

WYROK

z dnia 3 listopada 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Ryszard Tetzlaff
Justyna Tomkowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 listopada 2021 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 października 2021 r. przez wykonawcę

COLAS Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pałędziu

w postępowaniu prowadzonym przez

Skarb Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad - Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad oddział w Kielcach

orzeka:

1. oddała odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża COLAS Polska Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością i
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez COLAS Polska Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od COLAS Polska Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością na rzecz Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad - Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad oddział w Kielcach kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Zamawiający: Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Kielcach prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „budowę drogi ekspresowej S19 Białystok - Lubartów odc. Międzyrzec Podlaski (koniec obwodnicy) - Kock (początek obwodnicy) z podziałem na 2 części” na podstawie ustawy z dnia 19 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 25 sierpnia 2021 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2021/S 164-430124. Wartość zamówienia przekracza progi unijne, o których mowa w art. 3 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I Stanowisko Odwołującego

Odwołujący - Colas Polska Sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec treści specyfikacji warunków zamówienia zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 121 pkt 1 w związku z art. 118 ust. 1, art. 462 ust. 1 oraz art. 16 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez niezasadnione zastrzeżenie przez Zamawiającego osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia, które to zastrzeżenie utrudnia uczciwą konkurencję i bezzasadnie zawęża krąg potencjalnych wykonawców, mogących złożyć oferty w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub którzy mogliby uczestniczyć w inny sposób w postępowaniu,
2. art. 99 ust. 4 w związku z art. 16 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez opis przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję.

Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu wprowadzenia zmian w specyfikacji warunków zamówienia tom I Instrukcja dla Wykonawców (IDW) poprzez usunięcie zastrzeżenia ujętego w:

a) punkcie 6.5 IDW obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych zadań, tj.: nawierzchni trasy głównej, łącznie z wytworzeniem i wbudowaniem oraz wykonanie pozostałych warstw konstrukcji nawierzchni powyżej gruntu rodzimego (wykop) lub nasypowego (nasyp), z wyłączeniem dostaw materiałów i usług. W odniesieniu do kluczowych zadań zastrzeżonych do osobistego wykonania przez wykonawcę, wykonawca nie może powoływać się na zdolności podmiotu udostępniającego zasoby, na zasadach określonych w art. 118 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, w celu wykazania spełniania odnośnych warunków udziału w postępowaniu.

b) punkcie 12.1 IDW możliwości powierzenia podwykonawcy wykonania tylko tych części zamówienia, które nie zostały zastrzeżone w IDW jako kluczowe zadania.

2. zwrot kosztów postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą według norm przepisanych.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że 25 sierpnia 2021 r. Zamawiający opublikował ogłoszenie o zamówieniu oraz specyfikację warunków zamówienia. 5 października 2021 r. Zamawiający dokonał zmiany w specyfikacji warunków zamówienia w zakresie punktu 6.5 tomu I rozdział 1 IDW i 5 października 2021 r. Odwołujący został poinformowany o tej zmianie.

Zamówienie obejmuje m.in.: w części I na odcinku Międzyrzec Podlaski (koniec obwodnicy)

- Radzyń Podlaski (Węzeł Radzyń Podlaski Północ) o długości 22,329 km wykonanie usług projektowych, robót budowlanych, w tym wykonanie trasy głównej drogi ekspresowej, łącznie z wytworzeniem i wbudowaniem oraz wykonaniem pozostałych warstw konstrukcji nawierzchni powyżej gruntu rodzimego (wykop) lub nasypowego (nasyp), uzyskanie decyzji o pozwoleniu na użytkowanie oraz 1) budowę węzłów drogowych, 2) przebudowę istniejących dróg w zakresie kolizji z drogą ekspresową, 3) budowę dróg innych niż droga

ekspresowa, 4) budowę obiektów inżynierskich: 11 wiaduktów, 4 mostów, 6 przejść dla zwierząt, 5) budowę systemu odwodnienia terenu, 6) urządzenia ochrony środowiska, w szczególności: zabezpieczenia akustyczne, przejścia dla zwierząt, przepusty ekologiczne wraz z ogrodzeniem ochronno-naprowadzającym, zieleń i ogrodzenie drogi ekspresowej, ekrany przeciwoślone, 7) infrastrukturę dla potrzeb obiektów przy drodze ekspresowej zlokalizowanych w ciągu drogi ekspresowej, 8) przebudowę kolidujących urządzeń i sieci istniejącej infrastruktury pod- i nadziemnej: urządzeń teletechnicznych i energetycznych, sieci wodociągowych, kanalizacji deszczowej i odprowadzającej ścieki, sieci gazowych, urządzeń melioracyjnych i hydrologicznych, urządzeń kolejowych i innych, 9) wyburzenia budynków i obiektów budowlanych, rozbiórkę elementów dróg, przepustów i innych, 10) sieć teletechniczną na potrzeby Zamawiającego, 11) oświetlenie drogowe, 12) organizację ruchu i urządzenia bezpieczeństwa ruchu drogowego 13) oczyszczenie i udrożnienie istniejących urządzeń melioracyjnych i odbiorników w zakresie zapewniającym skuteczne odprowadzenie wody z pasa drogowego; w części II na odcinku Radzyń Podlaski - Kock (początek obwodnicy) o długości 18,136 km wykonanie usług projektowych, robót budowlanych, w tym wykonanie trasy głównej drogi ekspresowej, łącznie z wytworzeniem i wbudowaniem oraz wykonaniem pozostałych warstw konstrukcji nawierzchni powyżej gruntu rodzimego (wykop) lub nasypowego (nasyp), uzyskanie decyzji o pozwoleniu na użytkowanie oraz 1) budowę węzłów drogowych: - węzeł „Radzyń Podlaski Południe”; - węzeł „Borki”; 2) Miejsca Obsługi

Podróżnych (MOP), 3) przebudowę istniejących dróg w zakresie kolizji z drogą ekspresową, 4) budowę dróg innych niż droga ekspresowa, 5) budowę obiektów inżynierskich: 7 wiaduktów, 2 kładki dla pieszych, 2 przejść dla zwierząt, 6) system odwodnienia terenu, 7) urządzenia ochrony środowiska, 8) infrastrukturę dla potrzeb obiektów przy drodze ekspresowej zlokalizowanych w ciągu drogi ekspresowej, 9) przebudowę kolidujących urządzeń i sieci istniejącej infrastruktury pod i nadziemnej: urządzeń teletechnicznych i energetycznych, sieci wodociągowych, kanalizacji deszczowej i odprowadzającej ścieki, sieci gazowych, urządzeń melioracyjnych i hydrologicznych, urządzeń kolejowych i innych, 10) wyburzenia budynków i obiektów budowlanych, rozbiórkę elementów dróg, przepustów i innych, 11) sieć teletechniczną na potrzeby Zamawiającego, 12) oświetlenie drogowe, 13) organizację ruchu i urządzenia bezpieczeństwa ruchu drogowego 14) oczyszczenie i udrożnienie istniejących urządzeń melioracyjnych i odbiorników w zakresie zapewniającym skuteczne odprowadzenie wody z pasa drogowego,

W zakresie kryteriów udziału w postępowaniu konieczne jest wykazanie przez wykonawcę odpowiednich zdolności technicznych i kwalifikacji zawodowych, tj. musi:

1. wykazać się wiedzą i doświadczeniem, w wykonaniu (zakończeniu) w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej:

- a) 1 zadania polegającego na budowie lub przebudowie dróg lub ulic o klasie drogi lub ulicy min. GP dwujezdniowej o wartości robót co najmniej 200 mln PLN netto,
- b) budowy lub przebudowy 1 obiektu mostowego o obciążeniu dla klasy A lub klasy I,
- c) budowy lub przebudowy 1 obiektu mostowego o obciążeniu dla klasy A lub klasy I i długości całkowitej obiektu co najmniej 50 m mierzonej pomiędzy skrajnymi dylatacjami obiektu

2. wskazać osobę proponowaną do pełnienia funkcji kierownika budowy posiadającą doświadczenie zawodowe wynoszące minimum 12 miesięcy doświadczenia przy realizacji 1 lub 2 zadań obejmujących budowę lub przebudowę lub nadzór nad budową lub przebudową dróg lub ulic klasy min. GP dwujezdniowych o wartości robót co najmniej 200.000.000,00 PLN netto każde, na stanowisku/stanowiskach: kierownika budowy lub kierownika robót drogowych dla odcinka o długości min. 4 km lub kierownika robót mostowych dla budowy lub przebudowy co najmniej 1 obiektu mostowego o obciążeniu dla klasy A lub klasy I i długości całkowitej obiektu co najmniej 50 m mierzonej pomiędzy skrajnymi dylatacjami obiektu lub inżyniera kontraktu lub inżyniera rezydenta.

W sekcji 6 IDW Zamawiający zawarł opis przedmiotu zamówienia. W punkcie 6.5 Zamawiający zastrzegł (po zmianie z 5 października 2021 r.) obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych zadań, tj. nawierzchni trasy głównej, łącznie z wytworzeniem i wbudowaniem oraz wykonanie pozostałych warstw konstrukcji nawierzchni powyżej gruntu rodzimego (wykop) lub nasypowego (nasyp), z wyłączeniem dostaw materiałów i usług („Kluczowe Zadania”). Ponadto, w odniesieniu do Kluczowych Zadań zastrzeżonych do osobistego wykonania przez wykonawcę, wykonawca nie może powoływać się na zdolności podmiotu udostępniającego zasoby, na zasadach określonych w art. 118 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, w celu wykazania spełnienia odnośnych warunków udziału w postępowaniu. Dodatkowo w punkcie 12.1 IDW Zamawiający zastrzegł, że wykonawca może powierzyć podwykonawcy wykonanie jedynie

tych części zamówienia, które nie zostały zastrzeżone w punkcie 6.5 IDW jako Kluczowe Zadania (Odwołujący wskazał, że w IDW ma miejsce omyłka pisarska, tj. przywołanie punktu 6.6. zamiast 6.5 IDW). Tym samym, Zamawiający ograniczył możliwość powoływania się przez wykonawcę na zdolności techniczne i kwalifikacje zawodowe podmiotów trzecich oraz wyłączył możliwość powierzenia wykonania części zamówienia (w zakresie Kluczowych Zadań) podwykonawcom.

W zakresie zarzutu nr 1 Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 121 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający może zastrzec obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych zadań dotyczących zamówień na roboty budowlane lub usługi. W doktrynie wskazuje się, że regulacja art. 121 ustawy Prawo zamówień publicznych

z jednej strony zapewnia swobodę wykonawcy w powierzaniu części zamówienia

podwykonawcom, przy jednoczesnym uwzględnieniu uzasadnionych interesów zamawiającego. W praktyce art. 121 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi wyjątek od reguły, jaką jest dopuszczalność powierzenia podwykonawcom wykonania części zamówienia. Reguła ta wynika z art. 118 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, który pozwala na korzystanie przez wykonawcę ze zdolności technicznych lub zawodowych innych podmiotów oraz art. 462 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych umożliwiającego wykonawcy powierzenie wykonania części zamówienia podwykonawcy.

W orzecznictwie wypracowanym na kanwie art. 36a ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, którego odpowiednik stanowi obecnie art. 121 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, KIO podkreślała, że przysługujące zamawiającemu

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. Na gruncie aktualnych przepisów podkreślono, że zamawiający korzystający z uprawnień wynikających z art. 121 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych powinien

mieć też zawsze na uwadze przestrzeganie zasad wynikających art. 16 pkt 1 ustawy Prawo

zamówień publicznych, a więc uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, przejrzystości i proporcjonalności i powinien tak konstruować warunki udziału w postępowaniu, 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 rękąmi należytego wykonania zamówienia, a interesem potencjalnych wykonawców, by wykonawca dający taką rękojmię wykonania zamówienia nie był pozbawiany prawa złożenia oferty. Takie podejście jest zgodne z celami wyznaczonymi

w motywach dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE. Do celów tych zalicza się m.in. opracowywanie specyfikacji technicznych w taki sposób, aby uniknąć sztucznego zawężania konkurencji poprzez wymogi, które faworyzują konkretnego wykonawcę oraz zwiększenie efektywności wydatków publicznych poprzez ułatwienie udziału małych i średnich przedsiębiorstw w zamówieniach publicznych. Dyrektywa ta kładzie istotny nacisk na wzrost konkurencyjności zamówień oraz ich otwarcie na możliwie szeroką grupę potencjalnych wykonawców. W swoim orzecznictwie Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej podkreślał, że celem, do którego dążą dyrektywy, jest otwarcie na jak najszerszą konkurencję oraz ułatwienie małym i średnim przedsiębiorstwom dostępu do zamówień publicznych. W sprawie C-298/15 Borta TSUE jasno wskazał, że korzystanie z podwykonawstwa, które może zachęcać małe i średnie przedsiębiorstwa do udziału w rynku zamówień publicznych, przyczynia się do realizacji tego celu. W wyroku C-94/12 TSUE orzekł, że cel w postaci otwarcia zamówień publicznych na jak najszerszą konkurencję jest w interesie nie tylko podmiotów gospodarczych (wykonawców), lecz również instytucji zamawiających.

Biorąc pod uwagę powyższe okoliczności zamawiający musi zawsze dokładnie ocenić czy, mające wyjątkowy charakter, zastrzeżenie osobistego wykonania kluczowych zadań przez wykonawcę nie będzie prowadzić do naruszenia zasad uczciwej konkurencji poprzez nieuzasadnione ograniczenie dostępu wykonawców do zamówienia. W tym względzie zamawiający musi także ocenić, czy tego rodzaju zastrzeżenie jest uzasadnione jego obiektywnymi potrzebami oraz nie będzie prowadzić do rzeczywistego wykluczenia innych

podmiotów, w tym małych i średnich przedsiębiorstwach, dających rękojmię wykonania zamówienia lub jego części z możliwości jego realizacji.

W realiach postępowania nie ma wątpliwości, że zastrzeżenie osobistego wykonania kluczowych zadań przez wykonawcę stanowi nieuzasadnione zawężenie konkurencji w postępowaniu, które prowadzi do rzeczywistego wykluczenia z niego wykonawców, w tym małych i średnich podmiotów, które co prawda mają zdolności do wykonania prac składających się na kluczowe zadania, ale nie posiadają potencjału do samodzielnej realizacji zamówienia jako główny wykonawca. Specyfikacja warunków zamówienia nie wskazuje przy tym, aby tego rodzaju zastrzeżenie było uzasadnione obiektywnymi i racjonalnymi potrzebami Zamawiającego. W konsekwencji należy uznać, że Zamawiający nie przygotował postanowień specyfikacji warunków zamówienia w sposób zapewniający zachowanie nieuczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców i naruszył tym samym art. 16 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Wprowadzenie w IDW zastrzeżenia obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych zadań narusza również art. 121 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Na podstawie krajowego i unijnego orzecznictwa można postawić tezę, że zamawiający przed zastrzeżeniem obowiązku osobistego wykonania określonych zadań przez wykonawcę powinien przeprowadzić test zgodności takiego zastrzeżenia z wymogami wynikającymi z art. 121 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Na test ten składać się powinna odpowiedź na pytanie, czy zadania, które zamawiający ma zamiar zastrzec do osobistego wykonania przez wykonawcę, mają rzeczywiście charakter kluczowy. Zdaniem Odwoływającego nic nie wskazuje na to, że Zamawiający przeprowadził tego rodzaju test. Niezależnie od tego w postępowaniu odpowiedź na powyższe pytanie jest negatywna, gdyż prace określone w punkcie 6.5 IDW nie stanowią kluczowych zadań w rozumieniu art. 121 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Żaden przepis ustawy Prawo zamówień publicznych nie definiuje pojęcia „kluczowych zadań”, przyjmuje się więc, że ich ustalenie musi następować ad casum. Za kluczowe uznawane są najważniejsze elementy zamówienia, mające największe znaczenie dla zamawiającego w konkretnych okolicznościach. Wykładnię pojęcia „kluczowych zadań” rozwinęło orzecznictwo KIO powstałe na kanwie art. 36a ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2004 r., które pozostaje aktualne. KIO wyraźnie podkreśla, że kluczowa część przedmiotu zamówienia 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 (wyrok KIO 867/19). W wyroku KIO 1837/17 wskazano, że podstawą do możliwości wskazania danego elementu zamówienia jako elementu kluczowego jest wystąpienie obiektywnych okoliczności uzasadniających objęcie tej części zamówienia specjalnym statusem, który to element dla prawidłowego wykonania zamówienia ma kapitalne, zasadnicze znaczenie; 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, zaś nie może być uznany za element kluczowy element, na którego wykonanie składają się typowe roboty budowy dróg, możliwe do wykonania przez każdy fachowy zespół, niekoniecznie posiadający wyjątkowe kwalifikacje.

Zatem, w opinii Odwoływającego, za kluczowe mogą zostać uznane wyłącznie zadania, które łącznie spełniają następujące warunki: 1) stanowią najważniejsze elementy danego zamówienia, 2) mają największe znaczenie dla zamawiającego w konkretnych okolicznościach; 3) ich wykonanie wymaga osobistego zaangażowania wybranego wykonawcy jako podmiotu dysponującego określonymi, osobistymi cechami pozwalającymi na prawidłową realizację tego szczególnego elementu (np. szczególne kwalifikacje, fachowy zespół, zaawansowany technologicznie sprzęt itp.).

Zamawiający w niniejszym zamówieniu uznał za kluczowe prace dotyczące nawierzchni trasy głównej łącznie z wytworzeniem i wbudowaniem oraz wykonanie pozostałych warstw konstrukcji nawierzchni powyżej gruntu rodzimego (wykop) lub nasypowego (nasyp), z wyłączeniem dostaw materiałów i usług. Jednocześnie w opisie przedmiotu zamówienia (punkt 6.1 IDW po zmianie z 6 października 2021 r.) ww. zakres czynności został przewidziany obok innych 27 robót budowlanych koniecznych do wykonania przedmiotowego zamówienia (dla obu części). Przy tym ww. czynności zastrzeżone jako kluczowe zostały dopisane przez Zamawiającego jako skutek odwołania wniesionego przez Odwoływającego 6 września 2021 r. (postępowanie odwoławcze zostało umorzone w związku ze zmianą specyfikacji warunków zamówienia z 5 października 2021 r.).

Trudno również twierdzić, że prace dotyczące nawierzchni zastrzeżone w IDW jako kluczowe

zadania mają największe znaczenie dla Zamawiającego w konkretnych okolicznościach. Ocena, czy dana część zamówienia powinna być kwalifikowana jako kluczowe zadanie, powinna być w każdym wypadku dokonywana w zależności od specyfiki i wymagań konkretnego projektu. Tymczasem Zamawiający uwzględnił w IDW prace dotyczące nawierzchni drogi jako kluczowe zadania niejako z automatu. Podejście to obrazuje opublikowana przez Zamawiającego 10 marca 2021 r. na stronie internetowej prezentacja „Zmiany, nowości i wzajemne oczekiwania”, której slajd nr 11 zawiera informację o kluczowych zadaniach na kontraktach Zamawiającego do osobistego wykonania. Kluczowe zadania obejmują m.in. nawierzchnię trasy głównej, łącznie z wytworzeniem i wbudowaniem (co najmniej 80% ilości) oraz wykonanie (co najmniej 80% ilości) pozostałych warstw konstrukcji nawierzchni powyżej gruntu rodzimego (wykop) lub nasypowego (nasyp), z wyłączeniem dostaw materiałów i usług. Zatem Zamawiający wskazuje, że będzie traktował te zadania jako kluczowe niezależnie od specyfiki i wymagań konkretnego projektu. Tego rodzaju zastrzeżenia osobistego wykonania określonych zadań pojawiały się też w dokumentacjach innych postępowań Zamawiającego prowadzonych w przeszłości. Wskazuje to, że Zamawiający w praktyce stosuje wyjątek dotyczący możliwości zastrzeżenia obowiązku osobistego wykonania kluczowych zadań obejmujących wykonanie nawierzchni trasy głównej oraz pozostałych warstw konstrukcji nawierzchni powyżej gruntu rodzimego lub nasypowego jako zasadę nieuzależnioną od specyfiki i uwarunkowań konkretnego zamówienia. Tego rodzaju praktyka pozostaje w sprzeczności z celem art. 121 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowiącego wyjątek od ogólnych reguł ustawy Prawo zamówień publicznych pozwalających wykonawcy korzystać ze zdolności innych podmiotów, w tym powierzać wykonanie części zamówienia podwykonawcom. W doktrynie i orzecznictwie podkreśla się, że prawo zastrzeżenia osobistego wykonania zamówienia powinno być stosowane w szczególnie uzasadnionych przypadkach, a także interpretowane możliwie wąsko, gdyż zasadą jest swoboda wykonawcy w powierzaniu wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Specyfikacja warunków zamówienia nie zawiera dokładnego uzasadnienia oraz wskazania racjonalnych powodów, które dowodziłoby, że Zamawiający przeprowadził przed jej sporządzeniem analizę konieczności zastrzeżenia osobistego wykonania kluczowych zadań przez wykonawcę. Tego rodzaju analiza powinna była zostać przeprowadzona przez Zamawiającego wnikliwie ze względu na szczególny charakter art. 121 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych i konieczność ścisłej wykładni tego przepisu. W rezultacie na podstawie informacji zawartych w specyfikacji warunków zamówienia nie można przesądzić, czy kluczowe zadania określone w punkcie 6.5 IDW mają rzeczywiście kluczowy charakter w konkretnych okolicznościach prowadzonego postępowania, a na podstawie dostępnych danych oraz praktyki innych postępowań organizowanych przez Zamawiającego można dojść do odmiennego wniosku - że zastrzeżenie osobistego wykonania miało charakter automatyczny i było pozbawione szczegółowej refleksji uwzględniającej kontekst i specyfikę zamówienia będącego przedmiotem postępowania.

Dodatkowo uznanie określonych prac za kluczowe powinno być uzależnione od tego, czy do ich wykonania konieczne jest rzeczywiście osobiste zaangażowanie wybranego wykonawcy,

np. ze względu na szczególne osobiste cechy, kwalifikacje, wiedzę, fachowy zespół itp. W ocenie KIO nawet konieczność realizacji prac budowlanych o bardzo złożonym charakterze nie daje automatycznej podstawy do ograniczenia dostępu podwykonawców do

udziału w realizacji zamówienia. Praktyka realizacji projektów drogowych i autostradowych

w Polsce pokazuje, że wykonanie nawierzchni trasy głównej oraz pozostałych warstw konstrukcji nawierzchni powyżej gruntu rodzimego lub nasypowego nie wymaga rzadkiego doświadczenia lub specjalnych kwalifikacji zawodowych. Z perspektywy realizacji dużych

inwestycji drogowych o wiele bardziej istotne znaczenie ma prawidłowe zaprojektowanie i wykonanie robót ziemnych, zwłaszcza w obrębie podłoża, czyli gruntów rodzimych czy obiektów mostowych. W tym względzie prowadzenie prac dotyczących nawierzchni drogi nie wymaga, poza wykształceniem kierunkowym i posiadaniem standardowych uprawnień, żadnych dodatkowych bądź trudnych do zdobycia kwalifikacji. Ponadto na polskim rynku funkcjonuje wiele podmiotów specjalizujących się w realizacji robót dotyczących nawierzchni bitumicznych. Specjalizacja ta jest niezależna od zdolności do wykonywania pozostałych elementów składających się na inwestycję drogową. W rezultacie Zamawiający nie miał racjonalnych i wystarczających podstaw uzasadniających zastrzeżenie wykonania tego rodzaju zadań osobiście przez wybranego wykonawcę, nie ma więc żadnych istotnych i usprawiedliwionych przeszkód, aby wszystkie roboty składające się na kluczowe zadania mogły zostać wykonane przez podmiot trzeci.

Zastrzeżenie tego rodzaju ogranicza swobodę wykonawcy w zakresie wyboru części zamówienia, jaka może zostać powierzona podmiotom trzecim. W rezultacie ograniczeniu

ulega też krąg podmiotów mogących wziąć udział w postępowaniu i uczestniczyć w wykonaniu zamówienia. Bezpośrednim skutkiem przedmiotowego zastrzeżenia jest ograniczenie konkurencji oraz istotne zawężenie możliwości udziału w nim innych wykonawców, w tym małych i średnich przedsiębiorców, którzy posiadają zdolności do wykonania prac składających się na kluczowe zadania jako podwykonawcy lub podmioty udostępniające zasoby.

Prace określone przez Zamawiającego w punkcie 6.5 IDW nie spełniają kryteriów do uznania ich za kluczowe w rozumieniu art. 121 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Wykonanie nawierzchni trasy głównej oraz pozostałych warstw konstrukcji nawierzchni nie może być uznane za najważniejszy element budowy obwodnicy, a specyfikacja warunków zamówienia nie zawiera żadnych argumentów, które wskazywałyby, że akurat tego rodzaju prace mają największe znaczenie dla Zamawiającego w konkretnych okolicznościach przedmiotowego zamówienia. Roboty zdefiniowane jako kluczowe nie obejmują czynności, które wymagałyby osobistego zaangażowania wybranego wykonawcy, jego (konkretnie) szczególnych kwalifikacji, uprawnień, doświadczenia lub fachowego zespołu bądź zaawansowanego technologicznie sprzętu, których nie mógłby posiadać inny podmiot - występujący np. w roli podwykonawcy.

W zakresie zarzutu nr 2 Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 16 ustawy Prawo zamówień publicznych 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. Z kolei na mocy art. 99 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Zgodnie z orzecznictwem KIO zamawiający nie może w sposób dowolny kształtować wymagań specyfikacji warunków zamówienia, ponieważ ograniczają go w tym zakresie przepisy ustawy zakazujące ograniczenia konkurencji, w sposób wykraczający poza uzasadnione potrzeby zamawiającego. Oznacza to, że postanowienia specyfikacji warunków zamówienia, w tym w szczególności dotyczące przedmiotu zamówienia, nie mogą prowadzić do naruszenia zasad uczciwej konkurencji w postępowaniu oraz zawierać wymogów nieuzasadnionych rzeczywistymi potrzebami zamawiającego. Zamawiający ma pełne prawo tak opisać przedmiot zamówienia, aby zapewnić jak najlepszą realizację swoich potrzeb, niemniej nie jest to prawo nieograniczone. Swoboda zamawiającego nie może bowiem w sposób nieuzasadniony zawężać kręgu wykonawców, którzy mogą wykonać przedmiot zamówienia. Zatem, oceniając opis przedmiotu zamówienia pod kątem zgodności z art. 99 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, należy zawsze ustalić, czemu służą jego poszczególne elementy - czy są one uzasadnione istotą i celem zamówienia, czy też, nie służąc żadnym obiektywnie uzasadnionym potrzebom, zawężają krąg wykonawców mogących zamówienie wykonać. Niedopuszczalne jest takie opisanie przedmiotu zamówienia, które ogranicza możliwość złożenia ofert, a które nie jest konieczne dla zaspokojenia racjonalnych i obiektywnie uzasadnionych potrzeb zamawiającego. Zamawiający, opisując przedmiot zamówienia w sposób eliminujący funkcjonujące na rynku rozwiązania, musi więc być w stanie przedstawić racjonalne i przekonujące wyjaśnienie takiego działania.

Opis przedmiotu zamówienia dokonany przez Zamawiającego w IDW przewiduje, że wykonawca jest zobowiązany do osobistego wykonania nawierzchni trasy głównej, łącznie z wytworzeniem i wbudowaniem oraz wykonania pozostałych warstw konstrukcji nawierzchni powyżej gruntu rodzimego (wykop) lub nasypowego (nasyp), z wyłączeniem dostaw materiałów i usług. Nie ma więc wątpliwości, że taki opis przedmiotu zamówienia ogranicza możliwość złożenia ofert przez wykonawców, którzy chcieliby delegować na podwykonawców tego rodzaju prace lub wykazać się w tym zakresie zdolnościami technicznymi udostępnionymi przez podmioty trzecie. Naturalnie tego rodzaju zastrzeżenie eliminuje również możliwość udziału w wykonywaniu zamówienia przez mniejsze podmioty posiadające ekspertyzę i zdolności wyłącznie w zakresie nawierzchni bitumicznych. Zamawiający nie przedstawił w specyfikacji warunków zamówienia racjonalnych i przekonujących wyjaśnień uzasadniających, że tego rodzaju zastrzeżenie osobistego wykonania kluczowych zadań przez wykonawcę jest konieczne do zaspokojenia racjonalnych i obiektywnych potrzeb Zamawiającego, a na podstawie całokształtu działalności Zamawiającego można wysnuć wniosek, że uwzględnianie prac dotyczących nawierzchni trasy głównej oraz pozostałych warstw konstrukcji nawierzchni jako osobistego obowiązku wykonawcy nie ma charakteru obiektywnego, lecz jest automatycznie stosowane do wszystkich postępowań przetargowych dotyczących inwestycji drogowych organizowanych przez Zamawiającego. Powyższej konkluzji nie podważa dokonana przez

Zamawiającego zmiana specyfikacji warunków zamówienia z 5 października 2021 r. Nie ma wątpliwości, że Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób ograniczający możliwość złożenia ofert przez dużą część wykonawców zainteresowanych udziałem

w postępowaniu oraz istotnie zawęził możliwość realizacji części zamówienia przez mniejszych podwykonawców oraz podmioty udostępniające zdolności techniczne i kwalifikacje zawodowe.

Problematyka przedstawiona w niniejszym odwołaniu na gruncie tożsamy i podobnych stanów faktycznych była już przedmiotem rozważań Krajowej Izby Odwoławczej - wyrok KIO 1381/21 oraz KIO 1388/21, KIO 3321/20, KIO 2733/21 i 2736/21.

Zatem zastrzeżenia osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych zadań zawarte w punkcie 6.5 IDW oraz 12.1 IDW powinny zostać usunięte, aby zagwarantować przeprowadzenie postępowania w sposób proporcjonalny oraz zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania, gdyż Colas Polska Sp. z o.o. należy do grupy kapitałowej Colas, której zasadnicza część działalności opiera się na realizacji prac z zakresu budowy i utrzymania dróg, autostrad, produkcji i recyklingu materiałów konstrukcyjnych (takich jak kruszywa, emulsje i lepiszcza, mieszanki asfaltowe, beton towarowy, asfalt) oraz realizacji projektów w zakresie inżynierii lądowej. Colas jest zatem zainteresowany udziałem w postępowaniu i uzyskaniem zamówienia, natomiast postanowienia specyfikacji warunków zamówienia zostały ukształtowane w sposób utrudniający Odwołującemu udział w postępowaniu, np. jako podwykonawca lub podmiot udostępniający zdolności techniczne lub kwalifikacje zawodowe. Takie ukształtowanie postanowień narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wynikające z ustawy Prawo zamówień publicznych, może również skutkować poniesieniem szkody przez Odwołującego.

II Stanowisko Zamawiającego

Zamawiający wniósł o:

1. odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych w trybie art. 529 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych,
2. ewentualnie o oddalenie odwołania w całości,
3. obciążenie kosztami postępowania odwoławczego Odwołującego i zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego.

Zamawiający wskazał, że odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony oraz jest merytorycznie niezasadne oraz nie zasługuje na uwzględnienie.

W odniesieniu do interesu Odwołującego Zamawiający wskazał, że z treści odwołania

wynika, że Odwołujący jest zainteresowany realizacją technologii bitumicznej, a niniejsze postępowanie obejmuje realizację zamówienia w postaci inwestycji drogowej, gdzie wybór

rodzaju konstrukcji nawierzchni pozostaje do wyboru wykonawcy zadania na etapie opracowywania projektu budowlanego, czyli już po zawarciu umowy z Zamawiającym. Wykonawca zadania zatem może wybrać konstrukcję nawierzchni bitumiczną lub z betonu cementowego. Odwołujący natomiast nie wskazał jednoznacznie, w jakim charakterze występuje oraz w sposób ścisły nie zdefiniował źródła swojego interesu w żądaniu ochrony prawnej w niniejszym postępowaniu. Powyższe ma o tyle istotne znaczenie, że jeżeli Odwołujący występuje jako potencjalny podwykonawca, to, w ocenie Zamawiającego, jest podmiotem nieuprawnionym do złożenia środków odwoławczych. Odwołujący aktualnie nie posiada wiedzy, oferta którego wykonawcy zostanie wybrana jako najkorzystniejsza i nie jest w stanie określić, jaką technologię konstrukcji wybierze wyłoniony wykonawca, tj. z betonu cementowego czy bitumiczną. Nawet jeżeli wybrany wykonawca wybierze technologię bitumiczną, to Odwołujący nie ma pewności, że będzie on występował w charakterze podwykonawcy tego podmiotu, czy też wykonawca będzie wykonywał konstrukcję nawierzchni własnym potencjałem, czy skorzysta z innego podwykonawcy. Z kolei jeśli Odwołujący jawi się jako oferent, to odwołanie jest bezprzedmiotowe, bowiem Odwołujący, w przypadku wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej, będzie uprawniony do wyboru technologii konstrukcji nawierzchni, która będzie odpowiadała jego profilowi działalności i będzie mógł w realizację zamówienia zaangażować swój potencjał techniczny i kadrowy. Tym samym jego interes w postępowaniu nie zostanie naruszony. Sama ogólna deklaracja Odwołującego (wskazująca na grupę Colas, a nie Colas Polska Sp. z o.o.) nie jest dowodem,

że Odwołujący jest uprawniony do złożenia odwołania. Deklaracja o przynależności do wielobranżowej, międzynarodowej grupy kapitałowej oraz jeden z wielu przedmiotów działalności wpisanych do KRS nie jest dowodem na możliwość samodzielnego realizowania zadań o charakterze przedmiotu zamówienia. Odwołujący nie wskazał jednoznacznie, w jakim charakterze będzie brał udział w postępowaniu, tj. dlaczego składa odwołanie, jak również nie przedstawił żadnych dowodów, że jest podmiotem mogącym wykonać zamówienie lub jego część, zarówno jako wykonawca, jak i podwykonawca, oraz że takie zamówienia już w przeszłości zrealizował. Tym samym Odwołujący nie wydaje się być uprawniony do żądania ochrony prawnej jego interesu.

W ocenie Zamawiającego również argumentacja oraz zarzuty podniesione w odwołaniu są bezzasadne oraz nie znajdują odzwierciedlenia w okolicznościach stanu faktycznego i prawnego postępowania.

Odnosząc się do definicji pojęcia Zamawiający wskazał, że „kluczowy” oznacza „najważniejszy, podstawowy”. Zgodnie ze słownikiem synonimów „kluczowy” to arcyważny, bazowy, czołowy, decydujący, doniosły, fundamentalny, generalny, główny, istotny, kapitałny, kardynalny, konstytutywny, koronny, naczelny, nadrzędny, najważniejszy, newralgiczny, nieobojętny, pierwszoplanowy, pierwszorzędny, pierwszy, podstawowy, priorytetowy, prymarny, rozstrzygający, strategiczny, sztandarowy, trzonowy, ważki, ważny, węzłowy, zasadniczy, żywotny, dziejowy, epokowy, radykalny, znaczący, niezmiernie ważny, wiodący, centralny, niebagatelny, przewodni, elementarny, rudymenarny, przesądający,

krytyczny, znamieny, wydatny, zdecydowany, najistotniejszy, osiowy, pryncypialny,

pryncypialny, błąd kardynalny, dominujący, kierowniczy, ostateczny, przemożny, przodujący, szczególny, interes żywotny, nie byle jaki, liczący się, nie do przecenienia, o zasadniczym

znaczeniu, ceniony, cenny, niebanalny, etc.

„Kluczowy” oznacza coś, co jest podstawą, priorytetowe, jest zasadniczym elementem czegoś, coś o dużym znaczeniu, tkwiące u podstaw czegoś, ważne, zasadnicze, rozstrzygające, fundamentalne, jest elementarną częścią czegoś, coś wysokiej wagi.

Zatem w definicjach słowa „kluczowy” w żadnym miejscu nie pojawia się słowo

specjalistyczny.

Zdaniem Odwołującego praktyka realizacji projektów drogowych i autostradowych w Polsce pokazuje, że wykonanie nawierzchni trasy głównej oraz pozostałych warstw konstrukcji nawierzchni powyżej gruntu rodzimego lub nasypowego nie wymaga rzadkiego doświadczenia lub specjalnych kwalifikacji zawodowych. Z perspektywy realizacji dużych inwestycji drogowych o wiele bardziej istotne znaczenie ma prawidłowe zaprojektowanie i wykonanie robót ziemnych, zwłaszcza w obrębie podłoża, czyli gruntów rodzimych czy obiektów mostowych. W tym względzie prowadzenie prac dotyczących nawierzchni drogi nie wymaga, poza wykształceniem kierunkowym i posiadaniem standardowych uprawnień, żadnych dodatkowych bądź trudnych do zdobycia kwalifikacji. Zamawiający nie zgodził się z tym poglądem, tj. że zaprojektowanie i wykonanie robót ziemnych ma bardziej istotne znaczenie niż wykonanie nawierzchni.

Nawierzchnia na trasie głównej, na której przenoszony jest najcięższy ruch, na drodze klasy S, która docelowo stanowić będzie jeden z głównych korytarzy komunikacyjnych i transportowych w kraju, musi gwarantować najwyższą jakość wykonania. To parametry techniczne nawierzchni jak równość podłużna, równość poprzeczna czy szorstkość mają kluczowe znaczenia dla bezpieczeństwa i trwałości konstrukcji jezdni oraz komfortu jazdy. Realizacja warstw konstrukcyjnych drogi głównej (ekspresowej) wymaga najwyższego reżimu technologicznego z uwagi na konieczność dotrzymania określonych parametrów technicznych przyszłej jezdni drogi ekspresowej. Parametry/wymagania te są ściśle określone w § 71 rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 2 marca 1999 r. w sprawie warunków technicznych jakim powinny odpowiadać drogi publiczne i ich

usytuowanie (Dz. U. nr 43, poz. 430 ze zm.). Parametry techniczne wymagane dla nowej nawierzchni w przypadku drogi ekspresowej decydują przede wszystkim o bezpieczeństwie podróżujących. Mając na uwadze konieczność dotrzymania właściwych parametrów technicznych i cech użytkowych nowych nawierzchni Zamawiający zdecydował, by ten zakres robót ograniczyć do osobistego wykonania przez wykonawcę nakładając jednocześnie na wykonawcę wyłączną odpowiedzialność w tym zakresie. O kluczowości konstrukcji nawierzchni trasy głównej świadczą również częste przypadki, że wykonanie tego elementu umożliwia oddanie użytkownikom drogi do ruchu, mimo niezakończenia wszystkich robót kontraktowych.

W ocenie Zamawiającego wykonanie konstrukcji nawierzchni trasy głównej stanowi kluczową

część (kluczowe zadania) zamówienia, przede wszystkim pod względem istotności zadania, jakości jego wykonania, jak też dodatkowo pod względem ilościowym i stopnia skomplikowania, a także sprawności organizacyjnej. Wymagania technologiczne i techniczne dotyczące realizacji robót konstrukcyjnych nawierzchni dróg ekspresowych opisane w specyfikacji warunków zamówienia, wymagają dużego doświadczenia przy ich wykonywaniu. Roboty te wymagają szczególnej dbałości o jakość, co wynika m.in. z oczekiwania 30-letniej trwałości pracy konstrukcji jezdni. Aby móc to osiągnąć, należy zadbać o optymalne rozwiązania technologiczne i organizacyjne. Wymaga to dużej wiedzy inżynierskiej i logistycznej dla zapewnienia sprawnego przebiegu procesów technologicznych związanych z zapewnieniem ciągłości pracy ludzi, zestawów maszyn, transportu. Wymusza to podejmowanie szeregu szybkich decyzji logistycznych, zapewniających pełny front robót i najwyższą ich jakość.

Potwierdzeniem faktu, że roboty zastrzeżone przez Zamawiającego mają charakter newralgiczny dla przedmiotu zamówienia zarówno w kontekście zapewnienia wymaganej jakości i funkcjonalności, jak też w kontekście zaangażowania odpowiednich zasobów, są szczególnie wymagania zawarte w specyfikacjach technicznych, które stanowią dokumenty zamówienia zawarte w tomie III. Analiza tych dokumentów potwierdza, że ocena stopnia skomplikowania oraz wagi robót związanych z nawierzchnią, przeprowadzona w oparciu o ogólne wyobrażenia na temat procesu budowlanego czy odbiór wizualny prowadzonych prac, może być myląca.

Co do stwierdzenia w wyroku KIO 1388/21 i KIO 2733/21, że roboty zastrzeżone przez zamawiającego jako kluczowe nie są skomplikowane ani wysoce specjalistyczne, lecz mają charakter powtarzalny i powszechny, a rzadziej zamawiane są obiekty mostowe, które nie zostały zastrzeżone przez zamawiającego, to - poza negowaniem zasadności ogólnego wniosku, że roboty mostowe są bardziej kluczowe od robót nawierzchniowych - Zamawiający wskazał, że podejmując decyzję o zastrzeżeniu kluczowych zadań oraz ich zakresie w danym postępowaniu dokonuje on każdorazowej analizy przedmiotu zamówienia pod kątem tego, które z robót posiadają newralgiczny charakter z punktu widzenia jakości wykonania całości przedmiotu zamówienia oraz ryzyk związanych z jego realizacją. Wynikiem takiej analizy jest niejednokrotnie zastrzeżenie w innych podobnych postępowaniach robót związanych z budową obiektów inżynierskich jako zadań kluczowych. Analiza tego rodzaju została przeprowadzona również w stosunku do przedmiotowego postępowania, a jej wynik wskazał na zasadność zastrzeżenia jako kluczowych zadań robót nawierzchniowych, a nie tych związanych z budową obiektów mostowych.

Ponadto istotny jest szereg specyficznych cech budownictwa drogowego, w szczególności liniowy wymiar przedsięwzięcia powodujący ciągłą zmienność frontu robót. W trakcie trwania robót budowlanych zmieniają się warunki ich realizacji, mające wpływ na technologię wykonywanych robót nawierzchniowych, w tym pogodowe, na które narażone są roboty konstrukcyjne nawierzchni, a szczególnie roboty bitumiczne. Przy realizacji tego typu robót drogowych występuje duże ryzyko związane ze złym doбором technologii, materiałów, czy wykorzystywanego sprzętu, dlatego też koniecznym jest ciągły nadzór nad jakością robót, jak i wbudowywanych w konstrukcje nawierzchni materiałów. Roboty dotyczące konstrukcji nawierzchni prowadzone są w sposób ciągły przy zachowaniu reżimów technologicznych, co powoduje, że ich wymiar i wpływ na ścieżkę krytyczną harmonogramu przedsięwzięcia jest najistotniejszy. Biorąc to wszystko pod uwagę trudno uznać, że roboty związane z wykonaniem konstrukcji nawierzchni nie są kluczowe i nie najważniejsze w realizacji budowy drogi ekspresowej. Trzeba dodać, że mają również ogromny wpływ na trwałość, funkcjonowanie i bezpieczeństwo oddanej do ruchu drogi ekspresowej. Jakość wykonania robót konstrukcyjnych przenosi się wprost na uzyskane parametry eksploatacyjne nawierzchni, takie jak równość podłużna, równość poprzeczna, szorstkość, co z kolei wpływa na komfort i bezpieczeństwo uczestników ruchu drogowego.

Zamiarem Zamawiającego jest, aby wykonawca samodzielnie wykonał kluczowe zadanie, ponieważ przesłanką zastrzeżenia zadania do osobistego wykonania jest okoliczność, że kluczowym elementem kontraktów drogowych realizowanych przez GDDKiA na drogach klasy A i S są leżące w ciągu jezdni głównych konstrukcje obiektów inżynierskich i konstrukcje nawierzchni, w tym warstwa ścieralna - integralna część konstrukcji nawierzchni. Drogi klasy A i S prowadzą ruch ciężarowy o najwyższych obciążeniach i najwyższej intensywności nieporównywalny z innymi drogami. Jakkolwiek przerwy na naprawy i remonty na tych drogach powodują nieporównywalne do innych dróg wymierne straty gospodarcze. Ponadto drogi te muszą przenieść również obciążenia klasy STANAG (pojazdy wojskowe). Konstrukcja drogi, w tym warstwa ścieralna nawierzchni zamykająca całą konstrukcję składającą się z pakietu warstw pod takimi obciążeniami musi pracować

bezwaryjnie przez kilkadziesiąt lat.

Dla obiektów inżynierskich konstrukcją przenoszącą obciążenia jest sam obiekt. Nawierzchnia na nim pełni rolę uszczelniającą i eksploatacyjną (równość, szorstkość,

odprowadzenie wody). Dla drogi klasy A i S konstrukcją przenoszącą obciążenia jest pakiet warstw konstrukcyjnych (bitumicznych lub betonowych) obliczony na trzydziestoletnią prognozę wzrostu ruchu, leżący na przygotowanym poprzez roboty ziemne podłożu o wymaganej nośności. Każda z tych warstw pełni odrębną rolę w całej konstrukcji nawierzchni i błąd w wykonaniu którejkolwiek powoduje skrócenie żywotności eksploatacyjnej całej konstrukcji nawierzchni, a czasem nawet konieczność jej całkowitej wymiany.

Kluczowy element jest często mylony z elementem specjalistycznym. Przy robotach wysoce specjalistycznych wręcz pożądane jest powierzanie ich podwykonawcom specjalizującym się tylko w danej wąskiej dziedzinie (np. palowanie). Natomiast elementem kluczowym dla dróg będą zawsze i wyłącznie ich konstrukcje jezdne bezpośrednio przenoszące obciążenia ruchowe, których poprawne wykonanie, jako całości pakietu warstw gwarantuje osiągnięcie wymaganej trwałości eksploatacyjnej i osiągnięcie celu, na który wydatkowano publiczne środki.

Jak słusznie wskazuje Odwołujący, przywołując poglądy doktryny, za kluczowe zadania należy rozumieć najważniejsze elementy zamówienia, mające największe znaczenie dla

zamawiającego w konkretnych okolicznościach. Takim rozumieniem kierował się Zamawiający wyodrębniając kluczowe zadania, po przeprowadzeniu analizy przedmiotu zamówienia w aspektach: technicznym, technologicznym oraz organizacyjnym.

Odwołujący w swoim wystąpieniu wskazuje na brak w specyfikacji warunków zamówienia

przesłanek decydujących o specjalistycznym charakterze robót. Powołuje się na praktykę realizacji projektów drogowych i autostradowych w Polsce, gdzie zadanie zastrzeżone jako kluczowe nie wymaga rzadkiego doświadczenia lub specjalistycznych kwalifikacji zawodowych - Zamawiający w zakresie „kluczowego zadania” wymaga od wykonawcy

posiadania wysokiego technicznego zaawansowania technologii budowy konstrukcji nawierzchni, ponieważ technologia dla dróg ekspresowych jest ściśle określona w dokumentach postępowania. Ponadto wykonawca ma posiadać określone w IDW doświadczenie oraz dysponować doświadczonym personelem. Istotą jest, aby przy posiadaniu przez siebie potencjału ekonomicznego, finansowego, kadrowego i sprzętowego był zdolny do osobistego wykonania kluczowego zadania, jakim jest wykonanie konstrukcji nawierzchni, w tym nawierzchni ścieralnej, jako jednej z części pakietu warstw konstrukcyjnych nawierzchni.

Z doświadczeń Zamawiającego opartych na statystykach wynika, że z pośród zadań realizowanych na drogach krajowych tam, gdzie nie było rygору osobistego wykonania, większość zadań była realizowana przez generalnych wykonawców, bez udziału podwykonawców. Z powyższego wynika, że wykonawcy angażując własny potencjał kadrowy i sprzętowy w realizację robót nawierzchniowych postrzegają je jako roboty istotne, gdzie zlecenie wykonania tych robót podwykonawcy narażałoby generalnego wykonawcę na zbyt duże ryzyko kosztownych robót naprawczych (frezowanie i ponowne układanie) i ryzyko niedotrzymania Czasu na Ukończenie. Potwierdza to dokonana analiza jakości tego elementu robót, przeprowadzona dla kontraktów wykonywanych w ostatnich latach, która wykazała ponad dwukrotnie większą ilość negatywnych wyników badań jakościowych robót wykonywanych przez podwykonawców w stosunku do robót wykonywanych przez generalnych wykonawców (pismo z wynikami analizy z 29 października 2021 r.)

Zgodnie z art. 121 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający może zastrzec obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych zadań dotyczących zamówień na roboty budowlane. Odwołujący nie przedłożył żadnych dowodów ani nawet pogłębionej argumentacji merytorycznej na poparcie tezy o braku kluczowego charakteru zadań zastrzeżonych przez Zamawiającego do osobistego wykonania. W wyroku KIO 2120/21, KIO 2128/21 w sprawie dotyczącej zastrzeżenia przez GDDKiA określonych obiektów mostowych jako kluczowych zadań, Izba wskazała, że ciężar dowodu w zakresie zaprzeczenia argumentacji zamawiającego spoczywa również na odwołującym. Takie same braki w argumentacji występują, zdaniem Zamawiającego, w przedmiotowym odwołaniu.

Przy ocenie trafności zarzutów odwołania należy skupić się na tym, czy Zamawiający w sposób prawidłowy uzasadnił skorzystanie z uprawnienia do zastrzeżenia kluczowych zadań. Uprawnienie to, w świetle przepisów dyrektywy klasycznej oraz ustawy Prawo zamówień publicznych jest uwarunkowane precyzyjnym wskazaniem zadań przeznaczonych do osobistego wykonania oraz tym, czy wyodrębnienie tych zadań posiada należyte uzasadnienie w świetle pojęcia „kluczowości”. Taką interpretację potwierdza opinia Rzecznika Generalnego TSUE w sprawie C-406/142. Taki sam tok rozumowania pojawia się w art. 63 ust. 2 dyrektywy 2014/24/UE. Zgodnie z wyrokiem C-406/14 instytucje zamawiające

mogą wymagać, aby określone kluczowe zadania były wykonywane bezpośrednio przez samego oferenta lub, w przypadku oferty złożonej przez grupę wykonawców, przez uczestnika tej grupy. O ile przepis ten wyraźnie dopuszcza teraz stosowanie ograniczeń podwykonawstwa na etapie badania i wyboru, ograniczenia takie są dopuszczalne jedynie w zakresie, w jakim dotyczą szczegółowo zdefiniowanych zadań, uważanych za kluczowe dla wykonania zamówienia. Specyfikacja warunków zamówienia obecnie precyzyjnie określa zakres kluczowych zadań, a analiza przedmiotu zamówienia potwierdza kluczowy charakter wyodrębnionych do osobistego wykonania zadań.

Przepis art. 121 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi odzwierciedlenie art. 63 ust. 2 dyrektywy 2014/24/UE, zgodnie z którym w przypadku zamówień na roboty budowlane, zamówień na usługi oraz prac związanych z rozmieszczeniem lub instalacją w ramach zamówienia na dostawy, instytucje zamawiające mogą wymagać, aby określone kluczowe zadania były wykonywane bezpośrednio przez samego oferenta lub, w przypadku oferty złożonej przez grupę wykonawców, przez uczestnika tej grupy. Przekładając powyższe przepisy prawa na grunt powołanych okoliczności faktycznych sprawy nie sposób zgodzić się z argumentacją Odwoływającego, aby zastrzeżenie w postępowaniu kluczowych części zamówienia nastąpiło bez ustalenia, czy części te mają rzeczywiście charakter kluczowy. Określenie przez Zamawiającego kluczowego zadania w zamówieniu nastąpiło przez pryzmat tego, że jest to najważniejszy element zamówienia polegającego na budowie drogi ekspresowej, gdyż jest to element mający największe znaczenie dla Zamawiającego pod względem jakościowym. Dla budowy drogi jakość wykonania konstrukcji nawierzchni stanowi bez wątpienia element kluczowy. Zamawiający, określając zakres osobistego wykonania przez wykonawcę konstrukcji nawierzchni trasy głównej, dążył więc do uniknięcia sytuacji, w której to niedoświadczony, nieposiadający odpowiedniego zaplecza technicznego, logistycznego i kadrowego oraz zweryfikowanego doświadczenia podmiot podejmie się realizacji kluczowych elementów zamówienia, które w przedmiotowym przypadku realizowane będą w najwyższych wymaganiach jakościowych. Dodatkowo, zdaniem Zamawiającego, wykonawca, który nie jest w stanie samodzielnie wykonać tej części zamówienia, nie jest w stanie również właściwie nadzorować podwykonawcy.

Wykonawca, który samodzielnie nie jest w stanie wykonać wskazanego zakresu zamówienia, jest uprawniony do nawiązania współpracy z innym podmiotem w ramach konsorcjum, co umożliwi spełnienie warunków stawianych przez Zamawiającego w postępowaniu, a zatem teza Odwoływającego co do ograniczenia konkurencji w postępowaniu jest nietrafiona.

Zdaniem Zamawiającego istotne jest też, że zastrzeżony obowiązek osobistego wykonania części robót został skorelowany z warunkami udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia w wykonaniu (zakończeniu) w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert co najmniej 1 zadania polegającego na budowie lub przebudowie dróg lub ulic o klasie drogi lub ulicy min. GP dwujezdniowej o wartości robót co najmniej 200 mln PLN netto, a także wskazania osoby proponowanej do pełnienia funkcji kierownika budowy. Tym samym powyższych wymagań nie spełniają średni i mali przedsiębiorcy działający na rynkach lokalnych i wykonujący roboty drogowe na drogach gminnych, powiatowych czy wojewódzkich. Wymagania dotyczące wykonania nawierzchni na drogach poniżej kategorii GP są zdecydowanie niższe. Odcinki wykonywanych robót budowlanych na drogach ekspresowych kilometrażowo są dłuższe niż w przypadku inwestycji na drogach innych zarządców, a wykonanie nawierzchni na drogach zarządców innych niż GDDKiA wymaga osiągnięcia innych parametrów technicznych niż wymagane na drogach krajowych.

Dlatego też, zdaniem Zamawiającego, wybór wykonawcy zdolnego do samodzielnego wykonania kluczowych zadań, którego doświadczenie w tym zakresie jest badane przez Zamawiającego w toku weryfikacji spełniania warunków udziału w postępowaniu, umożliwia Zamawiającemu wyłonienie podmiotu posiadającego odpowiednie doświadczenie, zaplecze kadrowe, dającego gwarancję należytego wykonania umowy, w tym kluczowych zadań, a tym samym podmiotu o ustabilizowanej pozycji rynkowej i zweryfikowanym przez Zamawiającego doświadczeniu korespondującym z zastrzeżonym kluczowym zadaniem. Osobiste zaangażowanie wybranego wykonawcy w kluczowe zadania zwiększa bowiem prawdopodobieństwo prawidłowego wykonania całego przedmiotu zamówienia z należytą starannością oraz w wyznaczonych terminach.

Zamawiający podkreślił, że pomimo stosowania od 2017 r. zastrzeżenia osobistego wykonania, zamówienia udzielane przez GDDKiA niezmiennie cechuje wysoka konkurencyjność postępowań, gdyż wpływa średnio 7,7 ofert na postępowanie, co znacząco przewyższa dane ogólnopolskie (w 2020 r. to 2,78 oferty).

Zamawiający, dokonując wyboru kluczowego elementu zamówienia, jakim jest budowa

odcinka drogi, opart się na obowiązujących w systemie prawa polskiego aktach prawnych, tj. przepisach ustawy o drogach publicznych oraz rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 1 sierpnia 2019 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogi publiczne i ich usytuowanie. Art. 4 ust. 2 ustawy o drogach publicznych definiuje drogę jako budowlę wraz z drogowymi obiektami inżynierskimi, urządzeniami oraz instalacjami, stanowiącą całość techniczno-użytkową, przeznaczoną do prowadzenia ruchu drogowego, zaś w § 10 ww. rozporządzenia ustala hierarchię elementów drogi podając na pierwszym miejscu jej jezdnię, czyli wielowarstwową konstrukcję nawierzchni, która się na nią składa.

W drugiej kolejności Zamawiający oparł się na analizie danych z Monitoringu Jakości prowadzonego przez GDDKiA, która co miesiąc zbiera dane o wynikach badań kontrolnych wykonywanych robót na poszczególnych kontraktach (pismo z wynikami analizy z 29 października 2021 r.)

Zamawiający, w zależności od potrzeb, może zlecić albo budowę drogi (całej budowli z jej elementami) albo elementu drogi. np. budowę obiektu inżynierskiego (mostu, wiaduktu, estakady, tunelu), czy np. ekranu akustycznego. W zależności od rodzaju zamówienia różny będzie wybór kluczowego elementu zamówienia. Kluczowe z punktu widzenia Zamawiającego roboty przeznaczone do osobistego wykonania przez wykonawcę, zostały określone na podstawie analizy całego przedsięwzięcia, w kontekście robót decydujących o powodzeniu lub niepowodzeniu całego przedsięwzięcia, np. dla budowy obwodnicy Morawicy i Woli Morawickiej kluczowe, z punktu widzenia Zamawiającego, są roboty

betonowe na obiektach mostowych (estakadach) nad rzekami i dolinami rzek Czarna Nida oraz Morawka. Oferenci zgodzili się z interpretacją Zamawiającego, stąd brak ich odwołań.

Podobnie w przypadku realizacji drogi ekspresowej S19 na odcinku Babice - Jawornik, gdzie kluczowa dla Zamawiającego była realizacja robót betonowych dla trzech obiektów mostowych (estakad) w ciągu drogi głównej, a KIO oddaliła odwołanie (wyrok KIO 2120/21). Z powyższego wynika, że Izba uwzględniła stanowisko i argumentację Zamawiającego, który ma prawo ograniczyć udział podmiotów zewnętrznych (podwykonawców) przy realizacji robót kluczowych z punktu widzenia powodzenia realizacji całego przedsięwzięcia.

W zamówieniu, którego dotyczy odwołanie, Zamawiający zamówił budowę drogi (budowli z jej wszystkimi elementami) i wskazał kluczowy element tej budowli zgodnie z obowiązującymi przepisami oraz analizą danych dotyczących jakości robót wykonywanych przez generalnych wykonawców osobiście i podwykonawców. Wspomniana analiza danych jednoznacznie wskazuje, że roboty budowlane polegające na wykonaniu nawierzchni jezdni wraz z jej konstrukcją zdecydowanie lepiej jakościowo wykonują wykonawcy, którzy wykonują je własnym potencjałem. Dlatego też, w ocenie Zamawiającego, ww. roboty budowlane w kontraktach typowo drogowych stanowią kluczowy element zamówienia.

Drugi z zarzutów natomiast, zdaniem Zamawiającego, wydaje się chybiony, bowiem

zastrzeżenie każdego (jakiegokolwiek) elementu do osobistego wykonania przez wykonawcę

ogranicza konkurencję. Na każdy element robót można bowiem zakontraktować podwykonawcę. Dlatego też przedstawioną w odwołaniu argumentację można stosować do

każdego postępowania, niezależnie od tego, jaki element zamawiający wskaże jako

kluczowy. Ustawodawca z całą pewnością miał tego świadomość, a mimo to zapis o możliwości wskazania kluczowego elementu zamówienia do osobistego wykonania przez wykonawcę w ustawie zamieścił, oraz wskazał, iż stanowi to uprawnienie zamawiającego.

O tym, że Zamawiający nie ogranicza konkurencji, świadczyć może fakt, że przedmiotowe zastrzeżenie dotyczy robót, których wartość jest szacowana na ok. 20-25% całości zamówienia, a ich zakres jest ograniczony tylko do jezdni głównych drogi przenoszących największe obciążenia ruchowo-tonażowe oraz dla których są postawione najbardziej ostre parametry wykonania. Element ten jest kluczowy dla kontraktu, ponieważ jego wykonanie często umożliwia oddanie drogi użytkownikom do ruchu mimo niezakończenia wszystkich robót kontraktowych. Dla konstrukcji jezdni dróg pozostałych, których długość często przekracza długość jezdni głównych, objętych zamówieniem oraz we wszystkich pozostałych asortymentach robót jest dopuszczalne podwykonawstwo.

Klasyfikacja robót kluczowych jako specjalistycznych to błędna interpretacja, ponieważ jest wręcz pożądane, żeby roboty specjalistyczne wykonywali podwykonawcy specjalizujący się w danej dziedzinie, bo daje to gwarancję, że wykonają te roboty sprawnie i profesjonalnie gwarantując oczekiwaną jakość. Generalni wykonawcy zwykle zlecają roboty specjalistyczne

podwykonawcom, a zamawiający nigdy nie zastrzegają robót specjalistycznych jako kluczowej części zamówienia do osobistego wykonania przez wykonawcę.

Zamawiający, przygotowując się do każdego zadania inwestycyjnego, traktuje je indywidualnie. Nie przeczy temu standaryzacja pewnych zapisów w poszczególnych dokumentacjach. Standaryzacja zapisów kontraktowych oraz dokumentacji jest powszechną praktyką w działalności instytucji, które mają do zrealizowania dużą liczbę zadań, które to zadania często są powtarzalne. Praktyką Zamawiającego jest standaryzacja określonych procesów i dokumentacji, co ma wiele korzyści nie tylko dla zamawiającego, ale również dla pozostałych uczestników rynku, w tym wykonawców. W tym kontekście nie może dziwić, że dokumentacja przetargowa również podlega pewnym procesom standaryzacyjnym. Niezależnie od tego w działalności Zamawiającego stosuje się zarówno standaryzację, jak i adaptację tam, gdzie jest to konieczne, rozumianą jako dostosowanie do potrzeb konkretnego zamówienia. W tym zakresie od lat u Zamawiającego obowiązuje procedura uzgadniania odstępstw, która przeprowadzana jest przed wszczęciem każdego postępowania. Aktualnie w dokumentach wzorcowych, które opracowywane są dla wszystkich postępowań, cześć kluczowa zamówienia to aspekt, który pozostaje do wyboru przez oddział GDDKiA prowadzący postępowanie. W zależności od rodzaju zamówienia różny będzie wybór kluczowego elementu zamówienia. Przed wszczęciem przedmiotowego postępowania dokumentacja również była uzgadniana, przekazywano uwagi i wprowadzane były zmiany oraz poprawki. W kontekście powyższego należy stwierdzić, że dokumentacja została przygotowana przez Zamawiającego z uwzględnieniem specyfiki i wymagań tego konkretnego projektu. W żadnym wypadku nie jest działanie „z automatu”, jak podnosi Odwołujący.

III Stanowisko Izby

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 528 ustawy Prawo zamówień publicznych, a Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy Prawo zamówień

publicznych.

Zamawiający wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych jako wniesionego przez podmiot nieuprawniony wskazując, że z odwołania wynika, iż Odwołujący jest zainteresowany realizacją technologii bitumicznej, podczas gdy wybór rodzaju konstrukcji nawierzchni (bitumicznej lub z betonu cementowego) pozostaje do wyboru wykonawcy na etapie opracowywania projektu budowlanego. Zdaniem Zamawiającego Odwołujący nie wskazał też jednoznacznie, w jakim charakterze występuje oraz w sposób ścisły nie zdefiniował źródła swojego interesu w żądaniu ochrony prawnej w niniejszym postępowaniu.

Powyższe jednak okoliczności, w ocenie Izby, nie stanowią przesłanki do stwierdzenia, że Odwołujący jest podmiotem nieuprawnionym w rozumieniu art. 528 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krąg podmiotów uprawnionych do wniesienia odwołania wynika z art. 505 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdzie w ust. 1 wskazano, że środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia. Natomiast zgodnie z definicją zawartą w art. 7 pkt 30 ustawy Prawo zamówień publicznych pod pojęciem „wykonawcy” rozumie się osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która oferuje na rynku wykonanie robót budowlanych lub obiektu budowlanego, dostawę produktów lub świadczenie usług lub ubiega się o udzielenie zamówienia, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego. Na obecnym etapie postępowania, tj. tzw. „etapie specyfikacji warunków zamówienia” potencjalnym wykonawcą będzie więc podmiot, który oferuje na rynku wykonanie robót budowlanych lub obiektu budowlanego.

Odwołujący wskazał, że należy do grupy kapitałowej Colas, której zasadniczą część działalności opiera się na realizacji prac z zakresu budowy i utrzymania dróg, autostrad, produkcji i recyklingu materiałów konstrukcyjnych oraz realizacji projektów w zakresie inżynierii lądowej, jest więc zainteresowany udziałem w postępowaniu i uzyskaniem zamówienia. Tym samym jest wykonawcą w rozumieniu przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, a więc podmiotem uprawnionym do wniesienia odwołania co do treści specyfikacji warunków zamówienia.

Należy też wskazać, że zarzuty podniesione przez Zamawiającego, zgodnie z ustalonym i jednolitym poglądem orzecznictwa, są przesłanką nie tyle odrzucenia odwołania, co stwierdzenia braku interesu we wniesieniu odwołania, który to brak jest podstawą oddalenia, a nie odrzucenia odwołania.

Izba nie stwierdziła jednak braku owego interesu na obecnym etapie postępowania.

Przepis art. 505 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy (ustawy Prawo zamówień publicznych).

Odwołujący, jak wskazano powyżej, uzasadniając swój interes we wniesieniu odwołania, wskazał, że należy do grupy kapitałowej Colas, której zasadnicza część działalności opiera się na realizacji prac z zakresu budowy i utrzymania dróg, autostrad, produkcji i recyklingu materiałów konstrukcyjnych oraz realizacji projektów w zakresie inżynierii lądowej i jest zainteresowany udziałem w postępowaniu i uzyskaniem zamówienia, a postanowienia specyfikacji warunków zamówienia zostały ukształtowane w sposób utrudniający mu udział w postępowaniu, co może skutkować poniesieniem szkody. Odwołujący wskazał co prawda przykładowo, że mógłby wystąpić jako podwykonawca lub podmiot udostępniający zdolności techniczne lub kwalifikacje zawodowe, lecz nie jest to jedyna forma, w której ostatecznie może wystąpić. Niewątpliwie rodzaj jego działalności nie jest sprzeczny z przedmiotem zamówienia, a charakter, w jakim dany podmiot wystąpi lub jest w stanie wystąpić: samodzielny wykonawca, wykonawca w grupie wykonawców (konsorcjum), podwykonawca, podmiot udostępniający zasoby lub rezygnacja z udziału w postępowaniu w głównej mierze zależy od konkretnych wymogów zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia - nie tylko rozmiaru przedmiotu zamówienia, ale też warunków udziału w postępowaniu czy właśnie zastrzeżeń co do obowiązku samodzielnego wykonania danej części zamówienia, które jest przedmiotem niniejszego sporu. Zatem na obecnym etapie postępowania podmiot, zapoznając się z wymogami Zamawiającego, może jeszcze analizować dostępne mu opcje udziału w postępowaniu.

Również fakt, że Odwołujący jest zainteresowany realizacją zamówienia w technologii bitumicznej, nie oznacza, że nie może ubiegać się o niniejsze zamówienie - jak Zamawiający sam wskazał, wybór technologii będzie należał do wykonawcy, a nawierzchnie bitumiczne są jedną z dwóch opcji dopuszczonych przez Zamawiającego.

Izba ustaliła także, iż stan faktyczny postępowania, tj. treść specyfikacji warunków zamówienia nie jest sporny między Stronami.

Zmiana specyfikacji istotnych warunków zamówienia z 5 października 2021 r. dotyczyła postanowienia tomu I specyfikacji warunków zamówienia, rozdział 1. Instrukcja dla Wykonawców, pkt 6.5 oraz tomu II specyfikacji warunków zamówienia, Dane Kontraktowe subklauzula 4.1.

W punkcie 6.5 IDW istniejący zapis: „Zamawiający zastrzega obowiązek osobistego wykonania przez Wykonawcę kluczowych zadań, tj.: nawierzchni trasy głównej, łącznie z wytworzeniem i wbudowaniem (co najmniej 80% ilości) oraz wykonanie (co najmniej 80% ilości) pozostałych warstw konstrukcji nawierzchni powyżej gruntu rodzimego (wykop) lub

nasypowego (nasyp), z wyłączeniem dostaw materiałów i usług. W odniesieniu do

kluczowych zadań zastrzeżonych do osobistego wykonania przez Wykonawcę, Wykonawca nie może powoływać się na zdolności podmiotu udostępniającego zasoby, na zasadach określonych w art. 118 ust. 1 ustawy Pzp, w celu wykazania spełnienia odnośnych warunków udziału w postępowaniu” otrzymał brzmienie: „Zamawiający zastrzega obowiązek osobistego wykonania przez Wykonawcę kluczowych zadań, tj.: nawierzchni trasy głównej, łącznie z wytworzeniem i wbudowaniem oraz wykonanie pozostałych warstw konstrukcji nawierzchni powyżej gruntu rodzimego (wykop) lub nasypowego (nasyp), z wyłączeniem dostaw materiałów i usług. W odniesieniu do kluczowych zadań zastrzeżonych do osobistego wykonania przez Wykonawcę, Wykonawca nie może powoływać się na zdolności podmiotu udostępniającego zasoby, na zasadach określonych w art. 118 ust. 1 ustawy Pzp, w celu wykazania spełnienia odnośnych warunków udziału w postępowaniu”. 2) Tom II SWZ, Dane Kontraktowe subklauzula 4.1.”, która to zmiana została zakwestionowana w niniejszym odwołaniu.

Zamawiający natomiast nie dokonał zmiany punktu 12.1 IDW, do którego odniósł się Odwołujący w zarzucie nr 2 odwołania. Jego brzmienie zostało więc niezmiennie od 25 sierpnia 2021 r., kiedy to Zamawiający upublicznił treść specyfikacji warunków zamówienia.

Zgodnie z art. 515 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych ustawy Prawo zamówień publicznych odwołanie wnosi się, w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne, w terminie 10 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Z kolei z dyspozycji art. 528 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wynika, że Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że zostało ono wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

W niniejszej sprawie, jak stwierdzono powyżej, samo odwołanie nie podlega odrzuceniu, gdyż istota sporu dotyczy czynności zmiany specyfikacji warunków zamówienia z 5 października 2021 r. w punkcie 6.5 IDW, natomiast powyższa dyspozycja odnosi się per analogiam do zarzutu nr 2, który w związku z powyższym został pozostawiony bez rozpoznania. Należy też zauważyć, że w ramach zarzutu nr 2 Odwołujący w rzeczywistości zakwestionował nie sam punkt 12.1 IDW specyfikacji warunków zamówienia, ale ponownie punkt 6.5 IDW, do którego punkt 12.1 się odwołuje (z zastrzeżeniem omyłki pisarskiej).

Po zapoznaniu się z przedmiotem sporu oraz argumentacją Stron, w oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania przedstawionej przez Zamawiającego oraz pism i stanowisk Stron przedstawionych podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W ramach rozpatrywanego zarzutu Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 121 pkt 1 w związku z art. 118 ust. 1, art. 462 ust. 1 oraz art. 16 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Powołane przepisy stanowią:

Art. 121 pkt 1: Zamawiający może zastrzec obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych zadań dotyczących zamówień na roboty budowlane lub usługi.

Art. 118 ust. 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 lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotów udostępniających zasoby, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków prawnych.

Art. 462: Wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy.

Art. 16 pkt 1: Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Należy tu podkreślić, że powyższe przepisy art. 118 ust. 1, art. 121 i art. 462 ustawy Prawo zamówień publicznych nie stanowią dla siebie konkurencji, lecz pewien spójny system, tj. owszem, wykonawca może korzystać z podwykonawców i może polegać na zasobach innych podmiotów, ale jednocześnie zamawiający może to prawo ograniczyć czy ukierunkować zastrzegając obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych zadań. (Zresztą, na marginesie, korzystanie z podwykonawców i podmiotów trzecich nie jest tak nieograniczone, swobodne i bezwzględne, jak wynikałoby to jedynie z treści art. 118 ust. 1 i art. 462 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż zarówno sama ustawa Prawo zamówień publicznych, jak i Kodeks cywilny, wprowadzają wiele warunków w tym zakresie.) Zauważyć trzeba, że z całości treści art. 121 ustawy Prawo zamówień publicznych: „Zamawiający może zastrzec obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych zadań dotyczących: 1) zamówień na roboty budowlane lub usługi lub 2) prac związanych z rozmieszczeniem i instalacją, w ramach zamówienia na dostawy” wynika, że ustawa nie nakłada na zamawiającego jakichś szczególnych ograniczeń proceduralnych czy rzeczowych poza tym, by zastrzeżenie dotyczyło zadań kluczowych oraz robót budowlanych, usług lub rozmieszczenia i instalacji przedmiotu dostawy.

Jak wynika z art. 513 ustawy Prawo zamówień publicznych, odwołanie przysługuje wykonawcy na: 1) niezgodną z przepisami ustawy czynność zamawiającego, podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia, o zawarcie umowy ramowej, dynamicznym systemie zakupów, systemie kwalifikowania wykonawców lub konkursie, w tym na projektowane postanowienie umowy; 2) zaniechanie czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, o zawarcie umowy ramowej, dynamicznym systemie zakupów, systemie kwalifikowania wykonawców lub konkursie, do której zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy; 3) zaniechanie przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia lub zorganizowania konkursu na podstawie ustawy, mimo że zamawiający był do tego obowiązany.

W związku z powyższym kontrola Izby w ramach postępowania odwoławczego jest kontrolą w zakresie legalności, tj. zgodności działań zamawiającego z przepisami prawa, nie zaś ewentualnego stwierdzenia, że dany zamawiający w danych okolicznościach mógłby postąpić w inny sposób.

Jak już stwierdzono, art. 121 ustawy Prawo zamówień publicznych daje zamawiającemu prawo zastrzeżenia konkretnych części zamówienia do osobistego wykonania. W konsekwencji dokonując takiego zastrzeżenia, zamawiający jest w swoim prawie, trudno więc wskazywać, że takie zastrzeżenie jest nielegalne. Owszem, można polemizować, czy dana zastrzeżona część jest kluczowa dla danego zamówienia, jednak należy zauważyć, że w pierwszej kolejności będzie to indywidualna, subiektywna ocena danego zamawiającego dokonana w odniesieniu do danego zamówienia. Ocena ta, oczywiście, powinna być weryfikowalna również obiektywnie, tzn. czy nie jest znacząco rozbieżna z powszechnym poglądem w branży, wiedzą techniczną, racjonalnością itp., ale może być odmienna od indywidualnych i subiektywnych poglądów innych podmiotów, np. w tym wypadku Odwołującego.

Spór pomiędzy Zamawiającym a Odwołującym można postrzegać właśnie jako spór pomiędzy dwiema subiektywnymi opiniami dwóch podmiotów, z których każdy dokonywał oceny poprzez pryzmat swoich interesów - Zamawiający, jaki sposób wykonania uznaje za najbardziej bezpieczny dla jego jakości i terminowości, a Odwołujący - jaki jest dla niego najkorzystniejszy jako podmiotu gospodarczego zainteresowanego realizacją lub udziałem w realizacji przedmiotu zamówienia. Pośrednim dowodem na to, że jest to spór indywidualny, może być fakt, że żaden z pozostałych wykonawców do tego sporu nie przystąpił.

Tym samym, w ocenie Izby, w niniejszym przypadku doszło raczej do sytuacji, w której interesy gospodarcze Odwołującego i Zamawiającego nie są zbieżne, a nie do naruszenia przez Zamawiającego przepisów prawa.

Przy tym należy zauważyć, że Odwołujący w swoim stanowisku nie tyle negował istotność samego zastrzeżonego przez Zamawiającego zakresu przedmiotu zamówienia, ale wskazywał, że również inne części są istotne, jak mosty i wiadukty czy inne elementy konstrukcyjne drogi, podczas gdy nie zostały one zastrzeżone. Przyjęcie powyższego toku rozumowania oznaczałoby jednak tyle, że Zamawiający mógłby zastrzec także inne części jako zadania kluczowe, a nie to, że samo dokonane przez niego zastrzeżenie było nieprawidłowe.

W ocenie Izby również pozostała argumentacja Odwołującego nie była szczególnie przekonująca czy rozbudowana. Odwołujący skupił się na krytyce tego, że Zamawiający nie uzasadnił swojej decyzji w specyfikacji warunków zamówienia, powołał się głównie na ogólne poglądy wyrażane w innych sprawach, w tym w piśmiennictwie i orzecznictwie, a także na utrudnieniu dostępu do zamówienia dla małych i średnich przedsiębiorstw, nie odnosząc się merytorycznie do oceny istotności zakresu zastrzeżonego w tym postępowaniu dla realizacji całości przedmiotu zamówienia. W przeciwieństwie do Zamawiającego, który zarówno w odpowiedzi na odwołanie, jak i podczas rozprawy starał się dokładnie i szczegółowo uzasadnić swoje stanowisko i, w ocenie Izby, uzasadnił je przekonująco.

Zgodnie z art. 134 ust. 2 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający ma obowiązek podania w specyfikacji warunków zamówienia informacji o obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych zadań, jeżeli dokonuje takiego zastrzeżenia zgodnie z art. 60 i art. 121, ustawa nie nakłada natomiast obowiązku podania uzasadnienia dokonania takiego zastrzeżenia, jak też uzasadnienia, dlaczego dane zadanie zostało uznane za kluczowe, a inne nie, trudno więc z takiego braku czynić Zamawiającemu zarzut. Zamawiający również słusznie zauważył, że niniejsze zamówienie ze względu na jego zakres nie jest skierowane do małych i średnich przedsiębiorstw. Zatem sam fakt, że jednym z założeń zamówień publicznych ma być zwiększenie udziału w ich realizacji małych i średnich przedsiębiorców, nie oznacza jeszcze, że każde zamówienie ma ten cel realizować, niezależnie od jego przedmiotu zamówienia i skali. Przede wszystkim bowiem zamówienie ma zostać skutecznie i prawidłowo wykonane, jego bowiem celem nadrzędnym

i priorytetem jest zaspokajanie potrzeb publicznych. Tym samym fakt, że mali i średni przedsiębiorcy mogą realizować jedynie niektóre zakresy tego zamówienia (nie zastrzeżone do osobistego wykonania przez generalnego wykonawcę), nie oznacza w tym kontekście i tej sytuacji naruszenia uczciwej konkurencji.

Co do jakości wykonania danego zadania przez wykonawcę osobiście, należy zauważyć, że w rzeczywistości zawsze będzie to cecha indywidualna danego podmiotu wykonującego dane prace, tj. podmiot X może znakomicie wykonać prace niezależnie od tego, czy będzie generalnym wykonawcą, czy podwykonawcą, a podmiot Y wykona je co najwyżej przeciętnie nawet jako generalny wykonawca. Natomiast ustawodawca wprowadził taki przepis, gdyż uznał, że na etapie ustalania wymogów i sporządzania specyfikacji warunków zamówienia zamawiający nie jest w stanie przewidzieć, który podmiot będzie wykonywał zamówienie, a co do zasady osobiste wykonanie przez wybranego wykonawcę danych prac może być wyznacznikiem ich jakości. Dlatego negocjowanie samego dokonania zastrzeżenia, gdyż w konkretnej sytuacji może nie prowadzić do polepszenia jakości prac, jest negocjowaniem celu i racjonalności istnienia przepisu oraz rozważaniem wyłącznie teoretycznym.

Jak też wskazał Zamawiający, z jego doświadczenia w realizacji zamówień wynika, że osobiste wykonanie prac przez wykonawcę ma realny wpływ na jakość wykonania. Zamawiający przedstawił tu pismo dyrektora Departamentu Technologii Budowy Dróg GDDKiA z 29 października 2021 r. dotyczące wyników badań na kontraktach dróg klas A i S, w którym wskazano, że po przeanalizowaniu 34 kontraktów realizowanych w latach 2017-2021, na podstawie danych z comiesięcznego Monitoringu Jakości Robót, stwierdzono, że osiągnięto 5,3% negatywnych wyników badań diagnostycznych warstw konstrukcyjnych nawierzchni dla robót wykonywanych bezpośrednio przez generalnych wykonawców i 13,3% dla robót wykonywanych przez podwykonawców, zatem ponad dwukrotnie więcej. Zamawiający przedstawił też wykaz wykonanych badań.

Są to jedyne konkretne dane, które zostały przedstawione podczas rozprawy i nie zostały przez Odwołującego skutecznie zanegowane. I nawet jeśli są to dane własne GDDKiA, wynikające z nich wnioski o jakości prac stanowią dla Zamawiającego wystarczające uzasadnienie dokonanego zastrzeżenia.

Co do pozostałego merytorycznego uzasadnienia Zamawiającego, dlaczego akurat taki zakres prac został zastrzeżony, zostało ono zacytowane obszernie w punkcie II uzasadnienia, Iżba nie będzie go więc powtarzała w tej części.

Zamawiający również obszernie uzasadnienie przedstawił podczas rozprawy (Protokół posiedzenia i rozprawy z dnia 2 listopada 2021 r., str. 3-5 i 6). Spośród przedstawionej tam argumentacji można wskazać w szczególności, że za kluczowy Zamawiający uznaje element krytyczny dla realizacji całej inwestycji, który gwarantuje powodzenie tej inwestycji. Zdaniem Zamawiającego „kluczowość” należy rozpatrywać indywidualnie przez pryzmat danego zamówienia, a nie utożsamiać ze specjalistycznością, gdyż wskazanie na prace specjalistyczne spowodowałoby odwrotny efekt, wykluczając firmy specjalistyczne (których udział jest pożądanym). I skoro w innym postępowaniu dany element nie był kluczowy, nie oznacza, że i w tym nie jest kluczowy. Takie określenie przez Zamawiającego wymiaru prac wynika z określonej konstrukcji w wymiarze wszystkich warstw konstrukcyjnych i jeśli stwierdzi się, że nie jest to istotne dla drogi, to odpada cały zakres realizacji prac. Dla Zamawiającego jest niezrozumiałe, kiedy specjalista branży drogowej mówi, że konstrukcja nawierzchni nie jest kluczową częścią drogi - jezdnia drogi, o której mowa w § 10 ust. 1 rozporządzeniu z dnia 2 marca 1999 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogi publiczne i ich usytuowanie (Dz.U. z 2016 r. poz. 124), jest jej najistotniejszą częścią.

Zgodnie z definicją zawartą w „Słowniku języka polskiego” pod red. W. Doroszewskiego „kluczowy” to „podstawowy, główny, najważniejszy, wyjściowy”. W ocenie Iżby, w kontekście art. 121 ustawy Prawo zamówień publicznych i jego celu, zadanie „kluczowe” będzie oznaczało „główne” lub „najważniejsze”, a czasem także „najbardziej newralgiczne” (newralgiczny - „taki, od którego wiele zależy, bardzo ważny dla funkcjonowania czegoś”). To, czy jednocześnie będzie to zadanie specjalistyczne, czy też nie, zależy od sytuacji, jak też pojmowania zakresu specjalności/specjalizacji - co do zasady roboty budowlane są wykonywane przez specjalistów (profesjonalistów), ale tych specjalistów jest na tyle duża liczba, że tylko niektóre z nich są uznawane za „prawdziwie” specjalistyczne, czyli wykonywane przez specjalistów rzadkich lub wąskich specjalności.

Zamawiający za najważniejszy, czy też właśnie najbardziej newralgiczny, uznał zakres wskazany w punkcie 6.5 IDW. Podkreślił przy tym, że ograniczył, tj. dostosował dodatkowo

kluczowość zadania do nawierzchni trasy głównej, a więc nie ujął w niej zjazdów, czy też nawierzchni drogi technicznej.

W ocenie Izby całość argumentacji Zamawiającego uzasadniająca takie właśnie stanowisko jest spójna, przekonująca i wyjaśnia tok rozumowania Zamawiającego, a w konsekwencji uzasadnia podjętą przez niego decyzję. Również fakt, że Zamawiający mógł także inne zadania uznać za kluczowe, nie oznacza, że wskazane przez niego zadanie nie jest kluczowe.

Należy również podkreślić, że w postępowaniu odwoławczym każda sprawa rozpatrywana jest indywidualnie. Przede wszystkim postępowanie odwoławcze jest postępowaniem kontrydiktoryjnym, w którym inicjatywa procesowa należy do stron, które są zobowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne - zarówno dowody na poparcie swoich twierdzeń, jak i na odparcie twierdzeń strony przeciwnej (art.

534 ust. 1 i 535 ustawy Prawo zamówień publicznych). Dotyczy to również prezentowanej argumentacji. Zamawiający obowiązkowi temu podołał, w przeciwieństwie do Odwołującego. Jak Izba wskazywała już wielokrotnie, zamawiający mają dużą swobodę w określaniu

w specyfikacji warunków zamówienia swoich wymogów, pod warunkiem, że - w przypadku zakwestionowania - potrafią je należycie uzasadnić. Dlatego nawet identyczne wymogi mogą zostać uznane w jednym przypadku za prawidłowe, a w drugim przypadku za nieprawidłowe - w zależności od tego właśnie, czy dany zamawiający był w stanie swój wymóg należycie uzasadnić, czy też nie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych oraz § 2 ust. 2 pkt 2, § 5, § 8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Zgodnie z dyspozycją art. 557 ustawy Prawo zamówień publicznych w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Zgodnie z art. 575 ustawy Prawo zamówień publicznych strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Z § 2 ust. 2 pkt 2 ww. rozporządzenia wynika, że wysokość wpisu wnoszonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia na roboty budowlane o wartości przekraczającej progi unijne, o których mowa w art. 3 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, wynosi 20.000 złotych.

Zgodnie z § 5 rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego, zalicza się wpis oraz uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego w wysokości określonej na podstawie rachunków lub spisu kosztów, złożonych do akt sprawy, obejmujące m.in. koszty związane z dojazdem na wyznaczone posiedzenie lub rozprawę i wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, nieprzekraczające łącznie kwoty 3600 złotych.

Z kolei § 8 ust. 2 rozporządzenia stanowi, że w przypadku oddalenia odwołania przez Izbę koszty ponosi odwołujący, a Izba zasądza koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, od odwołującego na rzecz zamawiającego.

Izba uwzględniła zatem uiszczony przez Odwołującego wpis w wysokości 20.000 złotych oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3.600 złotych.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodniczący: