

WYROK

z dnia 1 marca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Szymon Grzybowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 lutego 2021 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 lutego 2021 r. przez wykonawcę **MW Technic sp. z o.o., ul. Bodycha 73A; 05-816 Michałowice**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Powiat Opoczyński reprezentowany przez Zarząd Powiatu Opoczyńskiego, ul. Kwiatowa 1a; 26-300 Opoczno**, przy udziale wykonawcy **Archimmodicus sp. z o.o. sp. k., ul. Kluczborska 13/1A; 50-323 Wrocław**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego, przy udziale wykonawcy **INDUSTRIA PROJECT sp. z o.o., ul. Azymutalna 9; 80-298 Gdańsk**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego MW Technic sp. z o.o., ul. Bodycha 73A; 05-816 Michałowice, dokonanie ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty złożonej przez MW Technic sp. z o.o., ul. Bodycha 73A; 05-816 Michałowice.**
2. **Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Powiat Opoczyński reprezentowany przez Zarząd Powiatu Opoczyńskiego, ul. Kwiatowa 1a; 26-300 Opoczno i:**
 - 2.1. **zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez MW Technic sp. z o.o., ul. Bodycha 73A; 05-816 Michałowice, tytułem wpisu od odwołania,**
 - 2.2. **nakazuje Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot kwoty 2 500 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące pięćset złotych zero groszy) na rzecz MW Technic sp. z o.o., ul. Bodycha 73A; 05-816 Michałowice, tytułem zwrotu nadpłaty wpisu od odwołania,**

2.3. zasądza od zamawiającego **Powiat Opoczyński reprezentowany przez Zarząd Powiatu Opoczyńskiego, ul. Kwiatowa 1a; 26-300 Opoczno** na rzecz **MW Technic sp. z o.o., ul. Bodycha 73A; 05-816 Michałowice** kwotę 11 267 zł 16 gr (słownie: jedenaście tysięcy dwieście sześćdziesiąt siedem złotych, szesnaście groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu: wpisu od odwołania, wynagrodzenia i wydatków jednego pełnomocnika, dojazdu na rozprawę.

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 2019 r. poz. 2019) 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:

Uzasadnienie

Zamawiający – Powiat Opoczyński reprezentowany przez Zarząd Powiatu Opoczyńskiego, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest *„Wykonanie dokumentacji projektowo-kosztorysowej dla budowy budynku bloku operacyjnego z oddziałem intensywnej terapii dla osób dorosłych, pomieszczeniami towarzyszącymi wraz ze sprawowaniem nadzoru autorskiego” w ramach projektu: Poprawa bezpieczeństwa zdrowotnego w regionie opoczyńskim poprzez budowę nowoczesnego Bloku Operacyjnego”*.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w BZP, pod nr 772187-N-2020.

Dnia 29 stycznia 2020 roku, zamawiający poinformował wykonawców o odrzuceniu oferty MW Technic sp. z o.o.

Dnia 2 lutego 2020 roku wykonawca MW Technic sp. z o.o. (dalej „*Odwołujący*”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez odrzucenie oferty wykonawcy MW Technic sp. z o.o., pomimo że jej treść odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o: nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz nakazanie dokonania ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego.

Interes odwołującego. Odwołujący wskazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego ww. przepisów ustawy. Gdyby zamawiający w sposób prawidłowy dokonał badania oferty odwołującego, to nie dokonałby jej odrzucenia. Natomiast oferta złożona przez odwołującego uzyskałaby najwyższą ilość punktów zgodnie z kryteriami oceny ofert przyjętymi w postępowaniu. W związku z powyższym, odwołujący może ponieść szkodę powstałą w wyniku naruszenia przepisów ustawy przez zamawiającego, polegającą na nie udzieleniu odwołującemu przedmiotowego zamówienia publicznego.

