

WYROK
z dnia 31 grudnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 grudnia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 grudnia 2020 r. przez wykonawcę **SKANSKA S.A.** z siedzibą w Warszawie przy Alei Solidarności 173 (00-877 Warszawa) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie** z siedzibą w Warszawie przy ul. Żelaznej 59a (00-848 Warszawa)

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu dokonanie zmiany postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia przez usunięcie zastrzeżenia ujętego w pkt 35 ppkt 1) i 2) część I pn.: Instrukcja dla wykonawców tj. obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę części zamówienia uznanych w SIWZ za kluczowe.

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie** z siedzibą w Warszawie i:

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **SKANSKA S.A.**

z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od zamawiającego **Państwowego Gospodarstwa Wodnego Wody Polskie**

z siedzibą w Warszawie na rzecz wykonawcy **SKANSKA S.A.** z siedzibą w Warszawie kwotę w wysokości 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 3244/20

UZASADNIENIE

Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie z siedzibą w Warszawie zwane dalej: „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej: „Pzp”, w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie robót budowlanych pod nazwą: *3A.4 Rozbudowa odcinka prawego wału poniżej stopnia Dąbie wraz z budową wrót przeciwpowodziowych w rejonie stoczni remontowej*, znak sprawy: 2784/JRP/2020, zwane dalej postępowaniem.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 25 listopada 2020 r., pod numerem 2020/S 230-565866.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są roboty budowlane, jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Wykonawca SKANSKA S.A. z siedzibą w Warszawie, zwany dalej: „odwołującym” w dniu 7 grudnia 2020 r. wniósł odwołanie na treść Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (zwanej dalej: „SIWZ”) w tym stanowiących jej integralną część Instrukcji Dla Wykonawców (zwanych dalej: „IDW”).

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1) art. 29 ust. 2 Pzp w związku z art. 7 ust. 1 Pzp przez opis przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję;

2) art. 36 ust. 2 pkt 1) Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez nieuzasadnione zastrzeżenie przez zamawiającego osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia, który utrudnia uczciwą konkurencję i bezzasadnie zawęża krąg potencjalnych wykonawców, mogących złożyć oferty w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu dokonanie zmiany postanowień SIWZ – IDW przez usunięcie zastrzeżenia ujętego w pkt. 35 IDW ppkt 1) i 2) tj. obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę części zamówienia uznanych w SIWZ za kluczowe.

Odwołujący wyjaśnił, że posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia ponieważ jest podmiotem mogącym ubiegać się o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego, a działania zamawiającego objęte odwołaniem nie tylko naruszają przepisy prawa przywołane na wstępie, ale sposób ustalenia opisu przedmiotu zamówienia przekłada się wprost na możliwość udziału wykonawcy w postępowaniu oraz na możliwość złożenia konkurencyjnej oferty. Odwołujący wyjaśnił, że w wyniku naruszenia przez zamawiającego powyżej wskazanych przepisów Pzp, może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości pozyskania przedmiotowego zamówienia, a ponadto jest narażony na szkodę polegającą na pozbawieniu go realnych korzyści finansowych wynikających z tytułu realizacji zamówienia.

W uzasadnieniu zarzutów odwołujący zwrócił uwagę na treść SIWZ części 1 IDW pkt 35 i wyjaśnił, że zakres

robót wskazany w poz. 3.1 do 3.7 przedmiaru obejmuje 80% robót budowlanych przewidzianych do wykonania w ramach przedmiotowej inwestycji. Na ten zakres składają się także dostawy i montaż specjalistycznego osprzętu aparatury kontrolno-pomiarowej oraz wykonanie i montaż wrót przeciwpowodziowych. Zastrzeżenie jako kluczowych części zamówienia ponad 80% robót budowlanych przewidzianych do wykonania ewidentnie ogranicza konkurencję oraz narusza zasadę powierzenia realizacji zamówienia podwykonawcom, jako przedstawicielom MŚP, którzy dzięki tej zasadzie mogą zdobywać doświadczenie. Na poparcie swojego stanowiska odwołujący przywołał wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 30 stycznia 2020 r., sygn. akt: I GSK1652/18.

Odwołujący wyjaśnił, że dokonał analizy rynkowej potencjału największych firm budowlanych na rynku. Wynika z nich, że żaden wykonawca samodzielnie nie jest w stanie spełnić wymagań postawionych przez zamawiającego, w zakresie osobistego wykonania robót budowlanych wskazanych w poz. 3.1 do 3.7 przedmiaru. Zaledwie kilka największych firm wykonawczych posiada własne wytwórnie konstrukcji stalowych, co teoretycznie umożliwia im wyprodukowanie wrót i ich montaż. Nie zmienia to faktu, że żadna w tych firm, nie jest w stanie wykonać w siłach własnych robót obejmujących takich elementów jak napęd elektro-mechaniczny, napędy zamknięć, zasuw, gdyż są to elementy specjalistycznie prefabrykowane i montowane przez firmy posiadające doświadczenie tylko w tym konkretnym wąskim zakresie. Należy też wskazać, że na rynku występuje szereg firm, które są wyspecjalizowane w produkcji i montażu takich konstrukcji stalowych, jak wrota przeciwpowodziowe, które mogą zostać zatrudnione jako podwykonawcy, w celu realizacji tego zakresu robót. Należy podkreślić, że są to firmy, które mają na swoim koncie wieloletnie doświadczenie w realizacji tego typu robót, a jednocześnie nie są to firmy budowlane, które mogłyby spełnić warunek udziału w postępowaniu. Podkreślić bowiem należy, że niniejsze postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie jest typową robotą budowlaną, a robotą skierowaną do firm specjalizujących się w robotach inżynierskich. A zatem wykonawcą, który zapewnia rękojmię prawidłowego wykonania zamówienia jest wykonawca, który specjalizuje się w tego rodzaju robotach budowlanych. Odwołujący wskazał, że jest firmą, która ma takie doświadczenie i zapewnia rękojmię należytego wykonania zamówienia, bowiem z powodzeniem niejednokrotnie realizował takie inwestycje. Tymczasem zamawiający poprzez zastrzeżenie kluczowych części zamówienia w sposób wskazany powyżej ogranicza dostęp do realizacji zamówienia firmom specjalizującym się w tego typu robotach budowlanych i dających rękojmię należytego wykonania zamówienia. Trzeba podkreślić, iż są to często firmy z sektora MŚP specjalizujące się w tego typu robotach budowlanych. Zatem zamawiający swoim działaniem w postaci takich postanowień SIWZ bezspornie zamyka drogę wykonawcom mogącym zrealizować przedmiotowe zamówienie i dającym rękojmię należytego wykonania zamówienia. Jednocześnie zastrzeżenie kluczowych części zamówienia powoduje, że oferty w przedmiotowym postępowaniu mogą złożyć (rozpatrując tylko poprzez samo zastrzeżenie kluczowych części zamówienia) wykonawcy wyspecjalizowani w montażu lub produkcji konstrukcji stalowych. Tyle tylko, że tacy wyspecjalizowani wykonawcy w konstrukcjach stalowych nie będą mieć doświadczenia i nie będą spełniać warunków udziału w postępowaniu z racji tego, że posiadają doświadczenie co do samej produkcji elementów stalowych, ale nie posiadają doświadczenia co do wykonywania robót budowlanych. Ewidentnie zatem poprzez takie zastrzeżenie kluczowych części zamówienia zamawiający eliminuje z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego szereg podmiotów, które mają doświadczenie i dają rękojmię należytego wykonania zamówienia, co z kolei w prosty sposób prowadzi do wniosku, że poprzez taką eliminację zamawiający narusza uczciwą konkurencję.

Zdaniem odwołującego w tej sytuacji trudno znaleźć uzasadnienie dla działania zamawiającego, który ustanawiając wymóg osobistego wykonania robót przez wykonawcę, ogranicza możliwość złożenia oferty wykonawcom, którzy mają odpowiednie doświadczenie i dają rękojmię prawidłowego wykonania przedmiotowego zamówienia. Zgodnie z przepisami Pzp 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 robót, co do którego zamawiający wyłączył możliwość powierzenia podwykonawcom w przypadku przedmiotowego postępowania, nie ma uzasadnienia w specyfice robót objętych poz. 3.1 do 3.7 przedmiaru.

Po pierwsze, zdecydowanie powierzenie do wykonania takiego zakresu jak wykonanie konstrukcji wrót przeciwpowodziowych czy aparatury kontrolno-pomiarowej, napędów elektro-mechanicznych, zamknięć, zasuw specjalistycznym firmom, daje nie tylko rękojmię prawidłowego wykonania tych robót, ale przede wszystkim daje pewność, że prace te są wykonane przez firmy wyspecjalizowane w tych konkretnych zakresach robót. Po drugie, zakres robót wskazany w poz. 3.1 do 3.7 przedmiaru nie uzasadnia wymogu osobistego ich wykonania przez wykonawcę, który będzie realizował całość zadania inwestycyjnego. Po trzecie i co najważniejsze zakres robót opisany w postępowaniu przetargowym był procedowany przez tego zamawiającego w innych lokalizacjach i nigdy nie zastrzeżono obowiązku osobistego wykonania tego zakresu robót, czego miało dowodzić zestawienie przetargów stanowiące załącznik nr 6 do odwołania. Jak wyjaśnił odwołujący, zamawiający do tej pory nigdy nie definiował tego zakresu robót jako kluczowe.

W ocenie odwołującego zamawiający nałożył na wykonawców obowiązek osobistego wykonania części zamówienia bez uzasadnienia technologicznego, z określeniem zakresu nie będącego częściami kluczowymi oraz niewspółmiernie do potrzeb, w sposób powodujący istotne ograniczenie konkurencji. Zgodnie z art. 36 ust. 2 pkt. 1 Pzp zamawiający zastrzega obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia, tj. gdy ze względu na specyfikę przedmiotu zamówienia zamawiający zastrzeże w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, że część lub całość zamówienia nie może być powierzona podwykonawcom. Przepis ten, zdaniem odwołującego, wprowadza wyjątek od ogólnej zasady możliwości powierzenia realizacji całości lub części zamówienia podwykonawcom i jako taki powinien być stosowany w sposób ścisły. Wyłączenie udziału podwykonawców w realizacji zamówienia musi być umotywowane specyfiką przedmiotu zamówienia, która wyklucza prawidłową realizację zamówienia w przypadku, gdy jego część zostanie powierzona podwykonawcy. Odwołujący podkreślił, iż przepis jest uprawnieniem zamawiającego, jednakże jego zastosowanie, z uwagi na to, że jest wyjątkiem od ogólnej zasady wymaga uzasadnienia jego zastosowania. Samo uprawnienie bez żadnego uzasadnienia zastosowania tego przepisu nie może bowiem doprowadzić do naruszenia uczciwej konkurencji, do czego zdecydowanie w tym postępowaniu poprzez owe postanowienia specyfikacji już doszło. Powyższa regulacja wyraźnie wskazuje, iż zasadą jest obowiązek dopuszczenia możliwości podwykonawstwa, zaś ograniczenie tego uprawnienia wykonawcy jest dopuszczalne wyłącznie w wyjątkowych sytuacjach, uzasadnionych specyfiką danego zamówienia. Roboty wskazane w poz. 3.1-3.7 przedmiaru nie spełniają tego wymogu. Skutkiem zawarcia wymogu ich osobistego wykonania, jest natomiast ograniczenie konkurencji. Odwołujący stwierdził, że zanim zamawiający dokona ograniczenia w zakresie obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę części zamówienia, powinien dokonać analizy ich zakresu i rzeczywistych potrzeb w tym zakresie, tak aby zachować równowagę między własnym interesem, a wyrażoną wprost w Pzp zasadą konkurencyjności.

Na potwierdzenie swojego stanowiska odwołujący szeroko zacytował orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości UE, Izby oraz sądów.

Podsumowując odwołujący stwierdził, że zamawiający ma możliwość zapewnienia prawidłowej realizacji zamówienia poprzez całość opisu przedmiotu zamówienia w tym w szczególności wymagań, co do kwalifikacji osób mających wykonywać dane zamówienia, postanowień umownych, zapewnienia profesjonalnego nadzoru inwestorskiego 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 wskazał, iż:

- zakres robót opisanych w poz. 3.1 do 3.7 przedmiaru stanowi ok. 80% robót budowlanych;
- roboty zastrzeżone przez zamawiającego do osobistego wykonania przez wykonawcę nie spełniają kryteriów do uznania ich za kluczowe, w rozumieniu art. 36 ust. 2 pkt. 1 Pzp i definicji robót kluczowych jakie wypracowało orzecznictwo;
- zamawiający dotychczas realizując zamówienia na taki sam przedmiot zamówienia, nie wskazywał zakresu robót ujętego w poz. 3.1 do 3.7 jako kluczowego, który winien wykonać osobiście sam wykonawca, zatem trudno znaleźć wyjaśnienie do takiego ukształtowania wymogu zamawiającego w niniejszym postępowaniu;
- na rynku polskim nie funkcjonują firmy wykonawcze, które mogą samodzielnie wykonać cały zakres zastrzeżony przez zamawiającego do osobistego wykonania;
- na rynku funkcjonują podmioty, które mają odpowiednią wiedzę i doświadczenie oraz potencjał, aby w sposób prawidłowy wykonać jako podwykonawcy roboty ujęte w poz. 3.1 - 3.7 przedmiaru;
- niewątpliwym skutkiem zastrzeżenia osobistego wykonania robót 3.1-3.7 przedmiaru jest ograniczenie konkurencji.

Zamawiający na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 30 grudnia 2020 r. złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o .:

- o odrzucenie odwołania z uwagi na jego wniesienie przez podmiot nieuprawniony w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 Pzp, tzn. przez podmiot niebędący zarówno wykonawcą jak i innym podmiotem, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp;
- ewentualnie o oddalenie odwołania w całości z uwagi na wniesienie odwołania przez podmiot, który nie ma interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz nie poniósł i nie może ponieść szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp oraz z uwagi na niezasadność zarzutów naruszenia przepisów art. 29 ust. 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 36 ust. 2 Pzp pkt. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp.

W zakresie argumentacji dotyczącej wniesienia odwołania przez podmiot nieuprawniony oraz braku interesu we wniesieniu odwołania i braku możliwości poniesienia szkody, zamawiający przywołał treść art. 189 ust. 2 pkt 2, art. 179 ust. 1 oraz art. 2 pkt 11 Pzp.

W tej kwestii zamawiający stwierdził, że skuteczne skorzystanie ze środka ochrony prawnej jest możliwe tylko w przypadku wykazania istnienia po stronie wykonawcy interesu we wniesieniu odwołania oraz poniesienia lub możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp. Przy czym niezbędne jest zaistnienie związku przyczynowo skutkowego pomiędzy szkodą a naruszeniem przepisów Pzp. Natomiast – w ocenie zamawiającego – odwołujący nie posiada interesu we wniesieniu odwołania, a także nie poniesie szkody w wyniku działań zamawiającego. Skoro zatem tylko podmioty wskazane w powyższym przepisie mogą zostać uznane za uprawnione do wniesienia odwołania, stąd a contrario podmioty niezaliczające się do tego grona, uznane muszą zostać za nieuprawnione do wniesienia odwołania, a wniesione przez nie odwołanie powinno zostać odrzucone na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 Pzp.

W ocenie zamawiającego, stanowisko przedstawiane przez odwołującego wskazuje wprost, że nie ma on w tej sprawie interesu w uzyskaniu danego zamówienia. Nawet jeśli kwestionowane przez odwołującego zastrzeżenie w treści SIWZ narusza przepisy Pzp (co zdaniem zamawiającego nie miało miejsca), to nie ma to żadnego wpływu na możliwość złożenia przez odwołującego oferty. Wręcz przeciwnie, z odwołania wynika, że odwołujący spełnia wskazane wymagania i dysponuje odpowiednim potencjałem, aby złożyć ofertę i wykonać przedmiotowe zamówienie. W takiej sytuacji należy uznać, że kwestionowany przez odwołującego fragment SIWZ nie narusza jego interesów.

W dalszej części odpowiedzi na odwołanie zamawiający skupił się na specjalistycznym charakterze robót objętych zamówieniem. W tym fragmencie zamawiający stwierdził, że w przedmiotowym przypadku wprowadzone do SIWZ zastrzeżenie jest w pełni uzasadnione z kilku powodów. Po pierwsze, jest to wysoce specjalistyczny charakter koniecznych do wykonania robót. Po drugie, poważne ograniczenia czasowe w finansowaniu inwestycji po stronie zamawiającego. Po trzecie, istotność inwestycji dla zapewnienia bezpieczeństwa powodziowego Krakowa. Roboty hydrotechniczne stanowiące przedmiot zastrzeżenia do osobistego wykonania mają być realizowane w trudnym podłożu, w ciągu wałów przeciwpowodziowych rz. Wisły, w warunkach stałego zagrożenia oddziaływaniem żywiołu wody. W tych uwarunkowaniach wybudowane urządzenia wodne muszą zostać wykonane z wielką precyzją zapewniającą niezawodność i szczelność wybudowanych urządzeń. Przy tym wszystkim zamawiający zaznaczył, że wymaga, aby robota została wykonana w dość krótkim terminie tj. 13 miesięcy, co wynika z finansowania inwestycji ze środków zewnętrznych, w tym Banku Światowego. Obecnie stan obwałowania wokół portów pozostawia wiele do życzenia. Niewystarczająca wysokość oraz niedostateczny stan techniczny wałów nie pozwala w pełni zabezpieczyć Krakowa przed falą powodziową. Wały wokół basenów portowych oraz wały na odcinku od stopnia Dąbie do kanału portu Płaszów, po wykonaniu modernizacji 20 km wałów w ramach kontraktu 3A.1, stanowiąc będą najstabsze miejsca w obronie przed powodzią w Krakowie. Zabezpieczenie przed powodzią terenów wokół portów realizowane będzie, poprzez zamknięcie kanałów portowych od napływu wód z Wisły za pomocą bram przeciwpowodziowych. Takie rozwiązanie ochrony przeciwpowodziowej pozwala uniknąć konieczności wykonania robót liniowych (związanych z wałami wokół basenów portowych), koncentrując się na obiektowych robotach inżynierskich, wymagających rozwiązań o wyższym poziomie technologicznym, obejmującym między innymi konstrukcje stalowe zamknięć z napędami elektro-mechanicznymi, zasilanie w energię elektryczną, całodobowym monitoringiem oraz wyposażenie w system zdalnego i miejscowego sterowania.

Kolejny punkt odpowiedzi na odwołanie dotyczył stanowiska zamawiającego odnoszącego się do przedsiębiorstw budownictwa hydrotechnicznego. W tym zakresie zamawiający wyjaśnił, że absolutnie nie można formułować tezy, jakoby istniała w polskim prawie zasada, że realizację zamówień powierza się podwykonawcom, co zdaje się wynikać z treści odwołania. Taka wykładnia jest niczym nieuzasadniona. Jest ona przede wszystkim wprost sprzeczna z brzmieniem przepisu art. 36b ust. 1. Poza tym jest też sprzeczna z celem postępowania o zamówienie publiczne, które

ma doprowadzić do wyboru rzetelnego wykonawcy. Zastąpienie go w całości przez podwykonawcę na etapie realizacji zamówienia cel ten niweczy. W ocenie zamawiającego zastrzeżenie konieczności osobistego wykonania kluczowych części zamówienia umożliwi w istocie specjalistycznym przedsiębiorstwom budownictwa hydrotechnicznego, samodzielnie lub w konsorcjum z innym podmiotem zrealizować takie zamówienie, jako jego wykonawca, a nie będzie zmuszony do bycia jedynie podwykonawcą. Wbrew twierdzeniom odwołującego, w dłuższej perspektywie to właśnie uwzględnienie odwołania prowadziłyby do ograniczenia konkurencji, które w efekcie może prowadzić do monopolizacji w sektorze robót hydrotechnicznych. Warto podkreślić, zważywszy specjalistyczny charakter robót hydrotechnicznych, że ilość podobnych inwestycji realizowanych w ostatnich latach nie była duża. Oznacza to, że rynek tego typu usług budowlanych jest w Polsce stosunkowo płytki. Prowadzi to do wniosku, że ilość przedsiębiorstw, które będą mogły utrzymać się na rynku z realizacji takich inwestycji jest bardzo ograniczona. W interesie zamawiającego, leży zatem dbanie o zachowanie odpowiedniego potencjału wykonawczego. Dlatego zamawiający powinien organizować takie zamówienia właśnie w ten sposób, że w niektórych postępowaniach dopuszczalne będzie ich realizowanie w całości poprzez podwykonawców, a w innych nie. Jeśli bowiem Zamawiający będzie dopuszczał do realizacji tego typu inwestycji bez zastrzegania obowiązku osobistego wykonania jego kluczowych elementów, to istnieje ryzyko, że w dłuższej perspektywie generalni wykonawcy, maksymalizując swoją marżę, doprowadzą do „pauperyzacji” małych i średnich przedsiębiorstw z branży budownictwa hydrotechnicznego. Stanie się tak, gdyż specjalistyczne przedsiębiorstwo hydrotechniczne, przy małej ilości tego typu zleceń na rynku, będzie zmuszone obniżyć swoje stawki, bo generalny wykonawca zawsze będzie mógł sięgnąć po mniej doświadczonego, tańszego i skłonniejszego do ryzyka konkurenta. Wszystko zaś będzie się odbywało kosztem Zamawiającego narażonego na opóźnienia w realizacji inwestycji i ryzyko nienależytego wykonawstwa. Zamawiający stwierdził, że z tego względu, dbając o realizację swoich kluczowych inwestycji i potencjał rynku był zmuszony wprowadzać do takich zamówień zastrzeżenie obowiązku osobistej realizacji robót.

W ostatniej części odpowiedzi na odwołanie zamawiający odniósł się do zakresu zastrzeżenia. Zamawiający wyjaśnił, że odwołujący niesłusznie podnosi, że zakres robót zastrzeżony przez zamawiającego do osobistego wykonania przez wykonawcę stanowi ponad 80% wartości zamówienia. W istocie zakres zastrzeżonych do wykonania robót jest znacząco mniejszy i nie przekracza 40%. Przedmiotowe postanowienia SIWZ należy bowiem interpretować w kontekście przedmiotu tego zamówienia, a są nimi roboty budowlane. Powyższe oznacza, że dla ustalenia wartości tej części, która została zastrzeżona do osobistego wykonania przez wykonawcę nie należy zaliczać obowiązku wyprodukowania materiałów potrzebnych do realizacji wskazanych robót budowlanych. W szczególności nie dotyczy to wartości konstrukcji stalowej wykonanej na potrzeby bramy przeciwpowodziowej. Do tej wartości nie jest również konieczne wliczanie wartości zbrojenia, cementu ani piasku wykorzystywanych do wznoszenia konstrukcji żelbetonowych. Nie ma również potrzeby umieszczać tam wartości stalowych grodzic, ani siłowników do zasuw. Zdaniem zamawiającego przyjęta przez odwołującego metoda odnosząca się do kwestii zakresu kluczowych robót poprzez odniesienie się do procentu ich wartości w wartości całej inwestycji jest błędna i mogłaby sugerować, że zamawiający zastrzegł do osobistego wykonania niemal całość robót przewidzianych w ramach niniejszego zamówienia. W rzeczywistości we wskazanych przez odwołującego robotach aż połowę wartości stanowi koszt materiału, a to oznacza, że w pozostałej połowie mieści się nie tylko koszt robocizny i sprzętu, ale również koszty pośrednie, koszty ogólne oraz zysk. Oznacza to, że rzeczywista wartość robót wskazanych przez zamawiającego jako kluczowe nie stanowi więcej niż 40% wartości zamówienia (łącznie z kosztami pośrednimi, kosztami ogólnymi i zyskiem). Taki sposób wyliczenia, byłby również sprzeczny z treścią i celem art. 36a ust. 2 pkt 1) w związku z art. 36a ust. 2 pkt 2) Pzp, bowiem wynika z niego wprost, że z zakresu zastrzeżenia do osobistego wykonania przez wykonawcę zasadniczo wyłączone są dostawy (poza ich rozmieszczeniem i instalacją). Zamawiający podkreślił, że dla nie ma w tym przypadku znaczenia, aby to wyłoniony w postępowaniu wykonawca był rzeczywistym producentem stalowej konstrukcji wrót. Wrota mają jedynie spełniać wymagania wynikające z projektu. Kluczowe dla zamawiającego jest jedynie wykonanie wskazanych w zastrzeżeniu robót budowlanych, co w tym przypadku będzie oznaczało wykonanie prawidłowej, zgodnej z wymaganiami projektu: konstrukcji żelbetowej wraz z murami oporowymi, a następnie prawidłowe umieszczenie / zamontowanie w niej stalowych wrót przeciwpowodziowych wraz z osprzętem zapewniającym poprawność działania tj. części mechanicznej. Z punktu widzenia zamawiającego nie ma oczywiście jakiegokolwiek znaczenia, czy wykonawca jest również dostawcą materiałów i urządzeń użytych do realizacji robót budowlanych. Zamawiający wyjaśnił, że nie ulega wątpliwości, iż istnieją takie podmioty, które nie tylko zajmują się montażem, ale również wytwarzają elementy konieczne do wykonania takiego zamówienia, ale znając rynek tego typu usług budowlanych godzi się na to, aby ograniczyć dokonane zastrzeżenie wyłącznie do robót budowlanych, rozumianych zgodnie z treścią art. 36a Pzp.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, złożonych dowodów oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania. W związku z przedmiotowym ustaleniem Izba uznała za niezasadny wniosek zamawiającego o odrzucenie odwołania z uwagi na jego wniesienie przez podmiot nieuprawniony w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 Pzp, tzn. przez podmiot niebędący zarówno wykonawcą jak i innym podmiotem, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp.

Przede wszystkim należy wskazać, że zamawiający powiązał przedmiotowy wniosek z kwestią braku interesu odwołującego we wniesieniu odwołania. Skład orzekający, mając na uwadze treść art. 189 ust. 2 Pzp oraz dotychczasowy dorobek orzecznictwa, doszedł do przekonania, że brak interesu we wniesieniu środka ochrony prawnej stanowi przesłankę oddalenia odwołania bez jego merytorycznego rozpoznawania, a nie odrzucenia odwołania. Przepisy Pzp traktują odwołanie jako środek ochrony prawnej skierowany na zmianę sytuacji wykonawcy, polegającej na możliwości uzyskania w danym postępowaniu zamówienia przez odwołującego. Krajowa Izba Odwoławcza z urzędu w każdym rozpatrywanym przypadku zobowiązana jest do badania przesłanek wskazanych w art. 179 ust. 1 Pzp, tj. interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniesienia lub możliwości poniesienia szkody na skutek naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp. Są to przesłanki materialnoprawne, co oznacza, iż odwołanie w przypadku ich braku lub nieudowodnienia podlega oddaleniu z uwagi na brak legitymacji do jego wniesienia, niezależnie od zasadności podnoszonych w odwołaniu zarzutów.

Co do kwestii interesu odwołującego w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku

naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp, Izba odniosła się w dalszej części uzasadnienia.

Ponadto jako podstawę prawną odrzucenia odwołania zamawiający wskazał treść art. 189 ust. 2 pkt 2 Pzp, który stanowi, że Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że zostało ono wniesione przez podmiot nieuprawniony. W ocenie składu orzekającego za podmiot nieuprawniony do wniesienia odwołania należy uznać podmiot, który w ogóle nie wykazał swojego związku z danym postępowaniem. Dodatkowo przy ocenie przedmiotowego wniosku nie sposób było także uciec od okoliczności dotyczącej etapu postępowania, którego dotyczyło odwołanie. Odwołanie dotyczyło postanowień SIWZ w przetargu nieograniczonym i siłą rzeczy miało miejsce przed upływem terminu na składanie ofert w związku z tym zamawiającemu trudno było wykazać, że odwołujący jest nieuprawniony do wniesienia odwołania, a przez to nawet potencjalnie niezainteresowany udziałem w postępowaniu.

Izba uznała, że zamawiający nie wykazał, iż odwołujący jest nieuprawniony do wniesienia odwołania. Skład orzekający zwrócił uwagę w tym zakresie na to, iż odwołujący już odwołaniu odniósł się do kwestii swojego interesu we wniesieniu odwołania, a na rozprawie sam zamawiający wskazał, że odwołujący złożył oferty w dwóch innych trwających postępowaniach przetargowych składających się na szerszy projekt obejmujący ochronę przeciwpowodziową dla Krakowa.

W związku z powyższym Izba uznała, że przesłanka odrzucenia odwołania określona w art. 189 ust. 2 pkt 2 Pzp nie znalazła potwierdzenia.

Izba dopuściła w przedmiotowej sprawie dowody z:

- 1) dokumentacji przekazanej w postaci elektronicznej zapisanej na płycie DVD, przesłanej do akt sprawy przez zamawiającego w dniu 16 grudnia 2020 r., w tym w szczególności z treści SIWZ wraz z załącznikami (w tym przede wszystkim części I i VI SIWZ tj. Instrukcji dla wykonawców i Przedmiaru robót dla kontraktu);
- 2) załączonego do odwołania zestawienia przetargów obejmujących zbliżony zakres.

Izba ustaliła co następuje

Postanowienia SIWZ dotyczące podwykonawstwa zostały zawarte w pkt 35 części I pn.: Instrukcja dla wykonawców. W punkcie tym zamawiający zastrzegł obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia. Szczegółowo został on uregulowany w ppkt 1 i 2 o treści:

- 1) *Zamawiający zastrzega obowiązek osobistego wykonania przez Wykonawcę kluczowych części zamówienia. Za kluczowe części zamówienia Zamawiający uznaje: Obiekt wrót przeciwpowodziowych wraz z murami oporowymi oraz kierownicami - konstrukcja oraz Część mechaniczna wrót przeciwpowodziowych (poz. 3.1 do 3.7 Przedmiaru).*
- 2) *Zamawiający dopuszcza powierzenie wykonania podwykonawcom części zamówienia poza zakresem, o którym mowa w ust. 1.*

Pozycję 3.1 do 3.7 Przedmiaru obejmowały:

- 3.1. Rozbudowę i przebudowę wałów i przejazdów wałowych;
 - 3.2. Tymczasowe wejście do portu, dół fundamentowy, wykonanie grodzy na czas budowy;
 - 3.3. Obiekt wrót przeciwpowodziowych wraz z murami oporowymi, kładką eksploatacyjną oraz kierownicami – konstrukcja;
 - 3.4. Umocnienie dna i skarp na wejściu i wyjściu z wrót;
 - 3.5. Aparaturę kontrolno-pomiarową na obiekcie wrót;
 - 3.6. Zabezpieczenie kolektora sanitarnego;
 - 3.7. Część mechaniczną wrót przeciwpowodziowych.
- Pozycja 3.7. Przedmiaru szczegółowo obejmowała: wrota wsporne, łożyska, napęd wrót, amortyzator, zamknięcie główne kanału obiegowego, napęd zamknięcia kanału obiegowego, zamknięcie awaryjne kanału obiegowego, zamknięcie szandorowe, kraty i zastawki kanału obiegowego, semafor, konstrukcję stalowe wyposażenia komunikacyjnego wraz z zabezpieczeniem antykorozyjnym, przepompownię wód – dostawę i montaż oraz przepompownię wód – prace towarzyszące.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:

- art. 29 ust. 2 Pzp – *Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję;*
- art. 36a ust. 2 pkt 1) Pzp – *Zamawiający może zastrzec obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia na roboty budowlane lub usługi;*
- art. 7 ust. 1 Pzp – *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.*

Izba zważyła co następuje.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron Izba uznała, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Tak jak to zostało zasygnalizowane powyżej, Izba rozpatrując odwołanie w pierwszej kolejności zobowiązana jest ustalić, czy zostały spełnione przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej określone w art. 179 ust. 1 Pzp, tj. czy podmiotowi wnoszącemu odwołanie przysługuje legitymacja procesowa do wniesienia odwołania. Brak takiej legitymacji po stronie odwołującego, prowadzi do ustalenia niedopuszczalności wniesienia odwołania i skutkuje koniecznością jego oddalenia, gdyż stwierdzenie niewykazania przesłanek materialnoprawnych warunkujących korzystanie ze środków ochrony prawnej skutkuje oddaleniem odwołania bez merytorycznego rozpatrywania zarzutów i żądań podniesionych w odwołaniu. Inaczej, istnienie interesu w uzyskaniu zamówienia jest warunkiem, którego spełnienie jest niezbędne do przystąpienia do rozpoznawania odwołania, czyli merytorycznej oceny zarzutów w nim podniesionych. Zgodnie bowiem, z powołanym art. 179 ust.1 Pzp legitymację do wniesienia odwołania ma tylko ten podmiot, który wykaże przede wszystkim interes w uzyskaniu zamówienia, a ponadto możliwość poniesienia szkody.

Po raz kolejny należy wskazać, że odwołanie zostało wniesione wobec postanowień SIWZ. Już w odwołaniu zostało podane wyjaśnienie posiadania interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w postaci utraty pozyskania przedmiotowego zamówienia w tym realnych korzyści finansowych wynikających z tytułu jego realizacji. Ponadto odwołujący na rozprawie wyjaśnił, że realizował podobne zamówienia na rzecz zamawiającego, czego zamawiający nie kwestionował. Zamawiający przyznał przy tym, że odwołujący złożył oferty w dwóch innych, trwających postępowaniach przetargowych składających się na szerszy projekt obejmujący

ochronę przeciwpowodziową dla Krakowa.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, na obecnym etapie postępowania nie można było stwierdzić, że odwołujący nie był zainteresowany udziałem w postępowaniu przez złożenie oferty. Ponadto wbrew sugestiom zamawiającego nie można było uznać, że odwołanie stanowiło przejaw dbałości odwołującego o interes małych i średnich przedsiębiorstw, ponieważ wyraźnie odnosiło się do sytuacji odwołującego.

W związku z tym, w stanie faktycznym zaistniałym w niniejszej sprawie Izba stwierdziła, że odwołujący posiadał legitymację uprawniającą do wniesienia odwołania, wymaganą zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp.

Przechodząc do meritum odwołania Izba za punkt wyjścia wzięła, przytoczoną w odwołaniu, treść wyroku z 27 maja 2019 r. o sygn. akt KIO 867/19, w którym wskazano, że *Przysługujące 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. (...) Obowiązkiem Zamawiającego jest ustanowienie takich warunków udziału w postępowaniu, m. in. w zakresie zdolności technicznych wykonawców, by zapewnić wybór kompetentnego, zdolnego do realizacji zadania wykonawcy.*

Zamawiający w swojej argumentacji kładł nacisk na stopień skomplikowania zastrzeżonej do osobistej realizacji przez wykonawcę części zamówienia oraz zwracał uwagę na termin realizacji tego zamówienia, jako kolejną okoliczność determinującą konieczność takiego zastrzeżenia. Podkreślał także, że według przeprowadzonej przez niego analizy na rynku funkcjonują wykonawcy, którzy są w stanie zrealizować zamówienie mimo dokonanego zastrzeżenia.

Izba uznała twierdzenia zamawiającego za gołosłowne, ponieważ na ich poparcie nie przedstawił on żadnego dowodu, który mógłby chociaż uprawdopodobnić podnoszone argumenty. Odwołujący złożył dowód w postaci zestawienia podobnych zamówień prowadzonych przez zamawiającego, w których zamawiający nie zastrzegł obowiązku osobistej realizacji przez wykonawcę kluczowej części zamówienia, co oznacza, że wcześniej tego typu zamówienia nie były zawarowane takim obowiązkiem, a zamawiający nie wykazał, ani nawet nie wyjaśnił, że pojawiły się problemy lub trudności w realizacji podobnych zamówień w przeszłości, przez co zastrzeżenie części zamówienia do osobistej realizacji miało swoje uzasadnienie, gdyż wynikało z negatywnych doświadczeń i obecnie stanowiło próbę ich zapobieżenia. Zamawiający nie przedstawił także wystarczającego uzasadnienia, które mogłoby uprawdopodobnić twierdzenie, że tylko przez dokonane zastrzeżenie będzie możliwe dochowanie trzynastomiesięcznego terminu przewidzianego na realizację zamówienia. W związku z tym skład orzekający doszedł do przekonania, że nic nie stało na przeszkodzie do uznania, iż udział podwykonawców w zakresie części zamówienia objętych zastrzeżeniem umożliwi terminową realizację zamówienia. Zamawiający nie przedstawił także efektów swojej analizy dotyczącej potencjalnych podmiotów, które mogłyby wykonać przedmiotowe zamówienie mimo dokonanego zastrzeżenia.

Jakkolwiek zamawiający nie wykazał zasadności dokonanego zastrzeżenia, które jako wyjątek od zasady polegającej na możliwości powierzenia części zamówienia podwykonawcom powinien być interpretowany i stosowany w sposób ścisły, to należy zwrócić na uwagę także na zakres dokonanego zastrzeżenia, który w okolicznościach przedmiotowej sprawy miał decydujące znaczenie. Przy interpretacji językowej treści pkt 35 ppkt 1) i 2) części I pn.: Instrukcja dla wykonawców należało uznać, że obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia obejmował pozycje od 3.1. do 3.7. Przedmiaru robót dla kontraktu. Pozycje objęte zastrzeżeniem obejmowały zarówno roboty budowlane jak i dostawy oraz usługi składające się na te roboty. Izba przyznała rację odwołującemu, że tak dokonane zastrzeżenie mogło prowadzić do interpretacji pozwalającej na przyjęcie, iż obowiązkiem osobistego wykonania objęte były wszystkie wymienione powyżej pozycje, które dotyczyły także dostawy poszczególnych komponentów składających się na zastrzeżoną część zamówienia w tym m. in. wrót przeciwpowodziowych oraz napędu do nich. W związku z tym odwołujący mógł słusznie się obawiać, że mimo posiadania doświadczenia w realizacji podobnych zamówień na rzecz zamawiającego nie będzie mógł złożyć oferty w postępowaniu, ponieważ nie jest producentem poszczególnych elementów składających się na przedmiot zamówienia.

Dodatkowo należy wyjaśnić, że odwołaniu w treści zarzutu literalnie został wymieniony przepis art. 36 ust. 2 pkt 1) Pzp, który stanowi, iż w przypadku gdy przepisy ustawy nie stanowią inaczej, SIWZ zawiera również opis części zamówienia, jeżeli zamawiający dopuszcza składanie ofert częściowych. Co do meritum odwołanie dotyczyło treści przepisu określonego w art. 36a ust. 2 pkt 1) Pzp, ponieważ zarzut odnosił się do nieuzasadnionego zastrzeżenia przez zamawiającego osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia, który utrudnia uczciwą konkurencję i bezzasadnie zawęża krąg potencjalnych wykonawców, mogących złożyć oferty w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Tym samym Izba uznała, że potwierdziły się zarzuty naruszenia przez zamawiającego treści art. 29 ust. 2 oraz art. 36 a ust. 2 pkt 1) w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp.

Mając na uwadze powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 Pzp Izba uwzględniła odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Potwierdzenie zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp tj. stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich zoliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez odwołującego oraz zasądzając od zamawiającego na rzecz odwołującego koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Przewodniczący.....