

Wrocław, dnia 21 września 2023 r.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17A, 02– 676 Warszawa

Odwołujący:

Impel S.A.

ul. A. Słonimskiego 1; 50-304 Wrocław

KRS: 0000004185, NIP: 8990106769

numer telefonu:

510 016 189

adres poczty elektronicznej:

p.dzikowski@impel.pl

Przedstawiciel (imię i nazwisko):

Piotr Dzikowski

Zamawiający:

Wielkopolskie Centrum Onkologii

ul. Garbary 15, 61-866 Poznań

tel.: 61/88 50 500, faks: 61/85 21 948

REGON: 000291204, NIP: 778-13-42-057

Dział Zamówień Publicznych i Zaopatrzenia

tel.: 61/88 50 643 (644), faks: 61/88 50 698

e-mail: zaopatrzenie@wco.pl

adres strony internetowej prowadzonego postępowania:

www.platformazakupowa.pl/pn/wco

ODWOŁANIE

Na podstawie art. 505 ust. 1 w zw. z art. 513 ust. 1 i 2 ustawy z 11.09.2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2021 poz. 1129 t. j. z dnia 2021.06.24 ze zm.) – dalej: *Ustawa lub pzp*, składamy odwołanie wobec treści dokumentów zamówienia publicznego pn.: *Całodobowa ochrona fizyczna osób i mienia – 3 pakiety*; znak postępowania: 95/2023 – w zakresie wszystkich pakietów.

I. Określenie przedmiotu zamówienia (numer ogłoszenia):

1. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2023/S 174-547016 z dnia 11.09.2023 r..
2. Nazwa postępowania opublikowana w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: *Całodobowa ochrona fizyczna osób i mienia – 3 pakiety* Numer referencyjny: 95/2023 .

II. Wskazanie czynności lub zaniechania czynności Zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy oraz zwięzłe przytoczenie zarzutów:

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1) art. 121 Ustawy w zw. z art. 134 ust. 2 pkt 17 i art. 99 ust. 1 i 4 Ustawy w zw. z art. 16 i 17 Ustawy poprzez nieuzasadnione zastrzeżenie przez Zamawiającego, że *grupy interwencyjne mają być zasobem własnym wykonawcy*, które to zastrzeżenie:

a) utrudnia uczciwą konkurencję i bezzasadnie zawęża krąg potencjalnych wykonawców, mogących złożyć oferty w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego

a ponadto

b) skutkuje obowiązkiem osobistego wykonania przez wykonawcę niektórych zadań w postępowaniu, mimo że:

i. dokumenty postępowania zawierają informację, że *wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy i, że Zamawiający nie zastrzega obowiązku osobistego wykonania zamówienia przez wykonawcę* ;

ii. realizacja zamówienia w zakresie dotyczącym grup interwencyjnych nie stanowi kluczowych zadań, o których mowa w art. 212 ust. 1 Ustawy.

III. Wniosek (żądanie) co do rozstrzygnięcia odwołania:

Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu dokonanie zmiany treści SWZ i ogłoszenia poprzez:

1) usunięcie zastrzeżenia zawartego w Załączniku nr 2 do SWZ że:

Grupy interwencyjne mają być zasobem własnym wykonawcy.

IV. Wskazanie interesu Odwołującego:

Odwołujący oświadcza, iż ma interes w złożeniu niniejszego odwołania, ponieważ obecne postanowienia ogłoszenia o zamówieniu i SWZ naruszają przepisy Ustawy i w konsekwencji uniemożliwiają mu złożenie oferty oraz ubieganie się o przedmiotowe zamówienie. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego powyżej wskazanych przepisów Ustawy, Odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości pozyskania przedmiotowego zamówienia, a ponadto jest narażony na szkodę polegającą na pozbawieniu Odwołującego realnych korzyści finansowych wynikających z tytułu realizacji niniejszego zamówienia.

V. Termin na złożenie odwołania:

Stosownie do przepisu art. 515 ust. 2 pkt 1 Ustawy, odwołanie wobec czynności Zamawiającego, stanowiącej podstawę jego wniesienia, wnosi się w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.

Wartość przedmiotowego zamówienia przekracza kwoty, określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 Ustawy.

Zamawiający w dniu 11.09.2023 roku opublikował w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej ogłoszenie o zamówieniu co oznacza, że odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu.

Wpis od odwołania w wysokości 15 000 zł. (słownie: piętnaście tysięcy złotych) został wniesiony

na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych, tj. rachunek bankowy o numerze: 60 1010 1010 0081 3622 3100 0000 prowadzony przez NBP O/Okr. w Warszawie.

UZASADNIENIE

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: *Całodobowa ochrona fizyczna osób i mienia – 3 pakiety*.

Odwołujący podnosi, że aktualne postanowienia dokumentacji postępowania są niezgodne z Ustawą, gdyż:

1. ZAKAZ PODWYKONAWSTWA W ZAKRESIE GRUP INTERWENCYJNYCH

1.1. Zgodnie z Rozdziałem VII pkt 1 i 2 SWZ:

1. *Wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy (podwykonawcom).*
2. *Zamawiający nie zastrzega obowiązku osobistego wykonania przez Wykonawcę kluczowych części zamówienia.*

Jednocześnie w Załączniku nr 2 do SWZ (str. 22, 26, 28) zostało sformułowane następujące zastrzeżenie:

Grupy interwencyjne mają być zasobem własnym wykonawcy.

1.2. Wobec powyższego Odwołujący podnosi, że zakres czynności, występujących w zamówieniu, dopuszczonych do wykonania w ramach podwykonawstwa jest w rzeczywistości częściowo ograniczony. Na skutek ww. zastrzeżenia, że *Grupy interwencyjne mają być zasobem własnym wykonawcy* faktyczna realizacja usługi w zakresie dotyczącym zadań realizowanych przez ww. grupy interwencyjne jest niemożliwa i zakazana przez podwykonawcę.

1.3. Zgodnie z przepisami Prawa zamówień publicznych, wyłączenie z udziału podwykonawców w realizacji zamówienia, musi być umotywowane specyfiką przedmiotu zamówienia i poprzedzone jego wnikliwą analizą, która wyklucza prawidłową realizację zamówienia w przypadku, gdy jego część zostanie powierzona podwykonawcy. Analiza zakresu usług, co do którego Zamawiający wyłączył możliwość powierzania podwykonawcom w przypadku przedmiotowego postępowania, nie ma uzasadnienia w specyfice tychże usług. Przeciwnie – ze względu na nieskomplikowany charakter czynności, objętych zamówieniem oraz brak unikalnych kwalifikacji/uprawnień, niezbędnych do ich wykonania, powszechną praktyką rynkową jest podwykonawstwo w zakresie czynności i zadań realizowanych przez grupy interwencyjne.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający nałożył na wykonawców obowiązek osobistego wykonania części zamówienia bez uzasadnienia technologicznego oraz przy zastrzeżeniu

zakresu, niebędącego kluczową częścią zamówienia a także niewspółmiernie do potrzeb Zamawiającego. Powyższe ograniczenie powoduje istotne ograniczenie konkurencji.

Zamawiający, zgodnie z Prawem zamówień publicznych, jest uprawniony zastrzec obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia wyłącznie w przypadku, gdy ze względu na specyfikę przedmiotu zamówienia, część lub całość zamówienia nie może być powierzona podwykonawcom. Przepis art. 121 Pzp stanowi wyjątek od zasad prawa cywilnego, w tym w szczególności przepisów Kodeksu cywilnego i jako taki, powinien być stosowany w sposób ścisły. Wyłączenie udziału podwykonawców w realizacji zamówienia musi być umotywowane m.in. zapewnieniem jakości zamówienia, która – w przypadku powierzenia zadań podwykonawcy – doznałaby istotnego uszczerbku (przy czym nie można w takim wypadku mówić o uchybieniach incydentalnych, związanych z wykonywaniem części zamówienia przez podwykonawcę). Wspomniany przepis jest uprawnieniem Zamawiającego, jednakże jego zastosowanie, z uwagi na to, że jest wyjątkiem od ogólnej zasady, wymaga uzasadnienia. Samo uprawnienie, bez żadnego uzasadnienia zastosowania tego przepisu, nie może skutkować naruszeniem uczciwej i równej konkurencji. Powyższa regulacja art. 121 Ustawy wyraźnie wskazuje, iż zasadą jest obowiązek dopuszczenia możliwości podwykonawstwa, zaś ograniczenie tego uprawnienia wykonawcy jest dopuszczalne wyłącznie w wyjątkowych sytuacjach, uzasadnionych specyfiką danego zamówienia. Zadania realizowane przez grupy interwencyjne nie spełniają tego wymogu. Skutkiem zawarcia ww. wymogu dotyczącego grup interwencyjnych, jest natomiast ograniczenie konkurencji.

- 1.4. Odwołujący zaznacza, że Zamawiający, zanim dokona ograniczenia w zakresie obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę części zamówienia, powinien dokonać analizy ich zakresu i rzeczywistych potrzeb w tym obszarze, tak, aby zachować równowagę między własnym interesem, a wyrażoną wprost w Prawie zamówień publicznych zasadą konkurencyjności. Odwołujący za Trybunałem Sprawiedliwości wskazuje, że: „W zakresie zamówień publicznych, Trybunał przypomniał, iż w interesie Unii leży otwarcie przetargów na jak najszerszą konkurencję, również jeżeli chodzi o zamówienia nieobjęte zakresem dyrektywy 2004/17 (zob. podobnie wyroki: z dnia 10 lipca 2014r., *Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici*, C-358/12, EU:C:2014:2063, pkt 29; a także z dnia 28 stycznia 2016 r., *CASTA i in.*, C-50/14, EU:C:2016:56, pkt 55). Korzystanie z podwykonawstwa, które może zachęcać małe i średnie przedsiębiorstwa do udziału w rynku zamówień publicznych, przyczynia się do realizacji tego celu”.

Odwołujący zwraca uwagę na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej Sygn. akt: KIO 867/19 zgodnie, z którym: „Przysługujące Zamawiającemu na podstawie art. 36 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. 36 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. Izba uznała za słuszne stanowisko Odwołującego, wskazujące, że wykonanie konstrukcji żelbetowych komór i zbiorników ma charakter typowej roboty budowlanej. Przy założeniu prawidłowego opracowania projektu budowlanego, a następnie jego właściwej, zgodnej z zasadami sztuki budowlanej realizacji, nie ma żadnych podstaw by uznać, że niezbędny jest osobisty udział wykonawcy.”

W uchwale z 11.08.2015 r., KIO/KD 43/15, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że: „Określenia kluczowe części zamówienia nie można odnosić do całego zakresu zamówienia wyłącznie dlatego, że każdy z elementów robót ma wpływ na końcowy efekt wykonania całości robót. Jak słusznie zauważył Prezes UZP, powyższa interpretacja prowadziłaby do całkowitego wyłączenia możliwości powierzenia realizacji zamówienia podwykonawcom, co jest sprzeczne z generalną zasadą, określoną w art. 36a ust. 1 P.z.p., zgodnie z którą wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy, co oznacza, że co do zasady każda z części zamówienia może być powierzona do wykonania przez podwykonawcę”. Za wyrokiem KIO 1837/17 „samo uznanie danego elementu zamówienia za element kluczowy nie powoduje samo w sobie ograniczenia kręgu podmiotów mogących złożyć ofertę. To ograniczenie następuje wtedy, gdy zamawiający zastrzega, iż wskazany kluczowy element zamówienia winien być wykonany osobiście przez wykonawcę. Do tej sytuacji odnoszą się poniższe rozważania i ustalenia Izby. Ocena, które części zamówienia będą kluczowymi częściami zamówienia na roboty budowlane lub usługi należy niewątpliwie do zamawiającego. Jednakże biorąc pod uwagę fakt, że takie ustalenie powoduje ograniczenie konkurencji w postępowaniu, to postawienie takiego wymagania nie może być prostą reakcją na potrzebę wzmoczonej staranności dla prawidłowego wykonania danego zamówienia ze względu na jego strategiczny charakter. Winno opierać się na zindywidualizowanych dla danego postępowania obiektywnych przesłankach wykazujących, że powierzenie wykonania zadania w danym zakresie podwykonawcy, może doprowadzić do jego niewykonania (...)

(...)Niestety ustawodawca, dając zamawiającemu możliwość ograniczenia udziału podwykonawców w realizacji zamówienia, nie zawarł w ustawie definicji legalnej pojęcia, kluczowych części zamówienia. Zgodnie z definicją słownikową „kluczowy” to „istotny, podstawowy, główny, najważniejszy”. Wydaje się jednak, że ustawodawca nie odwołuje się do podziału obowiązków dłużnika na podstawowe i uboczne, a raczej do podziału na elementy istotne dla prawidłowego wykonania umowy związane z osobą wykonawcy (tak M. Stachowiak w Komentarzu do art.36(a) ustawy - Prawo zamówień publicznych, stan prawny 19.10.2014 r., LEX,). Istnieje trudność w zdefiniowaniu „elementu kluczowego zamówienia” gdyż to określenie jest równoważne szeregu innym, dlatego trudno wskazać inny wyraz jednoznacznie określający np. mniej lub bardziej istotną część zamówienia. Na marginesie wskazać należy iż w słowniku synonimów i wyrazów bliskoznacznych dla słowa kluczowy istnieje 105 wyrazów bliskoznacznych, a więc mających takie samo znaczenie co wyraz kluczowy. Dlatego też zdaniem Izby, podstawą do możliwości wskazania w SIWZ

danego elementu zamówienia jako elementu kluczowego, który wykonawca winien wykonać osobiście, jest wystąpienie obiektywnych okoliczności uzasadniających objęcie tej części zamówienia specjalnym statusem, który to element dla prawidłowego wykonania zamówienia ma kapitalne, zasadnicze znaczenie. (...) W uchwale KIO z dnia 7 listopada 2013 roku sygn. KIO/KU 97/13 Izba 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”. „Jako przykład w tym zakresie wskazano, że kluczowym elementem zamówienia będzie np. usługa konserwacji dzieła sztuki, gdzie dopuszczenie do wykonania w miejsce wykonawcy podwykonawcy, posiadającego wiedzę w tym zakresie, ale nie posiadającego szczególnych kwalifikacji (gdyż te zostały co do zasady zweryfikowane dla głównego wykonawcy) może doprowadzić np. do trwałej niemożności niewykonania zamówienia. 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. (...)” „Na wstępie rozważań co do zasadności zarzutów odwołania wskazać należy, że Zamawiający powinien tak konstruować warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, by do udziału w postępowaniu był dopuszczony każdy wykonawca, który obiektywnie rzecz biorąc zdolny jest wykonać przedmiotowe zamówienie. Zapewnienie uczciwej konkurencji oznacza bowiem wyznaczenie takiego poziomu zasobu potencjału, technicznego, kadrowego i doświadczenia, który odnosi się do przedmiotu zamówienia, jego zakresu, nie wykraczając ponad wymagane i niezbędne minimum. Zamawiający nie może stawiać wymagań ponad obiektywnie uzasadnione potrzeby. Dlatego też Zamawiający jest zobowiązany zachować niezbędną równowagę między interesem własnym, polegającym na uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia, a interesem potencjalnych wykonawców, by wykonawca dający taką rękojmię wykonania zamówienia nie był pozbawiany prawa złożenia oferty. Izba podkreśla, że opisanie przedmiot zamówienia oraz warunków udziału w postępowaniu ma niebagatelne znaczenie dla całego postępowania, bowiem częstokroć ma decydujący wpływ na wynik postępowania”.

- 1.5. Ponadto Zamawiający opisując warunki determinujące możliwość udziału wykonawców w postępowaniu, winien mieć na względzie w szczególności konieczność przestrzegania zasady konkurencyjności i transparentności postępowania. Zachowanie zasady uczciwej konkurencji oznacza, iż nie można abstrahować od praktyki danego rynku właściwego dla danego rodzaju i typu udzielanego zamówienia. W tym zakresie przytoczyć trzeba stanowisko wyrażone w wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 14.04.2008 r., sygn. X Ga 67/08 „kształtowanie poszczególnych warunków udziału w postępowaniu nie może być działaniem dowolnym zamawiającego, a poziom postawionych wymagań musi mieć zawsze swoje uzasadnienie w istniejących potrzebach jednostki zamawiającej. Dlatego też każdy dodatkowo, nadmiarowo, postawiony warunek ograniczający konkurencję winien być po pierwsze, niezbędny dla zrealizowania zamówienia, a po drugie, zasadność jego postawienia musi zostać wykazana przez Zamawiającego.”

1.6. Podsumowując, Zamawiający ma możliwość zapewnienia prawidłowej realizacji zamówienia poprzez całość opisu przedmiotu zamówienia, postanowień umownych, zapewnienia profesjonalnego nadzoru itp.. Zamawiający winien tak ustalić warunki udziału i wymogi, co do jego realizacji, aby nie została zachwiana równowaga pomiędzy interesem zamawiającego w pozyskaniu wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia, a interesem wykonawców, którzy poprzez sformułowanie nadmiernych wymagań mogą zostać wyeliminowani z postępowania. Przenosząc powyższe na grunt przedmiotowego postępowania Odwołujący wskazuje, że:

- a) zakres zadań realizowanych przez grupy interwencyjne stanowi nie więcej niż 30% czynności, które wykonawca zobowiązany jest realizować wykonując zamówienie;
- b) zadania grup interwencyjnych zastrzeżone przez Zamawiającego do osobistego wykonania przez wykonawcę nie spełniają kryteriów do uznania ich za kluczowe, w rozumieniu definicji zadań kluczowych jakie wypracowało orzecznictwo;
- c) powszechnie wiadomym jest, że na rynku funkcjonują podmioty, które mają odpowiednią wiedzę i doświadczenie oraz potencjał, aby w sposób prawidłowy wykonać jako podwykonawcy czynności ujęte w opisie przedmiotu zamówienia i wzorze umowy. Niewątpliwym skutkiem zastrzeżenia osobistego wykonania jest ograniczenie konkurencji.

Wskazane uchybienia jednoznacznie potwierdzają zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisów wskazanych we wstępie odwołania.

1.7. Z daleko idącej ostrożności Odwołujący zaznacza, że skoro zgodnie z Ustawą ograniczenie podwykonawstwa może dotyczyć zadań kluczowych to zgodnie z zasadą *a maiori ad minus* zakaz ten tym bardziej nie może dotyczyć zwykłych, nieistotnych, powszechnych, ustandaryzowanych zadań składających się na zamówienie.

Wobec powyższego Odwołujący wnosi jak na wstępie.

Załączniki:

1. informacja odpowiadająca odpisowi aktualnemu z rejestru przedsiębiorców Odwołującego;
2. pełnomocnictwo do złożenia odwołania;
3. dowód uiszczenia wpisu od odwołania;
4. dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu.