

WYROK
z dnia 1 czerwca 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska
Członkowie: Ryszard Tetzlaff
Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **27 maja 2021 roku** w **Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **26 marca 2021 roku** przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum w składzie: 1) **Roden Road Design Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (Lider)** oraz 2) **Roden Mernóki Iroda Kft z siedzibą w Budapeszcie, Węgry (Partner) (Odwołujący)**

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Województwo Podkarpackie, w imieniu którego postępowanie prowadzi Podkarpacki Zarząd Dróg Wojewódzkich z siedzibą w Rzeszowie**

przy udziale wykonawcy **Promost Consulting Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Rzeszowie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego **po stronie Zamawiającego**

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazuje wykonanie czynności unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w związku z art. 146 ust. 6 ustawy Pzp, ponieważ postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.**

2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego: Województwo Podkarpackie, w imieniu którego postępowanie prowadzi Podkarpacki Zarząd Dróg Wojewódzkich z siedzibą w Rzeszowie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum w składzie: 1) Roden Road Design Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (Lider) oraz 2) Roden Mernóki Iroda Kft z siedzibą w Budapeszcie, Węgry (Partner) tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od Zamawiającego – Województwa Podkarpackie, w imieniu którego postępowanie prowadzi Podkarpacki Zarząd Dróg Wojewódzkich z siedzibą w Rzeszowie na rzecz Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum w składzie: 1) Roden Road Design Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (Lider) oraz 2) Roden Mernóki Iroda Kft z siedzibą w Budapeszcie, Węgry (Partner) kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnastu tysięcy sześciuset złotych 00/100 groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione tytułem wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U.2019 r., poz. 2019 ze zmianami) 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:

.....

Członkowie:

.....

.....

UZASADNIENIE

Dnia 26 marca 2021 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 505 ust. 1 i art. 513 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.; dalej: „Pzp2019”), odwołanie złożyli **wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – konsorcjum w składzie: 1) Roden Road Design Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (Lider) oraz 2) Roden Mernóki Iroda Kft z siedzibą w Budapeszcie, Węgry (Partner)** (dalej jako: „Odwołujący” lub „Roden”).

Zamawiający: Województwo Podkarpackie, w imieniu którego postępowanie prowadzi Podkarpacki Zarząd Dróg Wojewódzkich, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w trybie przetargu nieograniczonego pn.: <<Opracowanie dokumentacji projektowej i innej, uzyskanie decyzji o zezwoleniu na realizacją inwestycji drogowych oraz pełnienie nadzoru autorskiego dla zadania pn.: „Przebudowa /rozbudowa drogi wojewódzkiej Nr 896 Ustrzyki Dolne - Ustrzyki Górne”>>. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 20 listopada 2020 r., pod numerem 2020/S 227-558058.

Odwołanie złożono od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego, podjętych w postępowaniu oraz od zaniechania czynności, do których Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (dalej: „ustawa Pzp”).

Przedmiotem zamówienia jest opracowanie dokumentacji projektowej, obejmującej m.in.:

- uzyskanie wszelkich niezbędnych do realizacji zadania uzgodnień, opinii, warunków technicznych i decyzji administracyjnych,
- opracowanie projektu budowlanego i pozostałej dokumentacji,
- uzyskanie decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej z rygorem natychmiastowej wykonalności.

Wykonawca udzielił gwarancji i rękojmi za wady na wykonany przedmiot zamówienia na okres min. 36 miesięcy. Przedmiot i zakres opracowania oraz wymagania w odniesieniu do realizacji zamówienia zostały zawarte w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia - rozdział III SIWZ.

O okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia odwołania Odwołujący powziął wiadomość w dniu 16.03.2021 r., w którym Lider konsorcjum otrzymał maila z informacją

o wyborze oferty najkorzystniejszej. Odwołanie wniesiono w ustawowym terminie, kopia odwołania została prawidłowo przekazana Zamawiającemu, a Odwołujący uiścił wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP.

Odwołujący stawia Zamawiającemu zarzuty naruszenia:

1. art. 7 ust. 1 i ust 3 ustawy Pzp, związku z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, w związku art. 25 ust. 2 ustawy Pzp, w związku z § 2 ust. 4 pkt 9 i 10 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (dalej: „rozporządzenie ws. dokumentów”), oraz w związku z art. 18 zd. pierwsze Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (dalej: „TFUE”) i art. 56 zdanie pierwsze TFUE, a także w związku z art. 18 ust. 1 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (dalej: „Dyrektywa klasyczna”), poprzez błędne przyjęcie, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunku dla otrzymania 20 pkt w kryterium pozacenowym: doświadczenie projektanta - branża drogowa, z uwagi na błędne przyjęcie przez Zamawiającego, że punktowane może być wyłącznie doświadczenie zdobyte na terenie Rzeczypospolitej Polskiej;

2. naruszenia art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez błędne przyjęcie, że to oferta wykonawcy Promost Consulting sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Rzeszowie (dalej: „Promost”) powinna otrzymać wyższą ilość punktów w ramach wskazanych w SIWZ kryteriów oceny ofert, niż oferta Odwołującego, skutkiem czego to oferta Promost została sklasyfikowana na pierwszym miejscu w rankingu ofert, a następnie została wybrana ofertą najkorzystniejszą, z uwagi na błędne przyjęcie przez Zamawiającego, że punktowane może być wyłącznie doświadczenie zdobyte na terenie Rzeczypospolitej Polskiej;

alternatywnie, z ostrożności:

3. naruszenia art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 93 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp, w związku z art. 146 ust. 6 ustawy Pzp, w związku z art. 18 zd. pierwsze TFUE i art. 56 zdanie pierwsze TFUE, a także w związku z art. 18 ust. 1 Dyrektywy klasycznej, poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający uprawniony jest do dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej pomimo sformułowania kryteriów oceny ofert w sposób dyskryminujący przedsiębiorców zagranicznych, przez co nie jest możliwe udzielenie zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy Pzp.

Odwołujący na podstawie art. 516 ust. 1 pkt 9 oraz art. 544 ust. 3 ustawy Pzp2019 w zw. z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11.09.2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych wnosi o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej,

2. dokonanie ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem przyznania Odwołującemu 20 należnych mu punktów,
3. dokonanie wyboru oferty Odwołującego, w ramach powtórzonej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
alternatywnie:
4. unieważnienia postępowania z uwagi na fakt, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący wskazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. Odwołujący jest zainteresowany udzieleniem mu zamówienia. W tym celu Odwołujący złożył ofertę, której treść odpowiada treści SIWZ, wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu, ubiega się o udzielenie mu zamówienia. Ponadto Odwołujący w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może ponieść szkodę, bowiem w świetle przyjętych kryteriów oceny ofert oferta Odwołującego znajduje się na drugim miejscu w rankingu ofert, za ofertą Promost. Poprzez dokonanie i zaniechanie powyższych czynności Zamawiający doprowadził zatem do sytuacji, w której Odwołujący utracił szansę na uzyskanie zamówienia oraz na osiągnięcie zysku, który Odwołujący planował osiągnąć w wyniku jego realizacji (*lucrum cessans*).

A. NARUSZENIE ART. 7 UST. 1 I UST 3 USTAWY PZP, ZWIĄZKU Z ART. 91 UST. 1 USTAWY PZP, W ZWIĄZKU ART. 25 UST. 2 USTAWY PZP, W ZWIĄZKU Z § 2 UST. 4 PKT 9 I 10 ROZPORZĄDZENIA WS. DOKUMENTÓW”, ORAZ W ZWIĄZKU Z ART. 18 ZD. PIERWSZE TFUE I ART. 56 ZDANIE PIERWSZE TFUE, A TAKŻE W ZWIĄZKU Z ART. 18 UST. 1 DYREKTYWA KLASYCZNA, POPRZEZ BŁĘDNE PRZYJĘCIE, ŻE ODWOŁUJĄCY NIE WYKAZAŁ SPEŁNIENIE WARUNKU DLA OTRZYMANIA 20 PKT W KRYTERIUM POZACENOWYM: DOŚWIADCZENIE PROJEKTANTA - BRANŻA DROGOWA

W ocenie Odwołującego spór dotyczy legalności zaniechania przyznania przez Zamawiającego 20 pkt za wykazane doświadczenie projektanta w branży drogowej - Pana S.

T. . Warunek SIWZ brzmiał:

Kryteria oceny ofert:

1. Cena - 46%
 - cena brutto za wykonanie dokumentacji projektowej - 40% ,
 - cena brutto za pełnienie nadzoru autorskiego (suma cen jednostkowych) - 5%
2. Podział ceny ofertowej netto - 15%
3. Doświadczenie projektanta - branża drogowa 20%
4. Doświadczenie projektanta - branża mostowa 15%
5. Długość okresu gwarancji i rękojmi za wady 5 %

Dalsza część ust. 15.2. SIWZ, dotycząca zasad przyznawania punktów za doświadczenie projektanta w branży drogowej brzmiała:

Ad. 3. W kryterium „doświadczenie projektanta - branża drogowa” — zostanie zastosowany wzór:

WARIANT 1:

0 pkt - jeżeli wykazane zostanie doświadczenie w postaci opracowania jednej dokumentacji projektowej (zawierającej w szczególności projekt budowlany) obejmującej rozbudowę /lub budowę drogi klasy min. G i uzyskanie w ramach tej dokumentacji decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej zgodnie z ustawą o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie dróg publicznych (Dz. U. 2018, poz. 1474 ze zm.);

WARIANT 2:

10 pkt - jeżeli wykazane zostanie doświadczenie w postaci opracowania dwóch dokumentacji projektowych (zawierających w szczególności projekt budowlany) obejmujących rozbudowę /lub budowę drogi klasy min. G i uzyskanie w ramach tych dokumentacji decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej zgodnie z ustawą o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie dróg publicznych (Dz. U. 2018, poz. 1474 ze zm.)

WARIANT 3:

20 pkt - jeżeli wykazane zostanie doświadczenie w postaci opracowania trzech dokumentacji projektowych (zawierających w szczególności projekt budowlany) obejmujących rozbudowę i/lub budowę drogi klasy min. G i uzyskanie w ramach tych dokumentacji decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej zgodnie z ustawą o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie dróg publicznych (Dz. U. 2018, poz. 1474 ze zm.).

W dniu 11 lutego 2021 roku Zamawiający zwrócił się do Odwołującego z wnioskiem o wyjaśnienie m.in. kwestii doświadczenia wykazanego projektanta drogowego:

„a) w załączniku nr 2 do oferty wykazaliście Państwo;

- dla projektanta branży drogowej doświadczenie polegające na opracowaniu projektów budowlanych i uzyskanie pozwoleń na budowę dla dróg szybkiego ruchu zlokalizowanych na terytorium Węgier, tj. poza granicami RP, podczas gdy Zamawiający w pkt 15.2.3) IDW wskazał, iż Wykonawca winien wykazać doświadczenie w opracowaniu min. jednej dokumentacji projektowej (zawierającej w szczególności projekt budowlany) obejmującej rozbudowę i/lub budowę drogi klasy G lub wyższej i uzyskanie w ramach tej dokumentacji decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej.

W związku z powyższym brak jest możliwości określenia czy dla wskazanych zadań z pewnością uzyskano decyzje o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej, zgodnie

z ustawą o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie dróg publicznych (Dz. U. 2018 poz. 1474 ze zm.).”

Na tak sformułowane zapytanie, Odwołujący udzielił wyjaśnień, które jednak nie zostały uwzględnione przez Zamawiającego. Choć Odwołujący potwierdził, że wykazane doświadczenie projektanta branży drogowej polegało na opracowaniu projektów budowlanych obejmującej rozbudowę i/lub budowę drogi klasy G lub wyższej i uzyskanie w ramach tej dokumentacji decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej, Zamawiający uznał, że z uwagi na lokalizację inwestycji na terytorium Węgier, nie przyznaje punktów za 3 wykazane inwestycje:

Zamawiający napisał, że: <<W/w Wykonawca w Załączniku Nr 2 do oferty wykazał doświadczenie Projektanta branży drogowej polegające na opracowaniu projektów budowlanych i uzyskaniu pozwoleń/zezwoleń na budowę dla dróg szybkiego ruchu: dróg ekspresowych i autostrady zlokalizowanych na terytorium Węgier, poza granicami RP, tj. niezgodnie z wymaganiami SIWZ. Ze względu na brak wykazania wymaganego doświadczenia w procedowaniu decyzji ZRID w oparciu o zapisy ustawy o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie dróg publicznych ((Dz. U. 2018 poz. 1474 ze zm.) Zamawiający przyznaje w kryterium oceny ofert „doświadczenie projektanta - branża drogowa” 0 pkt. Zamawiający w kryteriach określonych w SIWZ nie dopuścił możliwości wykazania doświadczenia w oparciu o przepisy zagraniczne równoważne przepisom polskim, w szczególności specustawie drogowej przepisom szczegółowym w zakresie dróg publicznych.>>

Zdaniem Odwołującego w ramach udzielonych wyjaśnień udowodnił On, że jego twierdzenia, iż w toku realizacji wykazanych zadań uzyskano decyzję o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej, zgodnie z odnośną ustawą o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie dróg publicznych, polegającą na prawdzie. Wraz z wyjaśnieniami Odwołujący złożył Zamawiającemu następujące dowody:

- do inwestycji z poz. 1 pn.: Wykonanie projektu budowlanego, uzyskanie prawomocnych pozwoleń na budowę oraz wykonanie projektu wykonawczego dla odcinka Vásárosnamény – Záhony drogi szybkiego ruchu nr M34 Odwołujący złożył referencje wraz z tłumaczeniem - potwierdzające zgodność wykonanych składników prac z wymaganiami zawartymi w pkt. a) oraz pkt. b) ust. (1) § 2 Rozporządzenia nr 19/1994.(V.31.), Warunkach Technicznych „Projektowanie Dróg Publicznych” (KTSZ) nr e-UT 03.01.11 (UT 2-1.201), w Rozporządzeniu nr 15/2000.(XI.26.) Ministerstwa Komunikacji i Gospodarki Wodnej oraz w pkt. 4 § 2. Rozporządzenia Rządu nr 93/2012.(V.10.);
- do inwestycji z poz. 2 pn.: Sporządzenie projektów budowlanych i uzyskanie pozwoleń na budowę odcinka między Miskolc a Tornynosnémeti drogi szybkiego ruchu nr M30 Odwołujący

złożył referencje wraz z tłumaczeniem - potwierdzające zgodność wykonanych składników prac z wymaganiami zawartymi w pkt. a) ust. (1) art. 2 Rozporządzenia nr 19/1994.(V.31.), w Warunkach Technicznych „Projektowanie Dróg Publicznych” (KTSZ) nr e-UT 03.01.11 i Rozporządzeniu nr 15/2000.(XI.26.) Ministerstwa Komunikacji i Gospodarki Wodnej;

- do inwestycji z poz. 3 pn.: Wykonanie projektu budowlanego odcinka Kondoros (z połączeniem do wcześniejszego odcinka drogi M44) - Békéscsaba (z połączeniem do drogi krajowej nr 47) drogi ekspresowej M44 i powiązanych obiektów budowlanych
Odwołujący złożył referencje wraz z tłumaczeniem - potwierdzające zgodność wykonanych składników prac z wymaganiami zawartymi w pkt. a) ust. (1) art. 2 Rozporządzenia nr 19/1994.(V.31.) , w Warunkach Technicznych „Projektowanie Dróg Publicznych” (KTSZ) nr e-UT 03.01.11 i Rozporządzeniu nr 5/2000.(XI.26.) Ministerstwa Komunikacji i Gospodarki Wodnej;

- do inwestycji z poz. 4 pn.: Sporządzenie studium oddziaływania na środowisko i uzyskanie zezwolenia środowiskowego odcinka między Kaposvár a Szekszárd drogi ekspresowej M9, oraz sporządzenie projektu budowlanego drogi ekspresowej M9 odcinka między Kaposvár a Bonyhád
Odwołujący złożył i referencje wraz z tłumaczeniem - potwierdzające zgodność wykonanych składników prac z wymaganiami zawartymi w pkt. a) ust. (1) art. 2 Rozporządzenia nr 19/1994.(V.31.), w Rozporządzeniu Rządu nr 314/2005.(XII.25.) oraz w Warunkach Technicznych „Projektowanie Dróg Publicznych” (KTSZ) nr e-UT 03.01.11 i Rozporządzeniu nr 15/2000.(XI.26.) Ministerstwa Komunikacji i Gospodarki Wodnej;

- do inwestycji z poz. 5 pn.: Projekt budowlany i wykonawczy drogi szybkiego ruchu M4 na odcinku Abony - Fegyvernek z nowym mostem nad rzeką Cisą
Odwołujący złożył referencje wraz z tłumaczeniem, potwierdzające zgodność wykonanych składników prac z wymaganiami Rozporządzenia Rządu nr 314/2005.(XII.25.) z oceną oddziaływania na środowisko NATURA 2000 oraz Rozporządzenia nr 15/2000.(XI.26.) Ministerstwa Komunikacji i Gospodarki Wodnej.

Odwołujący wyjaśnił również, że uznaje, że wprowadzone do SIWZ odesłanie do decyzji ZRID i specustawy drogowej traktuje jako opisanie rangi dokumentu, który powinien być zdobyty w ramach wykazywanego doświadczenia.

Odwołujący wyjaśnił, że ustawą o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie dróg publicznych na Węgrzech jest Ustawa z 2006 r. nr LIII o przyspieszeniu i uproszczeniu inwestycji o wyjątkowym znaczeniu dla gospodarki narodowej oraz m.in. Rozporządzenie nr 19/1994.(V.31.) Ministerstwa Komunikacji, Telekomunikacji i Gospodarki Wodnej o zarządzaniu drogami publicznymi, Rozporządzenie Rządu nr 93/2012 (V. 10.) o pozwoleniach na budowę, na przekazanie do użytkowania i na likwidację dróg, Rozporządzenie Rządu nr 382/2016. (XII. 2.) o wyznaczeniu organów

wykonujących zadania urzędowe związane z zadaniami zarządzania komunikacją, Rozporządzenie nr 15/2000.(XI.26.) Ministerstwa Komunikacji, Telekomunikacji i Gospodarki Wodnej o współpracy w procedurach urzędowych związanych z uzyskaniem pozwolenia na budowę (w tym: udziale w procedurach obejmujących wykonanie dokumentacji niezbędnej do uzyskania pozwolenia na budowę), a także Rozporządzenie Rządu nr 314/2005.(XI.25.) dot. warunków oceny oddziaływania na środowisko oraz oceny z oszacowaniem oddziaływania na środowisko Natura 2000.

W celu wykazania, że jest to dokument adekwatny i że złożone wraz z wyjaśnieniami dowody faktycznie potwierdzają, że wykazany projektant opracował projekty budowlane i uzyskał prawomocne pozwolenie na budowę dla dróg szybkiego ruchu zlokalizowanych na Węgrzech, co odpowiada decyzji ZRID w polskim prawodawstwie, Odwołujący przedstawił w swoim odwołaniu porównanie powołanych wyżej regulacji prawna węgierskiego z polską ustawą o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie dróg publicznych, uznając, że są to akty tej samej rangi.

Z przedstawionych fragmentów obu ustaw wyraźnie zdaniem Odwołującego wynika, że z uwagi na tożsamą rangę aktu prawnego (ustawa) oraz zbieżny zakres regulacji, a także z uwagi na sam zakres decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej oraz działań, które mogą być podjęte na podstawie tejże decyzji, przedmiotowa regulacja prawna i uzyskiwana na jej podstawie decyzja odpowiada w swej randze decyzji ZRID, a zatem stanowi dokument, który powinien być zdobyty w ramach wykazywanego doświadczenia. Tym samym, Odwołujący należycie wykazał, że Pan S. T. posiada doświadczenie zobowiązujące Zamawiającego do przyznania Odwołującemu 20 pkt. w kryterium doświadczenie projektanta - branża drogowa, opisanym ust. 15.2. SIWZ.

Odwołujący podkreślił również, że powoływanie się przez Zamawiającego w ust. 6.3 SIWZ na konieczność równego traktowania wykonawców, poprzez odwołanie się do odnośnej dyrektywy i wyroku TS UE wskazuje, że intencją Zamawiającego nie było wprowadzanie do SIWZ regulacji, które godziłyby w równe traktowanie wykonawców. Mianowicie, choć w innym kontekście (tj. doświadczenia uzyskanego w ramach konsorcjum), Zamawiający powołuje w ust. 6.3 SIWZ wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE z dnia 4 maja 2017r., w sprawie C-387/14, podkreślając prymat zasady równego traktowania. Odwołanie się przez Zamawiającego do decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej wskazuje na rangę dokumentu, który w toku realizacji inwestycji ma być uzyskany, gdyż nie można wyklądać tej treści SIWZ w sposób, który godziłby w prymarną zasadą równego traktowania wykonawców.

W przedmiotowych wyjaśnieniach Odwołujący wskazał, że nie jest możliwa odmienna interpretacja przepisów SIWZ, w których Zamawiający odwołuje się do specustawy drogowej

niż tylko traktowanie tego odniesienia właśnie jako opisanie rangi dokumentu, gdyż traktowanie tego odniesienia jako zawężenie przyznawania punktów wyłącznie do doświadczenia zdobytego na terenie RP, nie obowiązywałyby wykonawców, gdyż bezwzględnie obowiązujące przepisy o zakazie dyskryminacji nie ulegają zmianie poprzez wadliwe sformułowanie SIWZ. Również fakt, że Zamawiający powołuje się na tekst jednolity już nieobowiązujący, gdyż wersja ustawy o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie dróg publicznych ogłoszona obwieszczeniem z dnia 29 czerwca 2018 r. w Dz.U. z 2018 r. poz. 1474, stanowi tekst historyczny, świadczy, że odesłanie w SIWZ do treści tego aktu prawnego stanowi właśnie opis rangi dokumentu, który ma zostać zdobyty w toku realizacji inwestycji, wykonanej na podstawie opracowanej dokumentacji projektowej. Obecnie i dniu ogłoszenia postępowania ostatnią wersją jednolitą przedmiotowej ustawy jest tekst z dnia 15 lipca 2020 r. ogłoszony w Dz.U. z 2020 r. poz. 1363, do którego zresztą również są już wprowadzone kolejne zmiany.

Odwołujący zwrócił uwagę, że wykładnia dokonana przez Krajową Izbę Odwoławczą w zakresie kryteriów oceny ofert (tj. ust. 15.2 SIWZ) będzie w drodze analogii stosowana przez Zamawiającego również do wykładni warunku udziału w postępowaniu w zakresie kwalifikacji zawodowych, gdyż warunek ten został sformułowany identycznie jak kryterium oceny ofert. Jeżeli więc Izba uzna, że przywołane w kryterium oceny ofert odniesienie do decyzji ZRID i specustawy drogowej należy traktować jako opisanie rangi dokumentu, który powinien być zdobyty w ramach wykazywanego doświadczenia, to analogicznie, sformułowany identycznie warunek udziału w postępowaniu, gdzie Zamawiający również odnosi się do decyzji ZRID i specustawy drogowej należy traktować jako opisanie rangi dokumentu, który powinien być zdobyty w ramach wykazywanego doświadczenia. Jeżeli zaś Izba uzna, że wprowadzanie w kryterium oceny ofert odniesienie do decyzji ZRID i specustawy drogowej należy traktować jako legalną dyskryminację wykonawców z innych państw członkowskich UE (a także tych spoza UE), to analogicznie, sformułowany identycznie warunek udziału w postępowaniu, gdzie Zamawiający również odnosi się do decyzji ZRID i specustawy drogowej, należy traktować jako legalne wykluczenie z postępowania wykonawców z innych państw członkowskich UE (a także tych spoza UE).

Zamawiający w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie podzielił stanowiska Odwołującego i zaniechał przyznania punktów w zakresie doświadczenia projektanta branży drogowej. Wobec powyższego, powstaje pytanie, czy jeżeli przepisy zawarte w SIWZ dot. doświadczenia projektanta drogowego mają charakter dyskryminujący ze względu na przynależność państwową - z czym Odwołujący się nie zgadza, gdyż uważa, że odniesienie do specustawy opisuje rangę dokumentu, który powinien być zdobyty w ramach wykazywanego doświadczenia - to czy przepisy dot. kryteriów oceny ofert mają

charakter bezwzględnie obowiązujący czy względnie obowiązujący. Innymi słowy, czy odnośne przepisy unijne i krajowe dopuszczają udzielenie zamówienia publicznego z pogwałceniem zakazu dyskryminacji wykonawców z innych państw członkowskich, czy też odnośne przepisy stanowią bezwarunkowy zakaz i nie dopuszczają wyjątków.

Odwołujący podtrzymał stanowisko zaprezentowane w przywoływanych wyjaśnieniach, iż zakaz dyskryminacji ze względu na przynależność państwową zawarty jest w normach bezwzględnie obowiązujących. Wspomniany zakaz dyskryminacji z uwagi na przynależność państwową wynika art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, w związku art. 25 ust. 2 ustawy Pzp, w związku z § 2 ust 4 pkt 10 rozporządzenia ws. dokumentów, oraz w związku z art. 18 zd. pierwsze TFUE i art. 56 zdanie pierwsze TFUE, a także w związku z art. 18 ust. 1 Dyrektywy klasycznej.

Prawo zamówień publicznych Unii Europejskiej uregulowane jest w prawie wtórnym (czyli dyrektywach zamówieniowych), lecz jego fundamenty wynikają z prawa pierwotnego. Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej jest podstawowym źródłem regulacji odnoszących się generalnie do funkcjonowania rynku wewnętrznego w Unii Europejskiej, które z kolei obowiązują również na gruncie zamówień publicznych. W konsekwencji w Traktacie o funkcjonowaniu Unii Europejskiej nie znajdziemy przepisów odnoszących się *expressis verbis* do zamówień publicznych, jednakże uważna lektura przepisów dotyczących prawa gospodarczego, a także katalogu fundamentalnych zasad, na których opiera się integracja w ramach UE wskazuje, że znakomita część obecnych instytucji prawa zamówień publicznych wywodzi się właśnie z norm traktatowych.

Zamówienia publiczne stanowią obecnie istotny aspekt systemu prawa i gospodarki Unii Europejskiej. Mają one poważny wpływ na funkcjonowanie rynku wewnętrznego, na obszarze którego znoszenie granic między państwami członkowskimi, odzwierciedlające jego wewnętrzny charakter, ma gwarantować realizację fundamentalnych swobód przepływu towarów, osób, usług i kapitału. Zapewniają one wolność przemieszczania, świadczenia i korzystania z pracy oraz usług, przedsiębiorczości i inwestowania na całym tym obszarze UE. Przyjęta i realizowana w ramach odnośnych dyrektyw zamówieniowych strategia zmierza do osiągnięcia wzrostu konkurencyjności poprzez wymuszenie reform zamówień publicznych w systemach krajowych. We wszystkich państwach członkowskich sfera publiczna jest bowiem dysponentem środków finansowych, które w skali UE sięgają setek miliardów euro.

Regulacja zamówień publicznych w prawie UE okazała się koniecznością, jako gwarancja niedyskryminacji oraz istotny instrument realizacji swobody przedsiębiorczości. Zamówienia publiczne mają więc dzisiaj ogromne znaczenie dla prawidłowego funkcjonowania niezliczonych podmiotów, zarówno tych, które wydają środki finansowe

pochodzące ze źródeł publicznych (państwowych, samorządowych), jak i tych, które z nich korzystają. Nie sposób nie zauważyć, że poprzez zamówienia publiczne oczekuje się realizacji reguł uczciwej konkurencji, najtrafniejszego wyboru oferty, racjonalnego wydatkowania środków finansowych itd., a w szczególności upatruje się w rozwiązaniach prawnych panaceum na zwalczenie korupcji. Dlatego też Unia Europejska wymaga od państw członkowskich zharmonizowania swoich przepisów z przepisami unijnymi, w szczególności z dyrektywami zamówieniowymi.

Z problematyką zamówień publicznych jest przede wszystkim związany zakaz dyskryminacji ustanowiony w art. 18 ust. 1 TFUE, którego treść zakłada, że w zakresie zastosowania postanowień Traktatów i bez uszczerbków dla postanowień szczególnych, które on przewiduje, zakazana jest wszelka dyskryminacja ze względu na przynależność państwową. Zastosowanie zatem tej zasady jest możliwe wyłącznie w sytuacji, kiedy w danym stanie faktycznym nie mają zastosowania szczególne zasady dyskryminacji, uregulowane kolejno w art. 45 TFUE (art. 39 TWE), art. 49 TFUE (art. 43 TWE), art. 56 TFUE.

Zauważyć należy, że działalność gospodarcza w UE jest prowadzona, co do zasady, przez podmioty na podstawie przepisów obowiązujących w poszczególnych państwach członkowskich. Państwa te mają obowiązek traktowania obywateli innych państw członkowskich oraz towary pochodzące z innych państw w taki sam sposób, w jaki traktują własnych obywateli oraz własne towary (zasada traktowania narodowego). W odniesieniu do świadczenia usług zakaz dyskryminacji ze względu na obywatelstwo powinien być interpretowany jako zakaz dyskryminacji ze względu na miejsce zamieszkania (siedziby) usługodawcy lub usługobiorcy. Dyskryminacja polega na niejednakowym traktowaniu jednakowych sytuacji bez obiektywnego uzasadnienia.

W orzecznictwie TSUE (ETS) utrwalił się pogląd, że przepis art. 18 TFUE (12 TWE) jest szczególnym ukształtowaniem ogólnym wspólnotowej zasady równości (równego traktowania). Tymczasem zakaz dyskryminacji i zasada równości są ujmowane jako pozytywne i negatywne sformułowanie tej samej zasady. Należy przyjąć, że zakaz dyskryminacji ogranicza się, w aspekcie podmiotowym i przedmiotowym do określonego zakresu ogólnej zasady równości.

Stosunek przepisu art. 18 zdanie 1 TFUE (12 ust. 1) do innych przepisów traktatowych wynika z jego dyspozycji określających zakres zastosowania tego przepisu. Oznacza to, że przepis ma autonomiczne zastosowanie w przypadkach regulowanych przez prawo wspólnotowe i tylko wówczas, gdy przepis Traktatu nie przewiduje szczegółowego zakazu dyskryminacji. Przepis art. 18 pełni w takiej sytuacji funkcję wypełniania luk (ang. gap filling function). Zaakcentować trzeba, że przepis art. 18 ma szerszy zakres zastosowania niż

przepisy szczególne. Tym samym, nawet jeżeli uznamy, że w odniesieniu do badania i oceny ofert w przetargach publicznych nie ma zastosowania przepis art. 56 TFUE, ani przepis art. 18 ust. 1 Dyrektywy klasycznej, to wówczas zastosowanie znajduje art. 18 TFUE.

Generalnie ocena oferenta opiera się na trzech podstawowych przesłankach określonych w dyrektywach. Wiążą się one z wiarygodnością, sytuacją finansową i ekonomiczną oraz zdolnościami technicznymi i zawodowymi. Ich potwierdzenie odbywa się na podstawie dokumentów wybranych przez zamawiającego, o ile zostaną wskazane w ogłoszeniu lub w zaproszeniu do składania ofert. W orzecznictwie nie wyklucza się jednak wprowadzenia w prawie krajowym dodatkowych kryteriów, które nie naruszają norm wspólnotowych, zwłaszcza zaś nie mają charakteru dyskryminującego przedsiębiorstwa zagraniczne (Trybunał w odniesieniu do zamówień publicznych stosuje wykładnię funkcjonalną (tak Wyrok ETS z 20.09.1988 r. w sprawie 31/87 Gebroeders Beentjes BV v. Holandia opublikowany w: D. Piasta: Zamówienia publiczne w UE. Orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, część I, Warszawa 1999, s. 30-31).

O zakazie dyskryminacji w zamówienia publicznych wykonawców mających siedzibę w innym państwie członkowskim szeroko pisała prof. n. dr hab. Maria Królikowska-Olczak w rozdziale „Zasada niedyskryminacji w Prawie zamówień publicznych Unii Europejskiej”, zawartym w publikacji Urzędu Zamówień Publicznych pt.: „Zasada niedyskryminacji w Prawie zamówień publicznych Unii Europejskiej” (publikacja wydana po Międzynarodowej konferencji naukowej, która odbyła się w dniach 21-22 czerwca 2010 r. w Łodzi). W świetle prawa Unii Europejskiej państwa członkowskie są zobowiązane do wzajemnego uznawania za równorzędne towarów oraz usług z innych państw członkowskich. Tym samym wszystkie rozwiązania, które godzą w te zasady, są niedopuszczalne.

Z uwagi na podstawowe znaczenie zasady niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową dla funkcjonowania UE, zasada ta przenika do innych przepisów TFUE, a przez to obejmuje cały system prawa unijnego, stanowiąc między innymi normatywną i aksjologiczną podstawę swobód wspólnotowych, w których treści zakaz dyskryminacji ze względu na przynależność państwową ma swój niezwykle istotny udział i specjalne znaczenie. Podkreślić należy, że zasada niedyskryminacji, analogicznie jak pozostałe zasady prawa wspólnotowego, stanowią wskazówkę interpretacyjną przy wykładni pochodnego prawa UE, stosownie do reguły, że w razie wątpliwości co do znaczenia przepisu niższej rangi należy nadać temu przepisowi znaczenie zgodne z przepisami traktatu i zasadami ogólnymi.

Przepis art. 18 ust. 1 TFUE jako bezpośrednio skuteczny przepis prawa UE ma pierwszeństwo w stosowaniu przed sprzecznymi z nim przepisami prawa państw członkowskich. Wszystkie organy państwa członkowskiego są zatem zobowiązane do

odmowy stosowania przepisu prawa krajowego, gdy ustalą bezspornie, że dany przepis jest sprzeczny z treścią wskazanego przepisu unijnego. Trzeba też zaakcentować powiązania między obowiązkiem prowspólnotowej wykładni prawa krajowego a zasadą pierwszeństwa prawa wspólnotowego.

Zasada zachowania konkurencyjności postępowania przetargowego jest nierozzerwalnie związana z zasadą równości, która zakazuje nierównego traktowania, dyskryminowania czy też faworyzowania uczestników postępowania ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. Na zamawiającym spoczywa więc obowiązek prowadzenia postępowania w sposób bezstronny. Bezstronność wymaga m.in. formułowanie warunków postępowania i kryteriów oceny ofert w sposób, który nie prowadzi do pośredniej dyskryminacji wykonawców ze względu na przynależność państwową. Zasada równego traktowania dotyczy wszystkich faz postępowania, od postępowania przygotowawczego do wyboru oferty najkorzystniejszej i podpisania umowy włącznie. Zakaz dyskryminacji jest bezwarunkowy i nie dopuszcza wyjątków. Dotyczy wszystkich zamówień publicznych udzielanych przez państwa członkowskie, także o mniejszej wartości niż wartości progowe, od których mają zastosowanie regulacje dyrektyw, jak również zamówień szczególnych, które są wyłączone spod działania dyrektyw.

Każdorazowo dokonując wykładni treści prawa czy SIWZ, organy orzekające powinny uwzględniać powyższe okoliczności. Zasady te stanowią bowiem wskazówki interpretacyjne dla sądów i innych organów orzekających państw członkowskich w zakresie wykładni przepisów prawa wewnętrznego tych państw stosujących przepisy prawa Unii Europejskiej. Innymi słowy, przedstawione zasady wiążą organy państw członkowskich w procesie stanowienia, stosowania i wykładania prawa. Dlatego też, mając na uwadze, że obecnie to Krajowa Izba Odwoławcza dokonuje wykładni treści SIWZ (w zakresie ust. 15 ust. 2 - kryteria oceny, a faktycznie, z uwagi na koniczną analogię, również w zakresie ust. 6.2.3 lit a) pkt 1) - warunek udziału), lub ewentualnie wykładni przepisów krajowego i unijnego prawa pierwotnego i wtórnego, to na Krajowej Izbie Odwoławczej spoczywa obowiązek i przywilej wskazywania zamawiającym i wykonawcom - zarówno tym krajowym jak i zagranicznym - właściwych (legalnych) form działania na polskim rynku zamówień publicznych.

B. NARUSZENIE ART. 7 UST. 11 UST. 3 USTAWY PZP W ZW. Z ART. 91 UST. 11 ART. 91 UST. 2 PKT 5 USTAWY PZP, POPRZEZ BŁĘDNE PRZYJĘCIE, ŻE TO OFERTA WYKONAWCY PROMOST POWINNA OTRZYMAĆ WYŻSZĄ ILOŚĆ PUNKTÓW, W RAMACH WSKAZANYCH W SIWZ KRYTERIÓW OCENY OFERT, NIŻ OFERTA ODWOŁUJĄCEGO

Zamawiający, w piśmie z dnia 16 marca 2021 roku wskazuje, jaką ilość punktów otrzymują obie oferty złożone w postępowaniu. W odniesieniu do oferty Odwołującego

Zamawiający wskazał, że przyznał następującą ilość punktów w poszczególnych kryteriach oceny ofert:

Po dokonaniu oceny złożonych ofert, w poszczególnych kryteriach została przyznana następująca liczba punktów:

1. Konsorcjum Roden:

a) Cena brutto:

- Wykonanie dokumentacji projektowej - 7 156 164,60 PLN - 40,00 pkt

- Pełnienie nadzoru autorskiego - 2 829,00 PLN -1,48 pkt

b) Podział ceny ofertowej netto -15,00 pkt

c) doświadczenie projektanta - branża drogowa - 0,00 pkt

- WARIANT III - trzech dokumentacji projektowych o których mowa w pkt. 15,2.3 IDW

d) doświadczenie projektanta - branża mostowa -15,00 pkt

- WARIANT III - trzech dokumentacji projektowych o których mowa w pkt. 15.2.4. IDW

e) Długość okresu gwarancji i rękojmi za wady - 5,00 pkt, Wariant III - 5 lat

Łączna ilość punktów -76,48 pkt.

2. Promost Consulting:

a) Cena brutto:

- Wykonanie dokumentacji projektowej - 8 979 000,00 PLN - 31,88 pkt

- Pełnienie nadzoru autorskiego - 836,40 PLN - 5,00 pkt

b) Podział ceny ofertowej netto - 15,00 pkt

c) doświadczenie projektanta - branża drogowa - 20,00 pkt

- WARIANT III - trzech dokumentacji projektowych o których mowa w pkt. 15.2.3 IDW

d) doświadczenie projektanta - branża mostowa - 15,00 pkt

- WARIANT III - trzech dokumentacji projektowych o których mowa w pkt. 15.2.3 IDW

e) Długość okresu gwarancji i rękojmi za wady - 5,00 pkt, Wariant III - 5 lat

Łączną ilość punktów – 91,88 pkt.

Z powyższego wynika, że gdyby Zamawiający działał z poszanowaniem art. 91 ust. 1 i 91 ust 2 pkt 5 ustawy Pzp, to przyznałby Odwołującemu 20 punktów w kryterium c) - doświadczenie projektanta - branża drogowa. Tym samym oferta Odwołującego uzyskaby w sumie 96,48 pkt., czyli uplasowałaby się na pierwszym miejscu w rankingu ofert. Bezprawne zaniechanie przyznania punktów wypaczyło ranking ofert, co skutkowało uznaniem oferty Promost ofertą najkorzystniejszą.

C. NARUSZENIE ART. 7 UST. 11 UST. 3 USTAWY PZP W ZW. Z ART. 93 UST. 1 PKT 7) USTAWY PZP, W ZWIĄZKU Z ART. 18 ZD. PIERWSZE TFUE I ART. 56 ZDANIE PIERWSZE TFUE, A TAKŻE W ZWIĄZKU Z ART. 18 UST. 1 DYREKTYWY KLASYCZNEJ"), POPRZEZ BŁĘDNE PRZYJĘCIE, ŻE ZAMAWIAJĄCY UPRAWNIONY

JEST DO DOKONANIA WYBORU OFERTY NAJKORZYSTNIEJSZEJ POMIMO SFORMUŁOWANIA KRYTERIÓW OCENY OFERT W SPOSÓB DYSKRYMINUJĄCY PRZEDSIĘBIORCÓW ZAGRANICZNYCH,

Odwołujący uważa, że treść SIWZ wskazuje na wykładnię odniesienia do decyzji ZRID i specustawy drogowej, wskazuje na rangę dokumentu, który w toku realizacji inwestycji ma być uzyskany. Nawet jeżeli jednak właściwa byłaby wykładnia SIWZ forsowana przez Zamawiającego, która skutkuje złamaniem zakazu dyskryminacji ze względu na przynależność państwową wykonawcy, to i wówczas - z uwagi na konieczność bezpośredniego stosowania art. 18 TFUE o zakazie dyskryminacji - podczas badania i oceny konieczne byłoby pominięcie tego ustępu, jako nieobowiązującego. Zdaniem Odwołującego, powyższe działania są legalne i wystarczające dla wyegzekwowania legalności postępowania. Jeżeli jednak Krajowa Izba Odwoławcza uzna, że bezpośrednio stosowanie art. 18 TFUE, tj. nakaz by wszystkie organy państwa członkowskiego odmawiały stosowania przepisu, gdy jest on sprzeczny z treścią wskazanego przepisu unijnego, skutkuje powstaniem nieusuwalnej wady postępowania, to wówczas - z ostrożności podnosząc przedmiotowy zarzut jako alternatywny - Odwołujący wnosil o unieważnienie postępowania, na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp oznacza to, że Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Przy czym, niemożliwa do usunięcia wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, jest związana z zaistnieniem przesłanek unieważnienia umowy określonych w art. 146 ust. 1 oraz ust. 6 ustawy Pzp. Przepis art. 146 ust. 1 ustawy Pzp wymienia enumeratywnie przypadki, w których umowa podlega unieważnieniu. Zaś przepis art. 146 ust. 6 ustawy Pzp zawiera klauzulę generalną stanowiącą, że Prezes Urzędu Zamówień Publicznych uprawniony jest do wystąpienia do sądu o unieważnienie umowy w sprawie zamówienia publicznego, w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Z uwagi na fakt, że zarówno przypadki określone dyspozycją normy z art. 146 ust. 1 jak i z art. 146 ust. 6 ustawy Pzp dotyczą podstaw do unieważnienia umowy o realizację zamówienia publicznego, przepis art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp obejmuje dyspozycje obu tych norm (tak KIO w wyroku z dnia 19 września 2012 r., KIO 1900/12).

Jeżeli uznać, że forsowana przez Zamawiającego treść SIWZ jest prawem bezwzględnie obowiązującym w postępowaniu, i nie ma do niej zastosowania reżim unijny

dot. wyłączenia ze stosowania przepisów dyskryminujących wykonawców z innych krajów Unii Europejskiej (oraz z poza UE), to wówczas stwierdzić należy, że postępowanie jest obarczone wadą, którą z uwagi na jego etap - tj. już po upływie terminu składania i otwarcia ofert - nie można konwalidować w inny sposób niż poprzez unieważnienie postępowania. Kontynuowanie postępowania w obecnej formie narusza bowiem zasady prawa krajowego i unijnego dot. równego traktowania i zakazu dyskryminacji, co ma przesądzający wpływ na wynik postępowania (zamiast uznać, że to oferta Odwołującego zdobyła największą ilość punktów, Zamawiający uznał, że to oferta Promost plasuje się na pierwszym miejscu u rankingu ofert, to ten wykonawca został wezwany do złożenia dokumentów podmiotowych, a następnie oferta tego wykonawcy została wybrana ofertą najkorzystniejszą). Konsekwentnie wskazanie kryterium pozacenowego oraz warunku udziału dot. kwalifikacji zawodowych w sposób dyskryminujący podmioty zagraniczne, skutkować musi unieważnieniem postępowania, w celu przerwania łańcucha wadliwych czynności Zamawiającego.

Zasady udzielania zamówień publicznych nie tylko warunkują treść przepisów szczegółowych, ale także konkretne prawa i obowiązki wszystkich uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Przepis art. 7 ustawy Pzp stanowi, że postępowanie o udzielenie zamówienia jest przygotowywane i przeprowadzane przez zamawiającego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Znajduje się w nim także bezwzględna dyspozycja udzielania zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy Pzp. Przepis ten kreuje zasadę równego traktowania wszystkich wykonawców w sposób jednakowy, bez stosowania przywilejów czy też dyskryminowania (wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 5 kwietnia 2007 r. XIX Ga 91/07).

Wskazane zasady, będące podstawą systemu zamówień publicznych, określają również cele dalszych regulacji szczegółowych. Przy czym, cele zamówień publicznych pozostają niezmiennie i wynikają w pierwszej kolejności właśnie z prawa pierwotnego UE. Zakres celów dla których wprowadzono zamówienia publiczne jest konsekwencją przyjęcie wspólnego rynku wewnętrznego w ramach UE. Postanowienia Traktatu Ustanawiającego Wspólnotę Europejską (obecnie, po zmianach wprowadzonych przez Traktat z Lizbony, nazwa tego aktu to TFUE) wprowadzają podstawowe zasady dotyczące funkcjonowania wspólnego rynku jak konkurencyjność; równość (zakaz dyskryminacji); swoboda przepływu towarów, osób, usług i kapitału. Analiza postanowień Traktatu wskazuje na dalsze zasady, które mają również znaczenie dla wspólnego rynku i funkcjonujących na nim jego uczestników. Oczywiste jest, że zamówienia publiczne są częścią tego rynku, które z bezwzględny sposób podlegają reżimowi wymienionych zasad głównych. Skoro więc

Zamawiający, nie uznaje powołania decyzji ZRID oraz specustawy drogowej jako opisanego rangi dokumentu, który powinien być zdobyty w ramach wykazywanego doświadczenia (zarówno na spełnienie warunku udziału w postępowaniu jak i w celu uzyskania dodatkowych punktów), oraz jeżeli Izba nie widzi możliwości wyłączenia na podstawie art. 18 TFUE stosowania w postępowaniu przepisów wprost sprzecznych z zakazem dyskryminacji, to wówczas koniecznym staje się wyrugowanie wadliwego postępowania ze strefy publicznej. Na obecnym etapie jedynym środkiem zaradczym pozostaje unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w związku z art. 146 ust. 6 ustawy Pzp.

Odwołujący jedynie na marginesie zauważył, że zgodnie z pkt. II.2.13) Ogłoszenia o zamówieniu, zamówienie dotyczy projektu/programu finansowanego ze środków Unii Europejskiej. Zamówienie jest objęte wsparciem w ramach formuły „project pipeline” ze środków pomocy technicznej Regionalnego programu operacyjnego województwa podkarpackiego na lata 2014-2020. Odwołujący rozważa zatem ewentualne zgłoszenie sprawy do Europejskiego Urzędu ds. Zwalczania Nadużyć Finansowych (dalej: „OLAF”). OLAF prowadzi dochodzenia w sprawie nadużyć na szkodę budżetu UE, korupcji oraz poważnych uchybień wewnątrz instytucji europejskich i opracowuje politykę zwalczania nadużyć finansowych na potrzeby Komisji Europejskiej. Przy czym, zgodnie z przyjętą przez OLAF terminologią:

- nadużycie finansowe jest umyślnym oszustwem popełnionym dla własnej korzyści lub w celu przyniesienia strat drugiej stronie (vide: art. 3 ust. 2 dyrektywy (UE) 2017/1371),
- nieprawidłowość jest działaniem niezgodnym z przepisami UE, mającym potencjalnie negatywny wpływ na interesy finansowe UE, które jednak może być wynikiem faktycznych błędów zarówno ze strony beneficjentów ubiegających się o fundusze, jak i organów odpowiedzialnych za ich wypłacenie. Jeśli jednak nieprawidłowość została popełniona umyślnie, jest ona nadużyciem finansowym (vide: art. 1 rozporządzenia Rady 2988/95).

Zdaniem Odwołującego, zarzuty nr 1 i 2 wskazują na poważne uchybienia Zamawiającego, które są jednak konwalidowane, dlatego też uwzględnienie tych zarzutów pozwala na dalsze prowadzenie postępowania z poszanowaniem odnośnych przepisów prawa krajowego i unijnego. Zdaniem Odwołującego rozważania, czynione na marginesie są nie tylko przedwczesne lecz zupełnie zbędne. Wyłącznie zatem dla celów porządkowych OLAF może badać zarzuty dotyczące:

- nadużyć lub innych poważnych nieprawidłowości mających potencjalnie negatywne skutki dla środków publicznych UE, takich jak dochody, wydatki albo aktywa posiadane przez instytucje UE,

- przypadków poważnego przekroczenia uprawnień przez członków lub pracowników instytucji i organów UE.

Tym samym, OLAF byłby kompetentny w sprawie, gdyby konieczne stało się weryfikowanie legalności postępowania pod kątem nadużyć oraz poważnych nieprawidłowości mających faktyczne negatywne skutki dla środków publicznych UE.

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania w całości i zasądzenie kosztów według norm przepisanych.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w SIWZ, ogłoszeniu o zamówieniu, wyjaśnieniach zamieszczonych na stronie internetowej Zamawiającego, ofertach, złożonych przez Wykonawców, wyjaśnieniach Wykonawców, odwołaniu, pismach procesowych, a także wyrażone ustnie i pisemnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Niniejsze postępowanie o udzielenie zamówienia zostało wszczęte przed 1 stycznia 2021 r., jest ono prowadzone na podstawie przepisów ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm., dalej jako „ustawa Pzp” lub „Pzp”), więc stosownie do art. 92 ust. 1 ustawy z 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020 ze zm.), do postępowań o udzielenie zamówienia, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe.

Jednocześnie przepisy ustawy z Prawo zamówień publicznych z 11 września 2019 r. (tekst jednolity Dz.U.2019 r., poz. 2019 ze zmianami, dalej jako „Pzp2019”) znajdują zastosowanie do postępowania odwoławczego w przedmiotowej sprawie. Zgodnie bowiem z art. 92 ust. 2 ustawy z 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych, *do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 roku stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1.*

Następnie ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w całości w trybie art. 528 ustawy Pzp2019 i nie stwierdziwszy ich, Izba skierowała odwołanie na rozprawę.

Ustalono dalej, że Wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku potencjalnego naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ustawy Pzp2019. Możliwość dokonania w sposób nieprawidłowy czynności badania i oceny ofert, w tym nieprzyznanie Odwołującemu punktów w ramach ustalonego kryterium pozacenowego w postępowaniu, pozbawia Wykonawcę możliwości uzyskania zamówienia. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołań.

Do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, zgłoszenie przystąpienia złożył wykonawca **Promost Consulting Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Rzeszowie**. Izba potwierdziła skuteczność zgłoszonego przystąpienia.

Odwołujący prawidłowo przytoczył w odwołaniu brzmienie ustalonych kryteriów oceny ofert, uzasadnienie Zamawiającego o nieprzyznaniu punktów w kryterium pozacenowym w branży drogowej i w ocenie Izby nie zachodziła potrzeba ich ponownego cytowania.

Na podstawie dokumentacji przekazanej w formie elektronicznej Izba ustaliła, że Zamawiający w dniu 11 lutego 2021 roku, na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp zwrócił się do Odwołującego o wyjaśnienie treści oferty w zakresie załącznika nr 2, gdzie dla projektanta branży mostowej Odwołujący wskazał doświadczenie polegające na opracowaniu projektów budowlanych i uzyskaniu pozwoleń na budowę dla dróg szybkiego ruchu zlokalizowanych na terenie Węgier, tj. poza granicami RP, podczas gdy Zamawiający w pkt 15. 2.3 IDW wskazał, że Wykonawca powinien wykazać się doświadczeniem w opracowaniu minimum jednej dokumentacji projektowej (zawierającej w szczególności projekt budowlany) obejmującej rozbudowę i/lub budowę drogi klasy G lub wyższej i uzyskanie w ramach dokumentacji decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej. W związku z powyższym w ocenie Zamawiającego brak jest możliwości określenia czy dla wskazanych zadań z pewnością uzyskano takie decyzje.

Odwołujący złożył wyjaśnienia, w których potwierdził, że wykazane doświadczenie projektanta branży drogowej polegało na opracowaniu projektów budowlanych obejmującej rozbudowę i/lub budowę drogi klasy G lub wyższej i uzyskanie w ramach tej dokumentacji decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej. Z uwagi na lokalizację inwestycji na terytorium Węgier, w toku realizacji wykazanych zadań uzyskano decyzje o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej, zgodnie z odnośną ustawą o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie dróg publicznych.

Na potwierdzenie informacji Wykonawca załączył:

1. Referencję dot. zadania nr 1 w Załączniku Nr 2 do oferty – „Kryteria pozacenowe”, potwierdzające wykonanie projektu budowlanego i uzyskanie decyzji pozwolenia na budowę drogi ekspresowej nr M 34 na nowym szlaku wraz z tłumaczeniem na język polski, wystawioną przez Nemzeti Infrastruktúrafejlesztő Zrt. (odpowiednik GDDKiA w zakresie inwestycji drogowych) (załącznik nr 1),

2. Referencję dot. zadania nr 2 w Załączniku Nr 2 do oferty – „Kryteria pozacenowe”, potwierdzające wykonanie projektu budowlanego i uzyskanie decyzji pozwolenia na budowę drogi ekspresowej nr M 30 na nowym szlaku wraz z tłumaczeniem na język polski, wystawioną przez Nemzeti Infrastruktúrafejlesztő Zrt. (odpowiednik GDDKiA w zakresie inwestycji drogowych) (załącznik nr 2),

3. Referencję dot. zadania nr 3 w Załączniku Nr 2 do oferty – „Kryteria pozacenowe”, potwierdzające wykonanie projektu budowlanego i uzyskanie decyzji pozwolenia na budowę drogi ekspresowej nr M 44 na nowym szlaku wraz z tłumaczeniem na język polski, wystawioną przez Nemzeti Infrastruktúrafejlesztő Zrt. (odpowiednik GDDKiA w zakresie inwestycji drogowych) (załącznik nr 3),

4. Referencję dot. zadania nr 4 w Załączniku Nr 2 do oferty – „Kryteria pozacenowe”, potwierdzające wykonanie projektu budowlanego i uzyskanie decyzji pozwolenia na budowę drogi ekspresowej nr M 9 na nowym szlaku wraz z tłumaczeniem na język polski, wystawioną przez Nemzeti Infrastruktúrafejlesztő Zrt. (odpowiednik GDDKiA w zakresie inwestycji drogowych) (załącznik nr 4),

5. Referencję dot. zadania nr 5 w Załączniku Nr 2 do oferty – „Kryteria pozacenowe”, potwierdzające wykonanie projektu budowlanego i uzyskanie decyzji pozwolenia na budowę drogi ekspresowej nr M 4 na nowym szlaku wraz z tłumaczeniem na język polski, wystawioną przez Nemzeti Infrastruktúrafejlesztő Zrt. (odpowiednik GDDKiA w zakresie inwestycji drogowych) (załącznik nr 5).

Wykonawca zaznaczył również, że zdaje sobie sprawę, że ustawa Pzp zawiera przepisy względnie obowiązujące oraz bezwzględnie obowiązujące. O ile prawem i obowiązkiem Zamawiającego jest np. precyzyjne określenie opisu przedmiotu zamówienia,

a w przypadku wskazania znaków towarowych, czy patentów – określenie zasad równoważności, o tyle nie leży w gestii Zamawiającego np. wybór form zabezpieczenia wadialnego. Jeżeli Zamawiający uznałby za stosowne wprowadzenie do SIWZ przepisów zawężających ustawowe formy zabezpieczenia wadialnego, to takie przepisy SIWZ nie obowiązywałyby wykonawców, gdyż bezwzględnie obowiązujące przepisy nie ulegają zmianie poprzez wadliwe sformułowanie SIWZ. Z ostrożności zatem Wykonawca wskazał, że jeżeli odniesienie się do ustawy o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie dróg publicznych (Dz. U. 2018 poz. 1474 z późn. zm.) Zamawiający traktowałby nie jako opisanie rangi dokumentu, który powinien być zdobyty w ramach wykazywanego doświadczenia, lecz jako zawężenie przyznawania punktów wyłącznie do doświadczenia zdobytego na terenie RP, to takie przepisy SIWZ nie obowiązywałyby wykonawców, gdyż bezwzględnie obowiązujące przepisy nie ulegają zmianie poprzez wadliwe sformułowanie SIWZ.

Złożone do wyjaśnień referencje wraz z tłumaczeniami szczegółowo opisywały wykonany przez wykonawcę przedmiot zamówienia, zakres prac wykonanych przez danego Wykonawcę, procedurę uzyskania pozwoleń oraz parametry dróg.

Zamawiający nie uznał wyjaśnień Wykonawcy i podczas oceny ofert w ramach ustalonych kryteriów oceny nie przyznał mu dodatkowych punktów za doświadczenie projektanta w branży drogowej.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której podtrzymał stanowisko prezentowane w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Biorąc poczynione ustalenia pod uwagę, skład orzekający Izby doszedł do przekonania, że odwołanie podlegało uwzględnieniu w zakresie zarzutu naruszenia art. art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 93 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp, w związku z art. 146 ust. 6 ustawy Pzp, w związku z art. 18 zdanie pierwsze TFUE i art. 56 zdanie pierwsze TFUE, a także w związku z art. 18 ust. 1 Dyrektywy klasycznej, poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający uprawniony jest do dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej pomimo sformułowania kryteriów oceny ofert w sposób dyskryminujący przedsiębiorców zagranicznych, przez co nie jest możliwe udzielenie zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy Pzp

W pierwszej kolejności zauważyć należy, iż nie podlegały uwzględnieniu zarzuty oznaczone w odwołaniu kolejno jako 1. i 2. przez Odwołującego.

Bez wątpienia Zamawiający w warunkach udziału w postępowaniu oraz nawiązujących do warunków pozacenowych kryteriach oceny ofert odnosił się do opracowania dokumentacji projektowej (zawierającej w szczególności projekt budowlany) obejmującej rozbudowę /lub budowę drogi klasy min. G i uzyskanie w ramach tej dokumentacji decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej zgodnie z ustawą o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie dróg publicznych (Dz. U. 2018, poz. 1474 ze zm.).

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wielokrotnie podkreślał, że ustalone przez niego kryteria są obiektywne, związane z przedmiotem zamówienia, ich merytoryczny zakres zgodny jest z tym, co będzie w ramach umowy przez wybranego wykonawcę realizowane, kryteria nie godzą w zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji. Następnie Zamawiający zaznaczał, że celowo, świadomie w ustalonych kryteriach posługiwał się odniesieniem do decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej i ustawy o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie dróg publicznych wraz z przywołaniem publikatora tego aktu prawnego funkcjonujących w polskim porządku prawnym. W żadnym miejscu SIWZ i innych dokumentów w postępowaniu nie określono, że przywołane elementy określają jedynie rangę dokumentu, czy też nie wskazano, że możliwe jest posługiwanie się innymi, równoważnymi dokumentami i regulacjami. Zamawiający argumentował, że cechy i przebieg procedury wydania decyzji w ramach specustawy drogowej są dla niego na tyle istotne, że nie określał żadnych cech równoważności dla tych elementów warunków i kryteriów. Zamawiający wyszedł z założenia, że skoro inwestycja ma być realizowana na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, to Wykonawcy powinni znać regulacje obowiązujące w prawie polskim i tylko przebycie procedury uzyskania takiej decyzji pozwala legitymować się określonym doświadczeniem zawodowym oraz gwarantuje należyte wykonanie zobowiązania umownego.

Tak przedstawione stanowisko oznacza, że Zamawiający w sposób wąski i dosłowny, zgodnie z literalnym brzmieniem, interpretował zapisy SIWZ i ustalonych kryteriów, nie dopuszczając, że inna interpretacja zapisów jest możliwa. Odwołujący nie przedstawił doświadczenia projektanta w branży drogowej, z którego wynikałoby, że posiada on określone w kryteriach w SIWZ doświadczenie, wskazał bowiem inwestycje realizowane w innym państwie europejskim (Węgry) w ramach obowiązujących tam procedur. Tym samym nie można zarzucić Zamawiającemu, że nieprawidłowo ocenił ofertę Odwołującego w stosunku do wykładni autentycznej SIWZ. Skoro nie przedstawiono

doświadczenia, z którego wynikałoby, że projektant uczestniczył w realizacjach inwestycji w Polsce, gdzie wydano decyzję o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej, to Odwołujący nie mógł otrzymać dodatkowych punktów. W świetle jednoznaczne stanowiska Zamawiającego, Izba uznała, że zarzuty nie potwierdziły się, a Odwołujący nie mógł otrzymać dodatkowych punktów w ramach obowiązującego w postępowaniu kryterium pozacenowego.

Tym niemniej odwołanie podlegało uwzględnieniu, ponieważ skład orzekający Izby doszedł do przekonania, że naruszone zostały zasady prowadzenia postępowania określone w przepisach rangi krajowej i unijnej przez ustalenie warunków i kryteriów oceny ofert w sposób dyskryminujący przedsiębiorców zagranicznych, przez co nie jest możliwe udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy Pzp.

Jak słusznie zauważano w opinii Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych wydanej w sprawie interpretacji przepisów ustawy Pzp, przedstawionej na rozprawie przez Odwołującego, zasada równego traktowania wykonawców oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez względu na ich właściwości, w tym choćby miejsce prowadzenia działalności, czy kraj pochodzenia. Zasada ujęta w art. 7 ustawy Pzp jest odzwierciedleniem regulacji wynikających z motywu 1 i art. 18 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 roku w sprawie zamówień publicznych (dalej jako „dyrektywa klasyczna”). Zgodnie z pierwszym motywem dyrektywy klasycznej, udzielanie zamówień publicznych przez instytucje publiczne powinno być prowadzone zgodnie z zasadami Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, w szczególności z zasadami swobodnego przepływu towarów, swobody przedsiębiorczości oraz swobody świadczenia usług, a także zasadami równego traktowania, zasady niedyskryminacji, zasady wzajemnego uznawania, zasady proporcjonalności oraz zasady przejrzystości (art. 18 dyrektywy). Dalej dostrzeżenia wymaga, iż warunki ubiegania się o zamówienie powinny być dostępne dla wykonawców i sformułowane w sposób jasny, pozwalający na obiektywną ocenę ich spełnienia, w tym kryteria kwalifikacji powinny być proporcjonalne do przedmiotu zamówienia. Jak podkreślono w orzeczeniu Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej jako „TSUE”) z dnia 10 maja 2012 r., w sprawie C-368/10 Komisja Europejska przeciwko Królestwu Niderlandów (ECLI:EU:C:2012:284) *„na gruncie prawa unijnego reguły rządzące kryteriami udzielania zamówień publicznych stanowią, że zasady równego traktowania, niedyskryminacji i przejrzystości wymagają, by kryteria udzielania zamówień były obiektywne i gwarantowały obiektywne porównanie i ocenę ofert w warunkach konkurencji, nie przyznając instytucji zamawiającej*

nieograniczonej swobody” oraz „kryteria udzielania zamówień powinny być sformułowane w sposób umożliwiający wszystkim odpowiednio poinformowanym i dochowującym należytej staranności wykonawcom zapoznanie się z ich dokładnym zakresem i rozumienie ich w ten sam sposób”.

Analiza przywołanych przepisów rangi krajowej i unijnej dotyczących zamówień publicznych w zestawieniu z postanowieniami SIWZ prowadzi do wniosku, że Zamawiający określając w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego kryteria oceny ofert związane ze zdobytym przez określony podmiot doświadczeniem, powinien uznawać zarówno wykształcenie, kwalifikacje zawodowe czy doświadczenie zdobyte w innym państwie członkowskim. Zgodnie ze wspomnianą opinią Prezesa UZP, powyższe ustalenia zachowują aktualność także w sytuacji, gdy Zamawiający w SIWZ wprost nie dopuścił możliwości posługiwania się uprawnieniami zagranicznymi lub zagranicznym doświadczeniem zawodowym. Celnie podkreślono w opinii, że brak pewnych zapisów w SIWZ nie uchyla mocy wiążącej przepisów prawa powszechnie obowiązującego. Zdaniem Izby ustalone przez Zamawiającego kryterium naruszało reguły tworzenia kryteriów pozacenowych wynikające z orzecznictwa TSUE. Jak wskazano w orzeczeniu TSUE z dnia 17 września 2002 roku w sprawie C-513/99 Concordia Bus Finland Oy Ab, pozacenowe *„kryteria oceny ofert muszą być związane z przedmiotem zamówienia, nie mogą przyznawać zamawiającemu bezwzględnej swobody wyboru, być wyraźnie wskazane w dokumentacji zamówienia lub ogłoszeniu o zamówieniu i być zgodne z zasadami podstawowymi prawa wspólnotowego, a w szczególności z zasadą niedyskryminacji”*. Orzeczenie to dotyczyło wprowadzie kryteriów oceny ofert o charakterze środowiskowym, ale zasady dotyczące pozacenowych kryteriów oceny ofert, jakie sformułował Trybunał, można uznać za uniwersalne.

Jeżeli Zamawiający konsekwentnie uznaje kwalifikacje zdobyte w innych krajach, czemu ani Zamawiający, ani zapisy SIWZ, nie przeczą, to w ocenie składu orzekającego Izby powinien również uznawać doświadczenie zdobyte na podstawie posiadanych kwalifikacji. Zdobyte doświadczenie jest bowiem konsekwencją posiadanych (uzyskanych) kwalifikacji zawodowych. Innymi słowy, doświadczenie to suma wiedzy i umiejętności nabytych przy realizacji zamówień związanych z przedmiotem zamówienia publicznego. Gdyby dany podmiot nie posiadał określonych kwalifikacji zawodowych, które na podstawie odpowiednich przepisów podlegają weryfikacji w ramach regulacji krajowych danego państwa określających zasady uznawania kwalifikacji zawodowych z innych państw

członkowskich, niemożliwe byłoby nabycie doświadczenia zawodowego w ramach wykonywania działalności zawodowej.

W dalszej kolejności zauważyć należało, że fundamenty zasad określonych w prawie zamówień publicznych Unii Europejskiej (czyli prawie wtórnym) wynikają z prawa pierwotnego, czyli Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej będącego podstawowym źródłem regulacji odnoszących się do funkcjonowania rynku wewnętrznego w Unii Europejskiej.

W konsekwencji Izba uważa, że ustalone w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego kryteria oceny ofert należało uznać za naruszające zasady nie tylko dyrektyw dotyczących zamówień ale również, a może przede wszystkim, za naruszające zasady traktatowe. Kryteria te w ocenie Izby ustalone zostały w sposób dyskryminujący wykonawców spoza terytorium RP. Jedną z naczelných zasad traktatowych funkcjonowania Unii Europejskiej jest zasada swobodnego przepływu usług. Jest to zasada prawa pierwotnego, bezwzględnie obowiązująca państwa członkowskie UE, powinna być stosowana w sposób nadrzędny nad innymi przepisami. Zgodnie z przywołaną zasadą zakazane są ograniczenia w swobodnym świadczeniu usług wewnątrz Unii w odniesieniu do obywateli państw członkowskich mających swe przedsiębiorstwo w państwie członkowskim innym niż państwo usługobiorcy. Jak wynika z orzecznictwa „*Głównym celem uregulowań wspólnotowych w zakresie zamówień publicznych jest swobodny przepływ towarów i usług, jak również otwarcie na niezakłóconą konkurencję we wszystkich państwach członkowskich*” (orzeczenie z dnia 11 maja 2006 r. w sprawie C-340/04 Carbotermo). Dyrektywy wspólnotowe będące uszczegółowieniem prawa pierwotnego dążą do zniesienia ograniczeń swobody przedsiębiorczości i swobody świadczenia usług w stosunku do zamówień publicznych w celu otwarcia tych rynków na rzeczywistą konkurencję.

Zamawiający przyznał na rozprawie, że w ramach wyznaczonych kryteriów oceny ofert nie przeprowadził analizy porównawczej prawodawstwa państw co najmniej na poziomie Wspólnoty Europejskiej w zakresie obowiązywania regulacji prawnych związanych z procesem inwestycyjnym. Nie ustalono, że procedura uzyskania decyzji podobnych do decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej jest porównywalna bądź też znacząco różna w innych krajach Wspólnoty. Zamawiający choć twierdzi, że ustalone przez niego kryteria nie mają charakteru dyskryminującego, to nie wykazał w żaden sposób, że procedura obowiązująca w Polsce w ramach specustawy drogowej jest tak znacząco specyficzna, że konieczne jest w ramach opisu kryteriów oceny ofert punktowanie

doświadczenia projektowego zdobytego tylko na terenie Polski. Zdaniem Izby to na Zamawiającym spoczywa obowiązek uzasadnienia, że wyznaczone kryteria są na tyle istotne dla jakości wykonania przyszłego zobowiązania umownego, że muszą zostać ukształtowane w określony sposób, z powołaniem się jedynie na regulacje prawa o charakterze krajowym.

Z wyroku TSUE z dnia 27 października 2005 r. w sprawie C-234/03 z dnia 27 października 2005 r. *Contse SA i in. przeciwko Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (Ingesa), dawniej Instituto Nacional de la Salud (Insalud)*, z którego wynika, że artykuł 49 WE sprzeciwia się temu, aby instytucja zamawiająca zawarła w dokumentacji zamówienia na świadczenie usług zdrowotnych terapii oddechowej w miejscu zamieszkania i innych technik wspomagających oddychanie, po pierwsze, przesłankę dopuszczenia, która zobowiązuje przedsiębiorstwo oferenta do posiadania w chwili składania oferty biura dostępnego dla klientów w stolicy prowincji, w której mają być świadczone te usługi, i, po drugie, kryteria oceny ofert, które uwzględniają, poprzez przyznanie dodatkowych punktów, istnienie w chwili złożenia oferty zakładów produkcyjnych wytwarzających tlen, uzdatniających i napełniających butle tlenem, usytuowanych w odległości mniejszej niż 1000 km od tej prowincji lub biur dostępnych dla klientów w innych miejscowościach tam określonych oraz które w przypadku otrzymania równej ilości punktów przez kilka ofert faworyzują przedsiębiorstwo, które wcześniej świadczyło daną usługę, wyprowadzić należało wniosek, że *„kryteria stosowane są w sposób dyskryminujący, jeśli nie są uzasadnione względami interesu publicznego, nie są odpowiednie dla zagwarantowania realizacji celu, któremu służą lub wykraczają poza to, co jest konieczne dla jego osiągnięcia, które to okoliczności powinny zostać zbadane przez sąd krajowy”*. Przyjęte do oceny ofert kryteria powinny być zawsze w określony sposób związane z przedmiotem zamówienia, sposobem jego wykonania, proporcjonalnie do stopnia trudności i wyzwań stawianych przed ocenianymi elementami charakteryzującymi danego Wykonawcę w celu należytego wykonania zamówienia.

Warto zdaniem Izby podkreślić, że w każdym kraju procedura uzyskania stosownego zezwolenia na realizację określonej inwestycji może charakteryzować się pewną odmiennością czy też uwzględniać uwarunkowania (rozwiązania) specyficzne dla danego porządku prawnego. Jednakże w ramach funkcjonowania wspólnych zasad traktatowych i wspólnego rynku oraz swobodnego przepływu towarów i świadczenia usług, a także regulacji warunkujących respektowanie kwalifikacji zawodowych nabytych w innym kraju, obawy Zamawiającego, że wykonawca, który przedstawia doświadczenie zawodowe nabyte w innym kraju wydają się nadmierne i nieuzasadnione. Z dużym prawdopodobieństwem graniczącym z pewnością jest wiele inwestycji drogowych, które zrealizowane zostały przy

udziale wykonawców pochodzących spoza Polski, legitymujących się doświadczeniem nabytym poza RP.

Ma także rację Odwołujący, że projektant wiodący, nawet jeżeli nie posiada doświadczenia w pozyskaniu dokumentów urzędowych w systemie prawnym danego kraju, nie działa, czy też nie pracuje samodzielnie. Praca projektanta odbywa się zazwyczaj w zespole projektowym, w otoczeniu służb prawnych, administracyjnych, pomocniczych Wykonawcy, które mogą uczestniczyć w przygotowaniu odpowiednich wniosków składanych w ramach procedury administracyjnej związanej z pozyskaniem wymaganych decyzji i posiadają odpowiednie doświadczenie na tym polu oraz wymaganą wiedzę o procedurach administracyjnych koniecznych do uzyskania stosownych dokumentów. Głównym obowiązkiem projektanta wiodącego jest natomiast wykonanie projektu budowlanego jako załącznika do wniosku o wydanie decyzji, a więc przede wszystkim koordynacja branżowa umożliwiająca przyjęcie określonych rozwiązań koncepcyjnych dla rozwiązań inżynierskich stosownie do prowadzonej inwestycji. Nie umniejsza jego doświadczenia niepełne uczestnictwo w obowiązujących w danym kraju procedurach administracyjnych.

Nie można również pominąć jeszcze jednego aspektu, na który uwagę zwracał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oraz na rozprawie. Mianowicie realizowane przez Zamawiającego zamówienie jest dofinansowane ze środków Unii Europejskiej. Oznacza to, że postępowania o udzielenie zamówień publicznych realizowane w ramach środków zewnętrznych podlegały będą kontroli instytucji odpowiedzialnych za przydzielenie i rozliczenie wykorzystania tych środków. Faktem notoryjnym jest, że instytucje te odnoszą się w ramach prowadzonych działań kontrolnych do przestrzegania przepisów prawa krajowego zamówień publicznych ale również oceniają zgodność działań Zamawiającego z przepisami prawa unijnego. Nieprzestrzeganie zasad wskazanych w niniejszym orzeczeniu mogłoby tym samym w przyszłości narazić Zamawiającego na korekty finansowe lub całkowitą utratę środków.

W tej sytuacji należało dojść do wniosku, że postępowanie obarczone jest poważną, istotną i nieodwracalną wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, o której mowa w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Stosownie do tego przepisu, zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Regulacja ta odsyła do art. 146 ustawy Pzp, w którym wymienione zostały przypadki naruszenia ustawy powodujące konieczność unieważnienia umowy. Według

art. 146 ust. 6 ustawy Pzp, umowa w sprawie zamówienia podlega unieważnieniu, w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Próba zastosowania kryteriów oceny ofert opisanych z naruszeniem wymienionych w niniejszym uzasadnieniu przepisów oraz zasad zamówień publicznych prowadzi do wniosku, że w postępowaniu nie można wykonać prawidłowo czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, a więc otrzymać wyniku postępowania zgodnego z prawem. Z uwagi na okoliczność, że modyfikacja SIWZ, a więc także w zakresie dotyczącym kryteriów oceny ofert, możliwa jest tylko do upływu terminu składania ofert, biorąc pod uwagę etap, na którym znajduje się obecnie postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, wadę postępowania należało uznać nie tylko za istotną w stopniu, który mógł wywrzeć wpływ na wynik postępowania, ale i za nieusuwalną. W tej sytuacji jednym sposobem na przywrócenie postępowania do stanu zgodnego z prawem, jest unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w związku z art. 146 ust. 6 ustawy Pzp. Jak jednolicie wskazuje się w orzecznictwie Izby, w celu doprowadzenia postępowania do stanu zgodnego z prawem Izba uprawniona jest nakazać Zamawiającemu wykonanie takiej czynności w postępowaniu, która będzie zgodna z prawem.

Z wyrok TSUE z dnia 4 grudnia 2003 r. (C-448/01) wynika, że „kryteria oceny ofert wymienione w dyrektywach mają wyłącznie charakter przykładowy, zamawiający może przyjąć również inne kryteria dla wyboru oferty najkorzystniejszej ekonomicznie. Przyjęte kryteria powinny gwarantować przejrzystość i obiektywność procedury udzielania zamówienia, oraz powinny gwarantować zasadę równego traktowania; Zamawiający dysponuje nie tylko swobodą określenia kryteriów oceny ofert, lecz również swobodą określenia ich wagi (znaczenia), pod warunkiem, że wagi przypisane poszczególnym kryteriom służą identyfikacji (wyborowi) oferty najkorzystniejszej w świetle przyjętych kryteriów. Odnośnie każdego kryterium zamawiający musi określić (i podać do wiadomości oferentom w dokumentacji przetargowej) w jaki sposób będzie weryfikował prawdziwość informacji zawartych w ofercie w tym zakresie przyjęte kryteria powinny gwarantować przejrzystość i obiektywność procedury udzielania zamówienia oraz zasadę równego traktowania (powinny być stosowane jednakowo do wszystkich oferentów)”.

W ocenie Izby oznacza to, że przyjęte kryteria nie mogą ograniczać konkurencji i wprowadzać nieuzasadnionych preferencji dla określonych grup dostawców (np. dla dużych firm). Ponadto przyjęte przez zamawiającego kryteria nie muszą koniecznie odnosić się wyłącznie do bezpośrednio ekonomicznie wymiernych (finansowych) aspektów ofert, pod warunkiem jednak, że są związane z przedmiotem zamówienia, nie przyznają zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru oferty (nie zakładają arbitralnego

wyboru), są wskazane w dokumentacji przetargowej i w ogłoszeniu o przetargu, są zgodne z całością prawa europejskiego, w szczególności z zasadą niedyskryminacji. Z przywołanego orzeczenia płynie również wniosek, że zamawiający dysponuje nie tylko swobodą określenia kryteriów oceny ofert, lecz również swobodą określenia ich wagi (znaczenia), pod warunkiem że wagi przypisane poszczególnym kryteriom służą identyfikacji (wyborowi) oferty najkorzystniejszej w świetle przyjętych kryteriów. Odnośnie do każdego kryterium zamawiający musi określić (i podać do wiadomości oferentom w dokumentacji przetargowej), w jaki sposób będzie weryfikował prawdziwość informacji zawartych w ofercie, inaczej mówiąc – odnośnie do każdego wprowadzonego kryterium zamawiający musi być w stanie i musi mieć zamiar sprawdzać, na ile poszczególne oferty rzeczywiście spełniają wymagania, do których odnosi się dane kryterium (na ile oferty są wiarygodne pod tym względem). Każde kryterium (i opis jego stosowania) musi być sformułowane jednoznacznie i precyzyjnie, tak żeby każdy poprawnie/należycie poinformowany oferent, który dołoży należytej staranności, mógł interpretować je w jednakowy sposób. Kryteria oceny ofert powinny być interpretowane przez zamawiającego w jednakowy sposób. Jeżeli w toku procedury odwoławczej któreś z kryteriów zostaje uchylone jako bezprawne, to złożone oferty nie mogą być oceniane tylko pod względem pozostałych kryteriów i wtedy całość procedury musi być unieważniona.

Dodatkowego stanowiska Izby w ramach uzasadnienia orzeczenia wymaga kwestia wydanego w zbliżonym stanie faktycznym wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 maja 2021 roku (sygn. akt KIO 983/21). Skład orzekający wydając niniejsze orzeczenie pragnie podkreślić, iż kwestie związane z zarzutem alternatywnym nie podlegały szczegółowej analizie w przywołanym orzeczeniu.

Izba oddaliła wniosek Odwołującego złożony w dniu 28 maja 2021 roku o ponowne otwarcie rozprawy. Z racji stwierdzenia konieczności unieważnienia całego postępowania, nowe fakty i dowody przedstawione przez Odwołującego we wniosku, były powieleniem stanowiska zaprezentowanego na rozprawie, więc ich przeprowadzenie zmierzałoby do przedłużenia postępowania odwoławczego.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 575 oraz art. 574 ustawy Pzp 2019, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. a i b oraz § 7 ust. 1 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. z 2020 r., poz. 2437 ze zm.) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez Odwołującego oraz zasądzając od Zamawiającego na rzecz Odwołującego koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....