

**Sygn. akt: KIO 1837/17**

**WYROK**

**z dnia 21 września 2017 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Emil Kawa**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 września 2017 roku w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 września 2017 r. przez wykonawcę **IDS-BUD S.A., ul. Grzybowska 87, 00-844 Warszawa**, w postępowaniu prowadzonym przez **Operatora Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A., ul. Mszczonowska 4, 02-337 Warszawa**

przy udziale:

A. wykonawcy **Solar Turbines Europe S.A., Avenue des Etats-Unis 1B, 6041 Gosselies** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

B. wykonawcy **TORPOL OIL & GAS Sp. z o.o., Wysogotowo, ul. Długa 5, 62-081 Przeźmierowo** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

C. wykonawcy **CONTROL PROCESS S.A., ul. Obrońców Modlina 16, 30-733 Kraków** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

**orzeka**

1. **uwzględnić odwołanie** i nakazuje zamawiającemu dokonanie usunięcia zastrzeżenia obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę części zamówienia uznanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia za kluczowe oraz dopuszczenie w tym zakresie możliwości polegania przez wykonawcę na zasobach podmiotów trzecich,

1.1 nadto nakazuje zamawiającemu uwzględnienie konsekwencji powyższych zmian w pozostałych postanowieniach ogłoszenia oraz SIWZ wraz z załącznikami.

2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000,00 (dwadzieścia tysięcy) złotych uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

2.1 zasądza od zamawiającego **Operatora Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A., ul. Mszczonowska 4, 02-337 Warszawa** na rzecz odwołującego **IDS-BUD S.A., ul. Grzybowska 87, 00-844 Warszawa** kwotę 20 000,00 (dwadzieścia tysięcy) złotych tytułem zwrotu kosztu uiszczanego wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

.....

## **UZASADNIENIE**

Operator Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A., ul. Mszczonowska 4, 02-337 Warszawa, dalej zwany „zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest *„Budowa międzysystemowego gazociągu stanowiącego połączenie systemów przesyłowych Rzeczypospolitej Polskiej i Republiki Słowackiej wraz z infrastrukturą niezbędną do jego obsługi, tj. budowa Tłoczni Strachocina”*.

Postępowanie znajduje się na etapie kiedy Zamawiający dokonał opublikowania ogłoszenia o zamówieniu oraz treści SIWZ. Od dokonanego opisu przedmiotu zamówienia, a także określenia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i kwalifikacji zawodowej wykonawca IDS-BUD S.A., ul. Grzybowska 87, 00-844 Warszawa, dalej zwany „odwołującym” wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

We wniesionym odwołaniu zarzuciła zamawiającemu naruszenie:

- art. 29 ust. 2 Pzp poprzez opis przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję
- art. 22 ust. 1a, art. 22d ust. 1 Pzp oraz art. 36a ust. 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i kwalifikacji zawodowej w sposób utrudniający uczciwą konkurencję oraz poprzez nieuzasadnione zastrzeżenie przez Zamawiającego osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia, który utrudnia uczciwą konkurencję i bezzasadnie zawęża krąg potencjalnych wykonawców, mogących złożyć oferty w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Podnosząc powyższe zarzuty wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- wyłączenia z przedmiotu zamówienia Świadczenia usługi Serwisu długoterminowego na zamontowane agregaty sprężarkowe oraz modyfikacja kryteriów udzielenia zamówienia ewentualnie
- odstąpienie od warunków udziału w postępowaniu, określonych w sekcji III. 1.3) pkt 1 lit. d) oraz e) ogłoszenia o zamówieniu oraz określonych w sekcji III. 1.3) pkt 4 ppkt 8.18., 8.19. oraz 8.20. ewentualnie

wyłączenie zastrzeżenia obowiązku wykonania przez Wykonawcę kluczowych części zadania, tj. rozmieszczenie i instalacja w zakresie systemu sterowania i zdalnego monitoringu Agregatów sprężarkowych w ramach Umowy o Kompleksową Realizację oraz świadczenia usług długoterminowego serwisu w zakresie Serwisu Bieżącego i Prac

Planowanych w rozumieniu postanowień Umowy Serwisowej oraz w konsekwencji umożliwienie polegania na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 22a ust. 1 Pzp również w zakresie warunków określonych w sekcji III, 1.3) pkt 1) lit. d) i e) i pkt 4 ppkt 8.18, 8.19, 8.20.

W ogłoszeniu o zamówieniu zamawiający podał przedmiot zamówienia objęty tym postępowaniem, który został podzielony na dwa Etapy, dla których uzyskano jedno, etapowane pozwolenie na budowę, tj.:

Etap I: Budowa węzła rozdzielczo-pomiarowego Strachocina wraz z uzyskaniem pozwolenia na użytkowanie

Etap II: Budowa tłoczni gazu Strachocina wraz z uzyskaniem pozwolenia na użytkowanie.

- Świadczenie usługi Serwisu długoterminowego na zamontowane agregaty sprężarkowe.

Przed przedstawieniem uzasadnienia podniesionych zarzutów w odwołaniu odwołujący podał, iż w odwołaniu zawarł trzy żądania wobec zamawiającego, jednakże jego celem w tym zakresie nie było oczekiwanie spełnienia wszystkich żądań, lecz umożliwienie zamawiającemu, gdyby zdecydował się na uwzględnienie zarzutów odwołania, wyboru tylko jednego z podniesionych żądań, ponieważ każde żądanie z osobna pozwala odwołującemu wziąć udział w postępowaniu. W tym zakresie odwołujący podał, że jego zarzut i żądanie precyzuje się do tego, aby wykonawca, przy realizacji tego zamówienia, mógł korzystać z zasobów podmiotów trzecich. Tak więc dla rozstrzygnięcia Izby, co wynika z końcowego stanowiska odwołującego, jest żądanie trzecie tj, *wyłączenie zastrzeżenia obowiązku wykonania przez Wykonawcę kluczowych części zadania, tj. rozmieszczenie i instalacja w zakresie systemu sterowania i zdalnego monitoringu Agregatów sprężarkowych w ramach Umowy o Kompleksową Realizację oraz świadczenia usług długoterminowego serwisu w zakresie Serwisu Bieżącego i Prac Planowanych w rozumieniu postanowień Umowy Serwisowej oraz w konsekwencji umożliwienie polegania na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 22a ust. 1 Pzp.* Wobec powyższego w wskazanym stanie faktycznym jak i orzeczeniu, Izba odniosła się tylko do tej kwestii.

Uzasadniając zarzut odwołujący podał, że Zgodnie z sekcją III. 1.3) pkt 1 lit d) i e) Ogłoszenia, o udzielenie zamówienia publicznego mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy w okresie ostatnich siedmiu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie zrealizowali:

- co najmniej dwa zamówienia, dotyczące świadczenia usługi kontroli i diagnostyki Agregatu sprężarkowego lub dwuwalowej turbiny gazowej (o mocy nie mniejszej niż 5 MW, z niskoemisyjną komorą spalania DLE), za pomocą nadzoru pracy systemu monitoringu realizowanego przez okres minimum trzech lat,

- co najmniej dwa zamówienia polegające na świadczeniu długoterminowego serwisu Agregatu sprężarkowego lub dwuwałowej turbiny gazowej (o mocy nie mniejszej niż 5 MW, z niskoemisyjną komorą spalania DLE) przez okres co najmniej (czterech) kolejnych lat (w przypadku zamówienia będącego w trakcie realizacji okres ten musi dotyczyć już zrealizowanej części zamówienia)

W sekcji VI.3) Ogłoszenia zostało wskazane, iż Wykonawca wykazując spełnianie warunków, o których mowa w sekcji III. 1.3) pkt 1 lit d) i e) Ogłoszenia oraz III, 1.3) pkt 4 ppkt 8.1.18-8.1.20 Ogłoszenia nie może polegać na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 22a ust. 1 Pzp, w związku z zastrzeżeniem przez Zamawiającego osobistego wykonania przez Wykonawcę kluczowych części zamówienia.

Z kolei w punkcie 2 rozdziału XXIV SIWZ (Podwykonawcy), Zamawiający zastrzegł obowiązek wykonania przez Wykonawcę kluczowych części zadania, tj. rozmieszczenie i instalacja w zakresie systemu sterowania i zdalnego monitoringu Agregatów sprężarkowych w ramach Umowy o Kompleksową Realizację Inwestycji oraz świadczenia usług długoletniego serwisu w zakresie Serwisu Bieżącego i Prac Planowanych w rozumieniu postanowień Umowy Serwisowej.

Tak skonstruowany opis przedmiotu zamówienia jak i postawione warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i kwalifikacji zawodowej utrudniają uczciwą konkurencję, znacząco zawężają krąg potencjalnych wykonawców, którzy będą w stanie złożyć ofertę w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz godzą w zasadę proporcjonalności. Zamawiający bowiem połączył w ramach jednego postępowania wykonanie robót budowlanych (w ramach których dostarczone i zamontowane zostaną również agregaty sprężarkowe) z usługą serwisu długoterminowego na zamontowane agregaty sprężarkowe. Co więcej, zastrzegł obowiązek wykonania przez Wykonawcę czynności związanych z długoterminowym serwisem, czym uniemożliwił korzystanie w tym zakresie z zasobów udostępnionych przez podmioty trzecie, na zasadach określonych w art. 22a ust. 1 Pzp. Czynności Zamawiającego doprowadziły de facto do tego, iż jedynie ograniczona część wykonawców będzie w stanie złożyć ofertę w niniejszym postępowaniu, tj. jedynie konsorcja, w skład których wchodziły będą producenci wymaganych przez Zamawiającego agregatów, które mają odpowiednie służby serwisowe i doświadczenie w usługach związanych z serwisowaniem. Odnosząc się do powyższego, stwierdził, że wymusza to tworzenie konsorcjum międzynarodowych, uniemożliwiając bezpośredni udział polskich firm w ramach budowania krajowego zasobu referencji.

Podkreślił, że działania Zamawiającego nie znajdują uzasadnienia w okolicznościach postępowania. Przede wszystkim, jak wskazał sam Zamawiający, mamy do czynienia z zamówieniem, którego przedmiotem są roboty budowlane. Wartość prac polegających na serwisie stanowi jedynie ok 10% wartości zamówienia. Krąg potencjalnych wykonawców,

posiadających niezbędne doświadczenie w realizacji robót budowlanych jest znacznie szerszy i nie ogranicza się jedynie do dostawców agregatów sprężarkowych, spełniających wymogi Zamawiającego. Jednakże, o ile nie złożą oni oferty w ramach konsorcjum wraz z dostawcą urządzeń, posiadającym doświadczenie w zakresie serwisowania, nie będą w stanie pozyskać przedmiotowego zamówienia. Nadto zwrócił uwagę na fakt, iż dotychczasowo standardem praktykowanym przez Zamawiającego było przeprowadzanie oddzielnych postępowań dla robót budowlanych a oddzielnych dla usług polegających na serwisowaniu dostarczanych i zamontowanych w ramach realizacji umowy o roboty budowlane urządzeń. Jako przykład Odwołujący wskazał 1) Tłocznia gazu Goleniów

2) Tłocznia gazu Odolanów i 3) Tłocznia gazu Jeleniów II

W związku z powyższym zasadnym wydaje się być wniosek Odwołującego o wyłączenie z przedmiotu zamówienia świadczenia usługi Serwisu długoterminowego na zamontowane agregaty sprężarkowe.

Wskazał także, iż w przypadku uznania, iż usługa serwisu długoterminowego na zamontowane agregaty sprężarkowe w przypadku tego konkretnego zamówienia jest nierozrwalna i niezbędna dla realizacji robót budowlanych, nadmiernym wydaje się stawianie warunków udziału w postępowaniu w tym zakresie oraz wyłączenie możliwości korzystania z zasobów podmiotów trzecich, tj. obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę czynności związanych z usługą serwisu długoterminowego. Jak zostało to już wskazane wcześniej, uniemożliwi to podmiotom specjalizującym się w wykonywaniu robót budowlanych złożenia oferty, jeżeli nie wystąpią w ramach konsorcjum z firmą, która posiada doświadczenie w świadczeniu usług serwisu długoterminowego. Podniósł, że zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej konieczne jest zachowanie równowagi pomiędzy interesem zamawiającego w uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia a interesem wykonawców, którzy poprzez sformułowanie nadmiernych wymagań mogą zostać wyeliminowani z postępowania. Nieproporcjonalność warunku zachodzi w sytuacji, gdy równowaga ta zostanie zachwiana, powodując uniemożliwienie ubiegania się o zamówienie wykonawcom dającym rękojmię jego prawidłowej realizacji.

Przystępujący po stronie odwołującego wykonawcy Solar Turbines Europe S.A., Avenue des Etats-Unis 1B, 6041 Gosselies oraz TORPOL OIL & GAS Sp. z o.o., Wysogotowo, ul. Długa 5, 62-081 Przeźmierowo poparli stanowisko odwołującego i uzupełniająco podali, że Zamawiający winien dokonać wykreślenia zakazu możliwości korzystania przez wykonawców z zasobów podmiotów trzecich przy realizacji zamówienia. Wskazano, że nie jest znane na europejskim rynku, aby tego typu zamówienia były łączone od jednego postępowania, tj. aby wykonanie robót budowlanych wraz dostawą urządzeń oraz wieloletni serwis miały być świadczone przez jednego wykonawcę lub przez konsorcjum. Podkreślili, że z tej nieprawidłowej sytuacji w postępowaniu poprzez takie

sformułowanie wymagań zdaje sobie sprawę sam zamawiający, gdyż w dotychczasowych postępowaniach na taki przedmiot zamówienia ogłaszane były zwykle dwa oddzielne postępowania, jedno na budowę tłoczni wraz z dostawą urządzeń, a drugie na serwis.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania i podniósł, że w zakresie zarzutu naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję to podał, że budowa międzysystemowego gazociągu stanowiącego połączenie systemów przesyłowych Rzeczypospolitej Polskiej i Republiki Słowackiej wraz z infrastrukturą niezbędną do jego obsługi, tj. budowa Tłoczni Strachocina jest strategicznym, międzynarodowym zobowiązaniem OGP GAZ - SYSTEM S.A.. Tłocznia Strachocina ma zapewnić stałe bezpieczeństwo rynku gazu, a za jej pośrednictwem będzie tłoczony gaz z (wprowadzany do systemu przesyłowego w terminalu skroplonego gazu ziemnego (LNG) w Świnoujściu) m.in. na terytorium Ukrainy, Republiki Słowackiej oraz na potrzeby Rzeczypospolitej Polskiej, stąd jej znaczenie dla systemu przesyłowego gazu jest niebagatelne. Z uwagi na rangę rzeczzonego zamówienia, na etapie przygotowania postępowania dla Zamawiającego szczególnie ważnym było precyzyjne i właściwe opisanie przedmiotu niniejszego zamówienia.

Najważniejszymi elementami zakresu przedmiotowej inwestycji (rzeczowo i finansowo) jest dostawa (wraz z montażem, rozruchem i oddaniem do eksploatacji) agregatów sprężarkowych, a następnie zapewnienie odpowiedniego, długoletniego serwisu zainstalowanych urządzeń jako bardzo istotnego elementu kosztów utrzymania tłoczni tzw. OPEX (ang. operating expenditures). Ta część zakresu przedmiotowego zamówienia stanowi najbardziej newralgiczne świadczenia, będące istotą niniejszego zamówienia.

Podał, że dotychczasowy model budowy tłoczni nie sprawdził się polegał na przeprowadzaniu postępowań o udzielenie zamówień publicznych, w wyniku których dochodziło jedynie do wyboru wykonawcy budowy tłoczni (najczęściej z dostawą kluczowych urządzeń), bez jednoczesnego zapewnienia serwisu. W tych przypadkach Wykonawcą (w rozumieniu ustawy Pzp) były podmioty realizujące roboty budowlane i wyłącznie w tym zakresie wyspecjalizowane, nieposiadające wiedzy na temat prawidłowego funkcjonowania dostarczanych urządzeń. Analiza jednak dotychczasowych inwestycji w tym obszarze, które zostały zrealizowane na rzecz Zamawiającego jednoznacznie potwierdziła, że bezpośredni udział w wykonaniu zamówienia producentów urządzeń (lub ich autoryzowanych partnerów) ma znaczący wpływ na prawidłowe wykonanie zamówienia, poprzez m.in. właściwy dobór urządzeń z punktu widzenia całości inwestycji, połączenia z pozostałymi systemami pomocniczymi, w tym przede wszystkim prawidłowej komunikacji w zakresie systemów sterowania oraz zasilania energetycznego czy też sposób przygotowania miejsca zainstalowania urządzeń (fundamentów). Dotychczas udział podmiotów specjalizujących się

w serwisowaniu dostarczanych urządzeń był skutecznie ograniczany przez wykonawców robót budowlanych i powodował poważne uchybienia w jakości (rozumianej jako dopasowanie dostarczonego urządzenia do oczekiwań/wymagań Zamawiającego) oferowanych urządzeń. Nadto w wyniku braku prawidłowej współpracy na linii wykonawca robót budowlanych, a podmiot wyspecjalizowany w obsłudze i serwisie agregatów sprężarkowych dochodziło do sytuacji, w których wykonawca robót budowlanych w procesie realizacji inwestycji skupiał się jedynie na dostarczeniu urządzenia i jego montażu, zgodnie z harmonogramem realizacji prac, pomijając rolę producentów montowanych urządzeń w zapewnieniu prawidłowego funkcjonowania agregatów sprężarkowych w przyszłości.

Jako przykład inwestycji gdzie wystąpiły duże problemy z jej realizacją wskazał na niezrealizowaną inwestycję dotyczącą budowy „tłoczni Rembelszczyzna”, gdzie w wyniku rozbieżności pomiędzy wymaganiami Zamawiającego, a dostarczonymi przez Wykonawcę (specjalizującego się w realizacji robót budowlanych) urządzeniami doszło do rozwiązania umowy.

Podał, że na decyzję Zamawiającego w przedmiocie przyjęcia nowego modelu udzielania zamówień na budowę tłoczni gazu wpłynęła również analiza kosztów serwisu montowanych w ramach realizacji inwestycji agregatów sprężarkowych, które w perspektywie czasu stanowią istotny udział w kosztach cyklu życia tych urządzeń (a w konsekwencji - w kosztach eksploatacji całej tłoczni). Należy bowiem podkreślić, że brak jednoczesnego zapewnienia serwisu wraz z dostawą urządzeń w ramach realizacji zamówienia powoduje, iż już po zakończeniu prac producent zainstalowanych agregatów uzyskuje faktyczny monopol na ich serwis, co skutkuje zawyżaniem cen przez autoryzowany serwis producenta (przykładem może być oferta serwisowa agregatów sprężarkowych jaką otrzymał Zamawiający dla obiektu tłoczni gazu Jeleniów II). Zamawiający uzasadniając powyższe działania podkreślił, iż serwis montowanych urządzeń może wykonać tylko specjalistyczna firma posiadająca licencję producenta, a w przypadku turbin gazowych zazwyczaj jest to sam producent. Udzielając zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest budowa tłoczni gazu wraz z serwisem agregatów Zamawiający dąży do wyeliminowania monopolu producenta agregatów sprężarkowych, zapewniając jednocześnie uczciwą konkurencję w zakresie serwisu urządzeń już na etapie postępowania udzielenie zamówienia w zakresie budowy tłoczni gazu.

Przystępujący do postępowania odwoławczego- po stronie zamawiającego wykonawca CONTROL PROCESS S.A., ul. Obrońców Modlina 16, 30-733 Kraków poparł stanowisko zamawiającego uznając, że postawione warunki udziału są zasadne i nie można twierdzić, iż ograniczają one możliwości wykonawców do złożenia konkurencyjnej oferty.

**Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron i przystępujących złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.**

**Odwołanie jest zasadne i tym samym zostaje uwzględnione.**

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.. Odwołujący wykonawca wykazał także interes we wniesieniu odwołania o którym mowa w art. 179 ust.1 ustawy Pzp. Odwołujący jest podmiotem mogącym ubiegać się o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego. Sposób ustalenia opisu przedmiotu zamówienia przekłada się wprost na możliwość udziału wykonawcy w postępowaniu oraz na możliwość złożenia konkurencyjnej oferty. Na tym etapie postępowania - odwołania od treści postanowień SIWZ ofert, krąg podmiotów mogących skutecznie bronić swoich interesów w uzyskaniu zamówienia obejmuje każdego potencjalnego wykonawcę mogącego samodzielnie zrealizować zamówienie lub wykonawcy mogącego wspólnie w ramach konsorcjum ubiegać się o udzielenie zamówienia.

Na wstępie rozważań co do zasadności zarzutów odwołania wskazać należy, że Zamawiający powinien tak konstruować warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, by do udziału w postępowaniu był dopuszczony każdy wykonawca, który obiektywnie rzecz biorąc zdolny jest wykonać przedmiotowe zamówienie. Zapewnienie uczciwej konkurencji oznacza bowiem wyznaczenie takiego poziomu zasobu potencjału, technicznego, kadrowego i doświadczenia, który odnosi się do przedmiotu zamówienia, jego zakresu, nie wykraczając ponad wymagane i niezbędne minimum. Zamawiający nie może stawiać wymagań ponad obiektywnie uzasadnione potrzeby. Dlatego też Zamawiający jest zobowiązany zachować niezbędną równowagę między interesem własnym, polegającym na uzyskaniu rękoi należytego wykonania zamówienia, a interesem potencjalnych wykonawców, by wykonawca dający taką rękoi wykonania zamówienia nie był pozbawiany prawa złożenia oferty. Izba podkreśla, że opisanie przedmiot zamówienia oraz warunków udziału w postępowaniu ma niebagatelne znaczenie dla całego postępowania, bowiem częstokroć ma decydujący wpływ na wynik postępowania.

Wskazać należy także, iż Zamawiający opisując warunki determinujące możliwość udziału wykonawców w postępowaniu winien mieć na względzie w szczególności konieczność przestrzegania zasady konkurencyjności i transparentności postępowania. Zamawiający realizując zamówienie publiczne korzysta w tym celu jako beneficjent z pieniędzy publicznych. Jest zatem zobowiązany do zachowania zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zachowanie zasady uczciwej konkurencji oznacza, iż

nie można abstrahować od praktyki danego rynku właściwego dla danego rodzaju i typu udzielanego zamówienia. W tym zakresie należy przywołać stanowisko wyrażone w wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 14.04.2008 r., sygn. X Ga 67/08, LEX nr 1713249, w którym czytamy: kształtowanie poszczególnych warunków udziału w postępowaniu nie może być działaniem dowolnym zamawiającego, a poziom postawionych wymagań musi mieć zawsze swoje uzasadnienie w istniejących potrzebach jednostki zamawiającej.

Dlatego też każdy dodatkowo, nadmiarowo, postawiony warunek ograniczający konkurencje winien być po pierwsze, niezbędny dla zrealizowania zamówienia, a po drugie, zasadność jego postawienia musi zostać wykazana przez Zamawiającego. Izba podkreśla że zamawiający mają możliwość zapewnienia prawidłowej realizacji zamówienia poprzez całość opisu przedmiotu zamówienia w tym w szczególności wymagań co do kwalifikacji osób mających wykonywać dane zamówienia, postanowień umownych, zapewnienia profesjonalnego nadzoru inwestorskiego itp.. Zamawiający winien tak ustalić warunki udziału, aby nie została zachwiana równowaga pomiędzy interesem zamawiającego w pozyskaniu wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia, a interesem wykonawców, którzy poprzez sformułowanie nadmiernych wymagań mogą zostać wyeliminowani z postępowania.

Przenosząc powyższe na grunt przedmiotowego postępowania wskazać należy- co było niesporne pomiędzy stronami, iż Zamawiający dotychczas realizując zamówienia na taki sam przedmiot zamówienia, rozdzielał zamówienie na dwa odrębne postępowania. W tym postępowaniu pomimo tego, iż będą zwarte dwie umowy Zamawiający prowadzi na całość jedno postępowanie, a nadto postawił warunek, że o uzyskanie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy spełniający łącznie postawione wymagania, a elementy kluczowe winien wykonać osobiście sam wykonawca. Zamawiający formułując takie warunki udziału wyeliminował możliwość ubiegania się o zamówienie podmiotów, które samodzielnie nie spełniają postawionych ww. warunków, lecz zamierzałyby w zakresie instalacji sterowania i monitoringu oraz świadczenia długoletniego serwisu w zakresie serwisu bieżącego i prac planowanych korzystać z zasobów podmiotu trzeciego.

Odwołujący oraz przystępujący po jego stronie wykonawcy podnieśli kwestie, iż taki opis w sposób nieuzasadniony ogranicza konkurencyjność w postępowaniu, a postawiony wymóg w SIWZ według ich wiedzy, spełnia w Europie nie więcej niż trzech wykonawców mimo tego, iż jest około 13 producentów zamawianych agregatów. Wykazywali poprzez złożenie wykazu zamówień dotyczących budowy tłoczni na terenie Europy poza Polską, iż w dotychczas realizowanych tego typu zamówieniach następował rozdział na oddzielne postępowania z których jedno obejmowało budowę tłoczni i dostawę agregatów, a drugie długoterminowy serwis. Miało to miejsce także przy budowie tłoczni transgranicznych.

Odnosząc się do powyższego Izba wskazuje, że w myśl obowiązujących uregulowań prawa zamówień publicznych wykonawca może przy realizacji zamówienia korzystać z usług podwykonawców jak i z zasobów podmiotów trzecich dla wykazania spełnienia warunków udziału. Niewątpliwym jest, że zamawiający ograniczył możliwości wykonawców w tym zakresie, poprzez wskazanie kluczowych elementów zamówienia, które wykonawca winien wykonać osobiście. Taki opis zdaniem Izby w sposób niewątpliwy stanowi ograniczenie kręgu wykonawców mogących złożyć oferty i tym samym zgodnie z zarzutem odwołania podstawową kwestią do rozstrzygnięcia Izby jest ocena, czy zasadnie została zastrzeżona część zamówienia do osobistego wykonania przez wykonawcę, co równocześnie wykluczyło możliwość w tym zakresie powoływanie się na zasoby podmiotu trzeciego.

Na podstawie art. 36a ust. 1 i 2 Pzp wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy, jak również może również zastrzec w specyfikacji istotnych warunków zamówienia obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia na roboty budowlane lub usługi, a także prac związanych z rozmieszczeniem i instalacją, w ramach zamówienia na dostawy. Za wyrokiem KIO sygn. akt KIO 923/14 powtórzyć należy, że *„w zamówieniach publicznych ograniczenie możliwości podwykonawstwa traktowane jest jako wyjątek od zasady. Ograniczenie podwykonawstwa może nastąpić jedynie w uzasadnionych okolicznościach, wynikających ze specyfiki przedmiotu zamówienia. Ograniczenie możliwości podwykonawstwa w zamówieniach publicznych wpływa na ograniczenie kręgu wykonawców mogących ubiegać się o zamówienie publiczne, a tym samym na ograniczenie konkurencyjności postępowań. Zasadą jest możliwość podwykonawstwa, zaś ograniczenie tego uprawnienia wykonawcy jest dopuszczalne wyłącznie w wyjątkowych sytuacjach, uzasadnionych specyfiką danego zamówienia. Ciężar wykazania tej szczególnej okoliczności spoczywa na zamawiającym”*.

Izba wskazuje, samo uznanie danego elementu zamówienia za element kluczowy nie powoduje samo w sobie ograniczenia kręgu podmiotów mogących złożyć ofertę. To ograniczenie następuje wtedy, gdy zamawiający zastrzega, iż wskazany kluczowy element zamówienia winien być wykonany osobiście przez wykonawcę. Do tej sytuacji odnoszą się poniższe rozważania i ustalenia Izby. Ocena, które części zamówienia będą kluczowymi częściami zamówienia na roboty budowlane lub usługi należy niewątpliwe do zamawiającego. Jednakże biorąc pod uwagę fakt, że takie ustalenie powoduje ograniczenie konkurencji w postępowaniu, to postawienie takiego wymagania nie może być prostą reakcją na potrzebę wzmożonej staranności dla prawidłowego wykonania danego zamówienia ze względu na jego strategiczny charakter. Winno opierać się na zindywidualizowanych dla danego postępowania obiektywnych przesłankach wykazujących, że powierzenie wykonania zadania w danym zakresie podwykonawcy, może doprowadzić do jego niewykonania.

Ustawodawca, dając zamawiającemu możliwość ograniczenia udziału podwykonawców w realizacji zamówienia, nie zawarł niestety w ustawie definicji legalnej pojęcia, *kluczowych części zamówienia*. Należy zatem przyjąć, że gdy zamawiający będzie chciał skorzystać z art. 36a ust. 2 pkt 1 Pzp, będzie musiał samodzielnie wyjaśnić wykonawcom w specyfikacji istotnych warunków zamówienia co w danym postępowaniu należy rozumieć jako „kluczowe części zamówienia i podać uzasadnienie tej decyzji. Zgodnie z definicją słownikową „kluczowy” to „*istotny, podstawowy, główny, najważniejszy*”. Wydaje się jednak, że ustawodawca nie odwołuje się do podziału obowiązków dłużnika na podstawowe i uboczne, a raczej do podziału na elementy istotne dla prawidłowego wykonania umowy związane z osobą wykonawcy (tak M. Stachowiak w Komentarzu do art.36(a) ustawy - Prawo zamówień publicznych, stan prawny 19.10.2014 r., LEX.).

Istnieje trudność w zdefiniowaniu „elementu kluczowego zamówienia” gdyż to określenie jest równoważne szeregu innym, dlatego trudno wskazać inny wyraz jednoznacznie określający np. mniej lub bardziej istotną część zamówienia. Na marginesie wskazać należy iż w *słowniku synonimów i wyrazów bliskoznacznych* dla słowa **kluczowy** istnieje 105 wyrazów bliskoznacznych, a więc mających takie samo znaczenie co wyraz kluczowy.

Dlatego też zdaniem Izby, podstawą do możliwości wskazania w SIWZ danego elementu zamówienia jako elementu kluczowego, który wykonawca winien wykonać osobiście, jest wystąpienie obiektywnych okoliczności uzasadniających objęcie tej części zamówienia specjalnym statusem, który to element dla prawidłowego wykonania zamówienia ma kapitalne, zasadnicze znaczenie. W uchwale KIO z dnia 7 listopada 2013 roku sygn. KIO/KU 97/13 Izba stwierdziła, że „*zamawiający jest uprawniony do rozważenia wyłączenia z udziału w realizacji zamówienia podwykonawców w sytuacji, gdy jego wykonanie wymagać będzie szczególnego, osobistego doświadczenia i wiedzy wykonawcy*”. Jako przykład w tym zakresie wskazano, że kluczowym elementem zamówienia będzie np. usługa konserwacji dzieła sztuki, gdzie dopuszczenie do wykonania w miejsce wykonawcy podwykonawcy, posiadającego wiedzę w tym zakresie, ale nie posiadającego szczególnych kwalifikacji (gdyż te zostały co do zasady zweryfikowane dla głównego wykonawcy) może doprowadzić np. do trwałej niemożności niewykonania zamówienia. Jako odmienny przykład można wskazać np. wykonanie skrzyżowania w budowanym ciągu drogi, który to element jako niewątpliwie istotny dla prawidłowego wykonania zamówienia, nie może być uznany za element kluczowy uzasadniający wyłączenie możliwości skorzystania w tym zakresie z podwykonawców, gdyż na jego wykonanie składają się typowe roboty budowy dróg, możliwe do wykonania przez każdy fachowy zespół, niekoniecznie posiadający wyjątkowe kwalifikacje.

Tak więc Izba uznaje, że aby dany fragment przedmiotu zamówienia uznać za kluczowy, ograniczający możliwość posiłkowania się w tym zakresie zasobami podmiotu trzeciego i zobowiązującego wykonawcę do osobistego jego wykonania, nie jest wystarczające (jak w

tym postępowaniu) zaistnienie sytuacji iż zamówienie ma znaczenie strategiczne. Prawo zamówień publicznych nie różnicuje wymagań stawianym wykonawcom w zależności od charakteru i rangi danego zamówienia. Przyjąć należy, że każde zamówienie finansowane ze środków publicznych winno być wykonane dobrze, a to zależy od wielu okoliczności zwianych zarówno z prawidłowym opisem przedmiotu zamówienia, jak i zapewnieniem właściwego i na wysokim poziomie nadzoru inwestorskiego ze strony zamawiającego. Powyższe nie może być zastępowane wygórowanymi warunkami udziału, które doprowadzi do wyeliminowania z postępowania całego szeregu wykonawców mogących również to zamówienie wykonać.

Izba podziela stanowiska Odwołującego iż niezasadnym jest, takie ustalenie sposobu przeprowadzenia postępowania, które zmusza dostawców urządzeń i wykonującego roboty budowlane do przyjęcia solidarnego zobowiązania za długoletni (15 lat) serwis realizowany przez wyspecjalizowany podmiot, na który to pozostali wykonawcy w szczególności po upływie okresu gwarancji nie mają wpływu.

Odnosząc się do przedmiotowego postępowania Izba uznała, że brak jest obiektywnej zasadności uznania wykonywania usług serwisu oraz monitoringu za element kluczowy zamówienia, chociażby z tego powodu, że od wielu lat w tych postępowaniach dopuszczany był udział podwykonawców i zamówienia były wykonywane w sposób prawidłowy. Wskazywanie na występujące problemy z prawidłową realizacją jednej z tłoczni, zdaniem Izby należy wywodzić raczej z niewłaściwego nadzoru inwestorskiego nad realizacją zamówieni niż z tego, że wykonawca serwisu był wyłaniany w osobnym postępowaniu. Również kwestia kosztu serwisu długoterminowego nie może być uznana za podstawę uznania danej części zamówienia za element kluczowy dla danego postępowania. Jest to raczej kwestia prawidłowego opisu jego elementów przedmiotowych i ustalenia kryteriów oceny, a nie konieczności osobistego jego wykonania przez wykonawcę.

Zdaniem Izby, Zamawiający winien był rozważyć podjęcie innych działań w postępowaniu dla zwiększyć prawidłowości wykonywanych prac, a nie uciekać się do najprostszej czynności za jaką należy uznać zobowiązanie wykonawcy do osobistego wykonania pewnych części zamówienia, co niewątpliwie skutkuje ograniczeniem konkurencji. Stwierdzić należy, że zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia i wymagań wobec wykonawców winien dokonywać tego z najwyższą starannością. Zamawiający decydując się na wyartykułowanie swoich wymogów co do ograniczenia możliwości powoływania się na zasoby podmiotów trzecich winien mieć pewność, że takie ograniczenie nie zaburza konkurencji na rynku. W postępowaniu o zamówienie publiczne nie chodzi bowiem jedynie o pozorne zagwarantowanie realizacji zasady uczciwej konkurencji.

Tym samym Izba kolejny raz podkreśla, że zamawiający zobowiązany jest zachować niezbędną równowagę między interesem własnym, polegającym na uzyskaniu rękojmi

należytego wykonania zamówienia, a interesem potencjalnych wykonawców, by wykonawca dający taką rękojmię nie był pozbawiany prawa złożenia oferty. Zamawiający winien wykazać, że podjął wszystkie możliwe działania w tym zakresie, poprzez opis wymagań wobec wykonawców i zapewnienie nadzoru nad wykonaniem zamówienia i tylko postawienie wymagań zobowiązujących wykonawcę do osobistego wykonania zamówienia jest jedyną drogą do prawidłowego wykonania zamówienia i tym samym ograniczenie konkurencji jest zasadne. W tym postępowaniu zamawiający tego nie wykazał, a potrzebę przedmiotowych ograniczeń uzasadniał faktem, iż zamawiana tłocznia ma być tłocznia transgraniczną.

Wobec powyższego Izba uznała, że wskazane przez zamawiającego prace które wykonawca winien wykonać osobiście nie są robotami wyjątkowymi, niestandardowymi, których osobiste wykonanie przez danego wykonawcę było by uzasadnione i podyktowane praktycznymi względami. Dlatego też wykluczenie możliwości powołania się wykonawców w na zasoby podmiotu trzeciego, w zakresie wskazanym jako kluczowy element zamówienia należy uznać za nieuzasadnione.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co – ze wskazanych wyżej względów – okazało się zasadne w zakresie zarzutów podniesionych w odwołaniu

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania i ustalenia, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 ustawy Pzp,

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238 ze zm).

Przewodniczący .....