

Sygn. akt: KIO 2733/21
KIO 2736/21

WYROK
z dnia 13 października 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz
Ernest Klauziński
Anna Kuszel-Kowalczyk

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 października 2021 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 września 2021 r.:

- A) o sygn. akt KIO 2733/21;
- B) o sygn. akt KIO 2736/21;

przez wykonawcę Colas Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Pałędziu przy ul. Nowej 49 (62-070 Pałędzie) w postępowaniach w którym zamawiającym jest Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie przy ul. Wroniej 53 (00-874 Warszawa), a prowadzącym postępowanie Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Szczecinie z siedzibą w Szczecinie przy Al. Bohaterów Warszawy 33 (70-340 Szczecin)

przy udziale:

wykonawcy Polimex Infrastruktura Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy al. Jana Pawła II 12 (00-124 Warszawa), zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego w sprawach o sygn. akt KIO 2733/21 i KIO 2736/21

orzeka:

1. Uwzględnia oba odwołania i nakazuje zamawiającemu wprowadzenie zmian w specyfikacji warunków zamówienia Tom I Instrukcja dla Wykonawców w obu objętych odwołaniami postępowaniach przez usunięcie w całości zastrzeżeń ujętych w pkt 6.6, pkt 11.1 oraz pkt 12.1.
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Skarb Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie i:
 - 2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 40 000 zł 00 gr (słownie: czterdzieści tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę Colas Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Pałędziu tytułem wpisów od odwołań, w tym:
 - A. kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez ww. wykonawcę tytułem wpisu od odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 2733/21;
 - B. kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez ww. wykonawcę tytułem wpisu od odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 2736/21;
 - 2.2. zasądza od zamawiającego Skarbu Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie na rzecz wykonawcy Colas Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Pałędziu kwotę 40 000 zł 00 gr (słownie: czterdzieści tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony, w tym:
 - A. zasądza od zamawiającego Skarbu Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie na rzecz wykonawcy Colas Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Pałędziu kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu uiszczenia wpisu od odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 2733/21;
 - B. zasądza od zamawiającego Skarbu Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie na rzecz wykonawcy Colas Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Pałędziu kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu uiszczenia wpisu od odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 2736/21.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze 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:

.....

.....

Sygn. akt: KIO 2733/21

KIO 2736/21

Uzasadnienie

Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad zwany dalej: „zamawiającym”, w imieniu, którego działa Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Szczecinie, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.), zwanej dalej: „Pzp” pn.:

1) *Budowa drogi ekspresowej S6 Budowa drogi S6 Koszalin – Słupsk, Odcinek 1, Koniec obwodnicy Koszalina i Sianowa /bez w. "Sianów Wschód"/ - początek obwodnicy m. Sławno /z w. "Bobrowice"/*, o numerze: GDDKiA O.Sz.D-3.2410.39.2021, zwane dalej: „postępowaniem I”;

2) *Budowa drogi S6 Koszalin – Słupsk, Odcinek 2, Budowa obwodnicy Sławna w ciągu S6 (początek obwodnicy m. Sławno /bez w. "Bobrowice" - początek obwodnicy w. Słupsk /bez w. "Słupsk Zachód"*, o numerze: GDDKiA O.Sz.D-3.2410.40.2021, zwane dalej: „postępowaniem II”.

Ogłoszenia o zamówieniu zostały opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 6 września 2021 r., pod numerami: 2021/S 172-448243 (postępowanie I) oraz 2021/S 172-448238 (postępowanie II).

Szacunkowa wartość zamówienia obu postępowań, których przedmiotem są roboty budowlane, jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp.

W dniu 16 września 2021 r. wykonawca Colas Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Palędziu (zwany dalej: „odwołującym”) wniósł odwołanie od niezgodnej z przepisami Pzp czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu, tj. przygotowania specyfikacji warunków zamówienia (zwanej dalej: „SWZ”).

Treść zarzutów w obu odwołaniach była tożsama. Odwołujący w obu postępowaniach podniósł naruszenia następujących przepisów:

1) art. 121 pkt 1 Pzp w związku z art. 118 ust. 1, art. 462 ust. 1 oraz art. 16 pkt 1 Pzp przez nieuzasadnione 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. 121 pkt 1 Pzp w związku z art. 118 ust. 1, art. 462 ust. 1 oraz art. 16 pkt 1 Pzp poprzez nieuzasadnione włączenie przez zamawiającego możliwości polegania na zdolnościach technicznych lub zawodowych podmiotów udostępniających zasoby, 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;

3) art. 99 ust. 4 Pzp w związku z art. 16 pkt 1 Pzp poprzez opis przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję.

W związku z postawionymi zarzutami odwołujący wniósł o uwzględnienie obu odwołań i nakazanie zamawiającemu wprowadzenia zmian w SWZ Tom I Instrukcja dla Wykonawców (zwanej dalej: „IDW”) poprzez usunięcie zastrzeżeń ujętych w:

- pkt 6.6 IDW tj. (i) obowiązku 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 Pzp, w celu wykazania spełniania odnośnych warunków udziału w postępowaniu;

- pkt. 11.1 IDW, tj. wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, 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, z zastrzeżeniem postanowień pkt. 6.6. IDW. Wykonawca nie może powoływać się na zdolności podmiotu udostępniającego zasoby, na zasadach określonych w art. 118 ust. 1 Pzp, w celu wykazania spełniania odnośnych warunków udziału w postępowaniu;

- pkt 12.1 IDW, tj. możliwości powierzenia podwykonawcy wykonania tylko tych części zamówienia, które nie zostały zastrzeżone w IDW jako kluczowe zadania;

- zwrot kosztów postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Odwołujący wskazał, że jest spółką należącą 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. Odwołujący wyjaśnił, że jest zainteresowany udziałem w obu postępowaniu i uzyskaniem zamówień. Ponadto odwołujący wyjaśnił, że postanowienia SWZ w obu postępowaniach zostały ukształtowane przez zamawiającego w sposób utrudniający mu udział w postępowaniach, np. jako podwykonawca lub podmiot udostępniający zdolności techniczne lub kwalifikacje zawodowe. Takie ukształtowanie postanowień SWZ w sposób, który narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wynikające z Pzp, może również skutkować poniesieniem szkody przez odwołującego. Odwołujący stwierdził, że taki wykonawca jak on ma interes we wniesieniu obu odwołań.

Odwołujący przedstawił identyczne uzasadnienie dla zarzutów podniesionych w obu odwołaniach.

W uzasadnieniu dla nieuzasadnionego zastrzeżenia osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych zadań, które to zastrzeżenie utrudnia uczciwą konkurencję i bezzasadnie zawęża krąg potencjalnych wykonawców, mogących złożyć oferty w postępowaniu lub którzy mogliby uczestniczyć w postępowaniu w inny sposób, odwołujący wyjaśnił, że dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE kładzie istotny nacisk na wzrost konkurencyjności zamówień oraz ich otwarcie na możliwie szeroką grupę potencjalnych wykonawców. W swoim orzecznictwie Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (zwany dalej: „TSUE” lub „Trybunałem”) wielokrotnie podkreślał, że celem do którego dążą dyrektywy z dziedziny zamówień publicznych jest ich otwarcie na jak najszerszą konkurencję oraz ułatwienie małym i średnim przedsiębiorstwom dostępu do zamówień publicznych. W wyroku z dnia 5 kwietnia 2017 r. 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 innym orzeczeniu Trybunał 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 w SWZ 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 przedsiębiorstw, dających rękojmię wykonania zamówienia lub jego części z możliwości jego realizacji.

Odwołujący wskazał, że w realiach obu postępowań nie było wątpliwości, że zastrzeżenie osobistego wykonania Kluczowych Zadań przez wykonawcę stanowią nieuzasadnione zawężenie konkurencji w postępowaniach, które prowadzi do rzeczywistego wykluczenia z nich 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. SWZ nie wskazuje przy tym w żaden sposób, aby tego rodzaju zastrzeżenie było uzasadnione obiektywnymi i racjonalnymi potrzebami zamawiającego. W konsekwencji odwołujący uznał, że zamawiający nie przygotował postanowień SWZ w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców i naruszył tym samym art. 16 pkt 1 Pzp. Zdaniem odwołującego wprowadzenie w IDW zastrzeżenia obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę Kluczowych Zadań jednoznacznie narusza również art. 121 pkt 1 Pzp, a więc przepis stanowiący normatywną podstawę tego zastrzeżenia. Mimo swojej lakoniczności, art. 121 pkt 1 Pzp (oraz poprzedzający go art. 36a ust. 2 starego Pzp) doczekał się bogatego orzecznictwa KIO. Krajowe regulacje dotyczące ograniczania zlecenia określonych części zamówienia podwykonawcom stały się również przedmiotem oceny Trybunału. Na podstawie krajowego i unijnego orzecznictwa odwołujący postawił tezę, że zamawiający przed zastrzeżeniem w SWZ obowiązku osobistego wykonania określonych zadań przez wykonawcę, powinien przeprowadzić test zgodności takiego zastrzeżenia z wymogami wynikającymi z art. 121 pkt. 1 Pzp. Zasadniczo, na test ten składać się powinny odpowiedzi na dwa pytania:

- czy zadania, które zamawiający ma zamiar zastrzec do osobistego wykonania przez wykonawcę mają rzeczywiście charakter kluczowy?

oraz

- czy nałożenie określonego limitu tych zadań jako konkretnej wartości procentowej jest uzasadnione obiektywnymi potrzebami zamawiającego?

W ocenie odwołującego nic nie wskazuje na to, że zamawiający przeprowadził tego rodzaju test, przygotowując treść SWZ. Niezależnie od tego – zdaniem odwołującego – w postępowaniach odpowiedź na oba powyższe pytania była negatywna.

Odwołujący kategorycznie stwierdził, że prace określone w pkt. 6.6 IDW nie stanowią kluczowych zadań w rozumieniu art. 121 pkt 1 Pzp.

Po pierwsze odwołujący wyjaśnił, że art. 121 pkt 1 Pzp nie mógł zostać zastosowany przez zamawiającego do Kluczowych Zadań określonych w pkt 6.6 IDW. Żaden przepis Pzp nie definiuje pojęcia „kluczowych zadań”. Wobec tego przedstawiciele doktryny wskazują, że w praktyce ustalenie kluczowych zadań zamówienia musi następować *ad casum*. W tym względzie, 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 starego Pzp. Mimo wejścia w życie Pzp dorobek orzecznicy KIO pozostaje w tym zakresie nadal aktualny. W tym miejscu odwołujący przytoczył fragmenty orzeczeń o sygn. akt KIO 867/19 oraz KIO 1837/17.

W ocenie odwołującego w świetle stanowisk doktryny i orzecznictwa nie budzi wątpliwości, że za „kluczowe” mogą zostać uznane wyłącznie takie zadania, które łącznie spełniają następujące warunki:

- stanowią najważniejsze elementy danego zamówienia;
- mają największe znaczenie dla zamawiającego w konkretnych okolicznościach;
- 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.).

Odwołujący wyjaśnił, że zamawiający w obu postępowaniach uznał za kluczowe prace dotyczące 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. Jednocześnie, w opisie zamówienia zawartym w opublikowanych ogłoszeniach o zamówieniu zamawiający w żaden sposób nie odniósł się do prac dotyczących nawierzchni, pomimo że wskazane ogłoszenie zawiera enumeratywne wyliczenie łącznie 26 robót budowlanych różnych kategorii koniecznych do wykonania przedmiotowego zamówienia (dla obu części). Trudno również twierdzić, że prace dotyczące nawierzchni zastrzeżone w IDW jako Kluczowe Zadania mają największe znaczenie dla zamawiającego w konkretnych okolicznościach. Biorąc pod uwagę przytoczone stanowiska doktryny i orzecznictwa KIO, ocena czy dana część zamówienia powinna być kwalifikowana jako kluczowe zadanie powinna być w każdym wypadku dokonywana przez zamawiającego w zależności od specyfiki i wymagań konkretnego projektu. Tymczasem zamawiający uwzględnił w IDW prace dotyczące nawierzchni drogi jako Kluczowe Zadania niejako z automatu. Potwierdza to również opublikowana przez zamawiającego w dniu 10 marca 2021 r. na swojej stronie internetowej prezentacja multimedialna pn. *Zmiany, nowości i wzajemne oczekiwania*. Slajd nr 11 ww. prezentacji 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, a więc prace zdefiniowane w IDW jako Kluczowe Zadania. Innymi słowy, zamawiający wskazuje, że będzie traktował te zadania jako kluczowe, niezależnie od specyfiki i wymagań

konkretnego projektu. Co więcej, tego rodzaju zastrzeżenia osobistego wykonania przez wykonawcę określonych zadań pojawiały się w dokumentacjach innych postępowań zamawiającego prowadzonych w przeszłości. Dla przykładu w pkt 5.5 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia dla postępowania pn. *Projekt i budowa obwodnicy Niemodlina w ciągu drogi krajowej nr 46* opublikowanej w listopadzie 2017 r., zamawiający zastrzegł obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia tj. nawierzchni bitumicznej, łącznie z wytworzeniem (co najmniej 80% ilości) i wbudowaniem mieszanek bitumicznych oraz pozostałych warstw konstrukcji nawierzchni powyżej gruntu rodzimego (wykop) lub nasypowego (nasyp), z wyłączeniem dostaw materiałów i usług. Te same wymagania pojawiły się w prowadzonym przez tego samego zamawiającego postępowaniu którego przedmiotem był projekt i budowa obwodnicy Kołbieli w ciągu drogi krajowej nr 50, opublikowanym w kwietniu 2021. Wskazane powyżej okoliczności w ocenie odwołującego potwierdzały w sposób nie budzący wątpliwości, 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 niepowiązaną w żaden sposób z realiami, specyfiką i uwarunkowaniami danego zamówienia. To działanie pozostaje w sprzeczności z celem art. 121 pkt 1 Pzp, stanowiącego wyjątek od ogólnych reguł Pzp pozwalających wykonawcy korzystać ze zdolności innych podmiotów, w tym powierzać wykonanie części zamówienia podwykonawcom. Odwołujący zauważył, że w przedmiotowych postępowaniach SWZ nie zawierają żadnego dokładnego uzasadnienia oraz wskazania racjonalnych powodów, które mogłyby potwierdzić, że zamawiający przeprowadził przed jej sporządzeniem analizę konieczności zastrzeżenia osobistego wykonania Kluczowych Zadań przez wykonawcę. Tego rodzaju analiza powinna być zostać przeprowadzona przez zamawiającego ze względu na szczególny charakter art. 121 pkt 1 Pzp i konieczność ścisłej wykładni tego przepisu. W rezultacie, na podstawie informacji zawartych w SWZ, nie można w żaden sposób przesądzić czy Kluczowe Zadania określone w pkt. 6.6 IDW mają rzeczywiście kluczowy charakter w konkretnych okolicznościach prowadzonych postępowań. Co więcej, na podstawie dostępnych danych oraz praktyki innych postępowań organizowanych przez zamawiającego, można dojść do zupełnie odmiennego wniosku, a mianowicie, że zastrzeżenie osobistego wykonania Kluczowych Zadań przez wykonawcę miało *de facto* charakter automatyczny i było pozbawione szczegółowej refleksji uwzględniającej kontekst i specyfikę zamówienia będącego przedmiotem postępowań. Dodatkowo, zgodnie ze wspomnianym wcześniej orzecznictwem KIO, 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 podstaw uzasadniających zastrzeżenie wykonania tego rodzaju zadań osobiście przez wybranego wykonawcę. W praktyce, nie ma więc żadnych istotnych i usprawiedliwionych przeszkód, aby wszystkie roboty składające się na Kluczowe Zadania mogły zostać wykonane przez podmiot trzeci (np. jako podwykonawca udostępniający wykonawcy własne zdolności techniczne). Podsumowując odwołujący stwierdził, że nie ma wątpliwości, iż prace określone w IDW jako Kluczowe Zadania nie spełniają warunków do uznania ich za „kluczowe zadania” w rozumieniu art. 121 pkt 1 Pzp. W rezultacie, zastrzeżenie ich przez zamawiającego w SWZ do osobistego wykonania przez wykonawcę stanowi naruszenie Pzp.

Dalsza część uzasadnienia odwołań dotyczyła abstrakcyjnego wyznaczenia limitu Kluczowych Zadań jakie mogą zostać wykonane przez podwykonawcę lub podmiot udostępniający zdolności.

Reasumując, w ocenie odwołującego, zastrzeżenie przez zamawiającego obowiązku osobistego wykonania Kluczowych Zadań przez wykonawcę, o treści takiej jak określona w pkt 6.6 oraz 12.1 IDW, narusza art. 121 pkt 1 Pzp w związku z art. 16 pkt 1 Pzp.

Po pierwsze, zastrzeżenie tego rodzaju postanowienia w SWZ ogranicza swobodę wykonawcy w zakresie wyboru części zamówienia jaka może zostać powierzona podmiotom trzecim. W efekcie, ograniczeniu ulega też krąg podmiotów mogących wziąć udział w postępowaniu i uczestniczyć w wykonaniu zamówienia. Nie ma więc wątpliwości, że bezpośrednim skutkiem przedmiotowego zastrzeżenia jest ograniczenie konkurencji w postępowaniu 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. Tak daleko idące negatywne skutki dla konkurencyjności postępowania stanowi naruszenie art. 16 pkt 1 Pzp, który nakazuje zamawiającemu przygotowanie i prowadzenie postępowań w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Po drugie, prace określone przez zamawiającego w pkt. 6.6 IDW nie spełniają kryteriów do uznania ich za kluczowe w rozumieniu art. 121 pkt 1 Pzp. W tym względzie wykonanie nawierzchni trasy głównej oraz pozostałych warstw konstrukcji nawierzchni nie może być uznane za najważniejszy element budowy obwodnicy. Dodatkowo, SWZ nie zawiera żadnych argumentów, które wskazywałyby, że akurat tego rodzaju prace mają największe znaczenie dla zamawiającego w konkretnych okolicznościach przedmiotowego zamówienia. Nie budzi też żadnych wątpliwości, że roboty zdefiniowane w IDW jako Kluczowe Zadania 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.

Jeśli chodzi o zarzut przygotowania przez zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, odwołujący wyjaśnił, że postanowienia SWZ, w tym w szczególności dotyczące przedmiotu zamówienia, nie mogą prowadzić do naruszenia zasad uczciwej konkurencji w postępowaniu oraz zawierać wymogów nieuzasadnionych rzeczywistymi potrzebami zamawiającego. W tym względzie, z orzecznictwa KIO wynika, że, co prawda, 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 Pzp, 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.

Odwołujący wskazał, że zamawiający nie przedstawił w SWZ żadnych racjonalnych i przekonujących wyjaśnień uzasadniających, że tego rodzaju zastrzeżenie osobistego wykonania Kluczowych Zadań przez wykonawcę jest konieczne do zaspokojenia racjonalnych i obiektywnych potrzeb zamawiającego. Co więcej, 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. Uwzględniając powyższe okoliczności, zdaniem

odwołującego, nie ma wątpliwości, że zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób ograniczający możliwość złożenia ofert przez dużą część wykonawców zainteresowanych udziałem w obu postępowaniach oraz istotnie zawęził możliwość realizacji części zamówienia przez mniejszych podwykonawców oraz podmioty udostępniające zdolności techniczne i kwalifikacje zawodowe. Biorąc pod uwagę orzecznictwo KIO, zgodnie z którym, [...] *zasada uczciwej konkurencji oznacza konieczność zapewnienia w postępowaniu warunków nieskrępowanego, niezakłóconego konkurowania*, nie sposób zakwestionować twierdzenia, że sposób opisu zamówienia dokonany przez zamawiającego w SWZ utrudnia uczciwą konkurencję. Tym samym, w ocenie odwołującego, zamawiający przygotowując opis zamówienia w SWZ w ten sposób, że zastrzegł w pkt 6.6 oraz 12.1 IDW obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę Kluczowych Zadań, które to zastrzeżenie w sposób nieracjonalny i nieuzasadniony obiektywnymi potrzebami zamawiającego ogranicza możliwość złożenia ofert w obu postępowaniach, rażąco naruszył dyspozycję art. 99 ust. 4 w związku z art. 16 pkt 1 Pzp.

W podsumowaniu obu uzasadnień odwołujący nadmienił, że problematyka przedstawiona w odwołaniach, na gruncie tożsamego stanu faktycznego, była już przedmiotem rozważań Krajowej Izby Odwoławczej. Odwołujący wyjaśnił, że w wyroku z dnia 5 lipca 2021, orzekając w połączonych sprawach o sygnaturze 1381/21 oraz 1388/21 KIO w całości podzieliła jego poglądy, stwierdzając między innymi, iż Izba podziela pogląd zawarty w wyroku z 12 stycznia 2021 r, w sprawie o sygn. akt KIO 3321/20. KIO stwierdziła również iż roboty dotyczące zastrzeżone przez zamawiającego jako kluczowe nie są skomplikowane, ani wysoce specjalistyczne. Przeciwnie, należy uznać, że mają one charakter powtarzalny i powszechny. Wiedza posiadana przez skład orzekający z urzędu oraz doświadczenie życiowe skłania do przekonania, że trudniejsze projektowo i konstrukcyjnie oraz rzadziej zamawiane są obiekty mostowe, które nie zostały zastrzeżone przez zamawiającego. O braku szczególnego charakteru prac dotyczących nawierzchni trasy głównej oraz pozostałych warstw konstrukcji nawierzchni świadczą również warunki udziału w postępowaniu opisane przez zamawiającego. Zamawiający w żadnym z nich nie wymagał kompetencji w wykonaniu prac, które zastrzegł jako kluczowe. Podsumowując, zastrzeżenia osobistego wykonania przez wykonawcę Kluczowych Zadań zawarte w pkt. 6.6 oraz 12.1 IDW powinny zostać usunięte w SWZ, zaś pkt. 11.1 IDW powinien zostać zmodyfikowany w zakresie w jakim odnosi się do punktu 6.6 IDW, aby zagwarantować przeprowadzenie postępowania w sposób proporcjonalny oraz zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego w obu sprawach po stronie odwołującego zgłosił wykonawca Polimex Infrastruktura Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

W dniu 7 października 2021 r. zamawiający złożył odpowiedzi na odwołania w obu sprawach. W obu złożonych odpowiedziach na odwołania zamawiający wniósł o:

- umorzenie postępowania odwoławczego ponieważ dalsze postępowanie stało się zbędne, z powodu zmodyfikowania przez zamawiającego treści SWZ w postępowaniach; ewentualnie
- oddalenie odwołań w całości, jako całkowicie bezzasadnych;
- obciążenie kosztami postępowania odwoławczego odwołującego;
- zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego, w tym zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego (wynagrodzenie pełnomocnika) w kwocie 3 600 PLN.

W uzasadnieniu odpowiedzi na odwołania zamawiający w pierwszej kolejności opisał okoliczności związane z wniesieniem obu odwołań tj. podał treść zarzutów i żądań oraz krótko przytoczył argumentację odwołującego.

W dalszej kolejności zamawiający wskazał w jaki sposób dokonał modyfikacje treści SWZ w obu postępowaniach. Zamawiający opisał w jaki sposób dokonał modyfikacji w sekcji numer: II.1.4 oraz II.2.4 ogłoszenia o zamówieniu, pkt 6.6 IDW oraz treść Subklauzuli 4.1 [Ogólne zobowiązania Wykonawcy] Danych kontraktowych , a także sekcji nr IV.2.2, IV.2.6 i IV.2.7 ogłoszenia o zamówieniu.

W tym zakresie zamawiający wyjaśnił, że intencją wprowadzonych przez niego zmian SWZ było, aby roboty budowlane polegające na wykonaniu nawierzchni trasy głównej, łącznie z wytworzeniem i wbudowaniem oraz wykonaniem pozostałych warstw konstrukcji nawierzchni powyżej gruntu rodzimego (wykop) lub nasypowego (nasyp), były wykonane w całości przez wykonawcę składającego ofertę w postępowaniu. W ocenie zamawiającego bowiem, wykonanie nawierzchni trasy głównej stanowi kluczową część zamówienia zarówno pod względem ilościowym, pod względem stopnia skomplikowania, a przede wszystkim pod względem jakościowym. Mając na uwadze powyższe, zamawiający uznał, że postępowanie odwoławcze w obu sprawach powinno zostać umorzone, ponieważ na dzień wyrokowania przez KIO z obrotu prawnego wyeliminowano zapisy SWZ objęte Odwołaniem. Kontynuowanie postępowania odwoławczego w tym zakresie należy zatem uznać za zbędne w rozumieniu art. 568 pkt 2 Pzp.

W ostatniej części odpowiedzi na odwołania zamawiający odniósł się do zastrzeżenia obowiązku osobistego wykonania kluczowych zadań. W tym zakresie zamawiający wskazał, że w inwestycjach drogowych realizowanych przez niego, także w przedmiotowych zadaniach, konstrukcja trasy głównej (tj. wykonanie poszczególnych warstw wraz z nawierzchnią) jest centralną, najistotniejszą częścią udzielanych zamówień i jako taka może stać się przedmiotem zastrzeżenia kluczowego zadania. Warstwy konstrukcyjne oraz nawierzchnia trasy głównej (gdzie przenoszony jest największy ruch w tym ruch pojazdów

ciężkich), są najbardziej kluczowym zadaniem jakie należy wykonać realizując inwestycję drogową na drodze klasy ekspresowej lub autostradzie. Są najistotniejszym elementem całej inwestycji, jaką jest budowa danej drogi. Poprawność wykonania tak zdefiniowanego kluczowego zadania rzutuje w sposób bezpośredni na trwałość całości konstrukcji w tym także w okresie po upływie okresu gwarancji jakości, bezpieczeństwo ruchu drogowego, efektywne i racjonalne wykorzystywanie środków publicznych, w tym środków pochodzących z dofinansowania Unii Europejskiej. Wymagania technologiczne i techniczne dotyczące realizacji robót konstrukcyjnych nawierzchni dróg ekspresowych sprawiają, że mają one charakter skomplikowanych i wymagających dużego doświadczenia przy ich wykonywaniu. Roboty te wymagają szczególnej dbałości o jakość, co wynika m.in. z oczekiwania długotrwałości konstrukcji jezdni (dla drogi klasy A i S konstrukcja projektowana jest na 30 lat). Aby móc to osiągnąć należy zadbać o optymalne rozwiązania technologiczne i organizacyjne. Wymaga to dużej wiedzy inżynierskiej dla zapewnienia sprawnego przebiegu procesów technologicznych związanych z zapewnieniem ciągłości pracy ludzi, zestawów maszyn, transportu. Wymusza to podejmowanie szeregu szybkich decyzji logistycznych, zapewniających pełny fronty robót i ich najwyższą jakość. Ponadto zamawiający podkreślił, że 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 z koniecznością zachowania wysokiego reżimu technologicznego, materiałów, czy wykorzystywanego sprzętu, dlatego też koniecznym jest ciągły nadzór po stronie wykonawcy nad jakością robót jak i wbudowywanych w konstrukcje nawierzchni materiałów. Mając na względzie, że roboty nawierzchniowe prowadzone są w sposób ciągły przy zachowaniu reżimów technologicznych powoduje to, że ich wymiar i wpływ na ścieżkę krytyczną harmonogramu przedsięwzięcia jest najistotniejszy. Biorąc to wszystko pod uwagę ciężko nie uznać, że roboty związane z wykonaniem konstrukcji nawierzchni nie są kluczowe i nie najważniejsze w realizacji budowy drogi ekspresowej. Powyższe roboty mają również istotny 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. Drogi klasy A i S prowadzą ruch, w tym ruch ciężarowy o najwyższych obciążeniach i najwyższej intensywności nieporównywalny z innymi drogami. Jakiegokolwiek 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 (nie mylić z warstwą ścierną nawierzchni) pod takimi obciążeniami musi pracować bezawaryjnie 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 30-letnią 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. Tym samym dla budowy drogi krajowej konstrukcja oraz nawierzchnia są zawsze elementami o identycznym stopniu istotności. Także zakres robót związany z osobistym wykonaniem kluczowej części zamówienia w zakresie ułożenia konstrukcji z mieszanki mineralno-bitumicznej w ocenie zamawiającego jest skomplikowany oraz wysoko specjalistyczny. Aby wykonać takie roboty wykonawca powinien posiadać odpowiedni park maszynowy wraz ze specjalistycznymi maszynami i urządzeniami, tj. rozścielacz, walce gumowe, walce stalowa oraz system monitorujący układanie warstw z odpowiednią grubością danej warstwy. Prawidłowe wykonanie powyższych prac wpływa na uzyskanie optymalnych wyników określonych w SST, stanowiących część dokumentacji przetargowej. Wykonanie przez wykonawcę warstw bitumicznych wiąże się oprócz wykonania nawierzchni również z wytworzeniem samej mieszanki mineralno-asfaltowej. W tym celu wykonawca powinien legitymować się własną wytwórnią mas bitumicznych, postawioną na placu budowy, co pozwala na ewentualną sprawną zmianę parametrów wytwarzanej mieszanki oraz dowóz mieszanki na plac budowy w optymalnej dla niej temperaturze oraz czasie. Wytwarzanie mieszanki mineralno-bitumicznej poza placem budowy zlecane podwykonawcy najczęściej stanowi zasadniczą przyczynę niedotrzymania parametrów mieszanki, podobnie jak i przestoje na trasie podczas jej transportu. Poza tym, roboty polegająca na ułożeniu mieszanki mineralno-asfaltowej to ostatnie roboty, jakie należy wykonać na placu budowy. Nieprawidłowe ułożenie warstw lub nieosiągnięcie zakładanych parametrów z jakichkolwiek innych przyczyn wiąże się z dodatkowymi robotami polegającymi na konieczności frezowania nawierzchni. Poza tym, ten zakres robót budowlanych jest wysoce kosztowny. Opóźnienie na tym etapie robót ma również kluczowe znaczenie dla dotrzymania czasu na ukończenia inwestycji, a tym samym oddanie drogi do ruchu, ponieważ opóźnienie wpływa również na ostatni zakres prac związany z malowaniem oznakowania poziomego. Dodatkowo, wybór wykonawcy zdolnego do samodzielnego wykonania kluczowych zadań daje zamawiającemu znacznie większą gwarancję, że w toku postępowania przetargowego zostanie wyłoniony podmiot posiadający odpowiednie zaplecze, dający gwarancję należytego wykonania umowy w tym kluczowych

zadań, podmiot o ustabilizowanej pozycji rynkowej. Wskazanie kluczowych zadań do osobistego wykonania zapewnia udział w postępowaniu przetargowym wykonawców, którzy posiadają w odpowiednie zaplecze kadrowo-sprzętowe, technologiczne oraz know-how pozwalające na sprawną i zgodną z kontraktem realizację zamówienia.

W ocenie zamawiającego odwołujący niezasadnie ograniczył kluczowy element robót do elementów specjalistycznych. Przy robotach wysoce specjalistycznych wręcz pożądane jest powierzenie 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. Zamawiający w zakresie „kluczowego zadania” nie wymaga od wykonawcy wysoko specjalistycznej wiedzy niedostępnej dla doświadczonego w robotach nawierzchniowych wykonawcy, posiadania wysokiego technicznego zaawansowania technologii budowy konstrukcji nawierzchni, ponieważ technologia dla dróg ekspresowych jest ściśle określona w dokumentach postępowania oraz nie wymaga, aby wykonawca był wąsko specjalizującym się wykonawcą konstrukcji nawierzchni. Wykonawca winien posiadać określone w SWZ doświadczenie. Istotą jest, aby przy posiadanym przez siebie potencjale ekonomicznym, finansowym, kadrowym i sprzętowym był zdolny do osobistego wykonania kluczowego zadania jakim jest wykonanie konstrukcji nawierzchni.

W ocenie zamawiającego nie sposób podzielić poglądu odwołującego, zgodnie z którym zaprojektowanie i wykonanie robót ziemnych ma bardziej istotne znaczenie niż wykonanie nawierzchni. W opinii zamawiającego są to elementy równie istotne, wzajemnie powiązane i nieuprawnionym jest dokonywanie podziału zaprezentowanego w odwołaniu. 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, a docelowo i jeden z istotniejszych w tej części Europy musi gwarantować najwyższą jakość wykonania. To parametry nawierzchni mają kluczowe znaczenia dla bezpieczeństwa (parametr szorstkości nawierzchni) czy komfortu jazdy (równość poprzeczna i podłużna). Zamawiający wyjaśnił, że z jego doświadczeń opartych na statystykach wynika, że z pośród zadań realizowanych na drogach krajowych, gdzie nie zostało dokonane zastrzeżenie kluczowych zadań, tj. wykonanie konstrukcji nawierzchni, a więc tam gdzie nie było rygoru 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, w tym jako roboty o znacznej wartości w odniesieniu do całości zadania, gdzie przy zleceniu wykonania tych robót podwykonawcy narażałoby ich na ryzyko poniesienia

dodatkowych kosztów związanych z frezowaniem i układaniem nowych warstw konstrukcji nawierzchni, a tym samym na ryzyko niedotrzymania czasu na ukończenie.

Zdaniem zamawiającego zastrzeżenie kluczowego zadania w przedmiotowym zamówieniu nie naruszało, także zasady równego traktowania wykonawców oraz nie ograniczało konkurencji, co koreluje z dyrektywami płynącymi z przepisów Pzp oraz orzecznictwa KIO. Zastrzeżenie kluczowego zadania do wykonania w obu postępowaniach nie pozbawia wykonawców uprawnienia do wzięcia udziału w postępowaniu jako wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia. Zgodnie z art. 462 ust. 1 Pzp wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy. W myśl natomiast art. 99 ust. 4 Pzp przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów. Pomimo stosowania od 2017 r. zastrzeżenia osobistego wykonania, zamówienia udzielane przez GDDKiA niezmiennie cechuje wysoka konkurencyjność postępowań. W postępowaniach GDDKiA na roboty budowlane wpływa średnio 7 ofert (7,1 w 2019 r.), co znacząco przewyższa dane ogólnopolskie przekazywane przez Prezesa UZP w Sprawozdaniu o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych (średnia liczba ofert składanych w postępowaniach o zamówienia publiczne w 2019 r. to 2,42). Dla budowy drogi krajowej klasy S, jakość wykonania nawierzchni drogi stanowi bez wątpienia istotny element kluczowy. Zamawiający określając zakres osobistego wykonania przez wykonawcę nawierzchni trasy głównej, łącznie z wytworzeniem i wbudowaniem oraz wykonanie pozostałych warstw konstrukcji nawierzchni powyżej gruntu rodzimego (wykop) lub nasypowego (nasyp), dążył więc do uniknięcia sytuacji, w której to niedoświadczony, nieposiadający odpowiedniego zaplecza technicznego, logistycznego i kadrowego oraz przede wszystkim zweryfikowanego doświadczenia do realizacji inwestycji podmiot, podejmie się realizacji kluczowych elementów zamówienia, które w przedmiotowym przypadku realizowane będą w najwyższych standardach jakościowych. Należy przy tym wskazać, że wykonawca, który samodzielnie nie jest w stanie wykonać wskazanego przez zamawiającego w SWZ zakresu zamówienia, na gruncie przepisów Pzp jest uprawniony do nawiązania współpracy z innym podmiotem w ramach konsorcjum, co umożliwi spełnienie warunków stawianych przez zamawiającego w postępowaniu.

Ponadto zamawiający wskazał, 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, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, m.in. 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 m.in. wskazać osobę proponowaną do pełnienia funkcji kierownik 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: (i) kierownika budowy; lub (ii) kierownika robót drogowych dla odcinka o długości min. 4 km.; lub (iii) 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 (iv) inżyniera kontraktu; lub (v) inżyniera rezydenta. Tym samym, powyższych wymagań nie spełniają przedsiębiorcy działający na rynkach lokalnych i wykonujący roboty drogowe na drogach gminnych, powiatowych czy wojewódzkich. Podkreślić bowiem należy, iż wymagania dotyczące wykonania nawierzchni na drogach niższej kategorii niż GP są zdecydowanie niższe. Drogi klasy GP mogą należeć co do zasady do kategorii dróg krajowych lub dróg wojewódzkich. Odcinki wykonywanych robót budowlanych na drogach ekspresowych kilometrażowo są zdecydowanie dłuższe niż w przypadku inwestycji na drogach innych zarządców. Dlatego też, zdaniem zamawiającego wybór wykonawcy zdolnego do samodzielnego wykonania kluczowych zadań w nin. postępowaniu (którego doświadczenie w tym zakresie jest badane przez zamawiającego w toku weryfikacji spełniania warunków udziału w postępowaniu), umożliwi 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 tegoż ważnego dla inwestycji szczególnego elementu, a w konsekwencji również całego przedmiotu zamówienia, z należytą starannością oraz w wyznaczonych przez zamawiającego terminach, ważnych dla strategii polityki transportowej i komunikacyjnej Państwa.

W ocenie zamawiającego, odwołujący nie przedstawił również żadnych dowodów na poparcie swoich stwierdzeń jakoby prace dotyczące wykonania nawierzchni trasy głównej, w tym nawierzchni bitumicznej, były pracami standardowymi. W treści odwołania próżno szukać rzeczowego, merytorycznego wywodu. Odwołujący w zasadzie koncentruje się tylko na przywoływaniu orzeczeń KIO zapadłych w innych stanach faktycznych.

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

Izba uznała, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia w obu postępowaniach oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołań, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp. Ponadto Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem któregośkolwiek z odwołań na podstawie art. 528 Pzp i skierowała oba odwołania na rozprawę w zakresie podniesionych zarzutów.

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 525 ust. 1-3 Pzp, Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonych przystąpień przez wykonawcę Polimex Infrastruktura Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwanego dalej: „przystępującym”), do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego w obu sprawach. W związku z tym ww. wykonawca stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Zamawiający wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego z uwagi na to, że dalsze postępowanie stało się zbędne z powodu zmodyfikowania przez zamawiającego treści SWZ w obu postępowaniach. Na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron pełnomocnik odwołującego oświadczył, że zgadza się ze stanowiskiem zamawiającego, iż dalsze postępowanie w obu sprawach stało się zbędne z powodu zmodyfikowania przez zamawiającego treści SWZ. Ponadto odwołujący wyjaśnił, że zamawiający zmodyfikował postanowienia SWZ w sposób niezgodny z żądaniami wynikającymi z odwołań. Tym samym odwołujący stwierdził, że w przypadku nieuwzględnienia stanowiska o zbędności postępowania odwoławczego w obu sprawach, podtrzymuje zarzuty obu odwołań.

Izba nie uwzględniła powyższego wniosku stron co oznaczało, że nie znalazła podstaw do umorzenia postępowania z uwagi na to, że jego dalsze prowadzenie stało się zbędne. Zgodnie z treścią art. 568 pkt 2 Pzp Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne. Przedmiotowa przesłanka stanowi swoiste *novum* na gruncie Pzp i została wprowadzona nowelizacją, która weszła w życie od 1 stycznia 2021 r., przez co nie doczekała się ona zbyt rozbudowanego orzecznictwa. Jednakże mając na uwadze założenie o spójności i zupełności przepisów Pzp w zakresie umorzenia postępowania odwoławczego, w ocenie składu orzekającego, przesłankę zawartą w ww. przepisie należy traktować jako sytuację wyjątkową, która powinna być stosowana w szczególnych przypadkach i taki przypadek nie zaistniał w przedmiotowej sprawie. Ponadto przyczyna powodująca zbędność postępowania odwoławczego powinna być bezdyskusyjna i niewątpliwa. Co prawda stanowiska stron co do umorzenia postępowania z uwagi na to, że

jego dalsze prowadzenie stało się zbędne były zgodne, niemniej jednak skład orzekający w niniejszej sprawie uznał, że nie można było poprzestać wyłącznie na tym stwierdzeniu, ponieważ należało wziąć pod uwagę całość okoliczności składających się na przedmiotową kwestię. Założenie to wynika z treści przepisu art. 568 pkt 2 Pzp, która nie odwołuje się do zgodnego stanowiska stron w zakresie zbędności postępowania, ale narzuca na Izbę obowiązek wszechstronnego rozważenia stanu faktycznego sprawy, tak aby mogła ona stwierdzić, że rzeczywiście dalsze postępowanie stało się zbędne.

W tym kontekście Izba w pierwszej kolejności zauważyła, że odwołujący mimo tego, że zgodził się z zamawiającym co do umorzenia postępowania ze względu na to, że jego dalsze prowadzenie stało się zbędne, to jednocześnie podkreślił, że zamawiający zmodyfikował postanowienia SWZ w sposób niezgodny z żądaniami wynikającymi z odwołań. Okoliczność ta wywołała u składu orzekającego uzasadnione wątpliwości co do tego, że jego dalsze prowadzenie stało się zbędne i pozwoliła przypuszczać, że spór co do kwestionowanych w odwołaniach postanowień SWZ w dalszym ciągu istnieje pomiędzy stronami. Z tych względów nie było podstaw do umorzenia postępowania na podstawie art. 568 pkt 2 Pzp.

Ponadto należy dodać, że wskazane powyżej wątpliwości znalazły potwierdzenie niezwłocznie po oddaleniu przez Izbę wniosku o umorzenie postępowania ze względu na to, że jego dalsze prowadzenie stało się zbędne, ponieważ strony kontynuowały spór i dążyły do jego merytorycznego rozpoznania, co ostatecznie potwierdziło słuszność podjętej decyzji.

Izba dopuściła w niniejszych sprawach dowody z:

- 1) dokumentację w obu sprawach przekazaną w postaci elektronicznej, zapisaną na płytach DVD, przesłaną do akt sprawy przez zamawiającego w dniu 22 września 2021 r., w tym w szczególności:
 - specyfikacje warunków zamówienia (zwaną dalej nadal: „SWZ”) wraz z załącznikami w tym szczególnie Instrukcję dla wykonawców (zwaną dalej nadal: „IDW”);
 - ogłoszenia o zamówieniu;
- 2) załączone do obu odwołań:
 - prezentację pt.: *Zmiany, nowości i wzajemne oczekiwania* z dnia 10 marca 2021 r. (17 slajdów);
 - wyciąg ze Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia dla postępowania pn. „Projekt i budowa obwodnicy Niemodlina w ciągu drogi krajowej nr 46”;
 - wyciąg ze SWZ dla postępowania pn. „Projekt i budowa obwodnicy Kołbieli w ciągu drogi krajowej nr 50”;
- 3) załączone do odpowiedzi na odwołanie w sprawie KIO 2733/21;
 - sprostowanie ogłoszenia o zamówieniu z dnia 6 października 2021 r.;
 - zmianę SWZ z dnia 6 października 2021 r.;

- zmianę SWZ z dnia 7 października 2021 r.;

4) załączone do odpowiedzi na odwołanie w sprawie KIO 2736/21:

- sprostowanie ogłoszenia o zamówieniu z dnia 6 października 2021 r.;

- zmianę SWZ z dnia 6 października 2021 r.;

- zmianę SWZ z dnia 7 października 2021 r.

Izba ustaliła co następuje

W postępowaniu I zamawiający w sekcji II.1.4 ogłoszenia o zamówieniu wskazał – *Przedmiotem zamówienia jest: Budowa drogi S6 Koszalin – Słupsk, Odcinek 1, Koniec obwodnicy Koszalina i Sianowa /bez w. "Sianów Wschód"/ - początek obwodnicy m. Sławno /z w. "Bobrowice"/.*

W ramach przedmiotowego zamówienia Wykonawca będzie zobowiązany do wykonania usług projektowych, robót budowlanych oraz uzyskania decyzji o pozwoleniu na użytkowanie.

W sekcji II.2.4 ogłoszenia o zamówieniu postępowania I zamawiający opisał zamówienie w następujący sposób:

Nie ograniczając się do niżej wymienionych Robót, lecz zgodnie z wszystkimi innymi wymaganiami określonymi w PFU i wynikającymi z obowiązującego prawa, w ramach Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej wykonawca zaprojektuje i wykona w szczególności następujące Roboty:

-budowę drogi ekspresowej S-6 od km 165+300,00 do km 470,29 (kilometracja wg opracowanego PB), z uwzględnieniem zakresu niezbędnego dowiązania do odcinków dróg sąsiadujących istniejących i projektowanych,

-węzły drogowe: km 169+051,50 węzeł „Kawno” (typu WB), km 176+589,55 węzeł „Malechowo” (typu WA), km 181+867,57 węzeł „Karwice” (typu WB), km 187+108,18 węzeł „Bobrowice” (typu WB),

-Miejsca Obsługi Podróżnych (MOP): MOP II „Karwice północ” i MOP II „Karwice południe” km 183+50,

-Obwód Drogowy (OD) przy węźle „Bobrowice z budynkiem administracyjno-socjalnymi budynkami towarzyszącymi strefy technicznej i magazynowej,

-w celu zapewnienia ciągłości przejazdu przebudowę istniejących dróg w zakresie kolizji z drogą ekspresową, w tym także w zakresie istniejącej drogi krajowej nr 6,

-budowę dróg innych niż droga ekspresowa w tym zmiana przebiegu istniejących dróg, w celu przywrócenia naruszonych połączeń drogowych lub zapewnienia dojazdu do nieruchomości,

-budowę dodatkowych jezdni, zlokalizowanych w pasie drogowym drogi ekspresowej,

-budowę i przebudowę infrastruktury dla pieszych i rowerzystów,

-w przypadku skrzyżowania drogi krajowej z linią kolejową - skrzyżowania należy wykonać zgodnie z obowiązującym rozporządzeniem w sprawie warunków technicznych jakim powinny odpowiadać skrzyżowania linii kolejowych oraz bocznic kolejowych z drogami i ich usytuowanie [6],

-przejazdy awaryjne oraz wjazdy awaryjne na drogę ekspresową,

-utwardzenie terenu na potrzeby utrzymania,

-obiekty inżynierskie w ciągu drogi ekspresowej i w ciągu dróg krzyżujących się z drogą ekspresową,

-system odwodnienia terenu, w tym urządzenia odwadniające korpus drogowy: rowy drogowe, kanalizację deszczową, urządzenia podczyszczające, zbiorniki retencyjne, retencyjno-infiltracyjne i inne,

-urządzenia ochrony środowiska, w szczególności: zabezpieczenia akustyczne, przejścia dla zwierząt, przepusty ekologiczne wraz z ogrodzeniem ochronno–naprowadzającym, zieleń i ogrodzenie drogi ekspresowej, ekrany przeciwoślnościowe,

-infrastrukturę dla potrzeb obiektów przy drodze ekspresowej zlokalizowanych w ciągu drogi ekspresowej w tym: sieci energetyczne zasilające i oświetleniowe, sieci wodociągowe, sieci i urządzenia oczyszczające ścieki, kanalizację deszczową wraz z urządzeniami podczyszczającymi i inne,

-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,

-wyburzenia budynków i obiektów budowlanych, rozbiórkę elementów dróg, przepustów i innych,

-sieć teletechniczną na potrzeby Zamawiającego,

-oświetlenie drogowe,

-organizację ruchu i urządzenia bezpieczeństwa ruchu drogowego

-oczyszczenie i udroźnienie istniejących urządzeń melioracyjnych i odbiorników w zakresie zapewniającym skuteczne odprowadzenie wody z pasa drogowego,

-po zakończeniu Robót wykonać pełną rekultywację terenów zajętych przez zaplecza techniczne i socjalne, Plac Budowy, drogi tymczasowe – wykonane na potrzeby Wykonawcy i budowy oraz wszelkich innych terenów przekształconych przez Wykonawcę,

-wykonanie napraw w zakresie przywrócenia dróg, nieruchomości użytkowanych przez Wykonawcę, lub budynków uszkodzonych w skutek działań Wykonawcy do stanu technicznego nie gorszego niż przed rozpoczęciem budowy,

-wszelkie Roboty wynikające z konieczności podłączenia odcinka do istniejącego układu komunikacyjnego wraz z jego ewentualną przebudową i zmianą organizacji ruchu wynikającą z przyjętych rozwiązań,

-System Zarządzania Ruchem,

--wzmocnienie podłoża gruntowego i i zapewnienie stateczności skarp wykopów i nasypów.

W zakresie warunków udziału w postępowaniu konieczne jest wykazanie przez wykonawcę odpowiednich zdolności technicznych i kwalifikacji zawodowych. W tym względzie wykonawca musi (pkt 8.2.4.1., 8.2.4.2. i 8.2.4.3. IDW):

1. Wykonawca musi 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 200 000 000,00 PLN netto,

b) budowy lub przebudowy 2 obiektów mostowych 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. Wykonawca musi wskazać osobę, która będzie uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, legitymującą się kwalifikacjami zawodowymi i doświadczeniem odpowiednimi do funkcji, jaka zostanie jej powierzona. Wykonawca, na funkcję wymienioną poniżej, wskaże osobę, którą musi mieć dostępną na etapie realizacji zamówienia, spełniającą następujące wymagania:

a) osoba proponowana do pełnienia funkcji Kierownik Budowy wymagana liczba osób: 1
Doświadczenie zawodowe: Minimum 12 miesięcy doświadczenia w okresie trwania robót budowlanych 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 oraz długości całkowitej obiektu co najmniej 50 m mierzonej pomiędzy skrajnymi dylatacjami obiektu lub Inżyniera Kontraktu lub Inżyniera Rezydenta.

3. Wykonawca musi mieć dostępne na etapie realizacji zamówienia następujące narzędzia, wyposażenie zakładu i urządzenia techniczne spełniające określone poniżej wymagania:

a) wytwórnia mieszanek mineralno-asfaltowych (stacjonarna lub mobilna) o wydajności min 240 Mg/h: minimalna ilość - 1 szt.

b) węzeł betoniarski (stacjonarny lub mobilny) o wydajności min. 30 m³/h, min. ilość 1 szt. + węzeł zapasowy w promieniu 50 km - 1 szt. Należy zapewnić ciągłość betonowania

c) układarka do układania nawierzchni o szerokości układania nie mniejszej niż 10,5 m - minimalna ilość - 2 szt.

W przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, spełnianie warunków wykonawcy wykazują łącznie.

W postępowaniu II zamawiający w sekcji II.1.4 ogłoszenia o zamówieniu wskazał – *Przedmiotem zamówienia jest: Budowa drogi S6 Koszalin – Słupsk, Odcinek 2, Budowa obwodnicy Sławna w ciągu S6 (początek obwodnicy m. Sławno /bez w. "Bobrowice" - początek obwodnicy w. Słupsk /bez w. "Słupsk Zachód".*

W ramach przedmiotowego zamówienia Wykonawca będzie zobowiązany do wykonania usług projektowych, robót budowlanych oraz uzyskania decyzji o pozwoleniu na użytkowanie.

W sekcji II.2.4 ogłoszenia o zamówieniu postępowania II zamawiający opisał zamówienie w następujący sposób:

Nie ograniczając się do niżej wymienionych Robót, lecz zgodnie z wszystkimi innymi wymaganiami określonymi w PFU i wynikającymi z obowiązującego prawa, w ramach Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej wykonawca zaprojektuje i wykona w szczególności następujące Roboty:

-budowę drogi ekspresowej S-6 od km 188+470,29 do km 211+361,52 (kilometracja wg opracowanego PB), z uwzględnieniem zakresu niezbędnego dowiązania do odcinków dróg sąsiadujących istniejących i projektowanych,

-węzły drogowe: km 191+264,96 węzeł „Sławno” (typu WB), km 195+189,31 węzeł „Warszkowo” (typu WB), km 199+193,34 węzeł „Wrześnica” (typu WB), km 206+627,62 węzeł „Sycevice” (typu WB),

-w celu zapewnienia ciągłości przejazdu przebudowę istniejących dróg w zakresie kolizji z drogą ekspresową, w tym także w zakresie istniejącej drogi krajowej nr 6,

-budowę dróg innych niż droga ekspresowa w tym zmiana przebiegu istniejących dróg, w celu przywrócenia naruszonych połączeń drogowych lub zapewnienia dojazdu do nieruchomości,

-budowę dodatkowych jezdni, zlokalizowanych w pasie drogowym drogi ekspresowej,

-budowę i przebudowę infrastruktury dla pieszych i rowerzystów,

-w przypadku skrzyżowania drogi krajowej z linią kolejową - skrzyżowania należy wykonać zgodnie z obowiązującym rozporządzeniem w sprawie warunków technicznych jakim powinny odpowiadać skrzyżowania linii kolejowych oraz bocznic kolejowych z drogami i ich usytuowanie,

-przejazdy awaryjne oraz wjazdy awaryjne na drogę ekspresową,

-utwardzenie terenu na potrzeby utrzymania,

-obiekty inżynierskie w ciągu drogi ekspresowej i w ciągu dróg krzyżujących się z drogą ekspresową,

-system odwodnienia terenu, w tym urządzenia odwadniające korpus drogowy: rowy drogowe, kanalizację deszczową, urządzenia podczyszczające, zbiorniki retencyjne, retencyjno-infiltracyjne i inne,

-urządzenia ochrony środowiska, w szczególności: zabezpieczenia akustyczne, przejścia dla zwierząt, przepusty ekologiczne wraz z ogrodzeniem ochronno–naprowadzającym, zieleń i ogrodzenie drogi ekspresowej, ekrany przeciwośluniowe,

-infrastrukturę dla potrzeb obiektów przy drodze ekspresowej zlokalizowanych w ciągu drogi ekspresowej w tym: sieci energetyczne zasilające i oświetleniowe, sieci wodociągowe, sieci i urządzenia oczyszczające ścieki, kanalizację deszczową wraz z urządzeniami podczyszczającymi i inne,

-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,

-wyburzenia budynków i obiektów budowlanych, rozbiórkę elementów dróg, przepustów i innych,

-sieć teletechniczną na potrzeby Zamawiającego,

-oświetlenie drogowe,

-organizację ruchu i urządzenia bezpieczeństwa ruchu drogowego

-oczyszczenie i udroźnienie istniejących urządzeń melioracyjnych i odbiorników w zakresie zapewniającym skuteczne odprowadzenie wody z pasa drogowego,

-po zakończeniu Robót wykonać pełną rekultywację terenów zajętych przez zaplecza techniczne i socjalne, Plac Budowy, drogi tymczasowe – wykonane na potrzeby Wykonawcy i budowy oraz wszelkich innych terenów przekształconych przez Wykonawcę,

-wykonanie napraw w zakresie przywrócenia dróg, nieruchomości użytkowanych przez Wykonawcę, lub budynków uszkodzonych w skutek działań Wykonawcy do stanu technicznego nie gorszego niż przed rozpoczęciem budowy,

-wszelkie Roboty wynikające z konieczności podłączenia odcinka do istniejącego układu komunikacyjnego wraz z jego ewentualną przebudową i zmianą organizacji ruchu wynikającą z przyjętych rozwiązań,

-System Zarządzania Ruchem,

-wzmocnienie podłoża gruntowego i zapewnienie stateczności skarp wykopów i nasypów w zakresie dostosowanym do warunków gruntowo-wodnych.

W zakresie warunków udziału w postępowaniu II konieczne jest wykazanie przez wykonawcę odpowiednich zdolności technicznych i kwalifikacji zawodowych. W tym względzie wykonawca musi (pkt 8.2.4.1., 8.2.4.2. i 8.2.4.3. IDW):

1. Wykonawca musi 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 200 000 000,00 PLN netto,

b) budowy lub przebudowy 3 obiektów mostowych 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.

d) budowy lub przebudowy 1 obiektu mostowego o obciążeniu dla klasy A lub klasy I i rozpiętości teoretycznej przęsła co najmniej 50 m.

2. Wykonawca musi wskazać osobę, która będzie uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, legitymującą się kwalifikacjami zawodowymi i doświadczeniem odpowiednimi do funkcji, jaka zostanie jej powierzona. Wykonawca, na funkcję wymienioną poniżej, wskaże osobę, którą musi mieć dostępną na etapie realizacji zamówienia, spełniającą następujące wymagania:

a) osoba proponowana do pełnienia funkcji Kierownik Budowy wymagana liczba osób: 1
Doświadczenie zawodowe: Minimum 12 miesięcy doświadczenia w okresie trwania robót budowlanych 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 rozpiętości teoretycznej przęsła co najmniej 50 m lub Inżyniera Kontraktu lub Inżyniera Rezydenta.

3. Wykonawca musi mieć dostępne na etapie realizacji zamówienia następujące narzędzia, wyposażenie zakładu i urządzenia techniczne spełniające określone poniżej wymagania:

a) wytwórnia mieszanek mineralno-asfaltowych (stacjonarna lub mobilna) o wydajności min 240 Mg/h: minimalna ilość - 1 szt.

b) węzeł betoniarski (stacjonarny lub mobilny) o wydajności min. 30 m³/h, min. ilość 1 szt. + węzeł zapasowy w promieniu 50 km - 1 szt. Należy zapewnić ciągłość betonowania

c) układarka do układania nawierzchni o szerokości układania nie mniejszej niż 10,5 m - minimalna ilość - 2 szt.

W przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, spełnianie warunków wykonawcy wykazują łącznie.

W pkt 6.6, 11.1 i 12.1 IDW obu postępowań zamawiający wskazał:

- 6.6. 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 spełniania odnośnych warunków udziału w postępowaniu.;

- 11.1 Wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, 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, z zastrzeżeniem postanowień pkt. 6.6. IDW.;

- 12.1 Wykonawca może powierzyć podwykonawcy wykonanie tych części zamówienia, które nie zostały zastrzeżone w pkt. 6.6. jako kluczowe zadania.

W tomie II SWZ obu postępowań zamawiający określił subklauzuli 4.1 w następujący sposób: *Kluczowe zadania do osobistego wykonania przez Wykonawcę: (a) nawierzchnia 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.*

Zamawiający dokonał modyfikacji treści SWZ i ogłoszenia o zamówieniu w obu postępowaniach. Powyżej wskazane postanowienia zamawiający zmienił w następujący sposób:

- do sekcji II.1.4 ogłoszenia o zamówieniu został dodany fragment: (...) w tym wykonania nawierzchni trasy głównej drogi ekspresowej, łącznie z wytworzeniem i wbudowaniem oraz wykonaniem pozostałych warstw konstrukcji nawierzchni powyżej gruntu rodzimego (wykop) lub nasypowego (nasyp) (...), tożsamy fragment został dodany do sekcji II.2.4 tiret I ogłoszenia o zamówieniu;

- pkt 6.6. IDW 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;

- treść subklauzuli 4.1 [Ogólne zobowiązania Wykonawcy] Danych kontraktowych, otrzymała brzmienie: Kluczowe zadania do osobistego wykonania przez Wykonawcę: (a) nawierzchnia 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.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:

- art. 121 pkt 1 Pzp – Zamawiający może zastrzec obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych zadań dotyczących:

1) zamówień na roboty budowlane lub usług;

- art. 118 ust. 1 Pzp – Wykonawca może w celu potwierdzenia spełnienia 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 ust. 1 Pzp – Wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy;

- art. 99 ust. 4 Pzp – Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów;

- art. 16 pkt 1 Pzp – Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Izba zważyła co następuje.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron Izba uznała, że oba odwołania zasługiwały na uwzględnienie.

Argumentacja odwołującego przedstawiona w uzasadnieniu obu odwołań skupiała się na dwóch kwestiach. Po pierwsze odwołujący wskazywał, że prace określone w pkt 6.6 IDW nie stanowią kluczowych zadań w rozumieniu art. 121 pkt 1 Pzp. Po drugie zwrócił uwagę na abstrakcyjne wyznaczenie limitu Kluczowych Zadań jakie mogą zostać wykonane przez podwykonawcę lub podmiot udostępniający zasoby.

Zgodnie z treścią art. 552 ust. 1 Pzp, Izba wydając wyrok, bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego. Określenie *stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego* oznacza stan rzeczy ustalony w ramach postępowania odwoławczego, w okresie od wniesienia odwołania do zamknięcia rozprawy w sprawie. W związku z tym jednym z głównych założeń wynikających z przedmiotowego przepisu jest to, że Izba wydając wyrok bierze pod uwagę stan faktyczny ustalony w toku postępowania odwoławczego.

Przepis art. 552 ust. 1 Pzp miał szczególne znaczenie w okolicznościach przedmiotowej sprawy, ponieważ zamawiający w okresie pomiędzy wniesieniem odwołania a zamknięciem rozprawy dokonał modyfikacji treści pkt 6.6 IDW w obu postępowaniach. W ocenie składu orzekającego oś sporu pomiędzy stronami koncentrowała się przede wszystkim na treści pkt 6.6 IDW, zatem jego modyfikacja miała znaczenie dla rozstrzygnięcia obu odwołań. Początkowo treść pkt 6.6 IDW dotyczyła obowiązku 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. Jednakże w wyniku modyfikacji treści SWZ z dnia 7 października 2021 r. zamawiający dokonał zmiany pkt 6.6 IDW zastrzegając 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. Jak wynika z porównania pierwotnej treści pkt 6.6 IDW z treścią ustaloną po przeprowadzonej modyfikacji, należało przyjąć, że modyfikacja doprowadziła wyłącznie do usunięcia z treści pkt 6.6 IDW zwrotu odnoszącego się do procentowej wielkości zakresu prac, które zostały uznane przez zamawiającego za kluczowe zadania, tj. zamawiający usunął zwrot *co najmniej 80% ilości*. Rodzaj prac uznanych za kluczowe zadania w postępowaniach pozostał natomiast niezmienny i w dalszym ciągu miał dotyczyć 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.

Mając na uwadze powyższe ustalenie, w kontekście art. 552 ust. 1 Pzp, skład orzekający doszedł do przekonania, że w wyniku modyfikacji treści pkt 6.6 IDW z dnia 7 października 2021 r. zdezaktualizowała się argumentacja odwołującego dotycząca abstrakcyjnego wyznaczenia limitu Kluczowych Zadań jakie mogą zostać wykonane przez podwykonawcę lub podmiot udostępniający zasoby. W związku z tym Izba nie mogła wziąć jej po uwagę, a orzekanie w tym zakresie stało się bezprzedmiotowe.

Inaczej przedstawiała się natomiast sytuacja dotycząca argumentacji odwołującego wskazująca, że prace określone w pkt 6.6 IDW nie stanowią kluczowych zadań w rozumieniu art. 121 pkt 1 Pzp. W ocenie składu orzekającego, pomimo dokonanej modyfikacji, pozostawała ona aktualna, ponieważ nie zmienił się rodzaj prac uznanych przez zamawiającego za kluczowe zadania w postępowaniach, przez co z tego powodu odwołania zostały przez Izbę merytorycznie rozpoznane.

Przechodząc do *meritum* zarzutów wskazanych w obu odwołaniach, skład orzekający przyznał rację odwołującemu i uznał, że prace określone w pkt 6.6 IDW obu postępowań nie stanowią kluczowych zadań w rozumieniu art. 121 pkt 1 Pzp. Przyznane zamawiającemu uprawnienie wynikające z tego przepisu może odnosić się wyłącznie do kluczowych zadań. Przepisy Pzp w ślad za przepisami zamówieniowych dyrektyw europejskich, nie precyzują terminu „kluczowe zadania”. Jak się wydaje, jest to zwrot celowo niedookreślony, wprowadzony po to, aby pozostawić zamawiającemu pewną swobodę w tym zakresie, upoważniając go do uwzględniania takich czynników, jak charakter, zakres, znaczenie lub przeznaczenie robót budowlanych, usług czy dostaw. Właściwa odpowiedź na pytanie, które zadania są kluczowe, może być udzielona tylko w konkretnej sytuacji i na tle konkretnego stanu faktycznego. W tym kontekście należy przyjąć, że kluczowe zadania to z pewnością zadania istotne, krytyczne, wrażliwe z punktu widzenia zagwarantowania należytego wykonania zamówienia i dlatego wymagające wykonania przez podmiot, którego kwalifikacje zostały zweryfikowane w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia. Dotyczy to przede wszystkim świadczeń, które zlecono wykonawcy ze względu na jego szczególne kwalifikacje, umiejętności czy środki zarządzania jakością.

W odpowiedziach na odwołania zamawiający dość obszernie wskazywał, że przedmiotowe prace są najistotniejszą częścią udzielanego zamówienia, podkreślał ich znaczenie oraz odwoływał się do własnego doświadczenia w tego rodzaju zamówieniach. W odniesieniu do stwierdzenia dotyczącego uznania wskazanych w pkt 6.6 IDW prac jako najistotniejszej części zamówienia, zamawiający nie ustrzegł się jednak pewnej niekonsekwencji, ponieważ w dalszej części odpowiedzi na odwołania wyjaśnił, że nie podziela poglądu odwołującego, zgodnie z którym zaprojektowanie i wykonanie robót ziemnych ma bardziej istotne znaczenie

niż wykonanie nawierzchni. Zamawiający przyznał, że są to elementy równie istotne, wzajemnie powiązane i nieuprawnionym jest dokonywanie podziału zaprezentowanego w odwołaniu. Skoro inne prace wchodzące w skład przedmiotu zamienienia były równie istotne jak te uznane za kluczowe zadania, to należało uznać, że zamawiający w sposób niedopuszczalny dokonał zastrzeżenia dokonanego w pkt 6.6 IDW.

Stanowisko zamawiającego odnoszące się do własnych doświadczeń Izba uznała za gołosłowne. Zamawiający zwrócił uwagę, że odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów na poparcie swoich stwierdzeń jakoby prace dotyczące wykonania nawierzchni trasy głównej, w tym nawierzchni bitumicznej, były pracami standardowymi. Tymczasem odwołujący załączył do obu odwołań dowody, które miały obrazować pewną praktykę zamawiającego, który miał traktować jako zadania kluczowe, prace wskazane w pkt 6.6 IDW niezależnie od specyfiki i wymagań konkretnego projektu. Mając na uwadze zasadę kontradyktoryjności postępowania odwoławczego, skład orzekający nie znalazł powodów do kwestionowania stanowiska odwołującego w kontekście złożonych dowodów szczególnie, że zamawiający w zakresie inicjatywy dowodowej pozostał bierny. Jak wskazano wcześniej zamawiający w odpowiedziach na odwołania przedstawił dość rozbudowaną argumentację, która nie została poparta żadnymi dowodami, które mogły potwierdzić słuszność stosowanej przez niego praktyki.

Dodatkowo problematyka przedstawiona w obu odwołaniach, na gruncie analogicznego stanu faktycznego, była już przedmiotem rozważań Izby. W wyroku z dnia 5 lipca 2021, Izba orzekając w połączonych sprawach o sygnaturze 1381/21 oraz 1388/21 podzieliła pogląd zawarty w wyroku z dnia 12 stycznia 2021 r, w sprawie o sygn. akt KIO 3321/20, zgodnie z którym *postawienie wymagania w zakresie osobistego wykonania nie może być jednak prostą reakcją na potrzebę wzmożonej pieczołowitości przy wykonaniu strategicznego zamówienia. Aby dany fragment przedmiotu zamówienia uznać za kluczowy i zobowiązujący wykonawcę do jego osobistego wykonania, niewystarczające jest strategiczne znaczenie zamówienia, gdyż przepisy ustawy nie różnicują w tym zakresie obowiązków zamawiającego w zależności od wagi i rangi danego zamówienia. Zastrzeżenie takie winno opierać się na zindywidualizowanych, obiektywnych okolicznościach zdalnych wykazać, że powierzenie wykonania zadania w danym zakresie podwykonawcy może rzeczywiście prowadzić do wad wykonania zamówienia. Zamawiający, w obliczu mankamentów wykonywania wcześniejszych umów powinien był ocenić, czy trudności te były incydentalne, czy też systemowe, a nadto winien był rozważyć podjęcie innych działań w postępowaniu dla zwiększenia prawidłowości wykonywanych prac.*

Co istotne dla przedmiotowej sprawy w kontekście uznania, że prace określone w pkt 6.6 IDW nie stanowią kluczowych zadań w rozumieniu art. 121 pkt 1 Pzp, zasadnicze znaczenie miał inny fragment orzeczenia wydanego w sprawie KIO 1388/21, w którym Izba wprost

stwierdziła, że *roboty dotyczące zastrzeżone przez zamawiającego jako kluczowe nie są skomplikowane, ani wysoce specjalistyczne. Przeciwnie, należy uznać, że mają one charakter powtarzalny i powszechny, co potwierdza lektura odpowiedzi na odwołanie. Wiedza posiadana przez skład orzekający z urzędu oraz doświadczenie życiowe skłania do przekonania, że trudniejsze projektowo i konstrukcyjnie oraz rzadziej zamawiane są obiekty mostowe, które nie zostały zastrzeżone przez zamawiającego.*

W okolicznościach przedmiotowej sprawy powyższe stanowisko pozostało nadal aktualne.

Podsumowując Izba uwzględniła oba odwołania uznając, zgodnie z żądaniami odwołującego, że zastrzeżenia osobistego wykonania przez wykonawcę Kluczowych Zadań zawarte w pkt 6.6 oraz 12.1 IDW powinny zostać usunięte z SWZ, zaś pkt 11.1 IDW powinien zostać zmodyfikowany w zakresie w jakim odnosi się do punktu 6.6 IDW, aby zagwarantować przeprowadzenie obu postępowań w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców

W związku z powyższym Izba uznała, że oba odwołania podlegały uwzględnieniu i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze Pzp orzekła jak w sentencji. Zgodnie bowiem z treścią art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp, Izba uwzględniła odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Potwierdzenie zarzutów wskazanych w odwołaniach spowodowało, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w ww. przepisie, ponieważ zamawiający w obu postępowaniach w sposób nieprawidłowy przygotował wskazane w odwołaniach postanowienia SWZ.

Ponadto Izba wskazała, że podstawą wydania orzeczenia łącznego w sprawach o sygn. akt KIO 2733/21 i KIO 2736/21, był art. 556 Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 557, 574 i 575 Pzp oraz § 5 pkt 1 i w zw. z § 7 ust. 1 pkt 1 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 z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisów

od odwołań uiszczonych przez odwołującego oraz zasądząc od zamawiającego na rzecz odwołującego koszty poniesione z tego tytułu.

Przewodniczący:

.....

.....