego.

W dniu 10 listopada 2021 r. do akt sprawy wpłynęło kolejne pismo odwołującego. Odwołujący wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego - wobec dokonania przez zamawiającego zmian w dokumentacji postępowania, powodujących, że zaskarżone zapisy nie stanowią już

części dokumentacji postępowania (co stanowi o zaistnieniu przesłanki z art. 568 ustawy Pzp) oraz wobec złożenia przez zamawiającego oświadczenia o uwzględnieniu odwołania.

Na posiedzeniu w dniu 12 listopada 2021 r., na które stawił się wyłącznie zamawiający, zamawiający złożył do akt sprawy pismo zawierające dodatkowe stanowisko w sprawie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie należy wskazać, że zgodnie z przepisem art. 522 ust. 1 ustawy Pzp w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Izby złożenie przez zamawiającego oświadczenia o uwzględnieniu zarzutów odwołania i umorzenie z tego powodu postępowania odwoławczego nie oznacza, że w każdym przypadku zamawiający jest zobowiązany do wykonania, powtórzenia lub unieważnienia czynności zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Zamawiający obowiązany jest do prowadzenia postępowania zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa. W związku z tym, w przypadku stwierdzenia, że wykonanie żądania zawartego w odwołaniu będzie pozostawało w sprzeczności z przepisami prawa, zamawiający uprawniony jest do odstąpienia od wykonania, powtórzenia lub unieważnienia czynności zgodnie z żądaniem odwołania. W takiej sytuacji odwołującemu będzie ponownie przysługiwało prawo wniesienia odwołania. Złożenie przez zamawiającego oświadczenia o uwzględnieniu zarzutów odwołania co do zasady odnosi się do przyszłości - stanowi deklarację wykonania, powtórzenia lub unieważnienia czynności zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu, z zastrzeżeniem sytuacji, o której mowa powyżej. W takim przypadku wykonanie przez zamawiającego żądania zawartego w odwołaniu może być przedmiotem badania w ramach kolejnego postępowania odwoławczego. Jednakże dokonując oceny oświadczenia zamawiającego o uwzględnieniu zarzutów należy uwzględnić również okoliczności, w których to oświadczenie zostało złożone. Jeżeli zamawiający, wraz ze złożeniem oświadczenia o uwzględnieniu zarzutów odwołania, dokonuje czynności mających stanowić wykonanie żądania odwołania, konieczne jest ustalenie, czy prowadzi to do wygaśnięcia sporu pomiędzy stronami. Ustalenie, że spór pomiędzy stronami w dalszym ciągu istnieje, gdyż nie został usunięty wskutek czynności zamawiającego mających stanowić wykonanie żądania odwołania (gdy czynności zostały już przez zamawiającego dokonane) prowadzi do uznania, że podstawa do umorzenia postępowania odwoławczego nie zaistniała. Umorzenie postępowania odwoławczego w takim przypadku stanowiłoby przeniesienie rozstrzygnięcia zaistniałego pomiędzy stronami sporu na kolejne postępowanie odwoławczego, co prowadziłoby do niepotrzebnego przedłużenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego stanowi sformalizowaną procedurę zakupową i w związku z tym powinno być przeprowadzone szybko i sprawnie.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że w niniejszej sprawie nie zaistniała podstawa do umorzenia postępowania odwoławczego. Wprawdzie zamawiający złożył oświadczenie o uwzględnieniu zarzutu odwołania, jednakże jednocześnie dokonał czynności, która - wbrew twierdzeniom zamawiającego - nie stanowi wykonania żądania odwołania. Jednoznacznie wynika to z porównania treści żądania odwołania oraz czynności dokonanej przez zamawiającego, jak i zostało to potwierdzone stanowiskiem odwołującego przedstawionym w piśmie wniesionym do akt sprawy w dniu 28 października 2021 r. W tej sytuacji należało uznać, że spór pomiędzy stronami nadal istnieje, w związku z czym umorzenie postępowania odwoławczego zgodnie z art. 568 pkt 3 w zw. z art. 522 ust. 1 ustawy Pzp byłoby bezpodstawne. Istniejący pomiędzy stronami spór powinien zostać rozstrzygnięty w ramach obecnego postępowania odwoławczego.

Z podobnych powodów Izba uznała, że nie zaistniała również podstawa do umorzenia postępowania odwoławczego, o której mowa w art. 568 pkt 2 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne. Ponieważ spór pomiędzy stronami nie ustał nie można uznać, że dalsze postępowanie stało się zbędne. Wręcz przeciwnie, skoro spór w dalszym ciągu istnieje, powinien on zostać rozstrzygnięty w ramach obecnego postępowania odwoławczego, a nie

późniejszego, co prowadziłoby do przedłużenia postępowania o udzielenia zamówienia. Odnosząc się do wskazanej przez odwołującego okoliczności dokonania przez zamawiającego zmian w dokumentacji postępowania, powodujących, że zaskarżone postanowienia nie stanowią już części dokumentacji - należy wskazać, że postawiony przez zamawiającego wymóg osobistego wykonania części zamówienia, stanowiący przedmiot zarzutu odwołania, nie został całkowicie wyeliminowany na skutek czynności zamawiającego, co stanowiłoby wykonanie żądania odwołania, a jedynie został ograniczony i w takiej postaci jest nadal zawarty w dokumentacji postępowania. Izba nie stwierdziła również żadnej okoliczności stanowiącej o niedopuszczalności prowadzenia postępowania odwoławczego.

W związku z powyższym Izba rozpoznała podniesiony w odwołaniu zarzut naruszenia art. 121 pkt 1 ustawy Pzp.

Zgodnie z tym przepisem zamawiający może zastrzec obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych zadań dotyczących zamówień na roboty budowlane lub usługi. Z regulacji tej wynika zatem, że zamawiający uprawniony jest do dokonania zastrzeżenia obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę niektórych zadań dotyczących zamówień na roboty budowlane lub usługi, o ile mają one charakter kluczowy. Skuteczne podniesienie zarzutu naruszenia przez zamawiającego ww. przepisu wymaga zatem wykazania, że zadania zastrzeżone przez zamawiającego do osobistego wykonania nie mają charakteru kluczowego.

Jak wskazano w Komentarzu Urzędu Zamówień Publicznych (Prawo zamówień publicznych. Komentarz pod redakcją H. Nowaka i M. Winiarza): „Przyznane zamawiającemu uprawnienie do ograniczenia podwykonawstwa może odnosić się wyłącznie do kluczowych zadań. 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, usług czy dostaw. Właściwa odpowiedź na pytanie, które zadania są kluczowe, może być udzielona tylko w konkretnej sytuacji i na tle konkretnego stanu faktycznego, natomiast generalne próby stworzenia ogólnej definicji skazane są na niepowodzenie. Mimo tego stwierdzenia można podać pewne wskazówki pomocne w objaśnieniu pojęcia „kluczowe zadania". 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. Dotyczy to przede wszystkim świadczeń, które zlecono wykonawcy ze względu na jego szczególne kwalifikacje, umiejętności, środki zarządzania jakością itp. (przypis: Por. wyrok z dnia 18 marca 2004 r. w sprawie C-314/01 Siemens AG Osterreich i ARGE Telekom & Partner przeciwko Hauptverband der osterreichischen Sozialversicherungstrager, ECLI:EU:C:2004:159, pkt 45)." Zgodnie z poglądem doktryny: „W praktyce przyjmuje się, że ustalenie kluczowych zadań zamówienia musi następować ad casum. Będą to bowiem najważniejsze elementy zamówienia, mające największe znaczenie dla zamawiającego w konkretnych okolicznościach." (Prawo zamówień publicznych. Komentarz red. M. Jaworska, D. Grześkowiak-Stojek, J. Jarnicka, A. Matusiak, Rok 2021, Wydanie 2.).

Izba stwierdziła, że w niniejszej sprawie odwołujący nie wykazał, aby zadania zastrzeżone przez zamawiającego do osobistego wykonania (dostawa i montaż kotłów opalanych biomasą) nie miały charakteru kluczowego. Odwołujący w żaden sposób nie odniósł się do znaczenia ww. prac w kontekście realizacji całego zamówienia, co ma podstawowe znaczenie dla kwalifikacji tych zadań jako kluczowych na gruncie art. 121 pkt 1 ustawy Pzp. Odwołujący nie odniósł się również w tym zakresie do postawionego przez zamawiającego warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej. Odwołujący oparł swoje stanowisko na twierdzeniach dotyczących innych kwestii, tj. odwołujący wskazał, że: tego rodzaju prace jak zastrzeżone przez zamawiającego zazwyczaj wykonują podmioty będące dostawcami instalacji i urządzeń technologicznych; producenci tego rodzaju instalacji i urządzeń wymagają, by do sprawnego działania urządzeń technologicznych, które dostarczają, montaż i rozruch był wykonywany właśnie przez te podmioty, co ma też istotny wpływ na późniejsze świadczenie usług w zakresie serwisowania gwarancyjnego i pogwarancyjnego urządzeń; zastrzeżenie osobistego wykonania tego rodzaju prac prowadzi do przymusowego udziału dostawcy takich urządzeń jako konsorcjanta, co ogranicza konkurencję w postępowaniu, w szczególności, że większość tego rodzaju przedsiębiorców nie jest zainteresowana udziałem w realizacji takiego zamówienia jako konsorcjanci; producenci kotłów w tej technologii (opalanie biomasą) są to głównie podmioty zagraniczne, które z powodów o charakterze biznesowym nie uczestniczą w postępowaniach publicznych; zadania zastrzeżone przez zamawiającego do osobistego wykonania to prace, które może wykonać każdy profesjonalny wykonawca. Zaangażowanie podwykonawców będących

specjalistycznymi podmiotami pozytywnie wpłynie na jakość realizacji zamówienia. Odnosząc się do wskazanych przez odwołującego okoliczności, należy zauważyć, że nie mają one istotnego znaczenia dla kwalifikacji danych zadań jako kluczowych na gruncie art. 121 pkt 1 ustawy Pzp, a zatem dla stwierdzenia naruszenia przez zamawiającego ww. przepisu. Niezależnie od tego należy stwierdzić, że nie zostały one przez odwołującego udowodnione. Wymaga przypomnienia, że zgodnie z przepisem art. 534 ust. 1 ustawy Pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ponadto stanowisko odwołującego jest wewnętrznie sprzeczne. W jednym miejscu odwołujący twierdzi, że prace zastrzeżone przez zamawiającego do osobistego wykonania przez wykonawcę zazwyczaj wykonują podmioty będące dostawcami instalacji i urządzeń technologicznych; producenci tego rodzaju instalacji i urządzeń wymagają, by do sprawnego działania urządzeń technologicznych, które dostarczają, montaż i rozruch był wykonywany właśnie przez te podmioty (str. 4 odwołania), a w innym miejscu, że są to prace, które może wykonać każdy profesjonalny wykonawca. Zaangażowanie podwykonawców będących specjalistycznymi podmiotami pozytywnie wpłynie na jakość realizacji zamówienia (str. 6 odwołania). Izba brała pod uwagę fakt dokonanej przez zamawiającego zmiany treści zaskarżonego postanowienia, jednakże jak wskazano powyżej, nie miało miejsca całkowite uwzględnienie przez zamawiającego zarzutu odwołania i wykonanie żądania przedstawionego w odwołaniu. Odwołujący mógł przedstawić stanowisko w sprawie odnoszące się również do dokonanej przez zamawiającego zmiany spornego postanowienia SWZ, jednakże tego zaniechał. Na posiedzenie z udziałem stron odwołujący nie stawił się.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że odwołanie nie podlega uwzględnieniu i w związku

z tym orzekła, jak w punkcie pierwszym sentencji, na podstawie art. 553 oraz art. 554 ust. 1 pkt 1 a contrario ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 pkt 1 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: