

Kraków, dnia 20 stycznia 2022 r.

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

**Wykonawca: CONTROL PROCESS S.A.**

ul. Obrońców Modlina 16  
30-733 Kraków  
reprezentowany przez adwokata Norberta Stachurę  
e-mail: [nm@controlprocess.pl](mailto:nm@controlprocess.pl)

**Zamawiający: OPEC GRUDZIĄDZ Sp. z o.o.**

ul. Budowlanych 7  
86-300 Grudziądz  
e-mail: [gz@gpp.grudziadz.pl](mailto:gz@gpp.grudziadz.pl)  
Dane Pełnomocnika Zamawiającego: Grudziądzki Park Przemysłowy Sp. z o.o.  
ul. Waryńskiego 32-36  
86-300 Grudziądz  
NIP: 876-22-728-47  
tel. 56 696 80 96  
[gz@gpp.grudziadz.pl](mailto:gz@gpp.grudziadz.pl)

**Dotyczy:** postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na roboty budowlane o nazwie: Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych dla zadania inwestycyjnego pn. „Rozwój wydajnej kogeneracji poprzez budowę biomasowej jednostki kotłowej w Elektrociepłowni Łąkowa w Grudziądzu” (Nr postępowania – PN/01/22) Ogłoszenie w TED nr 2022/S 006-012693 z dnia 10 grudnia 2021 roku.

## **ODWOŁANIE**

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

**wnosi niniejszym odwołanie od:**

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

#### **Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów Ustawy:**

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

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

- o nakazanie Zamawiającemu:

- I. **usunięcie** z SWZ zapisu 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.”

#### **Interes prawny Wykonawcy:**

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

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

### **Termin na wniesienie odwołania**

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

Odwołujący powziął wiadomość o czynności Zamawiającego w toku przedmiotowego postępowania z treści Ogłoszenia o zamówieniu oraz Specyfikacji Warunków Zamówienia, które to dokumenty zostały opublikowane w dniu 10 stycznia 2022 r. W związku z powyższym termin na wykonanie czynności w postaci złożenia odwołania przypada na dzień 20 stycznia 2022 r. W konsekwencji, termin na wniesienie odwołania został dochowany.

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

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

### **Uzasadnienie**

1. Zamawiający w punkcie pkt 3 ppkt 16 SWZ zastrzegł obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę „kluczowych zadań, tj.: wykonania dokumentacji projektowej dotyczącej kotła, wykonania kotła, układu podawania paliwa do kotła wraz z magazynem.”.
2. Zgodnie z art. 121 PZP Zamawiający może zastrzec obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych zadań dotyczących:
  - 1) zamówień na roboty budowlane lub usługi lub
  - 2) prac związanych z rozmieszczeniem i instalacją, w ramach zamówienia na dostawy.

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

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

3. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający w sposób nieuzasadniony i całkowicie nieracjonalny zastrzegł obowiązek osobistego wykonania. Postawiony warunek w szczególności uniemożliwia zlecenie w zakresie dokumentacji projektowej dotyczącej kotła, wykonania kotła, układu podawania paliwa do kotła wraz z magazynem **innym od Wykonawcy podmiotom – w tym np. ich producentom, czy autoryzowanym przedstawicielom producenta.**

Działanie takie jest całkowicie nieuzasadnione i nieracjonalne, gdyż tego typu prace – 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.

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

Zastrzeżenie osobistego wykonania tego zakresu w praktyce zatem prowadzi do przymusowego udziału dostawcy takich urządzeń jako konsorcjanta, co z jednej strony jest niekorzystne dla uczciwej konkurencji – dostawca będący konsorcjantem jednego

z oferentów nie może zaoferować swoich urządzeń i usług jako podwykonawca innemu oferentowi, z drugiej zaś ogranicza udział producentów/dostawców albowiem większość tego rodzaju przedsiębiorców nie jest zainteresowana udziałem jako konsorcjant w realizacji zamówienia o wielomilionowej wartości, ze względu na obowiązek solidarnej odpowiedzialności za całość zadania, w skład którego w większości wchodzi prace ich nie dotyczące.

Odwołujący zwraca uwagę, że producenci kotłów zwykle nie są firmami zajmującymi się realizacją zadań o charakterze budowlanym w formule generalnego wykonawstwa. Dodatkowo producentami kotłów w tej technologii (opalone biomasą) są głównie podmioty zagraniczne, które z powodów o charakterze biznesowym (takich jak: prowadzenie postępowania w języku polskim, nienegocjowalne zapisy umowne, restrykcyjne zapisy o karach umownych, podległość prawu polskiemu i sądom powszechnym) nie uczestniczą w postępowaniach publicznych.

4. Powyższe okoliczności wskazują jasno, że zastrzeżenie osobistego wykonania niewątpliwie ogranicza konkurencję w niniejszym postępowaniu, co skutkować musi również podwyższeniem cen składanych ofert w porównaniu do sytuacji braku przedmiotowego zastrzeżenia – także i z tej przyczyny, dokonanie rzeczowego zastrzeżenia nie jest racjonalne i uzasadnione.
5. Odwołujący wskazuje na jednolitą linię orzeczniczą KIO (co prawda na bazie poprzednio obowiązującej ustawy, tj. ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r., jednak zachowującą aktualność wobec analogicznego brzmienia przepisów) wskazującą na wyjątkowy charakter zastrzeżenia obowiązku osobistego wykonania prac – wyroki:
  - z dnia 27 maja 2019 r. **KIO 867/19**: *„Przystępujące Zamawiającemu na podstawie art. 36a ust. 2 pkt 1 Pzp uprawnienie do ograniczenia swobody wykonawcy w zakresie wyboru części zamówienia jaka zostanie powierzona podwykonawcom nie może prowadzić do naruszenia zasad uczciwej konkurencji i nieuzasadnionego ograniczenia wykonawcom dostępu do zamówienia. Stąd konieczność ścisłej interpretacji art. 36a ust. 2 pkt 1 Pzp - kluczowa część przedmiotu zamówienia w rozumieniu tego przepisu nie oznacza głównego elementu (zakresu) zadania, tylko część, którą musi osobiście wykonać wybrany wykonawca, jako **podmiot, który dysponuje określonymi, osobistymi cechami pozwalającymi na prawidłową realizację tego szczególnego elementu. Zazwyczaj oznacza to wykonanie zadania o charakterze twórczym, artystycznym (np. mural) lub wymagającego ponadprzeciętnej wiedzy specjalistycznej. Konieczność realizacji prac budowlanych, nawet o bardzo złożonym charakterze, nie daje podstawy do ograniczenia dostępu podwykonawców do udziału w realizacji zamówienia.**”*

- z dnia 21 maja 2014 r. **KIO 923/14**: „Izba w tym zakresie podziela stanowisko, zaprezentowane przez KIO w uchwale z dnia 7 listopada 2013 roku sygn. KIO/KU 97/13 gdzie stwierdziła, że „zamawiający jest uprawniony do rozważenia wyłączenia z udziału w realizacji zamówienia podwykonawców w sytuacji, gdy jego wykonanie wymagać będzie szczególnego, osobistego doświadczenia i wiedzy wykonawcy. **Najczęściej będą to prace polegające na działalności twórczej, artystycznej czy szkoleniowej np. stworzenie utworu muzycznego, wykonanie robót konserwatorskich zabytku lub dzieła sztuki, wykonanie ekspertyzy wymagającej szczególnej i specjalistycznej wiedzy, itp.** Ich wykonanie wymaga bowiem posiadania szczególnych cech i zdolności, zwykle właściwych ściśle określonemu kręgowi wykonawców”.
  - z dnia 21 września 2017 r. **KIO 1837/17**: „Jako odmienny przykład można wskazać np. wykonanie skrzyżowania w budowanym ciągu drogi, który to **element jako niewątpliwie istotny dla prawidłowego wykonania zamówienia, nie może być uznany za element kluczowy** uzasadniający wyłączenie możliwości skorzystania w tym zakresie z podwykonawców, gdyż na jego wykonanie składają się typowe roboty budowy dróg, **możliwe do wykonania przez każdy fachowy zespół, niekoniecznie posiadający wyjątkowe kwalifikacje.**”
6. Odnosząc się do wyżej wskazanego orzecznictwa, stwierdzić należy, że objęte zastrzeżeniem osobistego wykonania prace nie są pracami o takim charakterze jaki może zostać uznany za uzasadniający wprowadzenie obowiązku osobistego ich wykonania. Są to prace, które może wykonać każdy profesjonalny wykonawca będący specjalistą w swojej dziedzinie. Zaangażowanie podwykonawców będących specjalistycznymi podmiotami pozytywnie wpłynie na jakość realizacji zamówienia.
7. W istocie zaangażowanie specjalistycznego podmiotu zajmującego się projektowaniem i budową kotłów będzie konieczne w toku realizacji zamówienia będącego przedmiotem niniejszego postępowania – gdyż w ocenie Odwołującego 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.

8. W ocenie Odwołującego powodem, dla którego taki zapis o zastrzeżeniu osobistego wykonawstwa znalazł się w dokumentacji postępowania jest zamiar nieuzasadnionego ograniczenia konkurencji i doprowadzenie do sytuacji, w której złożona zostanie jedna oferta, w której konsorcjantem będzie 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.
9. Odwołujący wskazuje, 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.
10. Taki zapis zrywa w istocie związek wymogów referencyjnych z Wykonawcą, gdyż uzależnia go w istocie 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. Doskonałym 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 warunkach SWZ, doświadczenie personelu nabyte podczas realizacji stałoby się bezprzedmiotowe.
11. 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.

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

#### **Załączniki:**

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