

Poznań, dnia 2 września 2024 roku

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

**Odwołujący: CONTROL PROCESS S.A.**  
Al. Jerozolimskie 100, X piętro  
00-807 Warszawa  
KRS: 0000285783

*reprezentowany przez radców prawnych  
Tomasza Skoczyńskiego  
oraz Iwonę Ligęcką  
adres do doręczeń: SKP Skoczyński Kolańczyk  
Rudnicka Kancelaria Prawna S.K.A.  
ul. Pszenna 5B, 61-663 Poznań  
tel.: 61 622-97-70, faks 61 622-97-77  
[iwona.ligecka@skp-kancelaria.pl](mailto:iwona.ligecka@skp-kancelaria.pl)*

**Zamawiający: Międzygminny Kompleks Unieszkodliwiania  
Odpadów ProNatura sp. z o.o.**  
ul. Ernsta Petersona 22, 85-862 Bydgoszcz  
[przetarg@pronatura.bydgoszcz.pl](mailto:przetarg@pronatura.bydgoszcz.pl)  
[biuro@pronatura.bydgoszcz.pl](mailto:biuro@pronatura.bydgoszcz.pl)

**dotyczy:** postępowania o udzielenie zamówienia  
publicznego prowadzonego w trybie  
przetargu nieograniczonego pn. *Budowa instalacji  
recyklingu organicznego wraz z infrastrukturą  
towarzyszącą- projektowanie u roboty budowlane  
wraz z dostawą urządzeń w ramach Projektu pn.  
„Instalacja recyklingu organicznego poprzez  
fermentację bioodpadów w MKUO  
ProNatura sp. z o.o. w Bydgoszczy”,  
nr postępowania MKUO ProNatura ZP/NO/43/24,  
dalej jako „Postępowanie”*

## ODWOŁANIE

Działając w imieniu wykonawcy **CONTROL PROCESS S.A.** (dalej: „**Control Process**” lub „**Odwołujący**”), w oparciu o załączone pełnomocnictwo, na podstawie art. 513 pkt 1) w zw. z art. 515 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U.2022.1710), zwanej dalej „**Pzp**”:

1. **wnoszę odwołanie** wobec niezgodnych z przepisami ustawy Pzp postanowień zawartych w dokumentach zamówienia, przygotowanych przez Zamawiającego na potrzeby niniejszego Postępowania, tj: wobec sporządzenia tych dokumentów w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców jak również w sposób nadmierny w stosunku do potrzeb Zamawiającego i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia poprzez:

- 1.1. zastrzeżenie w cz. III ust. 4 pkt 5 SWZ obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia w postaci dostawy oraz montażu maszyn i urządzeń, wchodzących w skład instalacji fermentacji stanowiącej przedmiot zamówienia,
- 1.2. określenie w cz. III ust. 1 pkt 1.2 ppkt 4 lit. A1 SWZ warunku udziału w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i niezapewniający należytej oceny minimalnej zdolności wykonawcy do wykonania tego zamówienia, na skutek wskazania zbyt wysokiej wartości robót budowlanych, stanowiących doświadczenie referencyjne wykonawcy (min. 15 000 000,00 zł brutto każda z robót),
- 1.3. wyznaczenie w cz. VII ust. 1 SWZ terminu składania ofert krótszego niż ustawowy minimalny termin 35 dni, licząc od dnia przekazania przez Zamawiającego ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej;
2. W związku z przedstawionym powyżej zakresem zaskarżenia zarzucam Zamawiającemu **naruszenie następujących przepisów prawa:**
  - 2.1. **art. 121 pkt 1 w zw. z art. 16 pkt 1) i 3) w zw. z art. 118 ust. 1 i 2 Pzp** - poprzez zastrzeżenie w cz. III ust. 4 pkt 5 SWZ obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia w postaci dostawy oraz montażu maszyn i urządzeń, wchodzących w skład instalacji fermentacji stanowiącej przedmiot zamówienia, czym Zamawiający naruszył zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, jak również zasadę proporcjonalności,
  - 2.2. **art. 112 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1) i 3) Pzp** poprzez określenie w cz. III ust. 1 pkt 1.2 ppkt 4 lit. A1 SWZ warunku udziału w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i niezapewniający należytej oceny minimalnej zdolności wykonawcy do wykonania tego zamówienia, na skutek wskazania zbyt wysokiej wartości robót budowlanych, stanowiących doświadczenie referencyjne wykonawcy (min. 15 000 000,00 zł brutto każda z robót),
  - 2.3. **art. 138 ust. 1 Pzp** poprzez wyznaczenie w cz. VII ust. 1 SWZ terminu składania ofert krótszego niż ustawowy minimalny termin 35 dni, licząc od dnia przekazania przez Zamawiającego ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej;
3. Z uwagi na powyższe **wnoszę o** uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu wprowadzenia zmian w dokumentach zamówienia, mających na celu doprowadzenie do ich zgodności z przepisami prawa poprzez:
  - 3.1. usunięcie w SWZ postanowienia zawartego w cz. III ust. 4 pkt 5 SWZ w brzmieniu:

*Zamawiający zastrzega do osobistego wykonania przez Wykonawcę następujących kluczowych zadań (art. 121 PZP):*

*Zgodnie z art. 121 pkt 1 PZP Zamawiający zastrzega obowiązek osobistego wykonania kluczowych części zamówienia w postaci realizacji dostawy oraz montażu maszyn i urządzeń wchodzących w skład instalacji fermentacji stanowiącej przedmiot zamówienia.*

oraz usunięcie analogicznego postanowienia zawartego w ust. 5.1.6 ogłoszenia o zamówieniu;

- 3.2. zmianę postanowienia zawartego w cz. III ust. 1 pkt 1.2 ppkt 4 lit. A1 SWZ w brzmieniu:

*dwie roboty budowlane polegające na budowie lub rozbudowie hali o powierzchni zabudowy co najmniej 2000 m<sup>2</sup> o wartości co najmniej **15 000 000,00 zł brutto każda;***

i nadanie temu postanowieniu następującego brzmienia:

*dwie roboty budowlane polegające na budowie lub rozbudowie hali o powierzchni zabudowy co najmniej 2000 m<sup>2</sup> o wartości co najmniej **10 000 000,00 zł brutto każda,***

oraz analogiczną zmianę postanowienia zawartego w ust. 5.1.9 ogłoszenia o zamówieniu;

- 3.3. zmianę postanowienia zawartego w cz. VII ust. 1 SWZ w brzmieniu:

*Oferty należy składać **do dnia 25 września 2024 roku** do godz. 10:00 za pośrednictwem Platformy na stronie profilu nabywcy [https://platformazakupowa.pl/mkuo\\_pronatura/aukcje](https://platformazakupowa.pl/mkuo_pronatura/aukcje) w zakładce dedykowanej postępowaniu [https://platformazakupowa.pl/transakcja /969371](https://platformazakupowa.pl/transakcja/969371)*

i nadanie temu postanowieniu następującego brzmienia:

*Oferty należy składać **do dnia 26 września 2024 roku** do godz. 10:00 za pośrednictwem Platformy na stronie profilu nabywcy [https://platformazakupowa.pl/mkuo\\_pronatura/aukcje](https://platformazakupowa.pl/mkuo_pronatura/aukcje) w zakładce dedykowanej postępowaniu [https://platformazakupowa.pl/transakcja /969371](https://platformazakupowa.pl/transakcja/969371)*

oraz analogiczną zmianę postanowienia zawartego w ogłoszeniu o zamówieniu oraz odpowiednie dostosowanie dokumentów zamówienia do wprowadzonej zmiany związanej z terminem składania ofert (w tym przede wszystkim w zakresie postanowień dot. terminu otwarcia ofert i terminu związania ofertą);

- 3.4. **wnoszę także** o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów reprezentacji wg przedstawionych na rozprawie rachunków;

4. ponadto wskazuję, że:

- 4.1. przedmiotem Zamówienia są roboty budowlane (45213200-5 Roboty budowlane w zakresie magazynów i przemysłowych obiektów budowlanych),
- 4.2. ogłoszenie o Zamówieniu ukazało się w Dzienniku Europejskim UE z dnia 23.08.2024 r. pod numerem OJ S 164/2024 23/08/2024

## UZASADNIENIE

### I. [warunki formalne odwołania]

1. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy niniejsze odwołanie, jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie art. 132 ustawy Prawo Zamówień Publicznych z dnia 11.09.2019 r.
2. O treści postanowień SWZ oraz ogłoszenia o zamówieniu, które stanowią dokumentację zamówienia, Odwołujący dowiedział się wraz z publikacją tych dokumentów przez Zamawiającego na platformie w dniu 23.08.2024 r. Termin na złożenie niniejszego odwołania - stosownie do art. 515 ust. 2 pkt 1 Pzp - upływa

w dniu 2.09.2024 r., a zatem niniejsze odwołanie składane jest w przepisany 10-dniowym terminie.

3. Odwołujący wskazuje, że wpis od odwołania - w kwocie stosownej do dyspozycji § 2 ust. 2 pkt 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30.12.2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania - został uiszczony na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych.
4. Odwołujący, zgodnie z treścią art. 514 ust. 2 Pzp, przesłał kopię odwołania Zamawiającemu w dniu 2.09.2024 r. drogą mailową na adres wskazany przez Zamawiającego w dokumentacji postępowania (SWZ oraz ogłoszenie o zamówieniu).

## **II. [interes Odwołującego we wniesieniu odwołania]**

5. Odwołujący ma interes we wniesieniu niniejszego odwołania w rozumieniu art. 505 ust. 1 Pzp.
6. Profil działalności Odwołującego odpowiada przedmiotowi niniejszego zamówienia. Odwołujący jest zainteresowany jego pozyskaniem, przy czym ograniczenia wprowadzone przez Zamawiającego w dokumentacji zamówienia uniemożliwiają Odwołującemu złożenie konkurencyjnej oferty, czego skutkiem będzie poniesienie przez Odwołującego szkody w postaci utraty korzyści, jakie osiągnąłby on w przypadku uzyskania i realizacji zamówienia.
7. Zamawiający – poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu oraz zastrzeżenie obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę dostawy oraz montażu maszyn i urządzeń, wchodzących w skład instalacji fermentacji – istotnie ograniczył konkurencję w niniejszym Postępowaniu. Co przy tym istotne – poprzez postanowienia, będące przedmiotem zaskarżenia w niniejszym odwołaniu, Zamawiający naruszył również zasadę proporcjonalności, gdyż wprowadzone ograniczenia pozostają zupełnie nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia i nieadekwatne do celu postępowania, jakim jest zapewnienie prawidłowego wykonania zadania inwestycyjnego. Aktualna treść SWZ ogranicza zatem dostęp do zamówienia wykonawcom (w tym Odwołującemu), którzy chcieliby złożyć konkurencyjną ofertę w niniejszym Postępowaniu, gwarantując jednocześnie należyłą realizację inwestycji.
8. Z kolei brak złożenia oferty, a tym samym brak pozyskania zamówienia, może powodować szkodę w majątku Odwołującego, który nie osiągnie przychodu i zysku na poziomie zakładanej przez niego oferty cenowej.
9. Ponadto szerokie rozumienie interesu Odwołującego na obecnym etapie postępowania potwierdza stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej (dalej jako „**KIO**” lub „**Izba**”), która stwierdziła, że *krąg podmiotów, które mogą korzystać z odwołań od treści SIWZ jest szeroki. Uprawnienie to przysługuje każdemu wykonawcy, który potencjalnie może ubiegać się o udzielenie tego zamówienia. Na tym etapie wystarczające jest wykazanie jedynie hipotetycznej szkody polegającej na niewłaściwym sformułowaniu treści SIWZ, które może utrudniać wykonawcy dostęp do zamówienia. Tym samym wystarczająca jest dla uznania interesu danego wykonawcy jedynie deklaracja, że jest zainteresowany uzyskaniem tego zamówienia i tego faktu nie ma obowiązku udowodnić. Na tym etapie postępowania interes wykonawcy jest interesem faktycznym w szerokim tego słowa znaczeniu (wyrok KIO 1519/15 z 31.07.2015 r.).*

10. Stwierdzić zatem należy, że Odwołujący niewątpliwie posiada interes we wniesieniu niniejszego odwołania.

### III. [zastrzeżenie osobistego wykonania zamówienia]

11. Zgodnie z cz. II ust. 1 SWZ - przedmiotem niniejszego zamówienia jest zaprojektowanie i budowa instalacji recyklingu organicznego wraz z infrastrukturą towarzyszącą, co obejmuje projektowanie i roboty budowlane wraz z dostawą urządzeń w ramach projektu pn. „Instalacja recyklingu organicznego poprzez fermentację bioodpadów w MKUO ProNatura Sp. z o.o. w Bydgoszczy” - na warunkach i w zakresie określonym w dokumentach zamówienia, w tym w Programie Funkcjonalno-Użytkowym. Zamówienie obejmuje w szczególności:
  - wykonanie części projektowej wraz z uzyskaniem pozwolenia na budowę,
  - wykonanie robót budowlano-montażowych wraz z uzyskaniem pozwolenia na użytkowanie.
12. Bezsprzeczne przy tym pozostaje, że jednym z istotniejszych elementów niniejszego zamówienia, a przy tym przedstawiającym najwyższą wartość, jest dostawa i montaż instalacji fermentacji wraz z niezbędnymi do jej funkcjonowania urządzeniami, wchodzącymi w skład tej instalacji. Odzwierciedleniem istoty tego elementu zamówienia pozostaje postawiony przez Zamawiającego warunek udziału, zawarty w cz. III ust. 1 pkt 1.2 ppkt 4 lit. A3 SWZ w brzmieniu:

*Na potwierdzenie spełniania ww. warunku Wykonawca ubiegający się o zamówienie musi wykazać się:*

*A. Wiedzą i doświadczeniem niezbędnym do realizacji zamówienia, wykazując, że należycie wykonał lub wykonuje w okresie ostatnich 10 lat przed upływem składania ofert (a w odniesieniu do warunku jak w pkt. A3) poniżej- 7 lat przed upływem terminu składania ofert), a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej:*

*A1) (...)*

*A2) (...)*

**A3) dwa zamówienia, z których każde obejmowało **zaprojektowanie i dostawę technologii fermentacji odpadów komunalnych** ulegających biodegradacji o wydajności min. 30 000 Mg/rok i wartości co najmniej 50 000 000,00 zł brutto każda, wraz z węzłem przeróbki biogazu, w technologii fermentacji przepływowej. **Dostawy obejmować muszą min. montaż oraz rozruchy – mechaniczny i technologiczny.****

13. Dodatkowo w cz. III ust. 3 pkt 3) SWZ Zamawiający zastrzegł konieczność samodzielnego wykazania spełnienia powyższego warunku przez jeden podmiot w przypadku wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia:

*Warunki z art. 117 ust. 1 PZP określone przez Zamawiającego w Cz. III ust. 1 pkt. 1.2. SWZ mogą spełniać łącznie, z tym zastrzeżeniem, że w odniesieniu do warunku zdolności technicznej i zawodowej w części obejmującej doświadczenie Wykonawcy opisane w cz. III ust. 1 pkt 1.2. ppkt. 4 lit A1)-A3) **co najmniej jeden z Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia powinien samodzielnie legitymować się doświadczeniem wymaganym w odpowiedniej części (branży) tj. odpowiednio opisanym pod lit. A1) lub pod lit. A2) lub pod lit. A3).***

14. Podobnie (zgodnie z cz. III ust. 4 pkt 3 SWZ) w odniesieniu do podmiotu trzeciego, udostępniającego swoje zdolności w trybie art. 118 ust. 1 Pzp, Zamawiający wymagał



samodzielnego legitymowania się wymaganym doświadczeniem, opisanym w cz. III ust. 1 pkt 1.2 ppkt 4 lit. A3 SWZ:

*W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, Wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują usługi/roboty budowlane, do realizacji których te zdolności są wymagane. Zamawiający zastrzega, że w przypadku, w którym Wykonawca polega na zdolnościach podmiotu trzeciego w odniesieniu do warunku zdolności technicznej i zawodowej w części obejmującej doświadczenie Wykonawcy, wymaganym doświadczeniem powinien legitymować się samodzielnie Wykonawca lub podmiot trzeci.*

*Zamawiający zastrzega, że w przypadku, w którym Wykonawca polega na zdolnościach podmiotu trzeciego w odniesieniu do warunku zdolności technicznej i zawodowej w części obejmującej doświadczenie Wykonawcy wymagane w części III ust. 1 pkt. 1.2. ppkt 4) lit A 1) lub lit. A 2) lub A 3), **wymaganym doświadczeniem w odpowiedniej części tj. opisanym pod lit. A1) lub pod lit. A2) lub pod lit. A3) powinien legitymować się odpowiednio samodzielnie Wykonawca lub samodzielnie podmiot trzeci.***

15. Według wiedzy Odwołującego – przy uwzględnieniu stopnia skomplikowania inwestycji pod względem technologicznym, jak również przy uwzględnieniu postawionych w PFU parametrów instalacji – krąg potencjalnych dostawców wymaganej technologii (technologia fermentacji metanowej suchej poziomej, ciągłej o przepływie tłokowym) – ogranicza się do kilku podmiotów, z których tylko trzy podmioty mają wymagane doświadczenie i operują jako dostawca technologii fermentacji w Polsce (przede wszystkim jako dostawca/podwykonawca Generalnych Wykonawców).
16. W okolicznościach wyżej opisanych za naruszenie przepisów Pzp należy uznać działanie Zamawiającego, który przy i tak ograniczonej na rynku ilości dostawców wymaganej technologii i urządzeń – wprowadził dodatkowy wymóg osobistego wykonania przez Wykonawcę kluczowych części zamówienia w postaci realizacji dostawy oraz montażu maszyn i urządzeń, wchodzących w skład instalacji fermentacji stanowiącej przedmiot zamówienia (cz. III ust. 4 pkt 5 SWZ):

*Zamawiający zastrzega do osobistego wykonania przez Wykonawcę następujących kluczowych zadań (art. 121 PZP):*

*Zgodnie z art. 121 pkt 1 PZP Zamawiający zastrzega obowiązek osobistego wykonania kluczowych części zamówienia w postaci realizacji dostawy oraz montażu maszyn i urządzeń wchodzących w skład instalacji fermentacji stanowiącej przedmiot zamówienia.*

17. Postawiony wyżej wymóg powoduje, że **realizacja niniejszego zamówienia może mieć miejsce wyłącznie w formule konsorcjum utworzonego przez wykonawcę z jednym z tychże dostawców technologii fermentacji.** Takie zastrzeżenie osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia dyskwalifikuje bowiem podwykonawstwo w zakresie dostawy i montażu maszyn oraz urządzeń, wchodzących w skład instalacji fermentacji, stanowiącej przedmiot zamówienia. **Wykluczenie zaś podwykonawstwa w zakresie wyżej wskazanym czyni de facto pozornym możliwość polegania przez wykonawcę na zdolnościach technicznych lub zawodowych podmiotu trzeciego** w zakresie potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu, określonego w cz. III ust. 1 pkt 1.2 ppkt 4 lit. A3 SWZ.

18. Zgodnie bowiem z przepisami ustawy Pzp (art. 118 ust. 2 Pzp) – (...) *w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane*. Biorąc pod uwagę istotną okoliczność, że warunek udziału, określony w cz. III ust. 1 pkt 1.2 ppkt 4 lit A3 SWZ, obejmuje nie tylko zaprojektowanie i dostawę technologii fermentacji ale również montaż wraz z rozruchem, to w przypadku polegania na zasobach podmiotu trzeciego – dla potwierdzenia spełnienia tego warunku udziału - konieczne jest zaangażowanie tego podmiotu do realizacji zamówienia poprzez podwykonawstwo. Zastrzeżenie zaś obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę dostawy oraz montażu maszyn i urządzeń, wchodzących w skład instalacji fermentacji, dyskwalifikuje de facto w zakresie tego warunku możliwość polegania na zdolnościach podmiotu trzeciego w trybie art. 118 ust. 1 Pzp. Tym samym Zamawiający – wbrew przepisom ustawy Pzp oraz wbrew postanowieniom SWZ – poprzez obowiązek osobistego wykonania kluczowych części zamówienia - ograniczył możliwość wykazania spełnienia warunku określonego w cz. III ust. 1 pkt 1.2 ppkt 4 lit A3 SWZ - do samodzielnego legitymowania się przez wykonawcę wymaganym doświadczeniem zawodowym lub legitymowania się tym doświadczeniem w ramach konsorcjum z dostawcą technologii. W sposób nieuzasadniony natomiast wykluczył w praktyce możliwość potwierdzenia spełnienia tego warunku poprzez poleganie na zasobach podmiotu trzeciego, będącego dostawcą wymaganej technologii.
19. Wprowadzone przez Zamawiającego faktyczne ograniczenia uznać należy nie tylko za naruszające zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, ale również za utrudniające w praktyce jakiegokolwiek negocjacje z dostawcami technologii. W przeważającej mierze bowiem dostawcy ci oczekują ograniczenia zakresu ich udziału w realizacji zamówienia do wykonania dostawy i montażu dostarczonej przez siebie technologii i urządzeń wchodzących w skład instalacji. Wykonawca zaś nie ma żadnego instrumentu przymuszenia dostawcy / producenta technologii do przyjęcia statusu współwykonawcy w zamówieniu publicznym i jednocześnie przyjęcia na siebie solidarnej odpowiedzialności za wykonanie pełnego i bardzo rozbudowanego zakresu zamówienia. Szczególnie trudne jest to w przypadku dostawców działających poza rynkiem krajowym.
20. Odwołujący wskazuje w tym miejscu, że o ile nie polemizuje z samym uprawnieniem Zamawiającego do zastrzegania obowiązku osobistego wykonywania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia (skoro uprawnienie to wynika wprost z przepisów prawa - art. 121 Pzp), o tyle zauważa, że z uprawnienia tego należy korzystać w drodze wyjątku - z poszanowaniem podstawowych zasad przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, tj. zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zgodnie z zasadą proporcjonalności. Zasady te nie mogą doznawać żadnego uszczerbku na skutek zastrzeżenia obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia, a z takim uszczerbkiem mamy właśnie do czynienia na gruncie niniejszej sprawy.
21. Powyższe znajduje również potwierdzenie w orzecznictwie KIO. Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 3.02.2022 r. (sygn. KIO 170/22) - *Przepis art. 121 p.z.p. nie może być interpretowany w oderwaniu od treści całej p.z.p., w tym z pominięciem obowiązujących na jej gruncie zasad (...)* Izba zwróciła uwagę w przywołanym wyżej wyroku, że przepis art. 121 Pzp wprowadza wyjątek od reguły posługiwania się przez wykonawców podwykonawcami przy realizacji zamówienia – dlatego też przepis ten nie może być interpretowany rozszerzająco:

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 wykonają 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. (...)

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 ustalanie 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).

22. Podkreślenia jednocześnie wymaga, że wprowadzone ograniczenie, w postaci obowiązku osobistego wykonania kluczowych części zamówienia przez Wykonawcę – tylko pozornie zabezpiecza interes Zamawiającego i cel postępowania, jakim jest zapewnienie należytego wykonania inwestycji, w szczególności strategicznych jej elementów. Co do zasady bowiem zaprojektowanie technologii fermentacji, dostawa urządzeń wchodzących w skład instalacji oraz ich montaż – są domeną dostawców/producentów, nie zaś wykonawców robót budowlanych, którzy w powyższym zakresie najczęściej korzystają z podwykonawstwa dostawców. Nawet jeżeli wykonawca robót nabywa doświadczenie w tym zakresie, to najczęściej poprzez nadzór nad dostawą i montażem realizowanym właśnie przez inne podmioty. Tym



samym niezrozumiale pozostaje, dlaczego Zamawiający dopuszcza, aby dostawcy technologii dostarczali i montowali urządzenia tworzące instalację do fermentacji jako współwykonawcy zamówienia, nie dopuszcza natomiast, by te same czynności mogli oni wykonywać jako podwykonawcy. Zakaz korzystania z podwykonawstwa w powyższym zakresie następuje ze szkodą dla interesu Zamawiającego – jako efekt nieuzasadnionego ograniczenia konkurencji. Warto w tym miejscu przywołać wyrok KIO z dnia 13.10.2021 r. (KIO 2733/21) - *Postawienie wymagania w zakresie osobistego wykonania nie może być jednak prostą reakcją na potrzebę wzmożonej pieczołowitości przy wykonaniu strategicznego zamówienia. Aby dany fragment przedmiotu zamówienia uznać za kluczowy i zobowiązujący wykonawcę do jego osobistego wykonania, niewystarczające jest strategiczne znaczenie zamówienia, gdyż przepisy ustawy nie różnicują w tym zakresie obowiązków zamawiającego w zależności od wagi i rangi danego zamówienia. Zastrzeżenie takie winno opierać się na zindywidualizowanych, obiektywnych okolicznościach zdolnych wykazać, że powierzenie wykonania zadania w danym zakresie podwykonawcy może rzeczywiście prowadzić do wad wykonania zamówienia.*

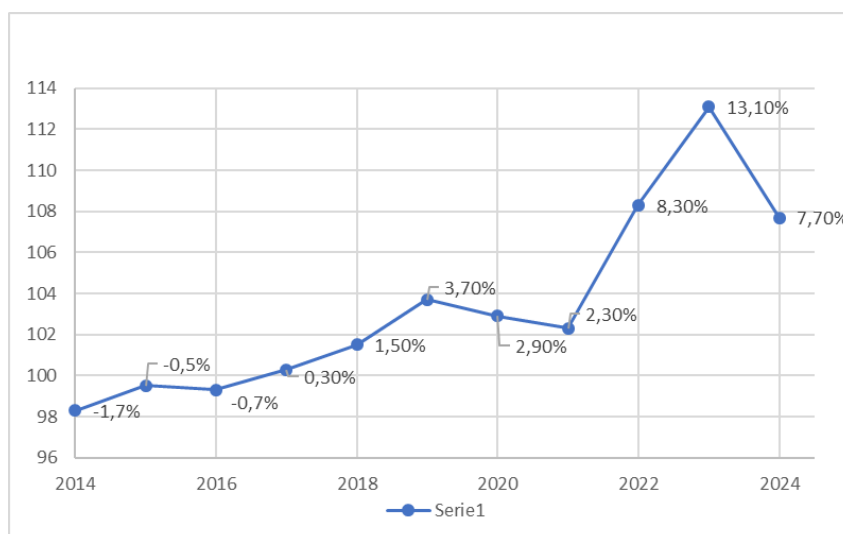
23. Tym samym – w świetle wyżej opisanych okoliczności - Odwołujący nie znajduje żadnego uzasadnienia dla pozostawienia w dokumentach zamówienia zaskarżonego postanowienia, zawartego w cz. III pkt 1.2 ppkt 4 lit. A3 SWZ. Usunięcie tego postanowienia pozwoli wykonawcom (w tym Odwołującemu) konkurować o niniejsze zamówienie z wykorzystaniem wszelkich instrumentów, wynikających z Pzp – tj. nie tylko w ramach konsorcjum z dostawcą technologii fermentacji ale również z wykorzystaniem potencjału podmiotów trzecich przy jednoczesnym ich udziale w realizacji zamówienia jako podwykonawcy. Usunięcie tego postanowienia nie spowoduje jednocześnie żadnego uszczerbku dla jakości świadczonych robot/ usług i dostaw w ramach niniejszego zamówienia. Wręcz przeciwnie – doprowadzi do wzmocnienia konkurencyjności z korzyścią dla Zamawiającego i samego postępowania.

#### **IV. [wartość robót referencyjnych objętych warunkiem udziału w postępowaniu]**

24. Zgodnie z postanowieniem zawartym w cz. III ust. 1 pkt 1.2 ppkt 4 lit. A1 SWZ:  
*Na potwierdzenie spełniania ww. warunku Wykonawca ubiegający się o zamówienie musi wykazać się:*  
*B. Wiedzą i doświadczeniem niezbędnym do realizacji zamówienia, wykazując, że należycie wykonał lub wykonuje w okresie ostatnich 10 lat przed upływem składania ofert (a w odniesieniu do warunku jak w pkt. A3) poniżej- 7 lat przed upływem terminu składania ofert), a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej:*  
*A4) dwie roboty budowlane polegające na budowie lub rozbudowie hali o powierzchni zabudowy co najmniej 2000 m<sup>2</sup> o wartości co najmniej 15 000 000,00 zł brutto każda;*
25. W ocenie Odwołującego postawiony próg kwotowy robót referencyjnych, określonych w cz. III ust. 1 pkt 1.2 ppkt 4 lit A1 SWZ, należy ocenić jako nadmiarowy i nieadekwatny do przedmiotu zamówienia, tym samym postanowienie to narusza zasadę proporcjonalności.
26. Zamawiający w przywołanym wyżej warunku wskazał okres ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert - jako okres referencyjny, w którym Wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia mogli nabyć wymagane doświadczenie

zawodowe. Zauważenia przy tym wymaga, że jednak zamówienia realizowane w latach 2014-2015 cechowały się innym poziomem cen, niż np. zamówienia zrealizowane w latach 2023-2024 o tym samym przedmiocie. Odwołujący podkreśla, że w latach 2014-2024 wskaźniki cen produkcji budowlano-montażowej (CBM) w Polsce wykazywały systematyczny wzrost. Według danych Głównego Urzędu Statystycznego (GUS), wskaźnik CBM w latach 2018-2024 **wzrósł rok do roku (r-r) łącznie o 92,98%**, natomiast w całym okresie referencyjnym (2014-2024) **wzrost rok do roku (r-r) wyniósł łącznie 55,32%**.

27. W ostatnich latach, w szczególności w latach 2018-2024, dynamika wzrostu cen przyspieszyła, osiągając nawet dwucyfrowe wskaźniki rocznego wzrostu, co odzwierciedla poniższy wykres:



Źródło: Strona internetowa GUS, <https://stat.gov.pl/obszary-tematyczne/ceny-handel/wskazniki-cen>

28. Obecnie wymagane w przetargu kryterium minimalnej wartości wybudowanej lub przebudowanej hali na poziomie 15 000 000 PLN brutto znacząco odbiega od realiów choćby sprzed dekady. Ze względu na wzrost wskaźników CBM, wielu wykonawców realizujących projekty o wysokim standardzie i jakości, napotyka trudności w spełnieniu postawionego przez Zamawiającego wymogu kwotowego, mimo że wartość zrealizowanych w przeszłości projektów, dostosowana do obecnych cen i warunków rynkowych, byłaby znacząco wyższa. Gdyby wymóg odnoszący się do wartości zamówienia brutto został określony w czasie, gdy wskaźnik CBM był znacznie niższy, oczekiwania Zamawiającego również uległyby proporcjonalnemu obniżeniu, co pozwoliłoby samodzielnie spełnić sporne kryterium wielu podmiotom działającym na rynku, w tym Odwołującemu.
29. W ocenie Odwołującego zmiana wymogu, poprzez obniżenie wartości robót referencyjnych do 10 000 000,00 zł brutto, nie spowoduje obniżenia kompetencji (minimalnej zdolności wykonawców), gdyż wymóg zawarty w pkt A1) SWZ dotyczy *budowy lub rozbudowy hali o powierzchni zabudowy co najmniej 2000 m<sup>2</sup>*. Tym samym niezależnie od tego, czy zamówienie zostało zrealizowane w 2014 roku czy w roku 2024 r., istotne pozostaje, czy potencjalni wykonawcy - w zakresie związanym z parametrem powierzchni hali - nabyli tożsame doświadczenie. Kluczowe dla Zamawiającego winny być kompetencje podmiotu, który wybudował należycie *halę o powierzchni zabudowy co najmniej 2000 m<sup>2</sup>*, natomiast moment realizacji zamówienia, a tym samym wartość robót – mają charakter drugorzędny i stanowią elementy zmienne, które nie powinny w tej sytuacji przekreślać kompetencji

Wykonawcy i jego zdolności w zakresie wymaganego doświadczenia zawodowego związanego z powierzchnią zabudowy hali.

30. Wobec tego wnioskowana zmiana jest w pełni uzasadniona i w żaden sposób nie wpłynie negatywnie na osiągnięcie przez Zamawiającego oczekiwanego celu, którym jest zapewnienie należytego wykonania inwestycji, objętej przedmiotem zamówienia.

**V. [termin składania ofert]**

31. Zgodnie z art. 138 ust. 1 Pzp – *Termin składania ofert nie może być krótszy niż 35 dni od dnia przekazania ogłoszenia Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej.*
32. Na gruncie niniejszego Postępowania Zamawiający (po zmianach) ostatecznie wyznaczył termin składania ofert na dzień 25 września 2024 r. Biorąc pod uwagę fakt, że Zamawiający przekazał ogłoszenie o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej w dniu 22.08.2024 r. (co wynika z treści samego ogłoszenia) – nie jest zachowany minimalny 35 – dniowy termin, o którym mowa w art. 138 ustawy Pzp. Termin ten (pomimo przedłużenia przez Zamawiającego) jest nadal o 1 dzień krótszy od ustawowego.
33. Jednocześnie Odwołujący kwestionuje, by na gruncie niniejszego Postępowania wystąpiły ustawowe przesłanki, o których mowa w art. 138 ust. 2 Pzp, uprawniające Zamawiającego do wyznaczenia terminu składania ofert krótszego niż 35- dniowy, liczony od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji UE. Nie doszło bowiem do opublikowania wstępnego ogłoszenia informacyjnego, o którym mowa w art. 138 ust. 2 pkt 1 Pzp, nie ma również podstaw do uznania pilnej potrzeby udzielenie zamówienia, o której mowa w art. 138 ust. 2 pkt 2 Pzp, uzasadniającej skrócenie minimalnego ustawowego terminu składania ofert. Za taką okoliczność nie sposób uznać jakichkolwiek uwarunkowań związanych z korzystaniem przez Zamawiającego z dofinansowania projektu ze środków Narodowego Funduszu Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej zgromadzonych na rachunku Funduszu Modernizacyjnego, program 2.10. Rozwój kogeneracji w oparciu o biogaz komunalny. Wszelkie terminowe obostrzenia i restrykcje, wynikające z regulacji dot. powyższego dofinansowania, należy rozpatrywać w kontekście wymogu dochowania przez Zamawiającego należytej staranności w sprawnym przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia - z poszanowaniem przepisów Pzp. W obostrzeniach tych nie należy natomiast upatrywać uzasadnienia dla naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp, zwłaszcza dotyczących minimalnego terminu składania ofert, gwarantowanego przez ustawodawcę. To nie wykonawca powinien ponosić konsekwencje ewentualnych restrykcji terminowych nałożonych na Zamawiającego w zakresie dofinansowania, zwłaszcza w przypadku postępowania, którego przedmiot jest tak skomplikowany i wymaga ze strony wykonawców czasochłonnych przygotowań, mających na celu sporządzenie oferty przetargowej, czyniącej zadość postawionym w Postępowaniu wymagom.
34. Mając na uwadze powyższe, odwołanie należy uznać za uzasadnione.

---

*Iwona Ligęcka*  
radca prawny

Załączniki:

1. pełnomocnictwo,
2. opłata skarbową od pełnomocnictwa,
3. wpis od odwołania,
4. KRS dot. Odwołującego,
5. potwierdzenie doręczenia Zamawiającemu kopii odwołania.