

Sygn. akt: KIO 3474/24

WYROK

Warszawa, dnia 9 października 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie 7 października 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 23 września 2024 r. przez odwołującego – wykonawcę Baudziedzic Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa, ul. Lotniskowa 8, 36-060 Głogów Małopolski w postępowaniu prowadzonym przez

zamawiającego – Śląski Oddział Straży Granicznej im. nadkom. Józefa Bocheńskiego w Raciborzu, ul. Dąbrowskiego 2, 47-400 Racibórz

z udziałem przystępującego po stronie odwołującego – uczestnika Arco System Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Unii Europejskiej 24, 32-600 Oświęcim

orzeka:

- 1 Oddala odwołanie.
- 2 Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego 10.000 zł 00 gr. (dziesięć tysięcy złotych) wpisu oraz 3.600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych) kosztów zamawiającego;
 - 2.2 zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego 3.600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych), tytułem zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika strony.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:

Sygn. akt: KIO 3474/24

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – Śląski Oddział Straży Granicznej im. nadkom. Józefa Bocheńskiego w Raciborzu, w trybie podstawowym na budowę budynku PSG w m. Sosnowiec w formule zaprojektuj-wybuduj (nr postępowania 9/ZP/09/2024), ogłoszonym w Biuletynie zamówień publicznych 10.09.2024, nr 2024/BZP 00492615, wobec czynności polegającej na opisie przedmiotu zamówienia, wniesione zostało 23.09.2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wykonawcy Baudziedzic Sp. z o.o. sp. k. (KIO 3474/24).

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 121 pkt 1 w zw. z art. 462 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1) i 3) poprzez nieuzasadnione i bezprawne skorzystanie z wyjątku od zasady dopuszczalności powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcom polegające na zastrzeżeniu obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę zadań w zamówieniu, które zamawiający określił, jako kluczowe, tj. „stan surowy zamknięty, wszystkie instalacje wewnętrzne i zewnętrzne wraz z urządzeniami instalacyjnymi” w sposób naruszający ww. regulacje i zasadę proporcjonalności, uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu wykreślenia postanowień ujętych w rozdz. XX SWZ pt. Informacja na temat podwykonawstwa w ust. 1 i w projekcie umowy w § 12 ust. 26 stanowiącym załącznik nr 6 do SWZ, regulujących wyłączenie możliwości korzystania z podwykonawców przy realizacji zamówienia w odniesieniu do części zamówienia, które zamawiający określił, jako kluczowe, obejmujących „stan surowy zamknięty, wszystkie instalacje wewnętrzne i zewnętrzne wraz z urządzeniami instalacyjnymi”, tj. dokonania modyfikacji ww. postanowień dokumentów zamówienia w sposób następujący:

„Wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia Podwykonawcom”,

Ewentualnie, nakazanie zamawiającemu określenia kluczowych części zamówienia w sposób zgodny z przepisami ustawy Pzp, tj. ograniczenia zakresu kluczowych części tylko do tych, co do których zamawiający wykaże, że z jakiegoś szczególnego powodu powierzenie tego zakresu podwykonawcy negatywnie wpłynie na realizację zamówienia, a

osobiste zaangażowanie wykonawcy w realizację tego konkretnego wskazanego zakresu zamówienia stanowi wyłączną gwarancję jego należytego wykonania (obiektywnie newralgiczny charakter).

W uzasadnieniu odwołujący podkreślał znaczenie zasady obowiązującej na gruncie przepisów Pzp, tj. dopuszczalności podwykonawstwa, w tym również dopuszczalności powoływania się na zasoby innych podmiotów, które realizować będą w formule podwykonawstwa część prac, do wykonania których niezbędny będzie ich potencjał doświadczenia i wiedzy. Przepis art. 121 Pzp, w ocenie odwołującego wprowadza wyjątek od zasady, prowadzący do jej ograniczenia w drodze nałożenia obowiązku osobistej realizacji kluczowych elementów prac. W ocenie odwołującego, dla zastosowania tego wyjątku zamawiający zobowiązany był uzasadnić z czego wynika obiektywny charakter konkretnych zadań, wymagający ich osobistego wykonania. Zamawiający powinien był wykazać, iż brak osobistego wykonania wskazanych elementów negatywnie wpłynie na realizację zamówienia, a osobiste zaangażowanie wykonawcy w realizację tego zakresu stanowi wyłączną gwarancję należytego wykonania zamówienia.