Odwołujący wskazał, iż pismem z dnia 18.01.2021 r. zamawiający zwrócił się do odwołującego o udzielenie wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny na podstawie art. 90 ust 1a pkt 1 ustawy Pzp. Pismem z dnia 20.01.2021 r. odwołujący przedłożył wyjaśnienie, w którym jednym z argumentów uzasadniającym wysokość zaoferowanej ceny było wykonanie dokumentacji projektowo-kosztorysowej w technologii modułowej, z uwagi na duże doświadczenie odwołującego w tego rodzaju realizacjach oraz posiadaną wykwalifikowaną kadrę techniczną, zatrudnioną u wykonawcy. Kolejno w dniu 26.01.2021 r. zamawiający zwrócił się do odwołującego z kolejnym pismem w zakresie doprecyzowania,

czy zamieszczona w ofercie cena obejmuje tylko i wyłącznie sporządzenie dokumentacji do realizacji budynku w technologii modułowej, czy również przewiduje sporządzenie dokumentacji projektowej do realizacji budynku w innych technologiach powszechnie stosowanych w budownictwie? W odpowiedzi z dnia 28.01.2021 r. wykonawca wyjaśnił, iż przyjął wykonanie dokumentacji projektowo-kosztorysowej w technologii modułowej. Technologia ta nie została wykluczona przez zamawiającego w treści s.i.w.z. Ponadto odwołujący, jako biuro projektowe, zdecydował się na zastosowanie technologii modułowej dostosowując się w ten sposób do wymagań zamawiającego, który w treści s.i.w.z. punkt 4 Termin wykonania zamówienia określa szacowany termin odbioru Inwestycji na koniec roku 2022. Zakładając realizację kolejnych etapów w tym terminie tj. implementacji budynku na podstawie wykonanej dokumentacji projektowej, wykonawca uznał technologię modułową za najbardziej adekwatną do oczekiwań zamawiającego.

W uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego, zamawiający wskazał, że oferta tego wykonawcy jest niezgodna z s.i.w.z., gdyż wykonawca „narzucił” wykonanie projektu w oparciu o technologię modułową, zaś zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia rozdział III s.i.w.z. nie sprecyzował technologii wykonania budynku bloku operacyjnego i nie narzucił wykonawcom konkretnej technologii. Co, jak podnosi zamawiający, nie jest równoznaczne z tym, że wykonawca na etapie składania oferty, narzuca zamawiającemu, że opracuje dokumentację w takiej technologii, jaką on uważa za słuszną, a co za tym idzie, to zamawiający na etapie opracowania projektu koncepcji i ustaleń do projektowania podejmie decyzję w jakiej technologii zostanie zrealizowana budowa.

Odwołujący podniósł, iż zamawiający w treści s.i.w.z. nie określił technologii w jakiej ma zostać wykonana dokumentacja projektowo-kosztorysowa, a także wśród wymienionych w OPZ kodów CPV nie umieścił kodów dotyczących żadnej konkretnej technologii. Zostawił tym samym wolną rękę wykonawcom do wybrania dowolnej technologii realizacji zadania. Zamawiający decydując się na wybranie oferty konkretnego wykonawcy na etapie zadania dot. wykonania dokumentacji projektowo - kosztorysowej powinien podjąć decyzję w jakiej technologii zostanie zrealizowany budynek. Niezasadne jest jednak odrzucenie oferty odwołującego z powodu niezgodności treści oferty z s.i.w.z. w sytuacji, kiedy z treści s.i.w.z. wynika, że zamawiający dopuszcza realizację w każdej prawnie i technicznie uzasadnionej technologii. Ponadto w żadnym punkcie s.i.w.z., w szczególności w pkt. III Opis przedmiotu zamówienia, zamawiający nie wskazał, że wyklucza zastosowanie technologii modułowej, oferowanej przez odwołującego. Na etapie uzasadnienia odrzucenia oferty odwołującego zamawiający potwierdził, że faktycznie nie sprecyzował technologii wykonania budynku bloku operacyjnego i nie narzucił wykonawcom przyjęcia konkretnej technologii. Motywowanie stanowiska zamawiającego w zakresie odrzucenia oferty odwołującego poprzez stwierdzenie, iż zgoda na realizację zadania w technologii modułowej wyklucza

budowę budynku w technologii innej - na przykład tradycyjnej, jest nieracjonalne zważając na fakt, iż ten mechanizm będzie działał na tej samej zasadzie również w odwrotnej sytuacji. Rozumieć można przez to, że realizacja dokumentacji w technologii tradycyjnej wykluczy możliwość budowania budynku bloku operacyjnego w innych technologiach, a tym samym będzie wykluczające dla wykonawców posługujących się innymi metodami budownictwa niż tradycyjna.

Odwołujący wskazał, że zrealizowanie oczekiwanego przez zamawiającego obiektu w technologii modułowej będzie w pełni odpowiadało wymaganiom właściwym dla tego typu obiektów, tj. obiekt ten z funkcjonalnego i technicznego punktu widzenia będzie pełnowartościowym obiektem spełniającym wszystkie przewidziane przepisami prawa wymagania. Analogiczna sytuacja będzie odnosiła się do opracowanej dokumentacji projektowej, która pozwoli na uzyskanie prawomocnej decyzji pozwolenia na budowę.

Podkreślenia jednak wymaga, że to opis przedmiotu zamówienia jest dokumentem, w którym zamawiający określa wszystkie swoje wymagania co do przedmiotu zamówienia. To w tym dokumencie wskazuje, jakie rozwiązania dopuszcza, a jakie wyklucza. Przy tym, opis przedmiotu zamówienia powinien być jednoznaczny i kompletny, zaś wszelkie nieścisłości należy interpretować na korzyść wykonawcy. Taka reguła interpretacyjna wynika z bogatego orzecznictwa w tym zakresie. Przykładowo, Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 4 lipca 2019 r. (sygn. Akt IV CSK 363/18) wskazał, że „to na Zamawiającym spoczywa obowiązek pełnego i jednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia jeszcze przed wszczęciem postępowania o jego udzielenie. Powinien on więc przygotować niezbędną dokumentację [...]. Jeżeli powstaną wątpliwości, co do jednoznaczności postanowień SIWZ (a szerzej: dokumentacji zamawiającego, w oparciu o którą wykonawcy składają oferty), muszą być one rozstrzygane na korzyść wykonawcy. Przeciwny wniosek byłby sprzeczny z treścią art. 29 ust. 1 Pzp. W konsekwencji, jeżeli dokumentacja sporządzona przez zamawiającego zawiera nieścisłości, nie jest jednoznaczna, nie można negatywnymi skutkami obciążać oferentów (a więc potencjalnych wykonawców), ale zamawiającego - jako autora tej dokumentacji”. Jeżeli zatem, zamawiający nie ujął jakiegoś elementu w opisie przedmiotu zamówienia, czy też nie dookreślił metody przyjętej do realizacji zamówienia, to nie może na etapie oceny ofert zarzucać wykonawcy przyjęcie wskazanego przez wykonawcę rozwiązania. Skoro bowiem, na etapie formułowania opisu przedmiotu zamówienia, zamawiający danego rozwiązania nie negocjował, to nie ma podstaw do twierdzenia na etapie badania oferty, że jest ono niezgodne z OPZ. W tym wypadku zamawiający nie tylko nie wskazał na czym ta niezgodność polega, jak również nie jest w stanie jej wskazać, gdyż nie narzucił wykonawcom żadnej technologii wykonania robót budowlanych. Samo lakoniczne twierdzenie, że oferta nie spełnia przyjętych przez zamawiającego założeń, nie jest wystarczające, w sytuacji, gdy owe przyjęte założenia nie

były wcześniej wyraźnie wyartykułowane w OPZ. Realizacja robót budowlanych może przebiegać w kilku w pełni równoważnych technologiach, zarówno technologii tradycyjnej (choć w prawnego punktu widzenia trudno jest jednocześnie ustalić, co należy rozumieć pod tym pojęciem), technologii wykorzystującej prefabrykaty, technologii modułowej, technologii szkieletowej itd. Odwołujący wskazał ponadto, iż zbliżony stan faktyczny stanowił przedmiot sprawy prowadzonej pod sygnaturą KIO 3508/20. W sprawie tej został wydany przez Krajową Izbę Odwoławczą wyrok korzystny dla odwołującego w niemal identycznym stanie faktycznym.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. Zamawiający wskazał, iż wbrew twierdzeniom odwołującego, treść złożonej przez niego oferty nie odpowiada treści s.i.w.z., gdyż niezgodnie z treścią s.i.w.z., której integralną częścią jest projekt umowy, wykonawca z góry narzuca zamawiającemu, iż *de facto* jedyny założony przez niego koncept na technologię wykonania późniejszej realizacji umowy tenże zamawiający będzie musiał zaakceptować. Zamawiający podkreślił, iż odwołujący się parokrotnie zaprzeczył w wyjaśnieniach swoim oświadczeniom złożonym w formularzu ofertowym (cenowym), tj.:

- 1) w punkcie 4: „oświadczamy, że zapoznaliśmy się z SIWZ i uznajemy się za związanych określonymi w niej postanowieniami i zasadami postępowania”,
- 2) w punkcie 9: „Oświadczamy, że zapoznaliśmy się z projektem umowy i zobowiązujemy się w przypadku wyboru naszej oferty, do zawarcia umowy, na warunkach określonych w postanowieniach SIWZ.”.

Stanowczo w tym miejscu należy podkreślić, iż spór w niniejszym postępowaniu nie polega, jak chciałby w swoim odwołaniu przedstawić odwołujący, na niedopuszczeniu przez zamawiającego możliwości wykonania koncepcji architektoniczno-technologicznej w technologii modułowej. Spór niniejszy nie jest w ogóle sporem o charakterze technicznym, w związku z tym wywody odwołującego się, co do rodzajów technologii wykonania i późniejszej realizacji budowy, nie mają najmniejszego znaczenia dla sprawy, dlatego też zamawiający nawet się do nich nie odnosi. Odnoszenie się do elementów nie związanych z istotą niniejszego postępowania oraz podstaw leżących u konieczności odrzucenia przez zamawiającego oferty odwołującego, gmatwałoby jedynie stan faktyczny, a przede wszystkim prawny w zaistniałym postępowaniu, przecząc zasadom ekonomii procesowej.

Zdaniem zamawiającego, w przedmiotowym postępowaniu spór ma charakter czysto jurydyczny, związany ze składaniem przez odwołującego sprzecznych oświadczeń woli i wiedzy, a przez to doprowadzeniem przez swoje zachowanie i działanie do obligatoryjnego odrzucenia jego oferty.

Zamawiający podkreślił, iż ewentualne przychylenie się do wniosków odwołującego, mogłoby prowadzić do kuriozalnej sytuacji, w której zamawiający byłby zmuszony do zawarcia z odwołującym umowy dotkniętej rygiorem nieważności. Skoro bowiem:

1) w s.i.w.z. w rozdziale III w Opisie przedmiotu zamówienia w punkcie 1, części dotyczącej Etapu I jest wyraźnie zaznaczone, że „Sporządzona koncepcja musi zostać zaakceptowana przez zamawiającego przed przystąpieniem do następnych etapów prac projektowych”;

2) w projekcie umowy (stanowiącym załącznik nr 5 do s.i.w.z.) w §1 ust. 2 w odniesieniu do Etapu I jest wyraźnie zaznaczone, że „Sporządzona koncepcja musi zostać zaakceptowana przez Zamawiającego przed przystąpieniem do następnych etapów prac projektowych”,

a jednocześnie odwołujący z góry uznaje, że najlepszym rozwiązaniem dla zamawiającego będzie opracowanie koncepcji w technologii modułowej i nie dopuszcza (i tym samym nie kalkuluje co do tego ewentualnej ceny ryczałtowej za swoje prace) żadnej innej wersji koncepcji o innej technologii, to doprowadza do sytuacji, w której złożone - jak powyżej podniósł zamawiający - przez niego oświadczenia w formularzu ofertowym są sprzeczne z wyjaśnieniami, a właściwie to wyjaśnienia wykonawcy złożone na późniejszym etapie pokazują, iż oferta nie jest zgodna z treścią s.i.w.z., albowiem wbrew literalnie złożonym oświadczeniom odwołujący już pierwotnie nie miał zamiaru dochować zasadom określonym wyraźnie przez zamawiającego.

Gdyby bowiem odwołujący dopuszczał możliwość przygotowania innych koncepcji niż koncepcja w technologii modułowej, w przypadku nie zaakceptowania przez zamawiającego na etapie oceny Etapu I prac koncepcji modułowej, to taka oferta musiałaby ewentualnie być uznana pod tym przynajmniej względem za poprawną.

Jednak skoro odwołujący wbrew:

- 1) treści s.i.w.z.,
- 2) treści projektu umowy,
- 3) treści oświadczenia w formularzu ofertowym w punkcie 4,
- 4) treści oświadczenia w formularzu ofertowym w punkcie 9,

w wyjaśnieniach m.in. z 28 stycznia 2021 roku przesądza z góry, że jedyną możliwą koncepcją architektoniczno-technologiczną jest uznana przez niego za najlepszą technologia modułowa i nie dopuszcza możliwości żadnej modyfikacji ze swojej strony co do tej koncepcji, to na ile jego oświadczenia w formularzu ofertowym są spójne z takimi wyjaśnieniami? I w jaki sposób zamawiający nie narażając się przy tym na zarzut nie zachowania zasad konkurencyjności miałby uznać ofertę takiego wykonawcy za zgodną z treścią s.i.w.z.?

Jak wynika z powyższego, problemem w postępowaniu, a tym samym przesłanką do uznania oferty odwołującego za niezgodną z treścią s.i.w.z., było nie samo zaproponowanie technologii modułowej w koncepcji, a nie dopuszczenie możliwości niezaakceptowania takiej technologii przez zamawiającego na etapie oceny. Takie zaś postępowanie i założenie odwołującego nie podlega ochronie, a zamawiający w przedmiotowym postępowaniu został zmuszony do odrzucenia oferty wykonawcy, jako przeczącej zasadom s.i.w.z. i postanowieniom umowy.

Marginalnie tylko zamawiający stwierdził, że skoro odwołujący przy kalkulacji ceny założył opracowanie koncepcji jedynie w technologii modułowej i nie założył żadnych możliwości nakładów w zakresie prac projektowych w przypadku nie zaakceptowania takiej koncepcji, do czego zamawiający przecież w s.i.w.z., projekcie umowy, oświadczeniach z pkt. 4 i 9 formularza zagwarantował sobie prawo, to oferta odwołującego zapewne jest dotknięta również wadą rażąco niskiej ceny, nie uwzględniającej wszystkich niezbędnych nakładów.

Zamawiający na etapie przygotowania postępowania, jak i wyboru najkorzystniejszej oferty dla wykonania dokumentacji projektowo-kosztorysowej, nie określił konkretnej technologii realizacji planowanego budynku bloku operacyjnego, ponieważ założeniem zamawiającego było wybranie najkorzystniejszego rozwiązania technologicznego na etapie realizacji umowy. Należy nadmienić, iż projektowany budynek bloku operacyjnego będzie stanowił rozbudowę funkcjonującego budynku szpitala i na etapie sporządzania opisu przedmiotu zamówienia, jak i wyłonienia wykonawcy dokumentacji, zamawiający nie ma dokładnej wiedzy, w jaki sposób projektowany budynek bloku operacyjnego zostanie skomunikowany z istniejącym budynkiem szpitala, jak również jak będzie wyglądał ostateczny kształt układu technologicznego pomieszczeń. W tym wypadku uniemożliwia podjęcie przez zamawiającego, na tak wczesnym etapie postępowania, jednoznacznej decyzji co do przyszłej technologii jego realizacji.

Zamawiający wskazał, iż widząc trudności, o których mowa powyżej, umożliwił potencjalnym wykonawcom zapoznanie się z terenem przyszłej lokalizacji, obligując ich do uczestnictwa w wizji lokalnej, która odbyła się dnia 05.01.2021 r., w której to wizji odwołujący nie uczestniczył.

Ustalenie odpowiedniej technologii wykonawstwa zamawiający przewidział dopiero na etapie realizacji umowy, o czym stanowi §6 ust. 1 pkt. 9 projektu umowy, stanowiącej załącznik nr 5 do s.i.w.z.: „do obowiązków Wykonawcy należy: 9) uzgodnienie z Zamawiającym rozwiązań techniczno-materiałowo-technologicznych prac oraz danych wyjściowych do kosztorysowania.”. Wykonawca składając ofertę zaakceptował projekt umowy, której postanowienia obligowały go do ustalenia technologii wykonania na I etapie realizacji umowy, a jednocześnie składając z ofertą oświadczenie narzucające technologię modułową zaprzeczył oświadczeniu złożonemu w formularzu cenowym stanowiącym

integralną część oferty. Dopiero opracowany projekt koncepcji budowlanej budynku (I etap realizacji umowy) da jednoznaczną odpowiedź zamawiającemu, jak i wykonawcy dokumentacji, jaka przyjęta technologia dla realizacji budynku będzie optymalna i zapewni zrealizowanie przedmiotu umowy w pełnym zakresie i wyznaczonym terminie.

Odwołujący chciał z góry w swojej ofercie narzucić technologię w jakiej zostanie wykonany budynek. Idąc za wyrokiem KIO 1543/14: „Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, stanowiąca przesłankę odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zachodzi wówczas, gdy zawartość merytoryczna oferty nie odpowiada między innymi pod względem przedmiotu zamówienia lub sposobu jego wykonania wymaganiom zawartym w SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ustawy Pzp. W tym zakresie wskazać należy, że oferta nie odpowiadająca treści SIWZ to taka, która jest sporządzona odmiennie, niż określają to postanowienia specyfikacji. Odmienność ta może przejawiać się w zakresie proponowanego przedmiotu zamówienia, jak też w sposobie jego realizacji.”. Jako odmienność traktować można tu narzucenie konkretnej technologii przez odwołującego, czego zamawiający nie oczekiwał na etapie złożenia oferty.

„Zarówno treść SIWZ, jak i treść oferty stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio: zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia precyzuje, jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez niego oferty jako najkorzystniejszej. Wobec tego - co do zasady - porównanie zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia, sposobem i terminem jego realizacji wymaganymi przez zamawiającego, przesądza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści SIWZ - jest z nią zgodna.” (sygn. akt. III Ca 452/17). Zamawiający nie wyraził w s.i.w.z. oświadczenia woli dotyczącej konkretnej technologii wykonania budynku. Natomiast odwołujący w ofercie wyraził oświadczenie woli dotyczące wykonania projektu budynku dla budowy w technologii modułowej. Zatem zamawiający nie ma możliwości porównania zaoferowanego przez odwołującego świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia przedstawionym w s.i.w.z., ponieważ s.i.w.z. nie zawiera szczegółów dotyczących technologii modułowej, złożona oferta i zawarte w niej oświadczenie są niezgodne z s.i.w.z.

Reasumując powyższe, zamawiający podkreślił, że nie jest przeciwnikiem zaprojektowania budynku, który wybudowany może być w technologii modułowej. Zamawiający na etapie opisu przedmiotu zamówienia dotyczącego rozwiązań technologicznych postanowił po wyborze oferty poznać propozycje projektantów, którzy są specjalistami w tej dziedzinie, aby wybrać rozwiązanie najkorzystniejsze do panujących warunków przy założeniu, że „budynek projektowanego bloku operacyjnego winien posiadać dwie kondygnacje nadziemne oraz całkowite podpiwniczenie. Projektowany budynek musi

być funkcjonalnie połączony i skomunikowany z istniejącym budynkiem szpitala” (pkt. 1.1.1. s.i.w.z.). Zatem efektem końcowym, jednym z rozwiązań może być również budynek realizowany w technologii modułowej, jeżeli okaże się to najkorzystniejszym rozwiązaniem.

Wykonawca nie może jednak, bowiem jest to niezgodne z treścią s.i.w.z. i w/w dokumentów zakładać jedynej słusznej koncepcji, przez co zamawiający utraciłby realną możliwość „zaakceptowania (bądź nie)” koncepcji na koniec etapu I realizacji zamówienia. Dlatego też zamawiający nie mógł postąpić inaczej, jak odrzucić ofertę odwołującego, gdyż był do tego zobowiązany na podstawie art. 89 ustawy Pzp.

Z uwagi na powyższe, zamawiający oświadczył, iż nie uznaje za zasadnych argumentów ani wniosków odwołującego, co do konieczności uchYLENIA jego czynności i ponownej oceny ofert, z uwzględnieniem oferty odwołującego.

Jedynie z tzw. ostrożności procesowej zamawiający wskazał, iż treść oferty odwołującego budzi również wątpliwości, co do korzystania z udostępnienia potencjału w zakresie doświadczenia i wskazania w związku z tym zakresu robót/prac objętych podwykonawstwem podmiotu udostępniającego potencjał. Otóż odwołujący w formularzu ofertowym (cenowym) w punkcie 12 wskazał jako część zamówienia jaką zamierza powierzyć podwykonawcy: „wykonanie części prac projektowych, nadzór nad poprawnością procesu realizacji zamówienia, merytoryczne wsparcie w tym techniczne, bieżące konsultacje oraz stałe doradztwo”. W ocenie zamawiającego takie wskazanie zakresu robót jakie odwołujący zamierza powierzyć podwykonawcy nie dookreśla konkretnej części zakresu zamówienia jakie miałby wykonywać podwykonawca, gdyż jest zbyt ogólne. W żaden sposób tak wskazanego „zakresu części zamówienia” nie da się wpisać w treść umowy, której projekt odwołujący znał i zaakceptował zawarcie jej po ewentualnym wyborze przez zamawiającego.

Gdyby uznać przeciwnie, iż takie określenie zakresu robót przewidzianych dla podwykonawcy jest wystarczające, wtedy po uzupełnieniu treści umowy (gdyby taka między zamawiającym a odwołującym została po wyborze zawarta), a konkretnie jej §5 ust. 1.1 brzmiałby następująco: „Wykonawca - zgodnie z oświadczeniem zawartym w Ofercie - zamówienie wykona sam za wyjątkiem prac wykonania części prac projektowych, nadzoru nad poprawnością procesu realizacji zamówienia, merytorycznego wsparcia w tym technicznego, bieżących konsultacji oraz stałego doradztwa, które zostaną wykonane przy udziale podwykonawców, na którego zasoby wykonawca powoływał się”.

Jak widać powyżej i nie podlega to dowodzeniu, tak skonstruowany i podany przez odwołującego zakres części zamówienia do wykonania przez podwykonawcę zawierałby w umowie swoistą definicję *ignotum per ignotum*, tj. nieznanego przez nieznanego, gdyż przy tak sformułowanej treści przyszłej umowy, zamawiający właściwie nie wiedziałby jaki realnie zakres części zamówienia wykonywać miałby podwykonawca. W tym też zakresie zdaniem

zamawiającego, oferta odwołującego jest sprzeczna z s.i.w.z., jednak jak zostało powołane powyżej, zamawiający powołuje ten argument jedynie z ostrożności procesowej.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2020) do postępowań odwoławczych, o których mowa w uchylanej ustawie, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., a dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019) dalej jako: „nowa ustawa” albo „nPzp”.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 528 nPzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 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 nPzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

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

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są zasadne. Izba w całości podziela stanowisko prezentowane przez odwołującego, uznając je za własne.

W ocenie Izby, na obecnym etapie postępowania, zamawiający próbuje walidować treść dokumentacji przygotowanej przez siebie, w szczególności specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz wzoru umowy, próbując dopasować jej treść do zaistniałej sytuacji faktycznej w sprawie.

Wskazać bowiem należy, iż s.i.w.z., jako dokument źródłowy, determinuje możliwość udziału wykonawców w postępowaniu. Wykonawca analizując treść wymagań opisanych przez zamawiającego w s.i.w.z. podejmuje decyzję, w zakresie udziału w danym

postępowaniu. W niniejszym postępowaniu, którego przedmiotem jest wykonanie dokumentacji projektowo-kosztorysowej wraz ze sprawowaniem nadzoru autorskiego, zamawiający nie dokonał wyłączenia polegającego na określeniu, jakiego rodzaju technologie nie mogą być przedmiotem składanej oferty. Skoro tak, to każdy z wykonawców, w tym odwołujący, posiadający odpowiednie zasoby, doświadczenie i możliwości, mieli prawo przyjąć dla realizacji tego przedmiotu zamówienia sposobną dla siebie technologię, która z kolei determinowała, zarówno termin wykonania zamówienia, jak i cenę oferty.

Biorąc powyższe pod uwagę, zdaniem Izby, brak było podstaw do stwierdzenia niezgodności treści oferty odwołującego z treścią s.i.w.z.

Zamawiający wskazywał, iż w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w rozdziale III w Opisie przedmiotu zamówienia w punkcie 1, części dotyczącej Etapu I jest wyraźnie zaznaczone, że „Sporządzona koncepcja musi zostać zaakceptowana przez Zamawiającego przed przystąpieniem do następnych etapów prac projektowych” oraz w projekcie umowy (stanowiącym załącznik nr 5 do s.i.w.z.) w §1 ust. 2 w odniesieniu do Etapu I jest wyraźnie zaznaczone, że „Sporządzona koncepcja musi zostać zaakceptowana przez Zamawiającego przed przystąpieniem do następnych etapów prac projektowych”, z których to postanowień wywodził, iż odwołujący, niejako narzucając zamawiającemu określoną technologię, wykluczył możliwość podjęcia decyzji przez zamawiającego, w zakresie realizacji przedmiotu zamówienia. Powyższe wywodził z postanowienia dotyczącego zaakceptowania przez zamawiającego przedłożonej przez wykonawcę koncepcji. O ile sam fakt zaakceptowania przez zamawiającego koncepcji nie budzi wątpliwości, to już wątpliwości budzi skutek, jaki wywodzi z tego postanowienia zamawiający. Odróżnić bowiem należy etap składania oferty od etapu realizacji zamówienia. Dlatego też, na tym etapie postępowania, nie sposób wywodzić negatywnych skutków względem odwołującego. Skoro zatem stwierdzone zostało, iż sama treść oferty nie jest sprzeczna z s.i.w.z. to okoliczność, iż przyjęta przez odwołującego koncepcja wykonania zamówienia może zostać niezaakceptowana przez zamawiającego wynika już z etapu nr I realizacji zamówienia (etapu realizacji umowy). Z taką decyzją zamawiającego możemy mieć do czynienia w odniesieniu do każdego z wykonawców, którzy złożyli swoje oferty w przedmiotowym postępowaniu. Także argumentacja zamawiającego, iż tylko w odniesieniu do odwołującego może zaistnieć taka sytuacja, jest argumentacją bezzasadną, albowiem końcowo może okazać się, że żadna z przedstawionych koncepcji może nie uzyskać akceptacji zamawiającego, obojętnie w jakiej technologii miałyby być wykonane.

Krajowa Izba Odwoławcza nie odnosiła się w treści uzasadnienia, ani nie było podstawą rozstrzygnięcia, argumentacja zamawiającego, podnoszona „z ostrożności procesowej”. Zarzuty odwołania dotyczą bowiem tylko czynności odrzucenia oferty odwołującego

wskazane w informacji zamawiającego o odrzuceniu oferty odwołującego, dlatego też Izba odniosła się tylko do zarzutów, jakie zostały podniesione w odwołaniu.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) 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), uwzględniając koszty poniesione przez odwołującego związane z: wpisem od odwołania (7 500,00 zł), wynagrodzeniem i wydatkami jednego pełnomocnika (3 600,00 zł, zawierający wynagrodzenie pełnomocnika oraz wydatek jednego pełnomocnika związany z opłatą skarbową od pełnomocnictwa), dojazdem na rozprawę (167,16 zł).

Przewodniczący: