

WYROK

z dnia 5 stycznia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Anna Kuszel-Kowalczyk

Anna Kurowska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie **4 stycznia 2022 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej **20 grudnia 2021 r.**

przez wykonawcę: **SAFEGE S.A.S. z siedzibą w Nanterre (Francja)**

w postępowaniu pn. *Wykonanie kompleksowej dokumentacji projektowej dla zadania „Rozbudowa drogi krajowej nr 45 na odcinku Czarnożyły-Złoczew”* (nr postępowania Ł.D/3.2413.11.2021.mr)

prowadzonym przez zamawiającego: **Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie, Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Biuro Projektów Komunikacyjnych w Poznaniu sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, Voessing Polska sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy** – zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego i:

- 1) zalicza w poczet tych kosztów kwotę 15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) **uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,**
- 2) zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Zamawiającego jako uzasadnione koszty z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 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**.

Uzasadnienie

Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi {dalej: „GDDKiA” lub „Zamawiający”} prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp”, „ustawa Pzp”, „pzp” lub „Pzp”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi pn. *Wykonanie kompleksowej dokumentacji projektowej dla zadania „Rozbudowa drogi krajowej nr 45 na odcinku Czarnożyły-Złoczew”* (nr postępowania Ł.D/3.2413.11.2021.mr).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 10 września 2021 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2021/S_176 pod poz. 457812.

Wartość tego zamówienia przekracza progi unijne.

8 grudnia 2021 r. Zamawiający zawiadomił drogą elektroniczną wykonawców uczestniczących w powyższym postępowaniu o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej wspólnie przez Biuro Projektów Komunikacyjnych w Poznaniu sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, Voessing Polska sp. z o.o. z siedzibą Bydgoszczy {dalej: „Przystępujący”} oraz odrzuceniu oferty złożonej przez SAFEGE S.A.S. z siedzibą w Nanterre (Francja) {dalej: „Safège”}.

20 grudnia 2021 r. Safège {dalej również: „Odwołujący”} wniosło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od powyższych czynności.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp:

1. Art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 16 pkt 1-3 – przez bezzasadne odrzucenie oferty Safège, pomimo że jest ona zgodna z postanowieniami dokumentów zamówienia, w szczególności zawarte w niej oświadczenie dotyczące zakresu podwykonawstwa nie obejmuje kluczowych części zamówienia zastrzeżonych do wykonania przez wykonawcę, a tym samym nie stanowi podstawy do odrzucenia oferty.
2. Art. 223 ust. 1 – przez zaniechanie wezwania Safège do udzielenia wyjaśnień oferty w sytuacji, gdy Zamawiający błędnie zinterpretował powyższe oświadczenie zawarte w ofercie.
3. Art. 239 ust. 1 w zw. z art. 17 ust. 2 w zw. z art. 16 pkt 1-3 – przez zaniechanie dokonania wyboru oferty wykonawcy, która jest najkorzystniejsza w świetle ustalonych kryteriów oceny ofert i zaniechanie udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia odrzucenia oferty Safege.
2. Powtórzenia badania i oceny ofert, w tym ewentualnie wezwania Safege do udzielenia wyjaśnień.
3. Dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej.

W ramach uzasadnienia zarzuty z pkt 1. i 2. listy zarzutów zostały sprecyzowane przez powołanie się na następujące okoliczności faktyczne.

Brzmienie pkt 6.6. Instrukcji dla wykonawców {dalej: „instrukcja” lub „IDW”}: *Zamawiający zastrzega obowiązek osobistego wykonania przez Wykonawcę kluczowych zadań, tj. Projekt Budowlany, Projekt Wykonawczy, Przedmiary i Kosztorysy, STWiORB, Udzielanie odpowiedzi na pytania oferentów na etapie procedury przetargowej na realizację robót oraz Nadzór Autorski (pozycje 5, 6, 7, 8, 14 i 15 w Tabeli nr 1 Wyceny Etapów Umowy). 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.*

Pozycje 5, 6, 7, 8, 14 i 15 w Tabeli nr 1 Wyceny Etapów Umowy obejmują następujący zakres:

- poz. 5. – PROJEKT BUDOWLANY (WIELOBRANŻOWY) wraz z MATERIAŁAMI DO WNIOSKU O ZRID,
- poz. 6. – PROJEKT WYKONAWCZY (WIELOBRANŻOWY),
- poz. 7. – PRZEDMIARY I KOSZTORYSY w układzie specyfikacyjnym (WSZYSTKIE BRANŻE)
- poz. 8. – STWiORB (WSZYSTKIE BRANŻE)
- poz. 14. – UDZIELANIE ODPOWIEDZI NA PYTANIA OFERENTÓW NA ETAPIE PROCEDURY PRZETARGOWEJ NA REALIZACJĘ ROBÓT BUDOWLANYCH. Termin udzielenia odpowiedzi na pytania do 3 dni robocze.
- poz. 15 – PEŁNIENIE NADZORU AUTORSKIEGO

W ofercie Safege podwykonawstwo zostało określone jako: 1. Geodezja 2. Geotechnika 3. Branża elektroenergetyczna 4. Branża telekomunikacyjna.

Wszyscy wykonawcy ograniczali się w formularzach ofertowych do ogólnego wskazania jako zakresu zleconego podwykonawcom: opracowań środowiskowych (Zakład Projektowo Budowlany P.S. Projekt), niezbędnych elementów z zakresu geologii i geodezji (Mosty Katowice sp. z o.o.), doradztwa i usług techniczno-prawnych (CertusVia Sp. z o.o.), czy podobnych zakresów i dodatkowo ewentualnie innych branż koniecznych do realizacji

zamówienia, a nie zastrzeżonych przez Zamawiającego do osobistego wykonania przez Wykonawcę (Schuessler-Plan Inżynierzy sp. z o. o.) lub ograniczeniem się do stwierdzenia, że podwykonawstwo nie będzie dotyczyło kluczowych części zamówienia (Konsorcjum S.T.I. Polska sp. z o.o. i S.Te.P. s.r.l.

Zamawiający w ramach uzasadnienia odrzucenia oferty Safege na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 pzp stwierdził, że oświadczenie złożone przez Odwołującego w ofercie jest rozbieżne z wymaganiem z pkt 6.6. IDW, gdyż przewidziane do podwykonawstwa części „branża elektroenergetyczna” oraz „branża telekomunikacyjna” to kluczowe zakresy zamówienia zastrzeżone do osobistego wykonania przez wykonawcę. Ponieważ informacja o zakresie podwykonawstwa wskazana w formularzu ofertowym stanowi treść oferty, oferta została odrzucona jako niezgodna z warunkami zamówienia przez powierzenie kluczowego zakresu zamówienia do wykonania przez podwykonawcę.

Przy tak zrelacjonowanych jako istotne w sprawie faktach Odwołujący wywiódł, co następuje.

Po pierwsze, że Zamawiający w informacji o odrzuceniu nie podał, którego z wymienionych wprost w pkt 6.6 IDW jako kluczowe zakresów zamówienia miałoby dotyczyć oświadczenie Safege o podwykonawstwie.

Po drugie, że intencją Safege przy wskazaniu na branże elektroenergetyczną i telekomunikacyjną było jedynie, aby podwykonawca wykonał inwentaryzacje, opracowania, analizy, wywiady czy rozpoznanie formalno-prawne niezbędne dla wykonania kompleksowej dokumentacji projektowej dotyczącej rozbudowy drogi. Choć nie zawsze w postępowaniach są to dokumenty wprost wymienione w dokumentach zamówienia, zgodne z praktyką Safege jest składanie informacyjnie oświadczenia o zleceniu wykonania tego typu dokumentacji podwykonawcy. Nie wskazano szczegółowo, jakie to będą dokumenty, gdyż ich zakres i konkretne nazwy będą ustalane na etapie realizacji.

Po trzecie, że nie jest niczym niestandardowym i nadzwyczajnym na rynku usług projektowych, że różnego rodzaju szczegółowe opracowania lub części dokumentacji są zlecane do wykonania podmiotom specjalizującym się w danej dziedzinie. Najlepszym przykładem są dokumentacje dotyczące geodezji czy geotechniki, które muszą być wykonane przy tego typu inwestycji i uwzględnione w finalnej dokumentacji (w tym w projekcie budowlanym, wykonawczym, STWiORB etc.)

Po czwarte, że wskazanie do podwykonawstwa branż elektroenergetycznej i telekomunikacyjnej powinno być potraktowane, na zasadzie analogi ze wskazaniem zakresów dotyczących geodezji i geotechniki, jako również prawidłowe.

Po piąte, że przy zamówieniu, które dotyczy dokumentacji projektowej dla drogi, branże elektroenergetyczna i telekomunikacyjna stanowią niewielki i specjalistyczny zakres.

Po szóste, że sposób sformułowania oświadczeń dotyczących podwykonawstwa w innych ofertach potwierdza prawidłowość oświadczenia złożonego w odniesieniu do branż elektroenergetycznej i telekomunikacyjnej przez Safege.

W tych okolicznościach Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenia przepisów, jak w pkt 1. i 2. listy zarzutów, a ponadto, co następuje.

Po pierwsze, że odmienne potraktowanie Safege w stosunku do innych wykonawców stanowi naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Po drugie, że ponieważ intencją Safege była realizacja zamówienia zgodna z jego warunkami, odrzucenie oferty było działaniem nieproporcjonalnym.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z 4 stycznia 2022 r. wniósł o jego oddalenie, w szczególności wskazując na następujące okoliczności.

Wykonanie mapy do celów projektowych polega na pobraniu mapy zasadniczej z ośrodka geodezyjnego, a następnie na zweryfikowaniu i zaktualizowaniu jej przez uprawnionego geodetę w odniesieniu do stanu faktycznego jaki występuje w terenie. Na etapie projektowania nie dochodzi do zmiany mapy do celów projektowych. Dopiero po zaprojektowaniu nowych elementów, takich jak drogi czy sieci, i po ich wybudowaniu wykonywana jest kolejna inwentaryzacja w terenie, czyli tzw. mapa powykonawcza, która po zaewidencjonowaniu w ośrodku geodezyjnym stanowić będzie nowe źródło mapy zasadniczej. Takie weryfikacje i aktualizacje mapy zasadniczej w celu stworzenia mapy do celów projektowych pozwalają wychwycić zmiany w krajobrazie jakie powstają w miarę upływu czasu, m. in. zmiany w roślinności, małej architekturze, ogrodzeniach itp., czyli przede wszystkim w zakresie naniesień niewymagających inwentaryzacji powykonawczej.

Wykonanie badań podłoża gruntowego sprowadza się z kolei do zinwentaryzowania składu podłoża gruntowego oraz poziomu wód gruntowych, a następnie na wyciągnięciu wniosków dla etapu projektowania (zagrożeń). Obowiązkowa opinia geotechniczna oraz ewentualnie dokumentacja badań podłoża gruntowego i projekt geotechniczny (jeśli są wymagane ze względu na konieczność wykonania bardziej szczegółowych badań terenowych, analiz i obliczeń warunków posadowienia) będą zawierały dane dla projektanta konstrukcji niezbędne do bezpiecznego zaprojektowania posadowienia obiektu budowlanego.

Reasumując, ponieważ zarówno opracowanie mapy do celów projektowych, jak i wykonanie poszczególnych opracowań geologicznych stanowi podstawę do rozpoczęcia projektowania właściwego, Zamawiający dopuścił w tym zakresie podwykonawstwo. Ponadto ponieważ przeciętnej wielkości biura projektowe zwykle nie mają w swoich zasobach zespołów geodetów ani zespołów geologicznych, zastrzeżenie również tych usług do

osobistego wykonania spowodowałoby istotne zawężenie możliwości wyboru wykonawcy do grupy największych biur projektowych działających na rynku.

Natomiast w odniesieniu do poszczególnych branż projektowych Zamawiający wymagał opracowania dokumentacji (projektu budowlanego i projektu wykonawczego) wszystkich branż w ramach osobistego wykonania.

Jest to podyktowane samą specyfiką procesu projektowego, polegającego na tym, że wszystkie branże muszą być na bieżąco koordynowane, zarówno z branżą wiodącą (tutaj drogową), jak i pozostałymi branżami. Zwykle rozwiązania projektowe dla uzbrojenia terenu są dostosowywane do branży drogowej, jednak często zdarza się, że korekcie musi zostać poddana geometria lub konstrukcja elementów drogowych, aby dopasować się do uwarunkowań sieciowych. Dlatego też przeciętnej wielkości biura projektowe, które mają potencjał do realizacji przedmiotu zamówienia (tu – zaprojektowania 12 km drogi krajowej), zatrudniają na stałe również branżystów.

W sytuacji przebudowy (rozbudowy) istniejącej drogi krajowej, złożoność opracowań projektowych poszczególnych branż uzbrojenia terenu nie będzie skomplikowana i porównywalna ze sobą. Dla każdej z branż należy zapoznać się z mapą do celów projektowych, warunkami w terenie (m.in. stanem technicznym istniejących elementów poszczególnych sieci), wystąpić do gestorów sieci o materiały archiwalne (czyli o dokumentację powykonawczą z etapu tuż po wybudowaniu danej infrastruktury), wystąpić do gestorów o warunki techniczne przebudowy elementów kolidujących z przebudowywaną drogą oraz wymagań dla ewentualnych nowych elementów sieci. Czynności te będą podobne zarówno dla wodociągu, kanalizacji, gazu, kabli energetycznych oraz teletechnicznych i stanowią swego rodzaju prace przygotowawcze przed przystąpieniem do projektowania. Zlecany w postępowaniu zakres branż związanych z sieciami ogranicza się w głównej mierze do zaprojektowania sposobu usunięcia kolizji, dlatego też ani prace przygotowawcze, ani sam proces projektowania nie powinny wymagać skomplikowanych analiz i obliczeń, na które powołuje się Odwołujący w pkt V.1 odwołania.

Zamawiający podkreślił, że zakres osobistego wykonania zamówienia został w pkt 6.6. IDW) określony precyzyjnie, z kolei dwa z czterech zakresów podwykonawstwa wskazanych w ofercie przez Safegę objęte zostały obowiązkiem osobistego wykonania, co stanowiło przyczynę odrzucenia tej oferty.

Według Zamawiającego w powyższych okolicznościach oświadczenie zawarte w ofercie Safegi (za którego treść Wykonawca ponosi wyłączną odpowiedzialność) nie budziło i nie może budzić wątpliwości Zamawiającego co do jego sprzeczności z pkt. 6.6 IDW. Natomiast tłumaczenie przez Odwołującego, jak należało rozumieć treść tego oświadczenia, zmierzając w istocie do jego uzupełnienia o nowe elementy.

Przystępujący w piśmie z 4 stycznia 2022 r. wniósł o oddalenie odwołania, wskazując na fakty zbieżne z odwołaniem, ale wyciągając z nich wnioski analogiczne jak Zamawiający.

W ocenie Przystępującego nie budzi wątpliwości, że według oświadczenia zawartego w ofercie Safege przedmiotem podwykonawstwa będzie cała branża elektroenergetyczna i cała branża telekomunikacyjna, które stanowią istotny element składowy wszystkich dokumentacji projektowych wielobranżowych zastrzeżonych przez Zamawiającego do osobistego wykonania (wielobranżowy projekt budowlany, wielobranżowy projekt wykonawczy, przedmiary i kosztorysy we wszystkich branżach, STWIORB we wszystkich branżach).

Skoro Odwołujący twierdzi, że jego intencją przy wskazywaniu na „branżę elektroenergetyczną” i „branżę telekomunikacyjną” było, aby podwykonawca wykonał w tych branżach inwentaryzację, opracowania, analizy, wywiady branżowe czy rozpoznanie formalno-prawne, mógł i powinien tak właśnie oświadczyć w pkt 5. oferty. Zamawiający nie ma obowiązku domysławiania się, jakie intencje kierowały Odwołującym, który złożył takie, a nie inne oświadczenie w treści oferty.

Mapa do celów projektowych jest materiałem bazowym (wyjściowym) do projektowania, dlatego Przystępujący również zaznaczył w treści swojej oferty, że zamierza podzlecić ten zakres do podwykonania, czego Zamawiający nie kwestionował w żadnej ofercie.

Zamawiający odrzucił ofertę Safege z powodu wskazania branży elektroenergetycznej i branży telekomunikacyjnej jako przewidzianych do podwykonawstwa, gdyż wszystkie branże dokumentacji projektowej wielobranżowej stanowią kluczowe zakresy zamówienia zastrzeżone do osobistego wykonania przez wykonawcę. Ponieważ Safege zaoferowało sposób realizacji zamówienia niezgodny z wymogami Zamawiającego określonymi w dokumentach postępowania, treść tej oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Od wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia oczekuje się staranności w przygotowaniu oferty, w szczególności przeanalizowania SWZ pod kątem wymagań w niej sformułowanych.

Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Z art. 505 ust. 1 pzp wynika, że legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje

wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący, który złożył ofertę w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego wykazał, że ma taki interes, a ponadto jako wykonawca, którego oferta została odrzucona, może ponieść szkodę, gdyż w przeciwnym razie mógłby liczyć na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Ponieważ przedstawione powyżej za odwołaniem okoliczności faktyczne dotyczące brzmienia pkt 6.6. IDW, nazw wymienionych w tym postanowieniu pozycji tabeli pn. „Tabela Wyceny Etapów Umowy (załączniku nr 1 do umowy) oraz dotyczącego podwykonawstwa oświadczenia zawartego w pkt 5. formularza oferty Safege odpowiadają rzeczywistości stanowi rzeczy, nie ma potrzeby ponownego ich przytaczania w całości.

Odnosnie dokumentów zamówienia wystarczające będzie skonstatowanie, że poza wszelkim sporem jest okoliczność, że Zamawiający w pkt 6.6. IDW zastrzegł sześć spośród piętnastu pozycji tabeli wyceny etapów umowy do wykonania bezpośrednio przez wykonawcę zamówienia jako kluczowe elementy zamówienia. Przy czym w nazwie czterech spośród tych pozycji tabeli wprost wskazano, że mają one charakter wielobranżowy (poz. 5. Projekt budowlany i poz. 6. Projekt wykonawczy) lub że dotyczą wszystkich branż (poz. 7. Przedmiary i kosztorysy i poz. 8 STWiORB). Natomiast wśród pozostałych dziewięciu pozycji tej tabeli niezastrzeżonych do osobistego wykonania przez wykonawcę zamówienia znajdują się m.in.: poz. 1. Mapa do celów projektowych, poz. 9. Wykonanie dokumentacji badań podłoża gruntowego, poz. 10. Dokumentacja geodezyjna i kartograficzna związana z przejęciem na rzecz Skarbu Państwa nieruchomości i ograniczeniem sposobu korzystania z nieruchomości

Pełne brzmienie oświadczenia złożonego przez Safege w pkt 5. formularza oferty jest następujące – *Zamierzamy powierzyć podwykonawcom wykonanie następujących części zamówienia: 1. Geodezja 2. Geotechnika 3. Branża elektroenergetyczna 4. Branża telekomunikacyjna.*

Zestawienie treści powyższego oświadczenia z powyżej przywołaną treścią dokumentów tego zamówienia prowadzi do jednoznacznego wniosku, że o ile powierzenie opracowań geodezyjnych i geotechnicznych podwykonawcom pozostaje w zgodzie z warunkami tego zamówienia, o tyle objęcie podwykonawstwem opracowań wielobranżowych, choćby w zakresie branż elektroenergetycznej i telekomunikacyjnej, wprost narusza zastrzeżenie tych elementów zamówienia do osobistego wykonania przez

wykonawcę.

Ustalone powyżej znaczenie oświadczenia woli Safege adresowanego do Zamawiającego odpowiada regułom wykładni z art. 65 § 1 Kodeksu cywilnego {dalej: „kc”}. Zgodnie z tym przepisem (który znajduje zastosowanie na mocy odesłania zawartego w art. 8 ust. 1 pzp) oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje.

Jednocześnie za niesporne należy uznać, że z żadnego z opisanych w odwołaniu oświadczeń pozostałych oferentów odnośnie zakresu podwykonawstwa nie wynika zamiar powierzenia podwykonawcy w całości lub w części któregośkolwiek z zadań zastrzeżonych przez Zamawiającego do osobistego wykonania przez wykonawcę.

Niezależnie od powyższego, jak wynika z treści odwołania, wyjaśnienia, jakie chciałoby złożyć Safege, stanowiłby zasadniczą zmianę treści oświadczenia zawartego w pkt 5. formularza oferty, polegającą na tym, że w miejsce zamiaru powierzenia opracowań wielobranżowych w odniesieniu do całych branż elektroenergetycznej i telekomunikacyjnej, wskazane zostałyby czynności faktyczne i opracowania przygotowawcze, które według Odwołującego należy przeprowadzić przed sporządzeniem tych opracowań.

Treść odwołania świadczy również o tym, że Zamawiający odpowiednio pod względem faktycznym i prawnym uzasadnił decyzję o odrzuceniu oferty Safege.

Izba stwierdziła, że w tych okolicznościach odwołanie jest niezasadne.

Według art. 121 pkt 1 ustawy pzp zamawiający może zastrzec obowiązek osobistego wykonania zamówienia przez wykonawcę kluczowych zadań dotyczących zamówień na roboty budowlane lub usługi. Zamawiający skorzystał z tego uprawnienia i określił które spośród zadań objętych tym zamówieniem zastrzega jako kluczowe do osobistego wykonania przez wykonawcę.

Art. 223 ust. 1 ustawy pzp stanowi w szczególności, że w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień treści złożonych ofert, jednakże niedopuszczalne jest dokonywanie jakiejkolwiek zmiany jej treści. Ponieważ treść oświadczenia Safege dotyczącego zakresu podwykonawstwa była jednoznaczna, Zamawiający nie miał podstaw ani faktycznych, ani prawnych (zakaz zmiany treści oferty), aby korzystać z tego uprawnienia.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Ponieważ Odwołujący złożył ofertę, której treść jest niezgodna z warunkami tego zamówienia co do zakresu zastrzeżonego do osobistego

wykonania przez wykonawcę, Zamawiający prawidłowo ją odrzucił.

Z uwagi na powyższe, a także wobec braku odrębności zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1-3 ustawy pzp, należało uznać, że Zamawiający przeprowadził badanie i ocenę ofert w sposób zapewniający uczciwą konkurencję oraz równe traktowania wykonawców, przejrzysty i proporcjonalny.

Z kolei bezprzedmiotowy jest zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 w zw. z art. 17 ust. 2 w zw. z art. 16 pkt 1-3 ustawy pzp, gdyż oferta Odwołującego jako prawidłowo odrzucona nie podlegała ocenie w ramach kryteriów oceny ofert, a przy braku jakichkolwiek zarzutów odnośnie oferty Przystępującego, należy uznać, że została ona wybrana zgodnie z przepisami ustawy pzp.

Mając powyższe na uwadze, Izba – działając na podstawie art. 553 zd. 1 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego w tej sprawie, na które złożył się uiszczony wpis od odwołania oraz uzasadnione koszty Zamawiającego w postaci wynagrodzenia pełnomocnika, orzeczono – w pkt 2. sentencji – stosownie do jej wyniku na podstawie art. 557 ustawy pzp w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 8 ust. 2 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 (Dz. U. poz. 2437) – obciążając nimi Odwołującego.