Odwołujący akcentował również znaczenie, jakie dla konkurencyjności zamówienia, w szczególności dostępności zamówienia dla MŚP, ma dopuszczenie podwykonawstwa w zamówieniach publicznych, co jest również podkreślane w dyrektywie 2014/24/UE (art. 71 ust. 2) i orzecznictwie TSUE.

Dalej odwołujący odniósł się do zakresu zastrzeżonego do osobistego wykonania w dokumentacji postępowania, które w jego ocenie, w zasadzie wyczerpują cały zakres merytorycznych prac związanych z realizacją obiektu, w tym dostawy urządzeń instalacyjnych.

Odwołujący dalej odniósł się do obowiązku oceny, czy zastrzeżenie osobistego wykonania kluczowych zadań nie będzie prowadzić do naruszenia traktatowej zasady swobody przedsiębiorczości, zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców poprzez nieuzasadnione ograniczenie dostępu wykonawców do zamówienia. Wymaga ono również oceny pod kątem uzasadnionych obiektywnie potrzeb zamawiającego przy poszanowaniu zasady proporcjonalności. Ograniczenie to może być uzasadnione w zakresie, w jakim realizuje zgodny z prawem cel interesu ogólnego oraz jest właściwe dla zagwarantowania realizacji tego celu i nie wykracza poza to co konieczne dla jego osiągnięcia.

Uwagi te następnie odniósł do zakresu kluczowych części zamówienia opisanych w modyfikacji z 19.09.2024 r., które nie mają szczególnego charakteru, są standardowo wykonywane na rynku przez podwykonawców. Wymóg osobistego wykonania „stanu surowego zamkniętego” oznacza, że wykonawca działający w formule generalnego wykonawstwa nie będzie miał możliwości zlecenia podwykonawcom zakresów prac, które wykonują specjalistyczne firmy – np. w zakresie dostawy i montażu stolarki i ślusarki

zewnętrznej, dociepleniem i pokryciem dachu, robót ziemnych, robót branży sanitarnej, czy też elektrycznej.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie z wnioskiem o jego oddalenie.

Do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie odwołującego wykonawca – Arco System Sp. z o.o. z siedzibą w Oświęcimiu.

Izba ustaliła i zważyła.

Odwołujący kwestionuje jako dopuszczalne i uzasadnione wskazanie w swz na wymóg osobistej realizacji kluczowych części zamówienia, określonych przez zamawiającego po modyfikacjach swz z 16 i 20 września 2024 r., jako stan surowy zamknięty, wszystkie instalacje wewnętrzne i zewnętrzne wraz z urządzeniami instalacyjnymi.

Zamawiający prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest budowa budynku PSG w Sosnowcu, realizowana w formule zaprojektuj i wybuduj. W PFU przedmiot zamówienia opisany został jako dwukondygnacyjny budynek administracyjny o powierzchni użytkowej do 1800 m², podpiwniczony wraz z tzw. dziedzińcem. Powierzchnia podpiwniczona ma zostać zagospodarowana dla części garażowej, salki sportowej (siłownia), technicznej i magazynowej.

Po modyfikacjach stanowiących odpowiedź na pytania kierowane do swz z dnia 16 i 19 września 2024 r. zamawiający w rozdziale XX swz - informacja na temat podwykonawstwa dookreślił, że:

Wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia Podwykonawcom, przy czym wymaga się od Wykonawcy realizacji kluczowych części przedmiotu umowy zasobami własnymi (tj. bez udziału podwykonawców). Przez kluczową część przedmiotu umowy rozumie się zakres robót, który ze względu na swoją specyfikę ma zasadniczy i decydujący wpływ na wykonanie całości przedmiotu zamówienia tj. stan surowy zamknięty, wszystkie instalacje wewnętrzne i zewnętrzne wraz z urządzeniami instalacyjnymi”.

Odpowiedni zapis zamieszczony został również we wzorze umowy - § 12 ust. 26 projektu umowy (załącznik nr 6 do swz).

Po wniesieniu odwołania zamawiający w kolejnej odpowiedzi na pytania z 25.09.2024 r. dokonał modyfikacji opisując zakres kluczowych części zamówienia, który ze względu na swoją specyfikę ma zasadniczy i decydujący wpływ na wykonanie całości przedmiotu zamówienia jako: stan surowy otwarty, wszystkie instalacje wewnętrzne i zewnętrzne wraz z urządzeniami instalacyjnymi z wyłączeniem instalacji fotowoltaicznej i urządzenia takiego jak: gruntowa pompa ciepła.

Po tej zmianie odwołujący nie zdecydował się na wniesienie nowego odwołania i podtrzymał na posiedzeniu zarzuty wskazane w odwołaniu.

Mając na uwadze zakres zarzutów i jego podstawy wskazane w treści odwołania, Izba uznała, że zamawiający nie naruszył art. 121 w zw. z art. 462 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1) i 3) Ustawy określając w dokumentacji obowiązek osobistego wykonania kluczowych zadań.

Na wstępie należy podkreślić, że na skutek modyfikacji swz z 25.09.2024 r. duża część argumentacji prezentowanej na poparcie zarzutów straciła aktualność, gdyż zamawiający zawęził zakres kluczowych zadań w stosunku do stanu istniejącego na dzień wniesienia odwołania. Pomimo tej zmiany odwołujący podtrzymał odwołanie, co oznaczało po stronie izby obowiązek uwzględnienia wprowadzonej zmiany. Jednocześnie, izba będąc związana podstawą i zakresem zarzutów, nie mogła oceniać treści dokumentacji nadanej odpowiedzią na pytanie nr 2 z 25.09.2024 r., gdyż na czynność tą wykonawcom przysługują środki ochrony prawnej. Zasadniczo aktualna pozostała ta część stanowiska odwołującego, która odnosiła się do zasad i obowiązków, jakie w ocenie odwołującego spoczywały na zamawiającym, który ograniczył możliwość podwykonawstwa na etapie realizacji zamówienia publicznego, którego zakres i specyfika nie odbiega od standardowych prac często realizowanych w formule generalnego wykonawstwa (z udziałem podwykonawców).

Odwołujący kwestionując wprowadzony obowiązek osobistego wykonania kluczowych zadań formułował tezę o istnieniu zasady generalnej dopuszczającej udział podwykonawców w realizacji zamówienia, odstępstwo od której wymagać miałyby wypełnienia szczególnego obowiązku przez zamawiającego w postaci wykazania obiektywnego uzasadnienia dla ograniczenia udziału podwykonawców. Przepisy Ustawy w ślad za dyrektywą 2014/24/UE (art. 71 ust. 2) w art. 462 określa zasady udziału podwykonawców w realizacji części zamówienia, które nie odnoszą się wprost do stosowania przepisu art. 121 Ustawy. Możliwość zastrzeżenia obowiązku osobistego wykonania kluczowych zadań stanowi uprawnienie zamawiającego na etapie ustalania warunków realizacji, a przepisy nie wprowadzają w tym zakresie żadnych wytycznych. Decyzja w tym zakresie może zatem być weryfikowana w zestawieniu z ewentualnym naruszeniem zasad ogólnych prowadzenia postępowania, w tym zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, jak i proporcjonalności, co również zostało uwzględnione w zarzucie naruszenia art. 16 pkt 1 i 3 Ustawy.

Skład orzekający w sposób odmienny, niż czyni to odwołujący, odczytuje znaczenie przepisu art. 462 Ustawy. Nie jest to norma określająca generalną zasadę postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego celem jest wyłonienie wykonawcy zdolnego do realizacji

zamówienia zgodnie z warunkami, który złożył najkorzystniejszą ofertę. Kwestia podwykonawstwa może stanowić element badania już w momencie składania oferty, ale zasadniczo dotyczy etapu realizacji zamówienia przez wykonawcę wyłonionego w procedurze przetargowej. Należy zgodzić się z postulatem zapewnienia większego dostępu do zamówień MPŚ, ten jednak nie może determinować traktowania opisanych w art. 462 ustawy reguł, jako zasady generalnej postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W wyroku z dnia 05.05.2021 r., sygn. akt XXIII Zs 11/21 Sąd Okręgowy w Warszawie wskazał na kilka kwestii: W tym miejscu Sąd Okręgowy pragnie przedstawić kilka uwag dotyczących interpretacji dotyczących powierzenia wykonania przedmiotu zamówienia przez podwykonawców. Nie ulega wątpliwości, że na gruncie zarówno na poziomie prawodawstwa Unii Europejskiej, jak i regulacji krajowych, możliwe jest wykorzystanie podwykonawstwa w trakcie realizacji zamówienia publicznego. Dyrektywa (...) w przepisie 71 ust. 2 konsekwentnie posługuje się pojęciem „any share of the contract it may intend to subcontract”, nie pozostawiając zaś alternatywy w postaci „all of the contract”, a więc nie dopuszczając możliwości wskazania, że całość zamówienia będzie realizowana przez podwykonawcę. W konsekwencji implementacji dyrektyw zamówieniowych z 2014 r. zarówno w przepisach (art. 2 pkt 9b) jak i w przepisach ustawy z dnia 11 września 2019 r. teże ustawy (art. 7 pkt 27) wprowadzono definicję umowy o podwykonawstwo, w których wyraźnie wskazano, że są to umowy na mocy których odpowiednio podwykonawca lub dalszy podwykonawca, zobowiązują się wykonać część zamówienia. Co więcej ustawodawca konsekwentnie w jak i w nowelizacji z dnia 11 września 2019 r. w określił, że wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy. Podkreślić należy, że wykładnia literalna obu norm nie pozostawia wątpliwości interpretacyjnych, że podwykonawstwo całości zamówienia nie jest możliwe. Przyjęcie odmiennej interpretacji dopuściłoby sytuację, w której poprzez zlecenie realizacji całości zamówienia publicznego podwykonawcy, zamawiający de facto udzielałby zamówienia podwykonawcy, a nie wykonawcy – pomijając w ten sposób regulację A taka sytuacja byłaby niezgodna zarówno z zasadą udzielania zamówienia jedynie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami prawa jak i zasadą transparentności. Oznaczałoby to również akceptację pozorności czynności złożenia oferty przez rzekomego wykonawcę przedmiotu zamówienia.

Orzeczenie to ma istotny wydźwięk dla rozpatrywanych zarzutów wskazując, jako regułę udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami prawa jak i zasadą transparentności. Możliwość skorzystania z podwykonawców jest dopuszczalna, ale nie absolutna. Nie budzą wątpliwości prezentowane w odwołaniu ogólne tezy dotyczące

znaczenia podwykonawstwa w zamówieniach publicznych, co jednak nie mogło przesądzać o wyniku sprawy.

W ocenie składu orzekającego ogólne postulaty nie stanowią istotnej argumentacji, która mogłaby prowadzić do uwzględnienia zarzutu naruszenia art. 121 Ustawy. Na odwołującym w tym zakresie spoczywał ciężar wykazania, iż wprowadzony obowiązek osobistego wykonania kluczowych zadań prowadzić miał do naruszenia Ustawy, co zasadniczo wymagało uwzględnienia z jednej strony szczątkowej regulacji przepisów w zakresie określenia, co może stanowić kluczową część zamówienia, jak również wpływu tego obowiązku na ograniczenie konkurencji, czy też naruszenie zasady przejrzystości lub proporcjonalności. Należy przy tym podkreślić, iż ustawodawca nie nakłada na zamawiającego szczególnego obowiązku w zakresie wykazania zasadności żądania osobistego wykonania zamówienia

poza samą identyfikacją kluczowych zadań w dokumentacji postępowania. Dopiero w przypadku sporu, w zależności od przyjętej strategii procesowej zamawiający może i powinien wskazać argumenty przemawiające za uznaniem danych elementów prac za kluczowe zadania, wymagające osobistej realizacji przez wykonawcę. Nie oznacza to jednak, iż dla skutecznego określenia kluczowych części zamówienia konieczne jest uzasadnienie tego w dokumentacji postępowania, np. protokole. Nie jest zatem wystarczającym oparciem odwołania na wskazaniu brak uzasadnienia dla wprowadzonego obowiązku. Odwołujący jako inicjator sporu powinien wykazać na jakiej podstawie miałyby dojść do uznania, iż elementy prac nie są kluczowymi w zamówieniu i prowadzą do naruszenia zasad uczciwej konkurencji, czy też proporcjonalności.

Po modyfikacji z 25.09.2024 r. duża część argumentacji odwołującego straciła znaczenie, gdyż zamawiający zmodyfikował zakres kluczowych zadań chociażby przez wskazanie na stan surowy otwarty, co istotnie wpływa na ocenę zasadności odwołania na moment orzekania. Skoro zamawiający ograniczył obowiązek, a odwołujący w żaden sposób nie zmodyfikował żądania, izba pominęła te wątki, które wprost odnosiły się do nieaktualnego już postanowienia. Miało to ten skutek, że nie mogły być uznane za uzasadnione zarzuty, których podstawa nie istniała. Zamawiający w pewnym stopniu uchylił czynność nadając odmienny kształt postanowieniom swz, co jednocześnie nie prowadziło do stwierdzenia o bezprzedmiotowości orzekania. Nadal bowiem aktualnym pozostawał wprowadzony od początku w dokumentacji obowiązek osobistego wykonania kluczowych zadań. Nie można jednak wyłącznie, w oparciu o ogólne postulaty, ocenić czynności która osadzona jest w realiach konkretnego zamówienia.

Odwołujący podkreślając nieskomplikowany charakter prac wskazywał, iż udział podwykonawców miałby być uzasadniony pewną praktyką biznesową prowadzonej działalności, w której powszechnie korzysta się z podwykonawstwa. To jednak w ocenie

składu orzekającego nie dowodzi jeszcze naruszenia przez zamawiającego zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W szczególności uprawniony jest również wniosek, iż w zamówieniu mniej skomplikowanym możliwe jest zapewnienie udziału mniejszym przedsiębiorcom w formule konsorcjum bez konieczności oczekiwania zlecenia od innego przedsiębiorcy, jako jego podwykonawcy. Możliwość złożenia samodzielnie lub w konsorcjum oferty daje większą swobodę co do ustalenia ceny i marży, niż ma to miejsce w relacjach z przedsiębiorcą, gdzie możliwości negocjacyjne są dyktowane w zasadzie przez zlecającego prace do realizacji. To właśnie mniej skomplikowany charakter prac pozwala na samodzielną realizację przez mniejszych przedsiębiorców lub ich dołączenia do konsorcjum realizującego kontrakt. Może również istotnie wpływać na ilość dużych przedsiębiorstw składających oferty w sytuacji, gdy koniecznym będzie zaangażowanie własnych zasobów w wykonanie zamówienia. Akceptowany na rynku stan, w którym wykonawca wybrany i zweryfikowany jako podmiot zdolny do wykonania prac, następnie tych prac faktycznie nie realizuje, nie jest wartością dodaną, jak prezentuje to odwołujący. Na pewno taka formuła daje większe możliwości prowadzenia działalności na rynku, jednak nie może być traktowana jako wytyczna dla zamawiających w postępowaniu przetargowym.

Wskazanie kluczowych części zamówienia zastrzeżonych do osobistego wykonania podlega ocenie, jednak nie tak jak prezentuje to odwołujący, czyli jako wyjątek od reguły wymagający szczególnego uzasadnienia, którego brak miałby czynić niedopuszczalnym skorzystanie z art. 121 Ustawy. W sytuacji, gdyby zastrzeżenie to miało ograniczać konkurencję, np. z uwagi na wymagane wąskie doświadczenie pozwalające ubiegać się o zamówienie, lub skomplikowany i specjalistyczny zakres zamówienia, decyzja zamawiającego mogłaby być oceniana, jako prowadząca do ograniczenia konkurencji. W postępowaniu taka sytuacja nie występuje, gdyż warunek dotyczący doświadczenia pozwala szerokiemu gronu podmiotów ubiegać się o zamówienie, a sam przedmiot nie odbiega od standardowej inwestycji budowlanej. Udział podwykonawców w pracach jest możliwy, choć ograniczony. W ocenie składu odwołujący nie zmierza nawet do wykazania, że elementy zastrzeżone nie mają charakteru kluczowego dla przedmiotu zamówienia jakim jest budowa obiektu. Rzeczywistym motywem odwołania jest podkreślana na rozprawie potrzeba zaangażowania własnych środków w realizację zamówienia, co w ocenie składu orzekającego nie prowadzi do uznania, iż zamawiający narusza ustawę korzystając z możliwości zastrzeżenia do osobistego wykonania części kluczowych zamówienia.

Ponieważ odwołujący nie przedstawił innych ważkich argumentów, które pozwalałyby na uznanie, że zamawiający nie mógł wprowadzić obowiązku osobistego wykonania części prac, izba oddaliła odwołanie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 575 Ustawy Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 oz. 2437). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis oraz uzasadnione koszty zamawiającego, tj. wynagrodzenia pełnomocnika i obciążyła nimi Odwołującego.

Przewodniczący: