

WYROK
z dnia 22 listopada 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Daniel Konicz

Protokolant: Łukasz Listkiewicz
Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 listopada 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 listopada 2019 r. przez Odwołującego – wykonawcę Sweco Consulting sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Dyrektora Urzędu Morskiego w Gdyni, przy udziale wykonawcy MGGP S.A. z siedzibą w Tarnowie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego;

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia przepisu art. 22 ust. 1a i art. 22d ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1, art. 11c, art. 12a ust. 2 w zw. z art. 38 ust. 4a pkt 2 Pzp i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności zmiany treści warunku udziału w postępowaniu dotyczącego osoby zdolnej do realizacji zamówienia – specjalisty nr 1 – Kierownika Personelu Inżyniera – Inżyniera Rezydenta (Rozdział V ust. 1 lit. B pkt 1) SIWZ), dokonanej w wyniku odpowiedzi na wniosek (pytanie) nr 9 o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia z 28 października 2019 r., w zakresie w jakim Zamawiający nie dopuścił wykazania się doświadczeniem w ramach specjalisty nr 1 w pełnieniu funkcji zastępcy Inżyniera Rezydenta lub Kierownika Projektu po stronie Inżyniera Kontraktu;
2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę w łącznej wysokości 18.600,00 zł (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych 00/100) stanowiącą koszty

postępowania odwoławczego w postaci wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r., poz. 1843 j.t.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Gdańsku.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Dyrektor Urzędu Morskiego w Gdyni (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2018 r., poz. 1986 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu w ramach projektu pn. *Budowa drogi wodnej łączącej Zalew Wiślany z Zatoką Gdańską – część I*”, zwane dalej: „Postępowaniem”.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu („Ogłoszenie”) zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej („TED”) 8 października 2019 r. pod nr 2019/S 211518191.

28 października br. Zamawiający – udzielając odpowiedzi na pytanie nr 9 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia („SIWZ”) – zmienił warunek dotyczący doświadczenia zawodowego osoby na stanowisko Specjalisty nr 1 – Inżyniera Rezydenta (dalej „IR”).

7 listopada br. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (dalej „Izba” lub „KIO”) wpłynęło odwołanie wykonawcy Sweco Consulting sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu („Odwołujący”) na niżej wskazane czynności i zaniechania Zamawiającego:

1. sformułowanie przez Zamawiającego, w dniu 28.10.2019 r. w piśmie o nazwie „Wyjaśnienia treści SIWZ, zmiana treści SIWZ i przedłużenie terminu składania ofert” takiej treści odpowiedzi na pytanie nr 9, która to odpowiedź, zmieniając treść SIWZ ustanowiła inny warunek w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, spełnieniem którego muszą wykazać się wykonawcy ubiegający się o przedmiotowe zamówienie publiczne, w odniesieniu do osoby Specjalisty nr 1 – Kierownika Personelu Inżyniera – IR, niż warunek opisany w pkt III.1.3) B.1) Ogłoszenia z dnia 08.10.2019 r. oraz w pkt V.1.B.1) SIWZ udostępnionej wykonawcom w dniu 08.10.2019 r.;
2. ukształtowanie nowego, zmienionego warunku dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej w odniesieniu do osoby IR w sposób nadmierny i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, ograniczającego w sposób sztuczny i nieuzasadniony krąg osób spełniających tenże warunek, a tym samym ograniczając w sposób nieracjonalny i nieuzasadniony dostęp do udziału w Postępowaniu wykonawcom,

którzy dysponują osobami zdolnymi do wykonania zamówienia posiadającymi doświadczenie zawodowe w zarządzaniu kontraktami/projektami odpowiadającymi przedmiotowi zamówienia;

3. zaniechanie dokonania odpowiedniej zmiany w treści „Ogłoszenia zmian lub dodatkowych informacji” opublikowanym w dniu 31.10.2019 r. w TED w zakresie zmienionego warunku zdolności technicznej i zawodowej, spełnieniem którego muszą wykazać się wykonawcy ubiegający się o przedmiotowe zamówienie publiczne, w odniesieniu do osoby IR;
4. z ostrożności procesowej – zaniechanie wyznaczenia nowego terminu składania ofert, z uwzględnieniem minimalnego wymaganego terminu opisanego w przepisach Pzp, jaki musi upłynąć od opublikowania zmiany w treści „Ogłoszenia zmian lub dodatkowych informacji” w TED w zakresie zmienionego warunku zdolności technicznej i zawodowej w odniesieniu do osoby IR, spełnieniem którego muszą wykazać się wykonawcy ubiegający się o przedmiotowe zamówienie publiczne, do dnia składania ofert;

zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 22 ust. 1a oraz art. 22d. ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, przez ustanowienie w dniu 28.10.2019 r. w odpowiedzi na zapytanie nr 9 nowego warunku udziału w Postępowaniu, jaki muszą spełnić wykonawcy ubiegający się o uzyskanie przedmiotowego zamówienia publicznego, w zakresie posiadanej zdolności technicznej i zawodowej w sposób nadmierny i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia poprzez arbitralne, nieuzasadnione ustalenie, że wykonawca ubiegający się o udzielenie przedmiotowego zamówienia musi dysponować osobą na stanowisko Specjalisty nr 1 – IR, która wymagane 5-letnie doświadczenie zawodowe wykazuje przez pełnienie funkcji polegającej/polegających na zarządzaniu kontraktem/projektem, jedynie jako np. Inżynier Rezydent, Inżynier Projektu, itp., przy jednoczesnym niedopuszczeniu przez Zamawiającego możliwości potwierdzenia, że wykonawca spełnia postawiony warunek wymaganego doświadczenia przez pełnienie przez kandydata na stanowisko Specjalisty nr 1 – IR funkcji Zastępcy Inżyniera Rezydenta lub Kierownika Projektu po stronie Inżyniera Kontraktu; Odwołujący wskazał, że ww. stanowiska są stanowiskami analogicznymi do Inżyniera Rezydenta lub Inżyniera Projektu i są to funkcje co do zasady zarządcze dla danego kontraktu/projektu, w szczególności na kontraktach realizowanych w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC (patrz: Klauzula 3.2 Warunków Ogólnych FIDIC – Delegowanie przez Inżyniera),

a taki model kontraktu będzie obowiązywał przy realizacji przedmiotowego zamówienia publicznego;

2. art. 11c oraz art. 12a ust. 2, art. 41 pkt 7 w zw. z art. 38 ust. 1, 2 i ust. 4a pkt 2 Pzp przez dokonanie istotnej zmiany treści SIWZ polegającej na udzieleniu w dniu 28.10.2019 r. odpowiedzi na zapytanie nr 9 w taki sposób, że nastąpiła zmiana ustanowionego w treści Ogłoszenia warunku udziału w Postępowaniu w odniesieniu do wymaganego doświadczenia dla osoby kandydata na stanowisko Specjalisty nr 1 – IR, bez dokonania przez Zamawiającego odpowiedniej zmiany w treści „Ogłoszenia zmian lub dodatkowych informacji” opublikowanym w TED w dniu 31.10.2019 r., co doprowadziło wystąpienia istotnych rozbieżności pomiędzy treścią Ogłoszenia a treścią SIWZ;
3. z ostrożności procesowej – art. 12a ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez zaniechanie dokonania zmiany treści Ogłoszenia oraz opublikowania tejże zmiany w TED (w okresie od dnia 28.10.2019 r. do dnia wnoszenia odwołania), dotyczącej zmiany warunku udziału w Postępowaniu w odniesieniu do osoby Specjalisty nr 1 – IR, a w konsekwencji powyższego naruszenia ww. przepisów Pzp w odniesieniu do minimalnego terminu, jaki musi upłynąć od dnia dokonania istotnej zmiany ogłoszenia o zamówieniu do wyznaczonego terminu składania ofert. Odwołujący podał, że aktualnym, wyznaczonym przez Zamawiającego, terminem składania ofert jest dzień 14 listopada 2019 r., a wobec faktu, że odwołanie wnoszone jest w dniu 7 listopada 2019 r. (przedmiotowa zmiana Ogłoszenia ciągle nie jest opublikowana), nie zostanie dochowany wymagany przepisami art. 12a ust. 2 Pzp minimalny, wynoszący 15 dni, najkrótszy z możliwych termin składania ofert. Powyższe może spowodować, że zmniejszy się krąg wykonawców, którzy złożą oferty, co spowoduje że Postępowanie obarczone będzie nieusuwalną wadą, a w konsekwencji powyższego wada ta może spowodować konieczność unieważnienia przyszłej umowy na wykonanie przedmiotowego zamówienia publicznego (jeśli Postępowanie doprowadzi do zawarcia takiej umowy) albo wcześniej Postępowanie będzie musiało być unieważnione.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia treści odpowiedzi nr 9 udzielonej w dniu 28.10.2019 r.;
2. udzielenia powtórnej odpowiedzi na pytanie nr 9 przez literalne potwierdzenie, że „Będzie uznane za spełniające wymagania posiadania zdolności technicznych i zawodowych doświadczenie zawodowe kandydata na stanowisko Specjalisty nr 1 – IR polegające również na pełnieniu funkcji Zastępcy Inżyniera Rezydenta lub Zastępcy Kierownika Projektu po stronie Inżyniera Kontraktu”;

3. dokonania odpowiedniej zmiany treści Ogłoszenia zawierającej modyfikację warunku udziału w Postępowaniu przez dopisanie odpowiednio we wszystkich miejscach Ogłoszenia oraz SIWZ treści jak w pkt 2 powyżej;
4. opublikowania w TED „Ogłoszenia zmian lub dodatkowych informacji” zawierającego zarówno dopisaną treść jak w pkt 2 powyżej, jak również wyznaczającego nowy termin składania ofert, przy zachowaniu zasady, że od daty opublikowania zmienionego ogłoszenia o zamówieniu do data składania ofert musi minąć co najmniej 15 dni.

Odwołujący stwierdził, że posiada legitymację do skorzystania ze środka ochrony prawnej zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 Pzp.

Uzasadniając zarzuty odwołania Odwołujący podał, że zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, zamawiający może równolegle stosować w postępowaniu przewidziane w Pzp instrumenty, tj. odpowiedzi na pytania do treści SIWZ oraz zmiany treści SIWZ wedle uzasadnionych i rzeczywistych potrzeb Zamawiającego. Zmiana SIWZ wymaga jednak zastosowania przewidzianej w prawie procedury zmiany połączonej (z uwagi na zmianę w opisie warunku) zmiany ogłoszenia o zamówieniu.

W powyższym kontekście Odwołujący wskazał, że czynność Zamawiającego w Postępowaniu polegająca na udzieleniu odpowiedzi na pytanie nr 9 stanowiła *de facto* zmianę SIWZ w zakresie opisanym w zarzutach i odwołaniu, dokonaną z pominięciem obligatoryjnych elementów przewidzianych w Pzp dla modyfikacji SIWZ. Zamawiający wskutek ww. zmiany zwiększył rygoryzm warunku przez wykluczenie z kręgu osób spełniających warunek wedle treści sprzed modyfikacji, tj. osoby zajmujące stanowiska analogiczne do Inżyniera Rezydenta – zastępców Inżyniera Rezydenta.

Następnie Odwołujący podał, że Zamawiający ustalił pierwotnie, w Sekcji III, pkt III.1.3) pkt B.1) Ogłoszenia oraz w pkt V.1.B. ppkt 1) SIWZ), że jednym z warunków udziału w Postępowaniu, jakie muszą spełniać wykonawcy, jest, tu cytat:

„[...]dysponuje osobami zdolnymi do wykonania zamówienia w postaci zespołu osób składającego się co najmniej z:

- 1) Specjalista nr 1 – Kierownik Personelu Inżyniera – Inżynier Rezydent posiadający (...) co najmniej 5 lat doświadczenia zawodowego w pełnieniu funkcji Inżyniera Kontraktu (lub funkcji analogicznej polegającej na zarządzaniu kontraktem/projektem) w ostatnich 10 latach w ramach co najmniej dwóch zakończonych inwestycji zrealizowanych w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC lub równoważne[...]”.

Następnie, w toku Postępowania, udzielając w dniu 28.10.2019 r. odpowiedzi na jedno z pytań zadanych przez jednego z wykonawców (nie było to pytanie zadane przez Odwołującego) o następującej treści:

„Prosimy o doprecyzowanie co zamawiający rozumie pod pojęciem funkcji analogicznej dopełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu. Czy zamawiający dopuszcza doświadczenie w pełnieniu funkcji Zastępcy Inżyniera Rezydenta lub Kierownika Projektu po stronie Inżyniera Kontraktu ?”

Zamawiający stwierdził, że:

„Pod pojęciem funkcji analogicznej do pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu Zamawiający rozumie pełnienie funkcji polegającej na zarządzaniu kontraktem/projektem, np. Inżynier Rezydent, Inżynier Projektu itp. Natomiast Zamawiający nie dopuszcza wykazania się doświadczeniem w ramach Specjalisty nr 1 w pełnieniu funkcji zastępcy Inżyniera Rezydenta lub Kierownika Projektu po stronie Inżyniera Kontraktu”.

W ocenie Odwołującego, przywołane we wstępnej części odwołania przepisy Pzp winny być interpretowane w ten sposób, że skoro przedmiotem zamówienia jest pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu w rozumieniu warunków kontraktowych FIDIC (tak określono w pkt III.1 SIWZ, str. 3), to wszelkie wymagania definiowane przez Zamawiającego jako minimalne wymagania w zakresie zdolności technicznych i zawodowych, uprawniających wykonawców do ubiegania się o przedmiotowe zamówienie publiczne oraz odnoszące się do wcześniejszych doświadczeń zawodowych osób personelu wykonawcy desygnowanych do wykonywania tego zamówienia, winny dotyczyć tylko i wyłącznie takich cech tego doświadczenia, które wskazują (lub mogą wskazywać) jakie było faktyczne zaangażowanie danej osoby i jaki był przynależny tejże osobie zakres kompetencji i odpowiedzialności. Skoro Zamawiający ustanowił pierwotnie, że spełni wymagania brzegowe ten kandydat, który wykaże się doświadczeniem w zarządzaniu kontraktem/projektem jednakże bez wskazania literalnie nazwy zajmowanego stanowiska, to – po pierwsze – wszelkie późniejsze, następujące w toku Postępowania tzw. „doprecyzowanie przez Zamawiającego warunku poprzez przytoczenie przykładowych nazw stanowisk” jest zmianą tego warunku brzegowego, czyli zmianą istotną treści SIWZ, a po drugie – „doprecyzowując” warunek przez przytoczenie przykładowych nazw stanowisk, Zamawiający nie może działać niejako w oderwaniu od przedmiotu zamówienia, w szczególności zaś od opisanego w Opisie Przedmiotu Zamówienia zakresu czynności i kompetencji przypisanych danej osobie na danym stanowisku, z uwzględnieniem realiów prowadzenia takich inwestycji/projektów.

Odwołujący wyjaśnił, że Warunki Kontraktowe FIDIC przewidują w Klauzuli 3.2 „Delegowanie przez Inżyniera”, że Inżynier może przenieść swoje obowiązki na asystentów

i delegować im swoje upoważnienia. Warunki Kontraktowe FIDIC nie definiują pojęcia „asystent”, a katalog stanowisk w Klauzuli 3.2 jest katalogiem otwartym. Biorąc powyższe pod uwagę i mając na względzie praktyczne doświadczenia Odwołującego w prowadzeniu jako Inżynier Kontraktu/Konsultant skomplikowanych kontraktów FIDIC polegające na tym, że osobami zarządzającymi kontraktami są osoby zajmujące literalnie stanowiska o nazwie własnej „Zastępca Inżyniera Rezydenta”, treść odpowiedzi na pytanie nr 9, zgodnie z którą Zamawiający nie dopuszcza wykazania się doświadczeniem na stanowisku zastępcy Inżyniera Rezydenta lub Kierownika Projektu, jest nieuzasadniona, oderwana od przedmiotu zamówienia i stanowi ograniczenie kręgu potencjalnych wykonawców.

W ocenie Odwołującego oczywistym było, że stanowisko „analogiczne” do funkcji IR to z pewnością „Zastępca Inżyniera Rezydenta”. W przeciwieństwie do innych sformułowań użytych w SIWZ, które Zamawiający zdefiniował dla pojęcia „analogiczne” takiego zabiegu nie uczyniono. Zatem w pierwotnej SIWZ jednoznaczna treść wymagania w zakresie warunku oznaczała, że trzeba wskazać osobę, która posiada doświadczenie analogiczne jak Inżynier Rezydent, co wypełnia Zastępca takiego Inżyniera. Analogiczność stanowiska Zastępcy Inżyniera Rezydenta do stanowiska Inżyniera Rezydenta należy rozpatrywać zawsze przez pryzmat treści i zakresu udzielonego temuż zastępcy pełnomocnictwa. Jeśli zakres tego pełnomocnictwa jest porównywalny z zakresem czynności przypisanych Inżynierowi Rezydentowi, to wtedy stanowisko Zastępcy Inżyniera Rezydenta jest tożsame/równoważne (a tym samym analogiczne) stanowisku Inżyniera Rezydenta. Tym samym słuszne i prawidłowe jest twierdzenie Odwołującego, że w przypadku Postępowania warunków brzegowy odnoszący się do niedopuszczenia (w sposób z góry przesądzony), że nie będzie uznane za prawidłowe wykazanie się przez Specjalistę nr 1 – IR doświadczeniem na stanowiskach literalnie nazwanych „Zastępca Inżyniera Rezydenta” lub „Zastępca Kierownika Projektu”, bez możliwości wykazania przez kandydata, że były to stanowiska analogiczne, tj. polegające na zarządzaniu kontraktami/projektami w pełnym tego słowa znaczeniu, jest warunkiem nadmiarowym, zbyt rygorystycznym, nieproporcjonalnym, nadmiernym i nie związanym z przedmiotem zamówienia.

W ocenie Odwołującego kreowanie warunków udziału w postępowaniu nie może odbywać się w oderwaniu od okoliczności rzeczywistych i faktycznych, w jakich funkcjonuje i działa Zamawiający. To bowiem na nim spoczywa obowiązek zapewnienia, by zachowany był odpowiedni poziom konkurencji w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. A taki, zdaniem Odwołującego, lepszy poziom konkurencji w tym Postępowaniu będzie mógł być osiągnięty, jeśli Zamawiający unieważni odpowiedź na pytanie nr 9 i udzieli nowej odpowiedzi na to pytanie poprzez literalne potwierdzenie, zgodnie z którą „Będzie uznane za spełniające wymagania posiadania zdolności technicznych i zawodowych

doświadczenie zawodowe kandydata na stanowisko Specjalisty nr 1 – IR polegające również na pełnieniu funkcji Zastępcy Inżyniera Rezydenta lub Zastępcy Kierownika Projektu po stronie Inżyniera Kontraktu”.

Zdaniem Odwołującego fundamentalna zasada, że warunki udziału w postępowaniu muszą być proporcjonalne, związane w przedmiotem zamówienia i nie ograniczające uczciwej konkurencji obliguje zamawiających do tego, aby ustalając te warunki brzegowe uwzględniali własne wymagania dotyczące sposobu realizacji przedmiotowego zamówienia, nie tylko rzeczowe (przedmiot zamówienia *sensu stricto*, ale również wszelkie inne tzw. około kontraktowe opisane w OPZ lub przyszłej umowie). Tymczasem wprowadzona odpowiedzią Zamawiającego, na pytanie jednego z wykonawców, zmiana brzmienia warunku dla wskazanego w ofercie kandydata na stanowisko Specjalisty nr 1 – IR (bez przeanalizowania przez Zamawiającego czy i w jaki sposób ta odpowiedź koreluje z innymi dokumentami Postępowania np. OPZ i Projektem umowy) i nieuzasadnione ograniczenie polegające na posiadaniu 5 lat doświadczenia w pełnieniu funkcji wyłącznie/literalnie jako Inżynier Rezydent lub Inżynier Projektu, znacznie ogranicza krąg potencjalnych wykonawców mogących brać udział w Postępowaniu.

Zgodnie z posiadaną przez Odwołującego wiedzą (jest to wiedza tzw. powszechnie dostępna) obecnie trwają realizacje inwestycji hydrotechnicznych o znacznej wartości, wg. wspomnianych procedur FIDIC, na których zaangażowani są specjaliści z doświadczeniem odpowiednim dla Postępowania. Tymczasem ustanowione przez Zamawiającego dodatkowe wymagania w ramach ww. zamówienia, w stosunku do Specjalisty nr 1 – IR (kluczowego specjalisty), określone w § 2 pkt 9 i 10 załącznika nr 5 do SiWZ (wzór umowy), z których wynika, że przyszły Inżynier Rezydent musi być zatrudniony na umowę o pracę i nie może pełnić funkcji inżynierskich (Kierownik budowy, inspektor nadzoru, inżynier rezydent itp.) na innym projekcie, powodują istotne ograniczenie w liczbie specjalistów spełniających wymagania Zamawiającego, a tym samym potencjalne ograniczenie w liczbie podmiotów mogących wziąć udział w Postępowaniu. Co do zasady bowiem, wykonawca musi spełniać warunek udziału w Postępowaniu i dysponować kandydatem, który nie jest zaangażowany w inne projekty w całym toku Postępowania, począwszy od dnia złożenia oferty. Kandydat ten musi być wskazany imiennie już w ofercie, ponieważ jego całościowe doświadczenie stanowi jedno z kryteriów oceny ofert w tym Postępowaniu. Tymczasem potencjalny wykonawca, pomimo posiadania odpowiedniego doświadczenia i dysponowania licznym personelem doświadczonym w pełnieniu funkcji Inżyniera Kontraktu lub analogicznej polegającej na zarządzaniu kontraktem wg procedur FIDIC (czyli np. Zastępcy Inżyniera Rezydenta), zapewniając tym samym odpowiedni profesjonalny poziom zarządzania przedsięwzięciem Zamawiającego, nie będzie miał możliwości złożenia

konkurencyjnej oferty. Podchodząc bowiem rzetelnie do świadczenia potencjalnej przyszłej usługi i odpowiedzialnie składając ofertę w Postępowaniu, nie może wskazać w ofercie odpowiednio doświadczonego specjalisty, którego nie będzie mógł odwołać z aktualnie trwającej wieloletniej realizacji inwestycji.

Następnie Odwołujący, ponownie nawiązując do treści pytania i odpowiedzi nr 8 udzielonej przez Zamawiającego 28 października br. stwierdził, że wspomniane pytanie dowodzi tego, że „problemem” dla wykonawców był niedookreślone sformułowanie li tylko fragmentu warunku „funkcja analogiczna do funkcji Inżyniera Kontraktu” w sytuacji, gdy w brzmieniu tego warunku, w odniesieniu do osoby, pojawiło się pojęcie „Inżynier Kontraktu”, które to pojęcie w tym Postępowaniu Zamawiający (co bezsporne, świadczy o tym np. nazwa własna Postępowania) zarezerwował dla oznaczenia wykonawcy (firmy) ubiegającej się o to zamówienie, a nie dla osoby/personelu tego wykonawcy. Natomiast nie budzący żadnych wątpliwości był warunek czytany całościowo, że doświadczenie kandydata winno polegać na pełnieniu funkcji polegającej na zarządzaniu projektem/kontraktem (przy czym bez znaczenia była nazwa tego stanowiska i pełniona na kontrakcie formalnie funkcja). O spełnieniu wymaganego, brzegowego warunku doświadczenia kandydata decydowały konkretne czynności (odpowiedzialność i kompetencje) na wcześniejszych projektach w wymaganym okresie czasu, a nie stanowisko/funkcja. Dowodem tego jest opracowany przez Zamawiającego i załączony do SIWZ Załącznik nr 7 o nazwie „Wykaz osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego” (potwierdzający spełnianie warunków udziału w Postępowaniu w odniesieniu do wszystkich osób personelu wykonawcy), który to załącznik w kolumnie 5 „Opis doświadczenia zawodowego” wymaga podania przez wykonawcę następujących informacji: nazwa i opis zadania, opis wykonywanych czynności (pełniona funkcja), okres wykonywania czynności (od – do), nazwa Zamawiającego.

Jak widać z tak przygotowanego przez Zamawiającego wzorca opisu doświadczenia kandydatów, znaczącym dla Zamawiającego były czynności wykonywane przez kandydata (czy były to czynności zarządcze nad kontraktem/projektem, czy też nie), a nie funkcja jako taka pełniona przez kandydata (stąd uwaga w opisie tabeli zawarta przez Zamawiającego w nawiasie).

Udzielając w dniu 28 października 2019 r. odpowiedzi na zapytanie nr 9 przez zero/jedynkowe zadeklarowanie przez Zamawiającego, że [...] nie dopuszcza wykazania się doświadczeniem w ramach Specjalisty nr 1 w pełnieniu funkcji zastępcy Inżyniera Rezydenta lub Kierownika Projektu po stronie Inżyniera Kontraktu”, Zamawiający nie wyjaśnił li tylko treści SIWZ , ale stworzył faktycznie nową sytuację w Postępowaniu, kształtując inny warunek brzegowy udziału w Postępowaniu niż zawarty w treści Ogłoszenia oraz pierwotnej SIWZ.

Nowy, zmieniony warunek polega na tym, że zero/jedynkowo, bez analizowania zakresu wykonywanych przez kandydata czynności, Zamawiający odrzucił możliwość posługiwania się doświadczeniem zarządczym nad kontraktem/projektem, jeśli funkcją pełnioną przez kandydata była funkcja literalnie na danym kontrakcie/projekcie nazwana: „Zastępca Inżyniera Rezydenta” oraz „Zastępca Kierownika Projektu”. W powyższym kontekście Odwołujący wskazał, że przepisy Pzp w takiej sytuacji nakazują Zamawiającemu dokonać odpowiedniej zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu (przez opublikowanie w TED – w przypadku postępowań prowadzonych wg przepisów dla postępowań powyżej progów unijnych), odpowiedniego „Sprostowania – Ogłoszenia zmian lub dodatkowych informacji”, zawierającego całą treść nowo wykreowanego warunku brzegowego. Zamawiający zaniechał w tej sprawie ww. obowiązku poprzestając, w sposób nieuprawniony na uznaniu, że wystarczającym będzie wprowadzenie przedmiotowej zmiany poprzez li tylko udzielenie wyjaśnień treści SIWZ w piśmie z dnia 28.10.2019 r. o nazwie „Wyjaśnienia treści SIWZ, zmiana treści SIWZ i przedłużenie terminu składania ofert”. Tymczasem zmiana warunku brzegowego opisanego w SIWZ jest co do zasady zmianą istotną i prowadzi ona do obowiązku zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, jako do pierwszego źródła informacji dla wszystkich zainteresowanych danym postępowaniem wykonawców, decydującym o tym, bez czytania całej SIWZ i wszystkich zmian tejże SIWZ, czy dany wykonawca będzie ubiegał się o to zamówienie publiczne, czy też nie.

Osobną kwestią jest fakt, że przez zaniechanie opublikowania odpowiedniej zmiany w treści Ogłoszenia w odniesieniu do warunku brzegowego dla osoby na stanowisko Specjalisty nr 1 – IR, Zamawiający doprowadził do sytuacji wystąpienia istotnych rozbieżności pomiędzy treścią Ogłoszenia i treścią SIWZ, co w przypadku niesunięcia tychże rozbieżności z odpowiednim wyprzedzeniem przed terminem składania ofert, wywoła skutek w postaci nieusuwalnej wady Postępowania.

Odwołujący zaznaczył, że Zamawiający w piśmie z 28 października 2019 r., w odpowiedzi na pytanie nr 29, zmienił brzmienie warunku brzegowego w zakresie wymaganego doświadczenia wykonawcy i zmiana ta została wprowadzona prawidłowo przez opublikowanie w dniu 31.10.2019 r. w TED „Sprostowania – Ogłoszenia zmian lub dodatkowych informacji” zawierającego odpowiednio zmianę brzmienia warunku, jak i zmianę terminu składania ofert (na 14 listopada 2019 r.). Dziwi zatem fakt, że Zamawiający zaniedbał ciążącego na nim analogicznego obowiązku w przypadku zmiany warunku brzegowego w odniesieniu do osoby Specjalisty nr 1 – IR.

Mając na względzie okoliczności opisane wyżej polegające na niesprostaniu przez Zamawiającego obowiązkowemu zamieszczeniu w TED, w okresie od wykreowania nowego, zmienionego warunku udziału w Postępowaniu, tj. od dnia 28.10.2019 r. do dnia wniesienia

odwołania) odpowiedniej zmiany treści „Ogłoszenia o zamówieniu” zawierającej zmianę warunku brzegowego w odniesieniu do osoby Specjalisty nr 1 – IR oraz, odpowiednio, nowy termin składania ofert, późniejszy niż dzień 14 listopada 2019 r. (wyznaczony wg zmiany treści SIWZ z dnia 28.10.2019 r. i zmiany Ogłoszenia z dnia 31.10.2019 r.) Odwołujący podniósł, że Zamawiający również naruszył przepis Pzp mówiący o tym, że zmiana istotna ogłoszenia o zamówieniu, a taką zmianą jest w szczególności zmiana warunku brzegowego, termin składania ofert musi być odpowiednio przedłużony i okres tego przedłużenia, w przypadku postępowań prowadzonych w oparciu o przepisy dla postępowań powyżej progów unijnych (tak jak w przedmiotowej sprawie) nie może być krótszy niż 15 dnia od daty przekazania zmiany ogłoszenia, Bez znaczenia jest dokonana przez Zamawiającego w dniu 31.10.2019 r. zmiana terminu składania ofert z uwagi na zmianę warunku brzegowego w odniesieniu do doświadczenia wykonawcy.

W zaistniałych okolicznościach istnieje trwała wada Postępowania polegająca nie tylko na braku wyartykułowania i uzewnętrznienia woli Zamawiającego odnośnie zmiany tego warunku brzegowego, ale również termin składania ofert: 14 listopada 2019 r. jest przyjęty/ustalony nieprawidłowo. Bez bowiem „zaistnienia” odpowiedniej zmiany Ogłoszenia nie można nadal wyznaczyć prawidłowo wyliczonego nowego terminu składania ofert.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o odrzucenie odwołania jako wniesionego po terminie, względnie – o jego oddalenie.

Uzasadniając pierwszy z ww. wniosków Zamawiający podniósł, że nie dokonał żadnych zmian w SIWZ, bądź ogłoszeniu o zamówieniu, gdyż pismem z dnia 28 października 2019 r., w ramach odpowiedzi na pytanie nr 9, jedynie wyjaśnił znaczenie sformułowania „analogiczna funkcja”, nie ustanawiając nowych warunków. W konsekwencji odwołanie zmierza wprost do obejścia przepisu art. 182 ust. 2 Pzp, ponieważ treść warunków których nieprawidłowość zarzuca Odwołujący pozostała w niezmienionym brzmieniu od dnia ich pierwotnego ogłoszenia tj. 8 października 2019 r.

Następnie Zamawiający przytoczył następujące okoliczności stanu faktycznego.

W dniu 8 października 2019 roku Zamawiający opublikował ogłoszenie o zamówieniu i SIWZ z załącznikami ustanawiając termin składania oferty na dzień 22 października 2019 r.

Dnia 10 października 2019 roku Zamawiający dokonał zmiany SIWZ oraz zmiany ogłoszenia, wyznaczając nowy termin składania ofert na dzień 7 listopada 2019 r.

W związku z napływem wniosków wykonawców o wyjaśnienie SIWZ, Zamawiający, działając w trybie art. 38 ust. 2 i 4 Pzp, pismem z dnia 28 października 2019 r., udzielił odpowiedzi na pytania i wyjaśnił treść poszczególnych elementów zamówienia. Mając na względzie rozwinięcie elementów specyfikacji, konieczna była modyfikacja SIWZ

oraz ogłoszenia co Zamawiający zgodnie z obowiązującymi przepisami uczynił. Zamawiający powyższym pismem udzielił wyczerpujących odpowiedzi na pytania wykonawców oraz dokonał niezbędnych w tym zakresie zmian specyfikacji, tj. zmiany treści w rozdziale V pkt 1 ppkt 1.3 lit. A, rozdziale V pkt 1 ppkt 1.3 lit. B oraz w rozdziale VI pkt 6.1 ppkt 2). Jednocześnie Zamawiający wyznaczył także nowy termin składania ofert przypadający na dzień 14 listopada 2019 r.

W dniu 8 listopada 2019 r. Odwołujący złożył odwołanie negując stanowisko Zamawiającego zawarte w piśmie z dnia 28 października 2019 r. w zakresie odpowiedzi na pytanie nr 9 w przedmiocie doświadczenia zawodowego Specjalisty nr 1, tj. funkcji Inżyniera Kontraktu.

Następnie w dniu 7 listopada 2019 r. Zamawiający opublikował kolejne odpowiedzi na pytania dotyczące wyjaśnienia treści SIWZ oraz, celem zapewnienia wszystkim zainteresowanym wykonawcom możliwość zapoznania się z wyjaśnieniami, zmianami SIWZ i przygotowania ofert, ponownie wydłużył termin składania ofert o 7 dni, tj. do dnia 21 listopada 2019 r.

W odpowiedzi na przedmiotowe zapytanie Zamawiający wskazał, że pod pojęciem „funkcji analogicznej” do pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu rozumie pełnienie funkcji polegającej na zarządzaniu kontraktem/projektem, np. Inżynier Rezydent, Inżynier Projektu. Wykluczono natomiast osoby sprawujące funkcję zastępcy wskazanych powyżej stanowisk.

Ustosunkowując się do zarzutów odwołania Zamawiający stwierdził, że odpowiedź udzielona na pytanie nr 9 nie zmienia w żaden sposób brzmienia warunku udziału w Postępowaniu, a wprowadza jedynie przykładowe wyliczenie nazw stanowisk, na których osoba wyznaczona do pełnienia funkcji Specjalisty nr 1 mogła nabyć wymagane doświadczenie. Jednocześnie w ramach ww. odpowiedzi Zamawiający wyjaśnił, że nie dopuszcza wykazania się doświadczeniem w ramach Specjalisty nr 1 w pełnieniu funkcji zastępcy Inżyniera Rezydenta lub Kierownika Projektu po stronie Inżyniera Kontraktu.

Wyjaśnienie w powyższym zakresie jest odpowiedzią przeczącą na pytanie wykonawcy o możliwość dopuszczenia wykazania się doświadczeniem nabytym w ramach pełnienia funkcji zastępcy. W tym zakresie treść SIWIZ nie uległa zmianie, ponieważ od samego początku Zamawiający nie przewidywał możliwości proponowanej przez wykonawcę. Dopiero dopuszczenie nowego katalogu funkcji spełniających wymogi warunku udziału w Postępowaniu, tj. także funkcji zastępczych dla funkcji Inżyniera Kontraktu lub analogicznej, stanowiłoby zmianę treści SIWZ.

Zamawiający uwzględniając jednocześnie, że pytanie nr 9 wskazywało na pełnienie funkcji zastępczej po stronie Inżyniera Kontraktu, w celu wyeliminowania wszelkich

wątpliwości zaznaczył dodatkowo, że nie potwierdza spełniania warunku doświadczenie nabyte w pełnieniu funkcji po stronie Zamawiającego lub po stronie wykonawcy. Ta informacja także nie może być poczytywana za zmianę treści SIWZ, ponieważ stanowi tylko ustosunkowanie się do treści pytania wykonawcy. W żaden sposób jednak nie prowadzi do modyfikacji pierwotnej treści SIWZ, która od początku odnosi się do funkcji inżyniera Kontraktu lub analogicznej, co jest jednoznaczne z pełnieniem funkcji po stronie Inżyniera Kontraktu, a nie innego uczestnika procesu inwestycyjnego.

Zamawiający zwrócił uwagę na językową wykładnię słowa „analogiczny”. Zgodnie ze słownikiem języka polskiego, definiowane jest to jako „bardzo podobny do czegoś, mający zbieżne z czymś cechy; zbieżny, tożsamy, podobny, odpowiedni”. Zatem udzielenie odpowiedzi w której Zamawiający precyzuje, że o stanowisko Inżyniera Kontraktu mogą ubiegać się osoby które posiadają doświadczenie na pełnieniu funkcji analogicznych rozumieć należy jako wyjaśnienie treści SIWZ. Uznając zastępcę za stanowisko analogiczne do stanowiska osoby zastępowanej, uznajemy, że takie stanowiska, jak przykładowo: wicepremier jest równoznaczny z premierem, z-ca dyrektora z dyrektorem, wiceprezes Krajowej Izby Odwoławczej – z Prezesem Izby itd. itp. Tezy takiej nie sposób uzasadnić nawet najbardziej ekwilibrystyczną wykładnią.

Powyższe jednoznacznie wskazuje, że od początku Zamawiający określił warunek, w którym zastrzegł konieczność posiadania doświadczenia w pełnieniu tożsamy, zbieżnych funkcji. Niewątpliwie stanowisko zastępcy nie może być uznawane za posiadające cechy odpowiednie dla funkcji Inżyniera Kontraktu, ze względu chociażby na brak samodzielności, decyzyjności, a także ograniczony zakres obowiązków oraz odpowiedzialności.

Zamawiający zawierając sformułowanie „funkcja analogiczna” odnosił się do współmierności zajmowanych przez kandydata stanowisk, które powinny być co najmniej równorzędne do przedmiotu zamówienia. Nie sposób zgodzić się, że zastępca jest w tym przypadku stanowiskiem równoważnym w odniesieniu do Inżyniera Kontraktu.

Odwołujący niesłusznie zarzucił, że odpowiedź na pytanie 9 stanowi podstawę do zmiany SIWZ w przypadku gdy nastąpiło jedynie doprecyzowanie wymaganych warunków. Zamawiający w okolicznościach sprawy wyjaśnił i uszczegółowił jakie funkcję uważa za analogiczne do wymaganego stanowiska, nie kształtując przy tym żadnych nowych warunków. Wyjaśnienia (wykładania) postanowień zawartych w SIWZ, są jedną z odmian rozumowania, którego zadaniem jest wskazanie uzasadnienia dla danej treści. Wykładania treści SIWZ polega zatem na udzieleniu odpowiedzi na pytanie w którym Zamawiający wyjaśni dlaczego tak a nie inaczej postanowił w treści SIWZ. W zaistniałych okolicznościach Zamawiający nie

niał obowiązku, ani nawet możliwości dokonywania zmiany ogłoszenia o zamówieniu, jak postuluje Odwołujący.

Chybiony jest również zarzut Odwołującego co do ukształtowania warunku w sposób nadmierny i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia publicznego. W okolicznościach sprawy należy mieć bowiem na uwadze, że stanowisko Zastępcy Inżyniera Kontraktu/Zastępcy Inżyniera Rezydenta nie jest tożsame z funkcją Inżyniera Kontraktu/Inżyniera Rezydenta, gdyż w przypadku zajmowania stanowiska zastępcy nie sposób wywieść doświadczenia na stanowiskach kierowniczych w bezpośrednim zarządzaniu lub nadzorowaniu realizacją inwestycji.

Inżynier Kontraktu jest specjalistą odgrywającym zasadniczą rolę w realizacji kontraktu, zatem doświadczenie osoby która ma objąć tę funkcję musi być adekwatne do spoczywającej na nim odpowiedzialności. Osoba zajmująca dotychczas stanowisko Zastępcy Inżyniera Kontraktu lub Zastępcy Inżyniera Rezydenta nie posiada doświadczenia na funkcjach kierowniczych w bezpośrednim zarządzaniu i nadzorze.

Pomimo, że Inżynier Kontraktu ma możliwość delegowania przypisanego mu zakresu czynności na inne osoby to, po pierwsze delegacja taka zwykle nie dotyczy całego katalogu praw i obowiązków, a po drugie, sam fakt upoważnienia innej osoby do pełnienia funkcji zastępczej nie zwalnia mocodawcy z odpowiedzialności za przypisany mu zakres. Tym samym w ocenie Zamawiającego pełnić funkcję Specjalisty nr 1 w ramach przedmiotowego zamówienia winna osoba, która legitymuje się doświadczeniem w bezpośrednim pełnieniu funkcji lidera, zarządzającego nadzorującego. Oczekiwaniem Zamawiającego jest bowiem podjęcie funkcji i jej właściwa realizacja przez osobę, która wcześniej zarządzała kontraktem/projektem w pełnym zakresie praw i obowiązków, co ma gwarantować sprawny proces nadzoru nad niezwykle skomplikowanym przedsięwzięciem jakim jest budowa drogi wodnej łączącej Zalew Wiślany z Zatoką Gdańską. Stanowisko Inżyniera Kontraktu wiąże się ze znacznie większą ilością obowiązków oraz zobowiązań wynikających z zawartych z nim umów, podczas gdy zastępca jedynie koordynuje zlecone mu zadania oraz z ponosi mniejszą odpowiedzialność za wykonywany przez niego zakres prac.

Do postępowania odwoławczego, po stronie Odwołującego, przystąpienie zgłosił wykonawca MGGP S.A. z siedzibą w Tarnowie, wnosząc o uwzględnienie odwołania. Izba, wobec spełniania przez zgłoszone przystąpienie wymogów z art. 185 ust. 2 Pzp, postanowiła o dopuszczeniu tego wykonawcy (dalej również „Przystępujący”) do udziału w postępowaniu odwoławczym.

Nie został natomiast dopuszczony w charakterze uczestnika postępowania odwoławczego wykonawca SMCE Europe sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku,

zgłaszający przystąpienie po stronie Zamawiającego. W treści zgłoszonego przystąpienia próżno doszukać się wskazania, na czym miałby polegać interes tego wykonawcy w uzyskaniu rozstrzygnięcia odwołania na korzyść Zamawiającego, a zatem przystąpienie takie nie spełnia wymogu wynikającego wprost z art. 185 ust. 2 Pzp.

W zakresie wniosku o odrzucenie odwołania skład orzekający uznał, że **nie był on uzasadniony**. Zdaniem Izby udzieloną w dniu 28 października 2019 r. odpowiedzią na pytanie nr 9, odnoszącą się do treści warunku w zakresie zdolności technicznej (specjalisty nr 1), Zamawiający doprecyzował brzmienie tego postanowienia SIWZ wprowadzając częściową, negatywną definicję pojęcia funkcji analogicznej. Skład orzekający zwraca przy tym uwagę, że zmiana postanowień SIWZ nie musi polegać wyłącznie na zastąpieniu jednej treści inną treścią, ale również na usunięciu określonej treści, czy – jak w tej sprawie – dodaniu nowej treści do postanowień SIWZ. Zaznaczenia wymaga również, że Zamawiając definiował w SIWZ szereg pojęć, czy to przez odesłanie do definicji zawartych w innych aktach normatywnych (np. pojęcie drogi, czy obiektu mostowego), czy to przez samodzielne zdefiniowanie używanych w SIWZ pojęć (zob. definicję warunków kontraktowych równoważnych), wobec czego dookreślenie pojęcia funkcji analogicznej w opisany powyżej sposób także powinno znaleźć odzwierciedlenie w treści SIWZ.

Na rozprawie Strony i Przystępujący podtrzymali omówione powyżej stanowiska w sprawie.

Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z treści:

1. Zestawienia treści warunków udziału w postępowaniu zakresie zdolności technicznej wykonawcy (wymagania dla inżyniera rezydenta) w dwóch innych postępowaniach prowadzonych przez Zamawiającego, ze wskazaniem na doświadczenie nabyte na stanowiskach inżyniera rezydenta przez osoby, którymi Odwołujący z powodzeniem wykazywał spełnianie stawianych mu warunków w tych postępowaniach – dowód O1;
2. Wyciągów z SIWZ dla postępowań ujętych we wspomnianym zestawieniu – dowody O2 i O3;
3. Pełnomocnictw udzielanych zastępcy inżyniera rezydenta przez inżyniera rezydenta i kierownika Zamawiającego – dowody O4 i O5.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy omówiony w dalszej części uzasadnienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron postępowania odwoławczego i Przystępującego zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie i zgłoszonym przystąpieniu, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, **ustaliła i zważyła, co następuje.**

Skład orzekający stwierdził, że Odwołujący jest legitymowany, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 Pzp, do wniesienia odwołania.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z treści SIWZ oraz odpowiedzi nr 9 na wniosek o wyjaśnienie SIWZ udzielonej 28 października 2019 r. oraz z treści dokumentów przedstawionych przez Odwołującego na rozprawie. Na ich podstawie skład orzekający stwierdził, że nie ma potrzeby ponownego przytaczania okoliczności faktycznych istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy, jako że przedstawione zostały one w pisemnych stanowiskach Stron i uczestnika postępowania odwoławczego.

Analizując zebrany w sprawie materiał dowodowy Izba doszła do przekonania, że odwołanie należy uwzględnić.

Podkreślenia na wstępie wymaga, że przesądzenie charakteru czynności podjętej przez Zamawiającego 28 października 2019 r. na etapie rozpatrywania wniosku o odrzucenie odwołania, tj. uznanie jej za zmianę SIWZ, zdeterminowało stwierdzenie naruszenia przez Zamawiającego obowiązków wynikających z przepisów art. 11c, art. 12a ust. 2 w zw. z art. 38 ust. 4a pkt 2 Pzp. Niemniej jednak, ponieważ Izba, uwzględniając odwołanie, nie nakazała Zamawiającemu zmiany treści warunku w sposób postulowany przez Odwołującego (o czym poniżej), a jedynie unieważniła dokonaną przez Zamawiającego zmianę, skład orzekający poprzestał na stwierdzeniu okoliczności naruszenia przywołanych powyżej przepisów.

Clou sprawy stanowiło jednak rozstrzygnięcie, czy wprowadzona przez Zamawiającego zmiana brzmienia warunku udziału w Postępowaniu dotyczącego specjalisty nr 1 nie spowodowała, że warunek ten utracił walor proporcjonalności do przedmiotu zamówienia. Mianem tym określa się sytuację, w której sformułowany warunek nie stanowi nieuzasadnionej bariery w dostępie do zamówienia wykonawcom potencjalnie zdolnym do jego należytej realizacji. Innymi słowy, warunek proporcjonalny to taki, w którym wyważono – z jednej strony – potrzebę zapewnienia zamawiającemu wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia, z drugiej zaś – konieczność zapewnienia względnie szerokiego dostępu do zamówienia wykonawcom zainteresowanym jego realizacją.

Oceniając przedmiotową kwestię skład orzekający zgodził się z Odwołującym, który argumentował, że o doświadczeniu osoby nie może decydować wyłącznie nazwa zajmowanego przez nią stanowiska, do czego w istocie sprowadzało się wprowadzone przez Zamawiającego w dniu 28 października 2019 r. obostrzenie, a zakres faktycznie powierzonych jej do wykonania obowiązków. Odwołujący trafnie wskazywał bowiem, że zastępca inżyniera rezydenta, które to stanowisko zostało przez Zamawiającego wprost wyłączone z pojęcia funkcji analogicznej polegającej na zarządzaniu kontraktem/projektem może posiadać pełnię uprawnień właściwych inżynierowi rezydentowi, co wykazane zostało

dowodami O4 i O5. W konsekwencji dopiero rzeczywiste zbadanie charakteru i zakresu wykonywanych przez daną osobę czynności pozwala odpowiedzieć na pytanie czy wykonawca nią dysponujący daje rękojmię należytego wykonania zamówienia. Z uwagi na powyższe skład orzekający uznał przedstawioną w odpowiedzi na odwołanie argumentację za chybioną, ponieważ skupiała się ona w istocie na aspekcie nie mającym znaczenia dla prawidłowej realizacji zamówienia, tj. nazewnictwie stanowisk, na których dana osoba nabywała doświadczenie zawodowe. Stąd niezrozumiała jest niekonsekwencja Zamawiającego, który w innych prowadzonych postępowaniach nie stawiał podobnych ograniczeń w nabywaniu doświadczenia przez osoby, przy pomocy których wykonawcy wykazywali spełnianie warunku udziału w postępowaniu (zob. dowody O1-O3).

Reasumując, z uwagi na przedstawioną powyżej argumentację Izba stwierdziła naruszenie przez Zamawiającego przepisów art. 22 ust. 1a oraz 22d ust. 1 Pzp, jako że – jak wspomniano – Zamawiający nie wykazał, jakoby wprowadzone 28 października 2019 r. ograniczenie rozumienia pojęcia funkcji analogicznej było proporcjonalne do przedmiotu zamówienia i było podyktowane koniecznością zapewnienia jego realizacji na odpowiednim poziomie i unieważniła dokonaną zmianę SIWZ.

Izba nie uwzględniła natomiast dalej idącego żądania Odwołującego, a to przesądzenia w treści warunku, że za funkcję analogiczną będzie każdorazowo uznawana funkcja zastępcy inżyniera rezydenta lub zastępcy kierownika projektu po stronie inżyniera kontraktu. Skoro bowiem postępowanie dowodowe potwierdziło, że konieczne jest badanie rzeczywistego doświadczenia danej osoby, to może dojść, zdaniem składu orzekającego, do sytuacji, w której osoba taka, mimo pełnienia ww. funkcji, nie nabyła doświadczenia w zarządzaniu kontraktem/projektem, chociażby z uwagi na wąski zakres udzielonego jej umocowania.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w pkt 1 sentencji wyroku.

Co zaś dotyczy ostatniego z zarzutów odwołania postawionego z ostrożności procesowej, a dotyczącego zaniechania przedłużenia terminu składania ofert wobec dokonania istotnej zmiany SIWZ Izba uznała, że nie spełnił się warunek, od którego uzależnione było jego rozpoznanie. Na rozprawie pełnomocnik Odwołującego oświadczył, że zarzut został postawiony na wypadek uznania przez Izbę pozostałych zarzutów odwołania za przedwczesne, a ponieważ nic takiego nie miało miejsca, to tym samym nie zaktualizował się obowiązek merytorycznego ustosunkowania się do treści przedmiotowego zarzutu.

O kosztach postępowania (pkt 2 sentencji wyroku) rozstrzygnięto stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 1 i pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r.

w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. z 2018 r., poz. 972 j.t.).

Przewodniczący: