sygn. akt: KIO 2244/22

WYROK

z dnia 12 września 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 września 2022 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 sierpnia 2022 r. przez wykonawcę SKANSKA Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, Al. Solidarności 173; 00-877 Warszawa, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gmina Brwinów, ul. Grodziska 12; 05-840 Brwinów,

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów nr 1 i 3 odwołania.

2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.

3. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę SKANSKA Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, Al. Solidarności 173; 00-877 Warszawa i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę SKANSKA Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, Al. Solidarności 173; 00-877 Warszawa, tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) 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 2244/22

Uzasadnienie

Zamawiający - Gmina Brwinów, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Budowa budynku szkoły w Parzniewie wraz z zagospodarowaniem terenu”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii

Europejskiej z dnia 17 sierpnia 2022 r., pod nr 2022/S 157-449069.

Dnia 29 sierpnia 2022 roku, wykonawca SKANSKA S.A. (dalej „Odwołujący") wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej na czynność zamawiającego podjętą w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego określonego powyżej, polegającą na ukształtowaniu postanowień specyfikacji warunków zamówienia w sposób naruszający przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych oraz innych powszechnie obowiązujących przepisów prawa, w tym Kodeksu Cywilnego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 8 ust. 1 PZP w związku z przepisem art. 58 § 1 KC oraz art. 647 KC i 654 KC w związku z § 5 ust. 2 i § 17 ust. 6 wzoru umowy poprzez uzależnienie odbioru robót budowlanych, a tym samym zapłaty wynagrodzenia od bezusterkowego odbioru, co czyni to postanowienie nieważnym, w świetle przepisów prawa, gdyż rolą Inwestora jest odebranie obiektu i zapłata wynagrodzenia, a postanowienie umowne, które uzależnia prawo Wykonawcy od podpisania bezusterkowego protokołu odbioru, uznać należy za nieważne jako sprzeczne z istotą umowy o roboty budowlane;

2. art. 121 PZP w związku z art. 16 pkt. 3 PZP związku z pkt. VI.1 SWZ oraz § 7 ust. 1 pkt. 2 i § 10 ust. 1 wzoru umowy poprzez zastrzeżenie obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych zadań polegających na wykonaniu elementów konstrukcyjnych budynku, tj. fundamentów i ścian nośnych, w tym podciągów, stropów i stropodachów, pomimo, iż w okolicznościach niniejszej sprawy nie jest zasadne zastrzeżenie kluczowych części zamówienia, bowiem elementy konstrukcyjne budynku to elementy standardowe obiektów budowlanych, które nie są w żaden sposób zagrożone popełnieniem ewentualnych błędów bowiem nie są kluczowymi częściami, ani tego, ani innego podobnego obiektu tego typu;

3. art. 16 pkt. 3 PZP w zw. z art. 5 KC, w związku z § 15 ust. 3 wzoru umowy poprzez zakreślenie rażąco krótkich i sztywnych terminów usunięcia wad fizycznych lub usterek w okresie gwarancji, bez możliwości ich przedłużenia terminów w takich przypadkach jak wystąpienie uzasadnionych przesłanek technologicznych.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie zamawiającemu następujących zmian w treści wzoru umowy (dotyczy zarzutu nr 2 odwołania):

- pkt. VI.1 SWZ, § 7 ust. 1 pkt. 2 oraz § 10 ust. 1 wzoru umowy - poprzez ich wykreślenie.

Odwołujący wskazał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia, ponieważ może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego powyżej wskazanych przepisów ustawy PZP, w szczególności odwołujący może ponieść szkodę w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy PZP. Odwołujący posiada bowiem wiedzę i doświadczenie dające rękojmię należytego wykonania zamówienia. Jednakże wobec sformułowania przez zamawiającego postanowień SWZ w sposób niezgodny z obowiązującymi przepisami, w szczególności najważniejszymi zasadami Prawa zamówień publicznych odwołujący zostaje pozbawiony możliwości udziału w postępowaniu i tym samym możliwości realnego uzyskania zamówienia, a w konsekwencji może on ponieść określoną szkodę z tym związaną, bowiem nie weźmie udziału w postępowaniu wobec tak ukształtowanych warunków umowy w sposób rażąco jednostronny.

Nadto, w przypadku wyboru oferty odwołującego, odwołujący zobowiązany będzie do podpisania umowy na realizację zamówienia zgodnie z obecnym wzorem umowy, który jest niezgodny z obowiązującymi przepisami prawa, co może narazić odwołującego na szkodę.

Tym samym, w wyniku naruszenia przez zamawiającego powyżej wskazanych przepisów Ustawy, odwołujący może ponieść szkodę polegającą na pozbawieniu go korzyści finansowych wynikających z możliwości uzyskania przez niego przedmiotowego zamówienia i w konsekwencji braku możliwości zawarcia umowy na realizację tego zamówienia.

Odwołujący wskazał, co następuje (w zakresie zarzutu nr 2 odwołania).

W pkt. VI. SWZ oraz § 7 ust. 1 pkt. 2 wzoru umowy Zamawiający przewidział, wśród innych obowiązków Wykonawcy:

„[...] 2) wykonanie siłami własnymi kluczowych części zamówienia - wykonanie elementów konstrukcyjnych budynku, tj. fundamenty i ściany nośne, w tym podciągi, stropy i

stropodachy, o których mowa w § 10 ust. 1 Umowy, [...]'

Zgodnie z art. 121 PZP zamawiający może zastrzec obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych zadań dotyczących m.in. zamówień na roboty budowlane. Jednakże zamawiający nie ma w tym zakresie całkowitej dowolności. Ratio legis tego przepisu jest ochrona zamawiającego przed błędami spowodowanymi przez potencjalnych podwykonawców. Zdaniem zamawiającego części uznane za kluczowe powinny być wykonane siłami własnymi, bowiem istnieje zbyt duże ryzyko wykonania tychże kluczowych części zamówienia przez potencjalnego podwykonawcę w sposób nieprawidłowy lub przynajmniej gorszy jakościowo w stosunku do sytuacji, gdy wykonawca wykona te kluczowe elementy swoimi własnymi siłami.

Tylko taka sytuacja rodzi po stronie zamawiającego uprawnienie do skorzystania z powołanej wyżej instytucji i narzucenie wykonawcy obowiązku osobistego wykonywania wyraźnie wskazanych kluczowych elementów. Sytuacja taka jest wyjątkiem od powszechnej na rynku praktyki korzystania z podwykonawców w różnych zakresach robót. Ponadto od początku obowiązywania regulacji ustawowych dotyczących zamówień publicznych w polskim porządku prawnym przyjmuje się zasadę dopuszczalności podwykonawstwa z uwagi na dopuszczenie sektora MŚP do rynku zamówień publicznych. Dlatego każde ograniczenie podwykonawstwa powinni być traktowane w sposób restrykcyjny i zamawiający swoją decyzję w zakresie ograniczenia podwykonawstwa powinien uzasadnić.

Tymczasem jak wynika z analizy załączonej do SWZ dokumentacji, opis i typ konstrukcji budynku szkoły w Parzniewie nie odbiega od typowych opisów konstrukcji innych budynków użyteczności publicznej (typu szkoła, przedszkole itp.), w tym takich, które były realizowane przez odwołującego w ubiegłych latach. To najczęstszy typ konstrukcji jaka jest stosowana w budownictwie dla takich obiektów lub innych prostych obiektów użyteczności publicznej tego typu. Konstrukcja każdego z tych obiektów zaprojektowana jest w sposób tradycyjny. Budynki w rzucie zaprojektowano jako wieloboki, oddzielone dylatacjami, ściany murowane z wieńcami żelbetowymi, stropy żelbetowe / gęstożebrowe. Budynki posadowione są na ławach stopach lub płytach fundamentowych. Żaden z tych elementów projektu nie powoduje ryzyka, iż jego wykonanie przez podwykonawcę o odpowiednim doświadczeniu niesie dla zamawiającego ryzyko powstania wad lub usterek, które nie wystąpiłyby, gdyby elementy te zostały wykonane „osobiście" przez wykonawcę.

Problematyka „kluczowego zadania" znalazła swoje odzwierciedlenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (vide: wyrok KIO z 5.07.2021 r., sygn. akt KIO 1381/21, KIO 1388/21, wyrok KIO z 12.01.2021 r., sygn. akt KIO 3321/20, sygn. akt KIO 2733/21).

Z powołanych wyżej orzeczeń wyraźnie wynika, iż zamawiający nie ma pełnej dowolności w korzystaniu z uprawnień wynikających z art. 121 PZP. Tymczasem w projektowanym postanowieniu umowy zamawiający nie wskazał dlaczego akurat ten, a nie inny zakres wskazany w pkt VI.1. SWZ miałby mieć charakter kluczowy dla zamówienia. Analiza przedstawionej w SWZ dokumentacji projektowej także nie wskazuje, iż istnieje jakiekolwiek ryzyko nieprawidłowego czy nawet gorszego jakościowo wykonania wskazanego zakresu przez podwykonawcę. W związku z powyższym konieczna jest modyfikacja wzoru umowy poprzez usunięcie projektowanego postanowienia art. § 7 ust. 1 pkt. 2 i § 10 ust. 1 i pkt VI.1 SWZ. Pozostawienie ich bowiem w niezmienionym kształcie może ograniczyć swobodę konkurencji przez nieuzasadnione faworyzowanie niektórych wykonawców startujących w przetargu, tj. tych, którzy w wykonywaniu wskazanego powyżej zakresu dysponują własnymi zasobami w tym zakresie.

Przenosząc powyższe orzeczenia na grunt analizowanej sprawy należy expressis verbis wskazać, że roboty, które zostały zastrzeżone przez zamawiającego jako kluczowe nie są skomplikowane, ani wysoce specjalistyczne. Należałoby raczej wskazać, że wykonanie elementów konstrukcyjnych budynku ma charakter powszechny i powtarzalny. Wszak każdy budynek musi posiadać elementy konstrukcyjne. Wiedza oraz doświadczenie życiowe skłaniają raczej do przekonania, że są to typowe elementy budynku, a w szczególności przy tak niekomplikowanym przedmiocie zamówienia jak prosty budynek użyteczności publicznej (szkoła) nie znajdują one uzasadnienia w ich ograniczaniu poprzez wyłączenie podwykonawstwa.

Reasumując podkreślić należy, że na gruncie dopuszczalności podwykonawstwa jako zasady ustanowienie warunku ograniczającego podwykonawstwo musi mieć bardzo mocne i przekonywujące uzasadnienie. W niniejszym przypadku nie jest zasadne ograniczenie podwykonawstwa z uwagi na wyłączenie elementów konstrukcyjnych, które są elementami typowymi dla każdego budynku.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. W zakresie zarzutu nr 2 odwołania zamawiający wskazał, co następuje.

W ocenie zamawiającego zarzut ten nie znajduje odzwierciedlenia w okolicznościach stanu faktycznego i prawnego przedmiotowego postępowania

W ocenie zamawiającego postanowienie pkt. VI. SWZ oraz § 7 ust. 1 pkt. 2 wzoru umowy było zgodne z treścią art. 121 PZP, zgodnie z którym zamawiający może zastrzec obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych zadań dotyczących m.in. zamówień na roboty budowlane, a także zgodne z treścią art. 16 i 17 PZP, zgodnie z którymi zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; przejrzysty; proporcjonalny. Ponadto zamawiający udziela zamówienia w sposób zapewniający:

1) najlepszą jakość dostaw, usług oraz robót budowlanych, uzasadnioną charakterem zamówienia, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, oraz

2) uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych, o ile którykolwiek z tych efektów jest możliwy do uzyskania w danym zamówieniu, w stosunku do poniesionych nakładów.

Należy wskazać, iż przepis art. 121 ustawy PZP stanowi odzwierciedlenie art. 63 ust. 2 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, zgodnie z którym w przypadku zamówień na roboty budowlane, zamówień na usługi oraz prac związanych z rozmieszczeniem lub instalacją w ramach zamówienia na dostawy, instytucje zamawiające mogą wymagać, aby określone kluczowe zadania były wykonywane bezpośrednio przez samego oferenta lub, w przypadku oferty złożonej przez grupę wykonawców, o której mowa w art. 19 ust. 2, przez uczestnika tej grupy.

Możliwość wprowadzenia ograniczenia korzystania z podwykonawców potwierdza także orzeczenie TSUE z dnia 14 lipca 2016 r., sygn. akt. C-406/14 (zapadłe w oparciu o przepisy uprzednio obowiązującej dyrektywy 2004/18/UE). Zgodnie z pkt 34 ww. orzeczenia jeżeli w dokumentach zamówienia wymaga się od oferentów wskazania w ich ofertach części zamówienia, której wykonanie zamierzają powierzyć podwykonawcom, oraz proponowanych podwykonawców, zgodnie z art. 25 akapit pierwszy dyrektywy 2004/18 instytucja zamawiająca może zakazać korzystania przy realizacji istotnych części zamówienia z podwykonawców, których kwalifikacji nie może sprawdzić na etapie badania ofert i wyboru zwycięskiego oferenta.

Zamawiający zatem musi ściśle określić zakres kluczowych zadań. Niedopuszczalne są klauzule, które nakładają ograniczenia na korzystanie z podwykonawstwa przy wykonywaniu części zamówienia określonej procentowo, w sposób abstrakcyjny, i to niezależnie od możliwości sprawdzenia kwalifikacji ewentualnych podwykonawców oraz bez żadnej wzmianki dotyczącej kluczowego charakteru odnośnych zadań. Z sytuacją taką nie mamy do czynienia w przedmiotowej sprawie.

Jak wskazano w Komentarzu Urzędu Zamówień Publicznych (Prawo zamówień publicznych. Komentarz pod redakcją H. Nowaka i M. Winiarza): „Przyznane zamawiającemu uprawnienie do ograniczenia podwykonawstwa może odnosić się wyłącznie do kluczowych zadań. Ani art. 121 Pzp, ani art. 63 ust. 2 dyrektywy klasycznej nie precyzują terminu "kluczowe zadania". Jak się wydaje, jest to zwrot celowo niedookreślony, wprowadzony po to, aby pozostawić zamawiającemu pewną swobodę ograniczenia podwykonawstwa, 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, natomiast generalne próby stworzenia ogólnej definicji skazane są na niepowodzenie. Mimo tego stwierdzenia można podać pewne wskazówki pomocne
w objaśnieniu pojęcia "kluczowe zadania". 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, środki zarządzania jakością itp.”.

Zgodnie z poglądem doktryny „W praktyce przyjmuje się, że ustalenie kluczowych zadań zamówienia musi następować ad casum. Będą to bowiem najważniejsze elementy zamówienia, mające największe znaczenie dla zamawiającego w konkretnych okolicznościach” (Prawo zamówień publicznych. Komentarz red. M. Jaworska, D. Grześkowiak-Stojek, J. Jarnicka, A. Matusiak, Rok 2021, Wydanie 2.).

Zamawiający podziela stanowisko KIO zawarte m.in. w wyroku z dnia 12 listopada 2021 r. sygn. akt KIO 3063/21.

Przedkładając powyższe przepisy i analizę prawną na grunt niniejszej sprawy, należy jednoznacznie stwierdzić, że wbrew twierdzeniom odwołującego, roboty konstrukcyjne - fundamenty i ściany nośne, w tym podciągi, stropy i stropodachy, mają charakter szczególny z uwagi na ich specyfikę i stopień skomplikowania oraz uzasadniają wyłączenie możliwości skorzystania w tym zakresie z podwykonawców.

Powyższe potwierdza opinia z dnia 6 września 2022 r. sporządzona przez dr inż. Rafała Dybicza rzeczoznawcę budowlanego oraz mgr inż. Mariusz Okuń rzeczoznawcę budowlanego, w której wskazano m.in., iż „Analizując przedmiot zamówienia „Budowa budynku szkoły w Parzniewie wraz z zagospodarowaniem terenu" należy zauważyć, że kluczową częścią zamówienia będzie konstrukcja budynku. Konstrukcja budynku obejmuje od 30 do 45% nakładów koniecznych do realizacji całego budynku. Reszta grup nakładów zazwyczaj w procentowym udziale nie przekracza 25% np. instalacje sanitarne, czy instalacje elektryczne. Dla budynku takiego jak szkoła zawsze podstawowym kluczowym zakresem

a tym samym kluczową częścią zamówienia będzie konstrukcja. Nie ma w tym przypadku znaczenia, że układ konstrukcyjny i rozwiązania konstrukcyjne są powszechnie znane i stosowane. Ten etap jest kluczowy z punktu widzenia jakości i terminowości realizacji inwestycji. Błędy popełnione w tym obszarze (np. błędy w zakresie zbrojenia, układania i pielęgnacji betonu itd.) mają pierwszorzędne znaczenie dla bezpieczeństwa obiektu, a także prawidłowej realizacji kolejnych zakresów prac budowlanych. Ponadnormatywne odchylenia od norm w zakresie konstrukcji powodują często brak możliwości spełnienia norm przez kolejne zakresy robót, lub też wzrost kosztów po stronie inwestora. Biorąc pod uwagę powyższe łatwiej jest uzyskać właściwą jakość prac w dobrze zgranym zespole bazującym na siłach własnych wykonawcy niż bazując na pracy podwykonawcy. Należy również zauważyć, że inwestor decydując o wyborze wykonawcy kieruje się jego doświadczeniem, a nie doświadczeniem podwykonawcy, którego na etapie przetargowym zazwyczaj nie zna i ma ograniczony wpływ na jego wybór. Biorąc pod uwagę powyższą przesłankę bardzo istotnym jest aby to właśnie główny obszar realizacji inwestycji jakim jest konstrukcja budynku została zrealizowana siłami własnymi wykonawcy tj. oferenta. Wieloletnia praktyka budowlana pokazuje, że pomimo zapisów umownych wykonawca ma w pewnym zakresie ograniczony wpływ na zasoby i personel podwykonawcy co nie pozostaje bez wpływu na jakość i termin realizacji prac budowlanych".

Ponadto zastrzeżony obowiązek osobistego wykonania części robót został skorelowany z warunkami udziału w postępowaniu w zakresie zdolności zawodowej wykonawcy w rozdz. VII ust. 2 pkt 4) SWZ: „a) Wykonawca powinien wykazać, że w ciągu ostatnich 5 lat, a jeśli okres prowadzonej działalności jest krótszy to w tym okresie, wykonał roboty budowlane polegające na budowie co najmniej jednego obiektu kubaturowego o powierzchni użytkowej co najmniej 4500 m2 o wartości minimum 28.000.000,00 PLN brutto. Pod pojęciem "budowy" Zamawiający rozumie wyłącznie wykonanie nowego kubaturowego obiektu budowlanego wraz niezbędną infrastrukturą towarzyszącą np. przyłącza, drogi, chodniki, miejsca parkingowe, place zabaw, boiska, bieżnie, skocznie. Za budowę nie będzie uznane wykazanie rozbudowy, nadbudowy lub przebudowy istniejącego budynku".

Tym samym, wykonawca musi wykazać się swoim osobistym doświadczeniem na potwierdzenie odnośnych warunków udziału w postępowaniu. Wybór wykonawcy zdolnego do samodzielnego wykonania kluczowych zadań (którego doświadczenie w tym zakresie jest badane przez zamawiającego w toku weryfikacji spełniania warunków udziału w postępowaniu), umożliwia zamawiającemu, w toku postępowania przetargowego wyłonienie podmiotu posiadającego odpowiednie doświadczenie, zaplecze, 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 prawdopodobieństwo prawidłowego ich wykonania, a w konsekwencji również całego przedmiotu zamówienia z należytą starannością oraz w wyznaczonych przez zamawiającego terminach.

Pismem z dnia 9 września 2022 roku, odwołujący wycofał odwołanie w zakresie zarzutów nr 1 i 3 odwołania.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi

przepis art. 528 ustawy Pzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są bezzasadne. Izba podziela stanowisko prezentowane przez zamawiającego (z wyjątkiem argumentu dotyczącego skorelowania wyłączenia z art. 121 ustawy Pzp z opisem warunku udziału w postępowaniu dotyczącym zdolności zawodowej), a ponadto wskazuje, co następuje.

Przepis art. 121 ustawy Pzp, reguluje uprawnienie zamawiającego w ten sposób, iż zamawiający może zastrzec obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych zadań dotyczących:

1) zamówień na roboty budowlane lub usługi lub

2) prac związanych z rozmieszczeniem i instalacją, w ramach zamówienia na dostawy.

Zgodnie z treścią tego przepisu, zamawiającemu wolno zastrzec, że kluczowe zadania dotyczące zamówień na roboty budowlane, usługi lub prace związane z rozmieszczeniem i instalacją w ramach zamówienia na dostawy muszą zostać wykonane osobiście przez wykonawcę. Przyznane zamawiającemu uprawnienie do ograniczenia podwykonawstwa może odnosić się wyłącznie do kluczowych zadań.

Zarówno przepisy ustawy Pzp (art. 121), czy art. 63 ust. 2 dyrektywy klasycznej nie definiują co należy rozumieć pod pojęciem „kluczowe zadania", gdyż w każdym przypadku definicja ta będzie uzależniona od stopnia złożoności i skomplikowania przedmiotu zamówienia.

W jednym przypadku „kluczowym zadaniem" może być objęcie specyficznych robót, charakterystycznych i właściwych, a co za tym idzie skorelowanych z indywidualnym doświadczeniem wykonawcy w danej branży. W innym przypadku może dotyczyć robót/zadań być może nie tak skomplikowanych pod kątem ich wykonania, ale kluczowych ze względu na rodzaj/charakter obiektu.

Polski ustawodawca, mocą przepisu art. 121 ustawy Pzp nadał uprawnienie zamawiającemu w zakresie ustalenia jaki zakres prac wchodzących w przedmiot zamówienia ma dla zamawiającego kluczowe znaczenie. Oczywistym jest, że zakres prac wyłączonych do osobistego wykonania musi zostać przez zamawiającego szczegółowo opisany, gdyż determinuje to decyzję wykonawcy odnośnie możliwości przystąpienia do postępowania. W przedmiotowym postępowaniu zamawiający wyraźnie podał, że część zamówienia stanowiąca kluczowe elementy to roboty konstrukcyjne - fundamenty i ściany nośne, w tym podciągi, stropy i stropodachy, które mają dla zamawiającego charakter szczególny z uwagi na ich specyfikę i stopień skomplikowania oraz uzasadniają wyłączenie możliwości skorzystania w tym zakresie z podwykonawców.

Należy zwrócić uwagę, iż charakterystyka danego zamówienia determinuje indywidualną ocenę kluczowych jej elementów. Izba nie kwestionuje doświadczenia odwołującego w wykonywaniu dużych obiektów o skomplikowanym układzie konstrukcyjnym (dowody nr 2 i 3 odwołującego), które wg. oświadczenia odwołującego były wykonywane przez podwykonawców odwołującego, jednakże nie mogą one mieć rozstrzygającego charakteru w przedmiotowym postępowaniu, gdyż okoliczność, iż inni zamawiający nie zastrzegli ich do osobistego wykonania przez odwołującego świadczy jedynie o tym, że w danej inwestycji nie było zdefiniowanych kluczowych elementów lub sposób ich zdefiniowania nie umożliwiał zastosowania przepisu art. 121 ustawy Pzp. Za każdym razem jest to bowiem suwerenna

decyzja zamawiającego.

W przedmiotowym zamówieniu robotą budowlaną jest zadanie polegające na wybudowaniu budynku szkoły wraz z zagospodarowaniem terenu. O ile sam budynek szkoły nie jest skomplikowany konstrukcyjne, co wynika z dokumentacji postępowania, to okoliczność,

iż kluczowym elementem zadania dla zamawiającego jest wykonanie robót konstrukcyjnych - fundamentów i ścian nośnych, w tym podciągów, stropów i stropodachów, w kontekście

całego budynku należy uznać za prawidłowe. Należy bowiem odróżnić definicyjne rozumienie skomplikowania wykonania niektórych elementów od elementów mających kluczowe znaczenie dla zamawiającego. Nie zawsze będzie tak, że skoro jakiś element zamówienia jest skomplikowany to zamawiający ma możliwość zastosowania przepisu art.

121 ustawy Pzp,
a jak element zamówienia nie jest skomplikowany to wyłączony z zastosowania jest przepis art. 121 ustawy Pzp. Akcent należy bowiem położyć na zdefiniowanie „kluczowego zadania". W przedmiotowym postępowaniu „kluczowym zadaniem" dla zamawiającego są ww. roboty

konstrukcyjne.

Zdaniem Izby okoliczność, iż zamawiający wyłączył wskazany przez siebie zakres prac, jako kluczowych do osobistego wykonania przez wykonawcę nie oznacza, że wyłączenie to narusza przepis art. 16 ustawy Pzp. Skoro bowiem, jak twierdzi odwołujący, iż zadanie to jest prostą robotą budowlaną, to nie można twierdzić, że konkurencja w postępowaniu została zagrożona. Okoliczność, iż zakres zastrzeżonych przez zamawiającego prac dla odwołującego wykonują podwykonawcy nie wyklucza udziału odwołującego z postępowania.

Przepisy ustawy Pzp dają bowiem możliwość wykonawcom udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia w różnym układzie podmiotowym. Jest to suwerenna decyzja wykonawcy. Fakt, iż odwołujący ma indywidualne podejście do realizacji rzeczonego zakresu prac nie stanowi jeszcze o naruszeniu przepisów ustawy Pzp przez zamawiającego.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący: .....