Sygn. akt: KIO 2841/22

WYROK

z dnia 10 listopada 2022 roku
Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Irmina Pawlik

Anna Kuszel - Kowalczyk

Luiza Łamejko
Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 listopada 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 października 2022 r. przez wykonawcę Europrojekt Gdańsk Spółka Akcyjna z siedzibą w Gdańsku w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Skarb Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie, w imieniu którego postępowanie prowadzi Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Olsztynie

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia S.T.I. Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz S.Te.P SRL z siedzibą w Weronie zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża odwołującego Europrojekt Gdańsk Spółka Akcyjna z siedzibą w Gdańsku i zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710) 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 2841/22

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie, w imieniu którego działa Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Olsztynie (dalej jako „Zamawiający") prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie Studium Techniczno-Ekonomiczno-Środowiskowego z elementami Koncepcji Programowej oraz z materiałami do decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach dla przedsięwzięcia pn.: Budowa obwodnicy Dobrego Miasta w ciągu drogi krajowej nr 51 (nr postępowania: O/OL.D-3.2421.42.2022). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 29 czerwca 2022 r. pod numerem 2022/S 123-350129. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710, dalej „ustawa Pzp"). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza progi unijne, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

W dniu 27 października 2022 r. wykonawca Europrojekt Gdańsk Spółka Akcyjna z siedzibą w Gdańsku (dalej jako „Odwołujący") wniósł odwołanie wobec czynności wyboru oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia S.T.I. Polska Spółka

z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz S.Te.P SRL z siedzibą w Weronie (dalej jako „Przystępujący"), zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 121 pkt. 1) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego jako niezgodnej z SWZ, podczas gdy Przystępujący w swojej ofercie powierzył podwykonawcom wykonanie części zamówienia, co do której Zamawiający zastrzegł obowiązek osobistego wykonania przez Wykonawcę kluczowych zadań, co skutkuje niezgodnością tej oferty z SWZ;

2. art. 239 ust. 1 w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez wybór oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia, podczas, gdy oferta ta powinna zostać odrzucona, a najkorzystniejszą ofertę spośród ofert niepodlegających odrzuceniu, według tych kryteriów, złożył Odwołujący;

3. innych przepisów wymienionych w treści uzasadnienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia decyzji o wyborze oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia oraz przeprowadzenia ponownego badania ofert, a w tym odrzucenia oferty Przystępującego jako niezgodnej z SWZ oraz dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Uzasadniając zarzuty Odwołujący podniósł, iż oferta Przystępującego powinna zostać odrzucona, jako że jest niezgodna z warunkami zamówienia wskutek naruszenia zakazu powierzenia kluczowych zadań podwykonawcom. Odwołujący wskazał na pkt 6.4 Tomu I

SWZ - IDW, w którym Zamawiający zastrzegł obowiązek osobistego wykonania kluczowych zadań, pod którymi w ocenie Odwołującego rozumie się określone przez Zamawiającego elementy Tabeli Opracowań Projektowych („TOP") tj. Tabelę A i poz. 1 z Tabeli B. Odwołujący wskazał też na wprowadzony w pkt 12.1 IDW zakaz powierzania podwykonawcom kluczowych zadań zastrzeżonych do osobistego wykonania przez wykonawcę. Zdaniem Odwołującego, zgodnie z literalną treścią SWZ zadania kluczowe zastrzeżone do osobistego wykonania przez wykonawcę obejmowały: Tabelę A w całości oraz l.p. 1 Tabeli B tj. opracowanie mapy do celów projektowych. W treści odwołania przedstawiono ww. tabele opracowań projektowych. Odwołujący zauważył, że zakres zastrzeżenia obowiązku osobistego wykonania oraz sposób określenia zadań kluczowych nim objętych poprzez odesłanie do określonych elementów TOP nie wzbudziły wątpliwości wykonawców, co przejawia się w braku wniosków o udzielenie wyjaśnień do SWZ w tym zakresie. Następnie przywołał treść oświadczenia złożonego przez Przystępującego w JEDZ oraz formularzu ofertowym w zakresie części, jakie Przystępujący zamierza powierzyć podwykonawcom do wykonania, w którym wskazano na opracowania geodezyjne, środowiskowe, wykonanie badań geologicznych. Odwołujący wskazał, iż opracowania środowiskowe mieszczą się w pkt 1 (wielokryterialna analiza porównawcza wariantów zadania inwestycyjnego) i 3 (opracowania środowiskowe) Tabeli A. Natomiast opracowania geodezyjne mieszczą się z pkt 1 (mapa do celów projektowych) Tabeli B. Elementy te zostały określone przez Zamawiającego jako zadania kluczowe zastrzeżone do osobistego wykonania przez Wykonawcę i objęte są one zakazem podwykonawstwa. Zdaniem Odwołującego Przystępujący złożył zatem w ofercie jednoznaczne oświadczenie, że sposób wykonania zamówienia będzie sprzeczny z warunkami określonymi przez Zamawiającego w SWZ (pkt 6.4 i 12.1 IDW). Istnieje tym samym niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia, co powinno stanowić podstawę do jej odrzucenia na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 121 Pzp w zw. z pkt 6.4 i 12.1 Tom I IDW SWZ.

Następnie Odwołujący odniósł się do argumentacji Zamawiającego przedstawionej w piśmie z dnia 26 października 2022 r., wystosowanym w odpowiedzi na pismo Odwołującego z dnia 24 października 2022 r., w którym zwracano uwagę na ww. naruszenia przepisów ustawy Pzp. W szczególności wskazał, iż nazwa Tabeli A to „Studium Techniczno - Ekonomiczno - Środowiskowe z elementami Koncepcji Programowej etap I (STEŚ - R etap I", a nazwa Tabeli B to „Studium Techniczno - Ekonomiczno - Środowiskowe z elementami Koncepcji Programowej etap I (STEŚ - R etap II)", czyli posiadają one dokładanie taki sam opis, jaki znalazł się w pkt. 6.4 IDW. Wskazał przy tym, że opisy, które znalazły się w Tabeli A lp. 1 oraz Tabeli B lp. 2 są inne niż w pkt. 6.4 IDW, gdyż brzmią „Studium techniczno - ekonomiczno - środowiskowe z elementami koncepcji programowej - Etap I" oraz „Studium techniczno - ekonomiczno - środowiskowe z elementami koncepcji programowej - Etap II". Przytoczone przez Zamawiającego tytuły odnoszą się odpowiednio do całej Tabeli A i Tabeli B, co dodatkowo znajduje odzwierciedlenie w Zbiorczym zestawieniu kosztów TOP. Odwołujący wskazał, iż oświadczenie Zamawiającego o omyłce

pozostaje bez znaczenia na obecnym etapie postępowania, gdyż wszelkie korekty SWZ mogły nastąpić do dnia składania ofert. Przy czym Odwołujący zauważył, iż nawet przyjęcie interpretacji, że zastrzeżenie osobistego wykonania zamówienia dotyczyło Tabeli A lp. 1 i tabeli B lp. 2 nie zmienia sytuacji Konsorcjum S.T.I., którego oferta nie jest zgodna z SWZ nawet przy przyjęciu takich założeń (o czym niżej). Odwołujący podniósł ponadto, iż uwaga Zamawiającego, że zastrzeżenie osobistego wykonania części zamówienia odnosiła się do korzystania z zasobów podmiotu trzeciego w celu spełniania warunków udziału w postępowaniu nie jest zgodna z SWZ. Zapis pkt. 6.4 IDW odnosi się zarówno do korzystania z zasobów podmiotu trzeciego w celu spełniania warunków udziału w postępowaniu (tj. na etapie postępowania przetargowego przed wyborem wykonawcy), jak i wykonania zamówienia (tj. po wyborze, na etapie realizacji).

Dalej Odwołujący podniósł, iż nieprawdziwe i niezgodne z SWZ jest stwierdzenie Zamawiającego, iż wykonanie opracowań środowiskowych nie mieści się w poz. 1 Tabeli A w zakresie wielokryterialnej analizy porównawczej wariantów zadania inwestycyjnego. Wskazał na pkt 1.1 specyfikacji 2.0_SP-10.10.00_STES-R_obw DM_08.06.2022, zgodnie z którym „Przedmiotem niniejszej Specyfikacji Technicznej (ST) są wymagania dotyczące wykonania i odbioru opracowań projektowych przewidzianych do wykonania w ramach dokumentacji projektowej wymienionej w punkcie 1.1. ST P-00.00.00 „Wymagania ogólne". Zgodnie z pkt. 1.2. „Niniejsza Specyfikacja Techniczna stanowi obowiązujący dokument przetargowy i umowny przy zlecaniu i realizacji Studium Techniczno- Ekonomiczno-Środowiskowe z elementami Koncepcji Programowej etap I i II." Odwołujący zwrócił uwagę, iż Symbol P-00.00.00 „Wymagania ogólne" jest numerem ST umieszczonym w Tabeli A lp. 1 i Tabeli B lp. 2. Oznacza to, iż ww. dokument opisuje wymagania związane z realizacją prac zawartych w tych pozycjach Tabel A i B. Zgodnie z pkt. 1.3.1. SP STEŚ - ETAP I ma na celu: „w pierwszym etapie: (...) umożliwienie uzyskania decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach." Z ww. dokumentu wprost wynika, że na pierwszym etapie (Tabela A lp.

1) są wykonywane prace środowiskowe.

Odnosząc się do wielokryterialnej analizy porównawczej wariantów zadania inwestycyjnego Odwołujący powołał się na pkt. A III ww. dokumentu wskazujący, iż „analiza przeprowadzana jest, aby umożliwić uszeregowanie wariantów przebiegu trasy, od najkorzystniejszego według przyjętych kryteriów, w wyniku czego można wskazać wariant najkorzystniejszy, wskazany jako preferowany we wniosku o wydanie do decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach. Analizie należy poddać każdy wariant zawierający wszystkie obiekty budowlane wchodzące w jego skład (obiekty drogowe i inżynierskie), inne obiekty, urządzenia infrastruktury technicznej związane i niezwiązane z drogą, wyposażenie techniczne, urządzenia ochrony środowiska itd.). Analizowane odcinki powinny mieć wspólny początek i koniec i zawierać wszystkie związane z nimi elementy zadania inwestycyjnego." Odwołujący wskazał też na ramowy zakres STEŚ - etap I, który opisuje udział ekspertów od środowiska i geologów w wykonywanych pracach. Zgodnie z ww. dokumentem „Część opisowa powinna zawierać: Pkt. 8.2 Warunki środowiskowe, w tym także dotyczące dóbr kultury, ochrony konserwatorskiej i archeologii. Pkt. 8.3 Warunki geologiczne i górnicze terenu, w tym dane określające wpływ eksploatacji górniczej na teren zamierzenia budowlanego, znajdującego się w granicach terenu górniczego. Pkt. 9.2.Obiekty i urządzenia budowlane: obiekty drogowe, obiekty inżynierskie, inne obiekty, urządzenia ochrony środowiska." Z powyższych dokumentów załączonych do SWZ i stanowiących jego integralną część jednoznacznie wynika, iż prace środowiskowe wchodzą w zakres prac wymienionych w Tabeli A lp. 1 i Tabeli B lp. 2. Jednocześnie Odwołujący zauważył, że Zamawiający wprost przyznał, iż „opracowania geodezyjne stanowią poz. nr 1 w Tabeli B" (tj. mapa do celów projektowych - przyp. Odwołującego), co jednocześnie wprost wynika ze specyfikacji SP.30.10.00.

Biorąc powyższe pod uwagę Odwołujący stwierdził, iż Przystępujący złożył ofertę niezgodną z SWZ niezależnie od sposobu rozumienia zastrzeżenia z pkt. 6.4 IDW. Przy przyjęciu, że zastrzeżone do osobistego wykonania są prace wymienione w całej Tabeli A i lp. 1 Tabeli B to Konsorcjum S.T.I. oświadczyło, że zleci podwykonawcom prace środowiskowe (lp. 1 i 3 Tabeli A) oraz geologiczne i geodezyjne (lp. 1 Tabeli A i lp. 1 Tabeli B). Przy przyjęciu, że zastrzeżenie dotyczyło lp. 1 Tabeli A i Tabeli B to Konsorcjum S.T.I. oświadczyło, że zleci podwykonawcom prace środowiskowe (lp. 1 Tabeli A) oraz geologiczne i geodezyjne (lp. 1 Tabeli A i lp. 1 Tabeli B). Jeśli natomiast przyjmie się niedozwoloną zdaniem Odwołującego wykładnię (gdyż uwzględniającą spóźnioną korektę SWZ przez Zamawiającego - sprostowanie rzekomej omyłki), że zastrzeżenie dotyczyło lp. 1 Tabeli A i lp. 2 Tabeli B to Przystępujący oświadczył, że zleci podwykonawcom opracowania środowiskowe (lp. 1 Tabeli A) oraz geodezyjne (lp. 1 Tabeli B). Zdaniem Odwołującego oświadczenie Przystępującego, że zamierza zlecić wykonanie prac podwykonawcom, na których zdolności nie polega „opracowania geodezyjne, środowiskowe, wykonanie badań geologicznych. Wykonawca może również powierzyć podwykonawcom inne części zamówienia nie zastrzeżone przez Zamawiającego." należy rozumieć literalnie tj., że

zamierza zlecić ww. prace (niezależnie od tego, czy są zastrzeżone przez Zamawiającego do osobistego wykonania), a także inne części zamówienia, które nie zostały zastrzeżone. Odwołujący wskazał ponadto, iż na Zamawiającym nie spoczywa obowiązek wyjaśnienia treści oferty. W oparciu o złożone przez wykonawcę informacje zamawiający jest w stanie, w sposób niebudzący wątpliwości ustalić, że zamiarem wykonawcy jest powierzenie realizacji zastrzeżonej części zamówienia podwykonawcy. Odwołujący powołał się także na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej w sprawach o sygn. akt KIO 1816/19, KIO 1926/19 oraz KIO 282/19.

Zamawiający w dniu 7 listopada 2022 r. złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

W dniu 7 listopada 2022 r. pismo procesowe w sprawie złożył także Przystępujący, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, uwzględniając akta sprawy odwoławczej, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia zgłoszonego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia S.T.I. Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz S.Te.P SRL z siedzibą w Weronie.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w całości na podstawie art. 528 ustawy Pzp.

Ponadto Izba uznała, iż Odwołujący, którego oferta mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza w przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania i nakazania Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenia oferty Przystępującego, wykazał, iż posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności SWZ wraz z załącznikami, oferty wykonawców (w tym treść oświadczenia Przystępującego dotyczącego

zakresu podwykonawstwa zawartego w formularzu ofertowym oraz JEDZ), zawiadomienie o

wyborze oferty najkorzystniejszej, protokół postepowania.

Izba dopuściła i przeprowadziła również dowody z dokumentów złożonych przez

Przystępującego na rozprawie, tj.:

- wyciągu z SIWZ dla postępowania na wykonanie Studium korytarzowego oraz Studium Techniczno-Ekonomiczno-Środowiskowego z materiałami do decyzji o środowiskowych

uwarunkowaniach dla przedsięwzięcia pn.: Budowa obwodnicy Olsztyna wraz z Dywitami w ciągu drogi krajowej nr 51 - III postępowanie (O/OL.D-3.2413.49.2020) wraz z informacją z otwarcia ofert,

- wyciągu z SWZ dla postępowania na wykonanie Studium Techniczno-Ekonomiczno-Środowiskowego z materiałami do decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach dla przedsięwzięcia pn.: Budowa drogi ekspresowej S5 na odcinku Wirwajdy - Nowe Marzy (A1) (O/OL.D-3.2413.10.2021) wraz z informacją z otwarcia ofert,

na okoliczności wskazane przez pełnomocnika Przystępującego, wynikające z treści dokumentów.

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest wykonanie Studium Techniczno-Ekonomiczno-

Środowiskowego z elementami Koncepcji Programowej oraz z materiałami do decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach dla przedsięwzięcia pn.: Budowa obwodnicy Dobrego Miasta w ciągu drogi krajowej nr 51. Szczegółowo przedmiot zamówienia opisany został

w Tomie II - III SWZ (PPU oraz OPZ).

W pkt 6.4 IDW Zamawiający zastrzegł obowiązek osobistego wykonania przez

Wykonawcę kluczowych zadań, tj.: następujących elementów wymienionych w Tabeli Opracowań Projektowych: TABELA A oraz B - l.p. 1. Studium techniczno - ekonomiczno - środowiskowe z elementami Koncepcji Programowej (STEŚ-R etap I oraz etap II). Zamawiający wskazał, iż 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.

W pkt 8.2.4 IDW Zamawiający opisał warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej:

1. dotyczącej wykonawcy:

Wykonawca musi wykazać się wiedzą i doświadczeniem w opracowaniu w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie: 1 dokumentacji projektowej w zakresie STEŚ lub STEŚ-R lub STEŚ-R etap I lub STEŚ-R etap II lub KP lub PB, wraz z opracowaniem materiałów do wniosku o wydanie decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach dla budowy lub rozbudowy drogi lub ulicy klasy min. G o łącznej długości min. 4 km.

W związku z zastrzeżeniem zawartym w pkt 6.4. IDW Wykonawca, w celu wykazania spełniania warunku opisanego w pkt 8.2.4.1. IDW, nie może powoływać się na doświadczenie podmiotów udostępniających zasoby, na zasadach określonych w art. 118 ust. 1 ustawy Pzp. (.);

2. dotyczącej osób:

Wykonawca musi wskazać osoby, które będą skierowane przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, legitymujące się kwalifikacjami zawodowymi i doświadczeniem odpowiednimi do funkcji, jakie zostaną im powierzone. Wykonawca, na każdą funkcję wymienioną poniżej, wskaże osoby dokładnie w ilości wymaganej przez Zamawiającego, które musi mieć dostępne na etapie realizacji zamówienia, spełniające następujące wymagania:

1) Projektant branży drogowej: wymagana liczba osób: 1; doświadczenie zawodowe: Pełnił funkcję projektanta branży drogowej lub sprawdzającego dokumentację branży drogowej w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, przy opracowaniu 1 dokumentacji projektowej (stadium: STEŚ lub STEŚ- R lub STEŚ-R etap I lub STEŚ-R etap II lub KP lub PB) wraz z opracowaniem materiałów do wniosku o wydanie decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach dla budowy lub rozbudowy dróg lub ulic klasy min. G, o łącznej długości min.4 km. (.).

W związku z zastrzeżeniem zawartym w pkt 6.4. IDW Wykonawca, w celu wykazania spełniania warunku opisanego w pkt 8.2.4.2.1). IDW, nie może powoływać się na zdolności podmiotów udostępniających zasoby w zakresie osoby wskazanej do pełnienia funkcji Projektanta branży drogowej, na zasadach określonych w art. 118 ust. 1 ustawy Pzp.

2) Projektant branży mostowej: wymagana liczba osób: 1; doświadczenie zawodowe: Pełnił funkcję projektanta branży mostowej lub sprawdzającego dokumentację branży mostowej przy opracowaniu projektów (stadium: STEŚ lub STEŚ-R lub STEŚ-R etap I lub STEŚ-R etap II lub KP lub PB), co najmniej 2 obiektów mostowych o obciążeniu dla klasy A i o rozpiętości teoretycznej przęsła co najmniej 25 m każdy. W przypadku obiektów w ciągu drogi dwujezdniowej za jeden obiekt uważa się obiekt pod obie jezdnie. (.)

W związku z zastrzeżeniem zawartym w pkt 6.4. IDW Wykonawca, w celu wykazania spełniania warunku opisanego w pkt 8.2.4.2.2). IDW, nie może powoływać się na zdolności podmiotów udostępniających zasoby w zakresie osoby wskazanej do pełnienia funkcji Projektanta branży mostowej, na zasadach określonych w art. 118

ust. 1 ustawy Pzp.

3) Geolog: wymagana liczba osób: 1; kwalifikacje: posiada kwalifikacje do wykonywania, dozorowania i kierowania pracami geologicznymi kategorii VI lub VII albo uznane odpowiednie kwalifikacje do wykonywania zawodów regulowanych w dziedzinie geologii, albo osoba świadcząca usługi transgraniczne mająca uznane kwalifikacje w zakresie geologii; doświadczenie zawodowe: w ciągu ostatnich 8 lat przed upływem terminu składania ofert, opracował 2 dokumentacje geologiczno-inżynierskie ustalające warunki posadowienia dla dróg lub ulic klasy min. G o długości min. 4 km każda, wraz z obiektami inżynierskimi.

4) Hydrogeolog: wymagana liczba osób: 1; kwalifikacje: posiada kwalifikacje do wykonywania, dozorowania i kierowania pracami geologicznymi kategorii IV lub V albo uznane odpowiednie kwalifikacje do wykonywania zawodów regulowanych w dziedzinie geologii, albo osoba świadcząca usługi transgraniczne mająca uznane kwalifikacje w zakresie geologii; doświadczenie zawodowe: w ciągu ostatnich 8 lat przed upływem terminu składania ofert, opracował 2 dokumentacje hydrogeologiczne określające warunki hydrogeologiczne w rejonie dróg lub ulic klasy min. G o długości min.4 km każda.

W pkt 12.1 IDW wskazano, iż Wykonawca może powierzyć podwykonawcy wykonanie tych części zamówienia, które nie zostały zastrzeżone w pkt 6.4. jako kluczowe zadania. Zgodnie z pkt 12.2 lit a) i c) IDW Zamawiający żądał wskazania przez Wykonawcę części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, oraz podania nazw ewentualnych podwykonawców, jeżeli są już znani. Wykonawca, który zamierza powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcom, na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zobowiązany wypełnić część II sekcja D jednolitego dokumentu, w tym, o ile jest to wiadome, podać firmy podwykonawców oraz wskazać w Ofercie części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom.

Składając ofertę wykonawcy zobowiązani byli złożyć m.in. Formularz 2.1 „Oferta" oraz Formularz 2.2. „Tabela Opracowań Projektowych" (TOP). W Formularzu 2.2. wskazano m.in.:

Tab. A stadium Studium Techniczno - Ekonomiczno - Środowiskowe z elementami Koncepcji Programowej etap I

(STEŚ-R etap I)

L.p.	Numer ST	Opracowania i ich elementy składowe	Ilość egz. /kpl.	Wartość netto [zł] wykonania opracowania w wymaganej ilości egz. / kpl.
A	B	C	D	E
1	P- 00.00.00 P- 10.10.00	Studium techniczno- ekonomiczno- środowiskowe z elementami koncepcji programowej- ETAP I - w skład którego wchodzi: - część ogólna, - część techniczna- drogowa, - część techniczna- obiekty inżynierskie, - studium hydrologiczne-hydrauliczne, - założenia organizacji ruchu, - opracowania ekonomiczno- finansowe, - wielokryterialna analiza porównawcza wariantów zadania inwestycyjnego, - uzgodnienia i opinie, - podsumowania i wnioski.	2	
2	P- 10.10.00	Analiza i prognoza ruchu	2	

3	P- 10.30.10	Opracowania środowiskowe, w skład których wchodzi: - inwentaryzacja przyrodnicza - opracowanie wyników - karta informacyjna przedsięwzięcia - raport o oddziaływaniu na środowisko - materiały do wniosku o wydanie decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach.	6
4	P- 00.00.00	Materiały promocyjne na spotkania informacyjne	1
5	P- 00.00.00	Raport ze spotkań informacyjnych	2
6	P- 10.10.00	Ocena wpływu na bezpieczeństwo ruchu drogowego	2
7	P- 10.10.00	Materiały do audytu BRD	2
8	P- 00.00.00	Elektroniczna wersja dokumentacji z Tabeli A	2
		RAZEM Tabela A netto [zł]:	

Tab. B. stadium Studium Techniczno - Ekonomiczno - Środowiskowe z elementami Koncepcji Programowej etap II (STEŚ-R etap II)

L.p.	Numer ST	Opracowania i ich elementy składowe	Ilość egz. /kpl.	Wartość netto [zł] wykonania opracowania w wymaganej ilości egz. / kpl.
A	B	C	D	E
1	P- 30.10.00	Mapa do celów projektowych	1	
2	P- 00.00.00 P- 10.10.00	Studium techniczno- ekonomiczno- środowiskowe z elementami koncepcji programowej- ETAP II - w skład którego wchodzi: - część ogólna, - dokumentacja projektowo - drogowa, - dokumentacja projektowa - obiekty inżynierskie - dokumentacja hydrologiczno-hydrauliczna - opracowania ekonomiczno-finansowe.	4	
3	P- 00.00.00	- Materiały promocyjne na spotkania informacyjne	1	
4	P- 00.00.00	Raport ze spotkań informacyjnych	4	
5	P- 10.10.00	Materiały do audytu BRD	2	
6	P- 00.00.00	Koncepcja Krajowego Systemu Zarządzania Ruchem	4	
7	P- 00.00.00	Plan działań ratowniczych	4	
8	P- 00.00.00	Elektroniczna wersja dokumentacji z Tabeli B	4	
		RAZEM Tabela B netto [zł]:		

W Formularzu 2.2. zawarto też TAB. D1 Studium geologiczno-inżynierskie, opinia geotechniczna, Dokumentacja hydrogeologiczna- STEŚ-R etap I oraz TAB. D2 Studium geologiczno-inżynierskie, opinia geotechniczna, dokumentacja hydrogeologiczna- STEŚ-R etap II, na końcu zaś zbiorcze zestawienie kosztów:

ZBIORCZE ZESTAWIENIE KOSZTÓW		
L.p.	Elementy zestawienia	Wartość netto (zł)
1	TAB. A: Studium Techniczno - Ekonomiczno - Środowiskowe z elementami Koncepcji Programowej etap I (STEŚ-R etap I)	
2	TAB. B: Studium Techniczno - Ekonomiczno - Środowiskowe z elementami Koncepcji Programowej etap II (STEŚ-R etap II)	
3	TAB. C: Materiały przetargowe	
4	TAB. D1: Badania terenowe do Studium geologiczno - inżynierskiego, Dokumentacji hydrogeologicznej, Dokumentacji geologiczno-inżynierskiej- STEŚ-R etap I	

5	TAB. D2: Badania terenowe do Studium geologiczno - inżynierskiego, Dokumentacji hydrogeologicznej, Dokumentacji geologiczno-inżynierskiej-STEŚ-R etap II	
6	TAB. E: Inwentaryzacja przyrodnicza (obserwacja i badania terenowe środowiska przyrodniczego)	
	RAZEM cena ofertowa netto [zł]	
	Podatek VAT 23% [zł]	
	RAZEM cena ofertowa brutto [zł]	

Ponadto Izba ustaliła, iż w załączonej do SWZ Specyfikacji Technicznej P-10.10.00 wskazano, iż jej przedmiotem są wymagania dotyczące wykonania i odbioru opracowań

projektowych przewidzianych do wykonania w ramach dokumentacji projektowej wymienionej w punkcie 1.1. ST P-00.00.00 „Wymagania ogólne" Specyfikacja ta stanowi obowiązujący dokument przetargowy i umowny przy zlecaniu i realizacji Studium

Techniczno- Ekonomiczno- Środowiskowe z elementami Koncepcji Programowej etap I i II (pkt 1.1 i 1.2). Zgodnie z pkt. 1.3.1. ST P-10.10.0 Studium Techniczno - Ekonomiczno - Środowiskowe z elementami Koncepcji programowej (STEŚ-R) jest dwuetapowym opracowaniem projektowym (...) pierwszy etap o charakterze ogólnym (STEŚ-R etap I), drugi etap stanowiący uszczegółowienie opracowanych w pierwszym etapie rozwiązań (STEŚ-R etap II). Celem opracowania jest w pierwszym etapie: wstępne określenie zakresu rzeczowego i finansowego przedsięwzięcia oraz ustalenie jego efektywności, uściślenie przebiegu tras poszczególnych wariantów (na podstawie analizy wariantów i uzyskanych opinii) oraz ostateczne ustalenie typów oraz podstawowych parametrów technicznych obiektów budowlanych, dostarczenie informacji do podjęcia wstępnej decyzji inwestorskiej w sprawie celowości, zakresu i horyzontu czasowego realizacji zadania inwestycyjnego, umożliwienie uzyskania decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach.

W pkt 4.4.1 ST P-10.10.00, Tom A.I wskazano, iż część opisowa STEŚ-R Etap I

powinna zawierać m.in. warunki środowiskowe, w tym także dotyczące dóbr kultury, ochrony konserwatorskiej i archeologii (pkt 8.2), warunki geologiczne i górnicze tereny, w tym danej określające wpływ eksploatacji górniczej na teren zamierzenia budowlanego, znajdującego się w granicach terenu górniczego (pkt 8.3), projektowane zagospodarowanie terenu, obiekty i urządzenia budowlane: obiekty drogowe, obiekty inżynierskie, inne obiekty, urządzenia ochrony środowiska, infrastruktura techniczna w pasie drogowym niezwiązana z drogą (pkt 9.2). Z kolei w pkt 4.4.1 ST P-10.10.00, Tom A.III dotyczącym wielokryterialnej analizy porównawczej wariantów zadania inwestycyjnego wskazano, iż analiza przeprowadzana jest, aby umożliwić uszeregowanie wariantów przebiegu trasy, od najkorzystniejszego według przyjętych kryteriów, w wyniku czego można wskazać wariant najkorzystniejszy, wskazany jako preferowany we wniosku o wydanie do decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach. (.) Analizie należy poddać każdy wariant zawierający wszystkie obiekty budowlane wchodzące w jego skład (obiekty drogowe i inżynierskie), inne obiekty, urządzenia infrastruktury technicznej związane i niezwiązane z drogą, wyposażenie techniczne, urządzenia ochrony środowiska itd.). Analizowane odcinki powinny mieć wspólny początek i koniec i zawierać wszystkie związane z nimi elementy zadania inwestycyjnego.

W postępowaniu wpłynęło siedem ofert, w tym oferta Odwołującego i Przystępującego.

Przystępujący w pkt 5 Formularza 2.1 „Oferta" oświadczył: „Zamierzamy powierzyć podwykonawcom wykonanie następujących części zamówienia: Opracowania geodezyjne, środowiskowe, wykonanie badań geologicznych. Wykonawca może również powierzyć podwykonawcom inne części zamówienia nie zastrzeżone przez Zamawiającego." Analogiczne oświadczenie zostało zawarte w Części II Sekcja D JEDZ, gdzie udzielono odpowiedzi twierdzącej na pytanie czy wykonawca zamierza zlecić osobom trzecim podwykonawstwo jakiejkolwiek części zamówienia oraz wskazano wykaz: „Opracowania geodezyjne, środowiskowe, wykonanie badań geologicznych. Wykonawca może również powierzyć podwykonawcom inne części zamówienia nie zastrzeżone przez Zamawiającego."

Zamawiający w dniu 17 października 2022 r. zawiadomił wykonawców o wyborze oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Odwołujący w dniu 24 października 2022 r. poinformował Zamawiającego na piśmie, iż w jego ocenie doszło do naruszenia przepisów ustawy Pzp, a w szczególności art. 121 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Wskazał, iż Przystępujący złożyło w ofercie jednoznaczne oświadczenie, że sposób wykonania zamówienia będzie sprzeczny z warunkami określonymi przez Zamawiającego w SWZ (pkt 6.4 i 12.1 IDW). Opracowania środowiskowe mieszczą się

w pkt 1 (wielokryterialna analiza porównawcza wariantów zadania inwestycyjnego) i 3 (opracowania środowiskowe) Tabeli A. Natomiast opracowania geodezyjne mieszczą się z pkt 1 (mapa do celów projektowych) Tabeli B. Elementy te zostały określone przez
12

Zamawiającego jako zadania kluczowe zastrzeżone do osobistego wykonania przez Wykonawcę i objęte są one zakazem podwykonawstwa.

W odpowiedzi na to pismo Zamawiający wyjaśnił, iż z zastrzeżenia zawartego w pkt 6.4 IDW wynika, iż do osobistego wykonania przez wykonawcę zostały zastrzeżone w przedmiotowym postępowaniu dwa kluczowe zadania, jakimi są w Tabeli A oraz B, wymienione w pkt 6.4. IDW, opracowania odpowiednio Studium techniczno - ekonomiczno - środowiskowe z elementami Koncepcji Programowej (STEŚ-R etap I) oraz Studium techniczno - ekonomiczno - środowiskowe z elementami Koncepcji Programowej (STEŚ-R etap II). Dodany po myślniku l.p. 1 dotyczy zatem zarówno Tabeli A oraz B i należy go czytać łącznie z opisem pozycji wskazanych w pkt 6.4. IDW opracowań. Natomiast niezamierzoną omyłką pisarską jest wskazanie w pkt 6.4. IDW numeracji pozycji wymienionych opracowań w Tabeli A oraz B, jako l.p. 1, zamiast odpowiednio l.p. 1 i 2. Powyższa omyłka, w ocenie Zamawiającego, nie ma wpływu na interpretację zastrzeżenia zawartego w pkt 6.4. IDW. Wynika to z faktu, iż zostały w tym punkcie jednoznacznie określone opracowania, które podlegają osobistemu wykonaniu przez wykonawcę, poprzez wskazanie ich opisów. Tabela A w całości, ani też l.p. 1 Tabeli B, tj. opracowanie mapy do celów projektowych, nie zostały zastrzeżone do osobistego wykonania, ponieważ nie zostały w pkt. 6.4. IDW wskazane inne opracowania wymienione w powyższych Tabelach niż Studium techniczno - ekonomiczno - środowiskowe z elementami Koncepcji Programowej (STEŚ-R etap I) oraz Studium techniczno - ekonomiczno - środowiskowe z elementami Koncepcji Programowej (STEŚ-R etap II). Konsekwencją zastrzeżenia do osobistego wykonania ww. kluczowych zadań jest brak możliwości powoływania się przez wykonawców na zdolności podmiotu udostępniającego zasoby, na zasadach określonych w art. 118 ust. 1 ustawy Pzp, w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu określonych w pkt 8.2.4.1. IDW dot. zdolności zawodowej Wykonawcy oraz w pkt 8.2.4.2. ppkt 1) oraz 2) IDW dot. zdolności zawodowej osób, tj. projektanta branży drogowej oraz projektanta branży mostowej. Zostało to wskazane zarówno w pkt 6.4. IDW: oraz szczegółowo w pkt 8.2.4.1. IDW. Zdaniem Zamawiającego nie ulega wątpliwości, iż opracowania wykonywane przez projektantów branży drogowej i mostowej wchodzą jedynie w skład poz. Tabeli A Studium techniczno - ekonomiczno - środowiskowe z elementami Koncepcji Programowej (STEŚ-R etap I) oraz poz. Tabeli B Studium techniczno - ekonomiczno - środowiskowe z elementami Koncepcji Programowej (STEŚ-R etap II). Zamawiający podniósł, iż w pkt 5 Formularza Oferty oraz w treści JEDZ Konsorcjum wskazało planowany zakres podwykonawstwa, tj. opracowania geodezyjne, środowiskowe, wykonanie badań geologicznych. Żadne z wymienionych przez Konsorcjum części zamówienia nie wchodzi w skład STEŚ-R etap I oraz (STEŚ-R etap II. Opracowania środowiskowe stanowią poz. nr 3 w Tabeli A. Wykonanie opracowań środowiskowych nie mieści się w poz. 1 Tabeli A w zakresie wielokryterialnej analizy porównawczej wariantów zadania inwestycyjnego. Opracowania geodezyjne stanowią poz. nr 1 w Tabeli B. Tym samym zdaniem Zamawiającego treść oferty Konsorcjum jest zgodna z warunkami zamówienia.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba za bezzasadny uznała zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 121 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego jako niezgodnej z SWZ z uwagi na okoliczność, iż Przystępujący w swojej ofercie powierzył podwykonawcom wykonanie części zamówienia, co do której Zamawiający zastrzegł obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych zadań.

Art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp stanowi, iż zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Przez warunki zamówienia, w świetle art. 7 pkt 29 ustawy Pzp rozumieć należy warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań

proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. Natomiast zgodnie z art. 121 pkt 1 ustawy Pzp Zamawiający może zastrzec obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych zadań dotyczących zamówień na roboty budowlane lub usługi. W sytuacji dokonania przez Zamawiającego takiego zastrzeżenia w SWZ, w świetle ww. regulacji, za niezgodną z warunkami zamówienia należałoby uznać ofertę, której treść wskazuje na zamiar powierzenia podmiotom trzecim realizacji kluczowych zadań zastrzeżonych do osobistego wykonania przez wykonawcę.

Z taką sytuacją nie mamy jednak do czynienia w przedmiotowej sprawie. W ocenie składu orzekającego oferta Przystępującego (a konkretnie złożone przez niego oświadczenie o zakresie przedmiotu zamówienia, jaki Przystępujący zamierza powierzyć podwykonawcom) jest zgodna z warunkami zamówienia, jakie Zamawiający ustalił w odniesieniu do obowiązku osobistego wykonania określonych części zamówienia. Izba zasadniczo podzieliła stanowisko prezentowane przez Zamawiającego i Przystępującego w zakresie interpretacji pkt 6.4 IDW.

W pkt 6.4 IDW zawarto obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych zadań, który dotyczył następujących elementów wymienionych w TOP: „Tabela A oraz B - l..p. 1. Studium techniczno - ekonomiczno - środowiskowe z elementami Koncepcji Programowej (STEŚ-R etap I oraz etap II).” Odwołujący dokonując interpretacji, iż przedmiotowe zastrzeżenie obejmować miało całą tabelę A oraz poz. 1 tabeli B, całkowicie pominął okoliczność, że Zamawiający w pkt 6.4 IDW nie poprzestał na przywołaniu określonych pozycji tabeli opracowań projektowych, lecz dokonał także słownego opisu kluczowych części zamówienia zastrzeżonych do osobistego wykonania, wskazując wprost na Studium techniczno - ekonomiczno - środowiskowe z elementami Koncepcji Programowej (STEŚ-R etap I oraz etap II). Dokonując wykładni pkt 6.4 IDW z uwzględnieniem pełnej jego treści należało stwierdzić, iż Zamawiający zastrzegł do osobistego wykonania te pozycje Tabeli A i B, które odnosiły się odpowiednio do Studium techniczno - ekonomiczno - środowiskowego z elementami Koncepcji Programowej etap I (czyli Tabela A pozycja 1) oraz Studium techniczno - ekonomiczno - środowiskowego z elementami Koncepcji Programowej etap II (czyli Tabela B pozycja 2).

Prezentowana przez Odwołującego teza, jakoby wskazaną w pkt 6.4 IDW liczbę porządkową (pozycję tabeli) 1 należało odnosić wyłącznie do Tabeli B, przez co obowiązkiem osobistego wykonania miały zostać objęte wszystkie czynności wskazane w Tabeli A składające się na realizację całego stadium STEŚ-R Etap I, wypacza cel zastrzeżenia obowiązku osobistego wykonania elementów zamówienia, który w świetle art. 121 pkt 1 ustawy Pzp należy odnosić do zadań o kluczowym charakterze. Już tylko z zasad logiki i doświadczenia życiowego wynika, że takim kluczowym zadaniem jest opracowanie Studium techniczno - ekonomiczno - środowiskowego z elementami Koncepcji Programowej etap I (Tab. A l.p.1), a nie również wszystkie inne wskazane w tej tabeli elementy jak przykładowo materiały promocyjne (l.p. 4), raport ze spotkań informacyjnych (l.p.5), materiały do audytu BRD (l.p. 7), czy elektroniczna wersja dokumentacji (l.p. 8). Nie budziło wątpliwości Izby, iż liczba porządkowa 1 wskazana po myślniku („Tabela A oraz B - l.p. 1”) powinna być odnoszona zarówno do Tabeli A, jak i Tabeli B, a nie wyłącznie do Tabeli B. Koreluje to z dokonanym w pkt 6.4 IDW opisem kluczowych zadań, pod poz. 1 Tabeli A mieści się bowiem właśnie przywołane w ww. punkcie IDW Studium techniczno - ekonomiczno - środowiskowe z elementami Koncepcji Programowej etap I. I jakkolwiek dostrzec można brak precyzji Zamawiającego w omawianym zakresie, gdyż Studium techniczno - ekonomiczno - środowiskowego z elementami Koncepcji Programowej etap II zostało ujęte w Tab. B w pozycji drugiej, a nie pierwszej, to w ocenie Izby była to jedynie omyłka, która nie powinna budzić wątpliwości po stronie wykonawców - Zamawiający (jak wskazano już powyżej) oprócz powołania się na liczbę porządkową tabeli, dokonał w pkt 6.4

IDW także słownego opisu kluczowych zadań, które wykonawca zobowiązany jest wykonać osobiście.

Dalej należy wskazać, iż wykładni pkt 6.4 IDW należy dokonywać przez pryzmat pełnego jego brzmienia, ale także z uwzględnieniem pozostałej treści dokumentów zamówienia. Słusznie zwrócił uwagę Zamawiający na relację tego postanowienia IDW do określonych w postępowaniu warunków udziału. Oczywistym (a nadto wskazanym w pkt 6.4 IDW) było, iż 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 warunków udziału w postępowaniu. Ergo warunki udziału w postępowaniu w tym zakresie wykonawca musiał spełniać samodzielnie. W pkt 8.2.4.2 ppkt 1) i 2) IDW Zamawiający wprost wskazał, iż w zakresie osoby skierowanej do pełnienia funkcji Projektant branży drogowej oraz Projektanta branży mostowej, w związku z zastrzeżeniem zawartym w pkt 6.4. IDW wykonawca nie może powoływać się na zdolności podmiotów udostępniających zasoby. Takiego zakazu nie wprowadzono w odniesieniu do

osoby Geologa czy Hydrogeologa, których dotyczył pkt 8.2.4.2 ppkt 3) i 4) IDW. Jak podniósł Zamawiający i czemu Odwołujący nie przeczył, opracowania wykonywane przez projektantów branży drogowej i mostowej wchodzą w skład pozycji Studium techniczno - ekonomiczno - środowiskowe z elementami Koncepcji Programowej (STEŚ-R etap I) oraz pozycji Studium techniczno - ekonomiczno - środowiskowe z elementami Koncepcji Programowej (STEŚ-R etap II). Powyższe potwierdza, iż zakresem zastrzeżenia do osobistego wykonania objęto l.p. 1 Tabeli A oraz l.p. 2 Tabeli B. Zastrzeżenie to jest także zgodne z dotychczasową praktyką Zamawiającego (na którą wskazano w odpowiedzi na odwołanie i którą potwierdzają dowody złożone przez Przystępującego na rozprawie). Odwołujący niewątpliwie jest tej praktyki świadomy, aczkolwiek okoliczność ta ma znaczenie drugorzędne, jako że Izba dokonuje interpretacji treści dokumentów zamówienia ustalonej w konkretnym postępowaniu o udzielenie zamówienia, a nie przez pryzmat innych prowadzonych przez tą samą instytucję zamawiającą postępowań.

Mając na uwadze powyższe treść pkt. 6.4 IDW należy interpretować w ten sposób, że obowiązkiem osobistego wykonania objęto następujące kluczowe zadania:

- Tabela A l.p. 1 - Studium techniczno - ekonomiczno - środowiskowe z elementami Koncepcji Programowej (STEŚ-R etap I);

- Tabela B l.p. 2 - Studium techniczno - ekonomiczno - środowiskowe z elementami Koncepcji Programowej (STEŚ-R etap II).

Przystępujący zakresem podwykonawstwa w formularzu ofertowym i w JEDZ objął opracowania geodezyjne, środowiskowe oraz wykonanie badań geologicznych. Zakres ten nie odnosi się do ww. kluczowych zadań, zastrzeżonych do osobistego wykonania. Okoliczność, iż Przystępujący miał świadomość zastrzeżenia kluczowych zadań do osobistego wykonania wynikającego z pkt 6.4 IDW, potwierdza dalsza treść oświadczenia dotyczącego podwykonawstwa, gdzie poinformowano, iż Przystępujący może powierzyć podwykonawcom również inne części zamówienia nie zastrzeżone przez Zamawiającego.

Przy czym podkreślenia wymaga, że nawet gdyby uznać, iż treść pkt 6.4 IDW jest niejednoznaczna i może budzić wątpliwości, to zgodnie z ugruntowanym w orzecznictwie i doktrynie poglądem, wątpliwości wynikające z braku dochowania przez Zamawiającego dostatecznej precyzji przy kształtowaniu treści dokumentów zamówienia należy interpretować na korzyść wykonawcy. Przystępujący nie mógłby zatem zostać obciążony negatywnymi konsekwencjami wynikającymi z dokonanej przez niego interpretacji pkt. 6.4 IDW, tym bardziej że interpretacja ta odpowiada zasadom logiki i doświadczenia życiowego oraz praktyce rynkowej. Odwołujący nie kwestionował stanowiska Zamawiającego, iż praktyką rynkową jest, że to właśnie opracowania środowiskowe, badania geologiczne i opracowania geodezyjne są zwykle zlecane do wykonania innym podmiotom przy realizacji tego typu zamówień.

Odnosząc się do poszczególnych elementów objętych zakresem podwykonawstwa przez Przystępującego, należy wskazać, iż sam Odwołujący twierdził, że opracowania geodezyjne mieszczą się w poz. 1 Tabeli B - Mapa do celów projektowych. Tym samym, w świetle omówionej powyżej interpretacji pkt 6.4 IDW, nie były one objęte obowiązkiem osobistego wykonania przez wykonawcę. Izba ponadto za wiarygodne uznała stanowisko Zamawiającego i Przystępującego, iż badania geologiczne zostały ujęte w Tabeli D1 (Studium geologiczno-inżynierskie, opinia geotechniczna, dokumentacja hydrogeologiczna STEŚ-R etap I) i D2 (Studium geologiczno-inżynierskie, opinia geotechniczna, dokumentacja hydrogeologiczna STEŚ-R etap II). Odwołujący do tych twierdzeń się nie odniósł, ponadto korelowały one z okolicznością, iż w odniesieniu do osoby geologa i hydrogeologa Zamawiający dopuścił możliwość powołania się na zasoby podmiotu trzeciego celem wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt 8.2.4.2 IDW, a zatem nie uznawał badań geologicznych za kluczowe, zastrzeżone do osobistego wykonania.

Jeżeli zaś chodzi o opracowania środowiskowe, w pierwszej kolejności należy zauważyć, iż Zamawiający w pkt 6.4 IDW, zastrzegając obowiązek osobistego wykonania kluczowych zadań, odesłał do elementów wskazanych w Tabeli Opracowań Projektowych. W Formularzu 2.2 Tabela Opracowań Projektowych Zamawiający dokonał wyraźnego rozróżnienia poszczególnych opracowań objętych przedmiotem zamówienia. Sposób wyodrębnienia tych opracowań ma zatem istotne znaczenie dla ustalenia, które elementy zostały zastrzeżone do osobistego wykonania. Jak omówiono powyżej, za kluczowe w Tabeli A uznane zostały przez Zamawiającego wyłącznie elementy wskazane w poz. 1 - Studium techniczno - ekonomiczno - środowiskowe z elementami Koncepcji Programowej (STEŚ-R etap I). Jednocześnie w Tabeli A w pozycji 3 wyodrębniono - jako osobne opracowania - opracowania środowiskowe. Opracowania środowiskowe wchodziły zatem w skład całego stadium STEŚ-R Etap I, natomiast nie wchodziły w zakres opracowania wskazanego w poz.

1. Zamawiający dokonał wyraźnego rozróżnienia pomiędzy samym Studium techniczno - ekonomiczno - środowiskowym z elementami Koncepcji Programowej (STEŚ-R etap I) wskazanym w l.p. 1 Tabeli A, a opracowaniami środowiskowymi, które stanowią materiały wyjściowe dla wykonania STEŚ-R Etap I, ujętymi w l.p. 3 Tabeli A.

Mając na uwadze, iż Przystępujący w swoim oświadczeniu posłużył się nomenklaturą zbieżną ze stosowaną przez Zamawiającego, tj. wskazał na „opracowania środowiskowe", to należy stwierdzić, że objął swym zamiarem opracowania wskazane w Tabeli A poz. 3 o tej samej nazwie. Trudno w takiej sytuacji przypisać Przystępującemu wolę powierzenia podwykonawcom innego elementu niż literalnie wskazany w poz. 3 Tabeli A. W ocenie Izby prezentowana przez Odwołującego interpretacja oświadczenia Przystępującego o zakresie podwykonawstwa ma charakter rozszerzający i nie koreluje z podziałem opracowań dokonanym przez Zamawiającego w Tabeli Opracowań Projektowych. Tak rozumiane opracowania środowiskowe nie mieszczą się we wskazanej przez Odwołującego wielokryterialnej analizie porównawczej wariantów zadania inwestycyjnego ujętej w poz. 1 Tabeli A jako element STEŚ-R. Dodać w tym kontekście należy, iż jakkolwiek projektant branży drogowej opracowuje STEŚ-R Etap I czy II we współpracy z zespołem ekspertów z innych branż i korzysta w tym celu z innych opracowań stanowiących materiały wyjściowe, jak właśnie opracowania środowiskowe, czy geodezyjne i geologiczne, to jednak - jak słusznie wskazał Zamawiający - kluczowym zadaniem pozostaje opracowanie STEŚ-R, a nie opracowań towarzyszących.

W świetle powyższego Izba nie stwierdziła podstaw do uznania, aby oferta Przystępującego w zakresie dotyczącym powierzenia określonych zadań do wykonania podwykonawcom była niezgodna z warunkami zamówienia wynikającymi z pkt 6.4 IDW.

W konsekwencji nie potwierdził się również zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez wybór oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu. Zgodnie z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy, art. 239 ust. 1 ustawy Pzp stanowi zaś, że zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. Przedmiotowy zarzut został oparty na tożsamych podstawach faktycznych co zarzut nr 1 omówiony powyżej, miał charakter wynikowy. Tym samym skoro Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia oferty Przystępującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia, to nie zostało dowiedzione, aby wybór oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu o udzielenie zamówienia nastąpił niezgodnie z przepisami ustawy Pzp i naruszał zasadę legalizmu wyrażoną w art. 17 ust. 2 ustawy Pzp. Nie zostało także wykazane, aby wybór ten został oparty na wadliwej ocenie oferty Przystępującego w kryteriach oceny ofert ustalonych w SWZ.

Biorąc pod uwagę wszystko powyższe Izba stwierdziła, że odwołanie podlega oddaleniu w całości i na podstawie art. 553 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z

dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: .....