

WYROK
z dnia 25 marca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Marta Słoma

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 marca 2019 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 marca 2019 r. przez wykonawcę

Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zawierciu

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego

Zarząd Dróg Wojewódzkich w Katowicach z siedzibą w Katowicach

przy udziale wykonawców:

A. MIRBUD Spółki Akcyjnej z siedzibą w Skierniewicach zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

B. BUDIMEX Spółki Akcyjnej z siedzibą w Warszawie zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zarządowi Dróg Wojewódzkich w Katowicach unieważnienie czynności zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie punktu 21. podpunkt 5. tiret 6. i punktu I.3 formularza oferty, dokonanej 1 marca 2019 r. oraz przywrócenie treści punktu 21. podpunkt 5. tiret 6. specyfikacji istotnych warunków zamówienia i punktu I.3 formularza oferty stanowiącej załącznik do specyfikacji istotnych warunków zamówienia obowiązującej przed tą zmianą,**

2. kosztami postępowania obciąża Zarząd Dróg Wojewódzkich w Katowicach i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Zarządu Dróg Wojewódzkich w Katowicach na rzecz Przedsiębiorstwa Usług Technicznych INTERCOR Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością kwotę 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Katowicach.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Zarząd Dróg Wojewódzkich w Katowicach prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „budowę regionalnej drogi Racibórz – Pszczyzna na odcinku od włączenia do DK 45 w gminie Rudnik do granicy miasta na prawach powiatu Rybnik – Etap 4 i Etap 5 wschodnia obwodnica Raciborza” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 26 grudnia 2018 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem nr 2018/S 248-572240. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I Zarzuty i żądania odwołania

Odwołujący – Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o. wniósł odwołanie od czynności zmiany treści punktu 21. ppkt 5. tiret 6. specyfikacji istotnych warunków zamówienia polegającej na zastąpieniu zdania „i załączyć oświadczenie/dokumenty potwierdzające, że wskazana osoba spełnia to kryterium” na zdanie „oraz załączyć dokument podpisany przez inwestora/inwestorów, poświadczający, że wskazana osoba pełniła funkcję kierownika budowy na tych zadaniach”, dokonanej 1 marca 2019 r., zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający uczciwą konkurencję oraz wbrew zasadzie proporcjonalności, przejawiające się w tym, że Zamawiający wymaga od wykonawców przedłożenia dokumentów zbędnych do oceny ofert wykonawców w ustalonych kryteriach oceny ofert,
2. art. 38 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zmianę treści punktu 21. ppkt 5. tiret 6. specyfikacji istotnych warunków zamówienia w sytuacji, w której dokonana zmiana jest nieuzasadniona i narusza zasadę proporcjonalności,
3. art. 25 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z przepisami rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (zwanego dalej „rozporządzeniem w sprawie dokumentów...”) poprzez wymaganie od wykonawców w punkcie 21. ppkt. 5 tiret 6. specyfikacji istotnych warunków zamówienia dokumentów zbędnych dla celów przeprowadzenia postępowania i niewymienionych w przepisach ww. rozporządzenia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości poprzez nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności zmiany treści punktu 21. ppkt 5. tiret 6. specyfikacji istotnych warunków zamówienia i przywrócenia obowiązującej przed zmianą treści punktu 21. ppkt 5. tiret 6. specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a także zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów. Naruszenie przez Zamawiającego wskazanych powyżej przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych ma istotny wpływ na wynik postępowania, bowiem gdyby Zamawiający ich nie naruszył, Odwołujący byłby w stanie złożyć ofertę w postępowaniu i uzyskać maksymalną liczbę punktów w kryterium „dodatkowe doświadczenie kierownika budowy (KB)”, a zatem posiadałby większe szanse na uzyskanie zamówienia. Odwołujący oferuje wykonanie zamówienia, którego wynikiem będzie zawarcie z Zamawiającym umowy, a w przypadku uwzględnienia niniejszego odwołania szanse Odwołującego na uzyskanie zamówienia znacząco wzrosną. Z kolei naruszenie przez Zamawiającego przepisów może wyrządzić Odwołującemu szkodę w postaci utraconych korzyści – przychodów z niezyskanego zamówienia. Jego interes wyraża się również w tym, aby postępowanie o udzielenie zamówienia przeprowadzone zostało zgodnie z przepisami prawa.

Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wskazał kryteria oceny ofert, w tym kryterium „dodatkowe doświadczenie kierownika budowy (KB)”. W celu dokonania oceny doświadczenia kierownika budowy wymagał przedłożenia przez wykonawcę przede wszystkim w ramach formularza oferty imienia i nazwiska proponowanej na to stanowisko osoby, opisu jej doświadczenia potwierdzającego wymagania specyfikacji istotnych warunków zamówienia i umożliwiającego przyznanie punktacji dla wykonawcy, a także przedłożenia „oświadczenia/dokumentów potwierdzających, że wskazana osoba spełnia to kryterium. Oświadczenie podpisane przez osobę, która ma spełnić przedmiotowe kryterium”. Celem powyższego wymagania było zapewne uzyskanie przez Zamawiającego dodatkowego oświadczenia osoby, która jest proponowana na dane stanowisko, że dane zawarte w ofercie wykonawcy są prawdziwe i rzetelne.

15 stycznia 2019 r. Zamawiający dokonał modyfikacji tego postanowienia poprzez wykreślenie zdania „oświadczenie podpisane przez osobę, która ma spełnić przedmiotowe kryterium”, a 1 marca 2019 r. modyfikacji polegającej na zastąpieniu zdania „załączyć oświadczenie/dokumenty potwierdzające, że wskazana osoba spełnia to kryterium” na zdanie „oraz załączyć dokument podpisany przez inwestora/inwestorów poświadczający, że

wskazana osoba pełniła funkcję kierownika budowy na tych zadaniach”. Po zmianie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający wymaga więc – aby wykonawcy mogli uzyskać dodatkowe punkty – uzyskania przez wykonawcę dodatkowego oświadczenia od inwestorów/zamawiających, którzy zlecali dane roboty budowlane, że wskazana przez wykonawcę osoba faktycznie pełniła funkcję kierownika budowy na wskazanym zadaniu.

Zdaniem Odwołującego dokonana przez Zamawiającego zmiana treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia jest nieuzasadniona, narusza zasadę prowadzenia postępowania w sposób zapewniający uczciwą konkurencję oraz zgodnie z zasadą proporcjonalności, a także wykracza poza katalog dokumentów, których zamawiający może wymagać od wykonawców, określony w ww. rozporządzeniu w sprawie dokumentów...

Zgodnie z art. 38 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający może dokonać zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia tylko w uzasadnionych przypadkach. Zgodnie zaś z art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, w tym w szczególności dokumentów określonych w rozporządzeniu w sprawie dokumentów... wydanym na podstawie art. 25 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nadto, zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, prowadząc postępowanie winien zachować zasadę proporcjonalności, która oznacza, że opisane warunki udziału w postępowaniu oraz pozostałe wymagania, w tym żądane od wykonawców dokumenty, muszą być uzasadnione charakterystyką postępowania, zakresem, stopniem złożoności lub warunkami realizacji zamówienia. Wymagania zamawiającego nie powinny także ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom dającym rękojmię należytego jego wykonania. Obowiązkiem zamawiającego przy kształtowaniu wymagań stawianych wykonawcom jest nie tylko odniesienie się do przedmiotu zamówienia, ale też ocena sytuacji rynkowej. W znaczeniu prawnym zasada proporcjonalności to, w uproszczeniu, założenie, przy którym zamawiający w postępowaniu powinien podejmować tylko takie działania, które są konieczne i niezbędne do osiągnięcia założonych celów (tu: oceny doświadczenia personelu w świetle stawianych kryteriów), środki zastosowane do realizacji tego celu muszą być proporcjonalne do jego istoty oraz odpowiednie, tj. takie, przy pomocy których ten cel da się osiągnąć, właściwe dla danego celu; niezbędne, tj. takie, których nie sposób osiągnąć lepiej za pomocą innego środka, najwłaściwsze do osiągnięcia zamierzonego celu oraz takie, które w najmniejszym stopniu ograniczają interesy i prawa wykonawców.

Na znaczenie zasady proporcjonalności w zamówieniach publicznych wskazywał w swoim orzecznictwie Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej. W wyroku z 16 września 1999 r. w sprawie Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Królestwu Hiszpanii Trybunał wskazał, że ocena, czy podjęte środki są zgodne z TWE, wymaga tzw. testu proporcjonalności, czyli

wykazania, że podjęte działania są adekwatne i konieczne do osiągnięcia wybranego celu. Z kolei, w wyroku z 23 grudnia 2009 r. w sprawie C-376/08 Trybunał wskazał, że przy określaniu, którzy wykonawcy nie mogą wziąć udziału w postępowaniu, niezbędne jest zachowanie zasady proporcjonalności, a ewentualne ograniczenia konkurencji mogą być stosowane jedynie w zakresie niezbędnym dla osiągnięcia celów danego zamówienia; podobnie wyrok z 16 grudnia 2008 r. w sprawie C-213/17 Mechaniki oraz wyrok z 19 maja 2009 r. w sprawie C-538/07 Assitur.

W ramach dokonywania oceny czynności zamawiającego pod kątem zachowania zasady proporcjonalności należy zatem brać pod uwagę takie okoliczności jak przydatność (warunek przydatności) i niezbędność (warunek niezbędności) zastosowanych ograniczeń do osiągnięcia celów postawionych przez zamawiającego. Zastosowane środki w ogóle muszą pozwalać na osiągnięcie tych celów, przy czym należy wziąć pod uwagę wymóg, aby cele określone przez zamawiającego były istotniejsze niż skutki zastosowania środków ograniczających konkurencję.

Ocena oferty i analiza zasadności przyznania punktacji dla wykonawcy w kryterium „dodatkowe doświadczenie kierownika budowy (KB)” niewątpliwie miała i będzie odbywać się na podstawie opisu doświadczenia proponowanej przez wykonawcę osoby, zamieszczonego w ofercie, nie zaś na podstawie poświadczenia inwestora potwierdzającego, że wskazana na stanowisko kierownika budowy osoba faktycznie sprawowała swoją funkcję na danej inwestycji. Wszystkie bowiem informacje dotyczące doświadczenia osoby proponowanej przez wykonawcę na stanowisko kierownika budowy wykonawca ma wskazać w formularzu ofertowym. Zamawiający zaś w celu oceny oferty opiera się jedynie na tych informacjach i w oparciu o nie podejmuje decyzję o przyznaniu bądź nieprzyznaniu wykonawcy punktów w tym kryterium. Zatem zupełnie wystarczające dla potwierdzenia Zamawiającemu, że proponowana osoba faktycznie posiada wskazane doświadczenie, winno być oświadczenie własne tej osoby, którego pierwotnie wymagał Zamawiający lub inny dokument np. akceptacja kierownika budowy przez Inżyniera Kontraktu, protokół odbioru robót wskazujący na osobę będącą kierownikiem budowy – według wyboru wykonawcy. Natomiast wymaganie przez Zamawiającego od wykonawców uzyskania na potrzeby tego konkretnego postępowania dodatkowego dokumentu w postaci oświadczenia inwestora/zamawiającego, potwierdzającego doświadczenie wskazanej osoby, jest nadmiernym wymaganiem i jest nieproporcjonalne w stosunku do celu, jakemu ma służyć oraz ogranicza konkurencję, w szczególności, że istnieją także inne dokumenty będące w posiadaniu wykonawców, które tę okoliczność mogą potwierdzać.

Wykonawcy często nie mają kontaktu z inwestorami/zamawiającymi, którzy zlecali roboty budowlane, na których pracowały osoby wskazane w ofercie – niejednokrotnie osoby te wcześniej pracowały w innych firmach. Także dane osoby, które pracowały dla wykonawców

robót budowlanych, same nie mają możliwości uzyskania takich potwierdzeń od inwestorów/zamawiających. Wreszcie, w praktyce rynkowej, uzyskiwanie takich zaświadczeń od inwestorów/zamawiających nie jest spotykane – inwestorzy/zamawiający wystawiają poświadczenia należytego wykonania umowy dla wykonawców, ale nie dla kierowników budowy i pozostałego personelu wykonawcy.

Stąd zmieniona przez Zamawiającego treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie wymaganego od wykonawców dokumentu wskazanego w punkcie 21. ppkt 5. tiret 6. specyfikacji istotnych warunków zamówienia ogranicza konkurencję pomiędzy wykonawcami w zakresie, w jakim stwarza nieuzasadnione bariery w konkutowaniu pomiędzy wykonawcami w postaci konieczności uzyskiwania potwierdzeń od inwestorów/zamawiających dotyczących kierownika budowy. Jednocześnie wprowadzona zmiana wyklucza możliwość posłużenia się przez wykonawców innymi dokumentami potwierdzającymi, że dana osoba była kierownikiem budowy na określonej inwestycji. Ponadto wymaganie przez Zamawiającego zaświadczenia inwestora/zamawiającego, zamiast oświadczenia osoby wskazanej na kierownika budowy jest nieuzasadnione, mając na względzie, że osoba, która pełniła funkcję kierownika budowy, posiada wystarczającą i wiarygodną wiedzę dotyczącą swojej roli w toku określonego projektu inwestycyjnego. Oświadczenie osoby wskazywanej w ofercie przez wykonawcę na funkcję kierownika budowy jest zupełnie wystarczające dla potwierdzenia autentyczności doświadczenia tejże osoby. Należy nadto zauważyć, że możliwość wymagania przez Zamawiającego od wykonawców poświadczenia inwestora potwierdzającego zaangażowanie danej osoby na wskazanej inwestycji nie ma podstawy prawnej w przepisach rozporządzenia w sprawie dokumentów... W konsekwencji, zdaniem Odwołującego, mając na względzie, że zmodyfikowane wymaganie jest nieproporcjonalne w stosunku do celów, jakim ma służyć, oraz ogranicza konkurencję pomiędzy wykonawcami, zmiana treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w tym zakresie nie była uzasadniona i Zamawiający tym samym naruszył art. 38 ust. 4 i art. 7 ust. 1 oraz 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

II Stanowisko Zamawiającego

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. ze względu na wniesienie odwołania przez podmiot, któremu nie przysługuje interes prawny w uzyskaniu rozstrzygnięcia w rozumieniu art. 179 ustawy Prawo zamówień publicznych, a w przypadku braku odrzucenia odwołania – o jego oddalenie, a także dopuszczenie i przeprowadzenie wszystkich dowodów wskazanych przez Zamawiającego na podane okoliczności i zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego.

W ocenie Zamawiającego wszystkie wywiedzione w odwołaniu zarzuty są bezpodstawne. Zamawiający, działając na podstawie art. 38 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych zmienił postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia w ten sposób, że punkt 21. ppkt 5. tiret 6. otrzymał brzmienie: „dodatkowo należy wskazać: imię i nazwisko osoby oraz nazwę zadania, które spełniają przedmiotowe kryterium oraz załączyć dokument podpisany przez inwestora/inwestorów, poświadczający, że wykazana osoba pełniła funkcję kierownika budowy na tych zadaniach”.

Pierwotnie postanowienie tego punktu brzmiało następująco: „dodatkowo należy wskazać: imię i nazwisko osoby, która spełnia przedmiotowe kryterium i załączyć oświadczenie/dokumenty potwierdzające, że wskazana osoba spełnia to kryterium. Oświadczenie podpisane przez osobę, która ma spełnić przedmiotowe kryterium”. Dokonana zmiana ograniczała się zatem do zastąpienia możliwości przedłożenia dokumentów potwierdzających spełnienie kryterium (wymienne z oświadczeniem danej osoby) na obligatoryjne przedłożenie dokumentów podpisanych przez inwestora lub inwestorów. Zarówno treść, jak i zakres żądanych dokumentów pozostały niezmienione. Tym samym przedmiotowa zmiana ograniczyła się do kwestii formalno-technicznych, bez jakiegokolwiek ingerencji w merytoryczne aspekty żądanych dokumentów.

W ocenie Zamawiającego przedmiotowa zmiana była dopuszczalna i w pełni uzasadniona. Dokonana została z uwagi na zaistniałą w innym postępowaniu sytuację wykazywania się przez wykonawcę osobą, która rzekomo miała pełnić funkcję kierownika budowy w czasie, kiedy nie była członkiem Izby Inżynierów Budownictwa. W oświadczeniu i w wykazie powołano się bowiem na doświadczenie począwszy od grudnia 2008 roku, podczas gdy wskazana osoba uzyskała prawo wykonywania zawodu poprzez wpis na listę Izby Inżynierów Budownictwa dopiero 1 marca 2009 roku. Z przedłożonego oświadczenia wynikało pełnienie funkcji kierownika budowy, a w rzeczywistości wskazana osoba pełniła funkcję kierownika robót, która nie była dopuszczona jako kryterium.

Za zmianą specyfikacji istotnych warunków zamówienia przemawia chęć jak najpełniejszej weryfikacji ocenianego kryterium i prawidłowego, nieulegającego możliwości podważenia, przyznania punktacji w danym kryterium pozacenowym. W odniesieniu do dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu, czyli dokumentów innych niż te, których dotyczy punkt 21. ppkt 5. tiret 6. specyfikacji istotnych warunków zamówienia, Zamawiający mógłby zastosować przepis § 2 ust. 6 rozporządzenia w sprawie dokumentów..., jednak przepis ten, jak i całe rozporządzenie, dotyczy wyłącznie dokumentacji potwierdzającej spełnienie warunków udziału w postępowaniu, nie zaś dokumentów dotyczących pozacenowych kryteriów oceny ofert. Zamawiający nie zawsze ma możliwość ustalenia, kto był inwestorem w danym przedsięwzięciu inwestycyjnym, wykazywanym przez wykonawcę,

dotyczy to szczególnie robót zrealizowanych w latach dziewięćdziesiątych XX wieku. Tymczasem określony kierownik budowy, wykazywany przez wykonawcę, niewątpliwie musi wiedzieć, kto był inwestorem w danym przedsięwzięciu i od kogo można uzyskać stosowne potwierdzenie.

W pierwotnej wersji specyfikacji istotnych warunków zamówienia zastosowano standardowe zapisy wypracowane dla tego typu postępowań. Jednocześnie w punkcie 11. ppkt 1 zastrzeżono, że „Zamawiający poucza Wykonawców, że zatajenie lub podanie nieprawdziwych informacji w złożonych oświadczeniach o dokumentach do oferty grozi odpowiedzialnością karną i stanowi naruszenie art. 297 § 1 kk.” Jak wskazuje jednak doświadczenie Zamawiającego, takie oświadczenia nie są wystarczające z perspektywy ochrony interesów Zamawiającego i niezbędne jest wyeliminowanie pola do możliwych nadużyć. Stąd też niezbędna okazała się zmiana specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W pierwotnej wersji Zamawiający żądał, aby załączyć oświadczenie/dokumenty potwierdzające, że wskazana osoba spełnia to kryterium. Idąc zatem tokiem myślenia Odwołującego takie oświadczenie/dokument także nie jest wskazane w rozporządzeniu w sprawie dokumentów..., jest to bowiem dokument na poparcie kryteriów oceny ofert, a nie warunków udziału w postępowaniu. Zarówno bowiem samo rozporządzenie, jak i delegacja ustawowa zawarta w art. 25 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych dotyczą wyłącznie dokumentów, jakich zamawiający może żądać od wykonawcy dla potwierdzenia spełnienia wymogów udziału w postępowaniu, nie zaś dokumentów dotyczących pozacenowych kryteriów oceny ofert. Stąd też przepisy rozporządzenia w ogóle nie znajdują zastosowania w niniejszym przypadku.

Zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy (ustawy Prawo zamówień publicznych). O ile hipotetycznie możliwe jest przyjęcie, że Odwołującemu przysługuje interes w uzyskaniu zamówienia, co jednak nie zostało przez Odwołującego w żaden sposób udowodnione, o tyle nie wykazał on, że poniósł lub że może ponieść szkodę w wyniku rzekomego naruszenia przepisów przez Zamawiającego, bowiem zakwestionowana zmiana specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie wprowadza jakichkolwiek zmian merytorycznych, które mogłyby postawić wykonawcę w nowej, niespodziewanej sytuacji. Wprost przeciwnie – Zamawiający nadal żąda dokumentów o tej samej treści. Tym samym, jeśli wykonawca w istocie był w stanie podobać kryterium, o którym mowa punkcie 21. ppkt 5. tiret 6., to przedmiotowa zmiana nie miałaby dla niego jakiegokolwiek znaczenia. Zamawiający udostępnił informację o zmianie ww. postanowienia 1 marca 2019 r. zmieniając termin składania ofert na 18 marca 2019 r. Oznacza to, że ci spośród wykonawców, którzy na dzień

1 marca 2019 roku nie dysponowali dokumentami potwierdzającymi spełnienie kryterium dodatkowego doświadczenia kierownika budowy, mieli aż 18 dni na to, by uzyskać te dokumenty od inwestorów. W ocenie Zamawiającego ten termin ze znacznym naddatkiem wystarcza na to, by przedmiotowe dokumenty uzyskać, tym bardziej, że przedmiotowe dokumenty różnią się od dotychczas żądanych jedynie formą, a co do treści, w zakresie potwierdzania stanu rzeczywistego, pozostawać powinny tożsame. Dotychczas ani Odwołujący, ani żaden inny wykonawca nie wystąpił do Zamawiającego z wnioskiem o dalsze przesunięcie terminu składania ofert ze względu na zmianę w zakresie żądanych dokumentów. Gdyby rzeczywiście uzyskanie przedmiotowych dokumentów w ciągu 18 dni było choćby potencjalnie utrudnione, wykonawcy powinni wystąpić do Zamawiającego o przedłużenie terminu na składanie ofert, zaś Zamawiający mógłby uwzględnić taki wniosek.

W konsekwencji Odwołujący nie udowodnił ani nie uprawdopodobnił możliwości poniesienia szkody w następstwie dokonania przez Zamawiającego zmiany punktu 21. ppkt 5. tiret 6. specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a odwołanie jest niedopuszczalne, jako że nie udowodniono możliwości poniesienia szkody przez Odwołującego. Wykonawca nie wskazał, na czym konkretnie miałyby polegać trudności w uzyskaniu wymaganych dokumentów. Nie przedłożono korespondencji z inwestorami czy odmów wydania potwierdzeń. To na Odwołującym, zgodnie z ogólną zasadą rozkładu ciężaru dowodów z art. 6 Kodeksu cywilnego oraz art. 190 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, spoczywał obowiązek udowodnienia tej okoliczności, bowiem to na strona wywodząca z określonego faktu skutki prawne, winna ten fakt udowodnić .

Zmiana postanowienia punktu 21. ppkt 5. tiret 6. specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie wniosła jakiegokolwiek merytorycznej różnicy, zmieniona została jedynie forma, w jakiej Zamawiający domaga się potwierdzenia określonych okoliczności. Odwołujący nie udowodnił tymczasem, że przedmiotowa zmiana może mieć dla niego jakiegokolwiek znaczenie praktyczne. Brak inicjatywy dowodowej w tym zakresie powinien prowadzić do konkluzji, że po stronie Odwołującego nie zostały podjęte jakiegokolwiek czynności mające na celu zgromadzenie dokumentów wymaganych na podstawie zmienionego postanowienia. Skoro zaś nie przedsięwziął w tym zakresie żadnych czynności, to tym bardziej należy uznać, że nie można mówić nawet o hipotetycznej szkodzie. Brak podjęcia działań celem uzyskania potwierdzeń od inwestorów powinien być zaś uznany za zaniechanie obciążające wyłącznie Odwołującego, i co za tym idzie – hipotetyczna szkoda polegająca na braku uzyskania zamówienia publicznego powinna być również kwalifikowana jako następstwo zaniechań samego Odwołującego.

Zarzuty w przedmiotowym zakresie ograniczają się do ogólnikowego wskazania, że rzekomo uzyskanie dokumentów od inwestorów nie jest możliwe. Wprost przeciwnie – praktyka rynkowa w tym zakresie świadczy o tym, że wykonawcy częstokroć występują o wydanie

dokumentów, o których mowa, zaś inwestorzy je wydają. Przykładem może być działanie Zamawiającego, który wystąpił do inwestorów o potwierdzenie informacji o pełnieniu przez wskazaną osobę funkcji kierownika budowy i z otrzymanych odpowiedzi wynika jednoznacznie, że na udzielenie odpowiedzi na wniosek o potwierdzenie pełnienia funkcji kierownika budowy przez określoną osobę czeka się zdecydowanie krócej niż 18 dni, którymi dysponowali wykonawcy – w skrajnym przypadku odpowiedź została bowiem udzielona już tego samego dnia. Wobec braku udowodnienia przez Odwołującego, że zdobycie przedmiotowych potwierdzeń w ciągu 18 dni nie było możliwe, przy jednoczesnym przedłożeniu przez Zamawiającego dowodów potwierdzających odmienny stan rzeczy, stwierdzić należy, że wykonawcy dysponowali dostatecznym okresem pozwalającym na uzyskanie dokumentów żądanych przez Zamawiającego.

Zarzucone naruszenie nie mogło mieć wpływu na wynik postępowania, gdyż zmiana postanowienia nie wniosła jakiegokolwiek merytorycznej zmiany. Zamawiający nadal premiuje dodatkowo doświadczenie kierownika budowy, a zmianie uległa jedynie forma potwierdzania uzyskania konkretnego rezultatu w przedmiotowym zakresie. Skoro zaś oświadczenia zgłaszanych kierowników budowy miały opierać się na prawdzie materialnej, to te same rezultaty przynieść musi ocena potwierdzeń wydanych przez inwestorów. Tym samym rzekome naruszenie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych nie może mieć wpływu na wynik postępowania, skoro ocena i ilość punktów przyznanych na podstawie specyfikacji istotnych warunków zamówienia przed zmianą i po zmianie nie powinny się w ogóle różnić.

Odwołujący nie wskazał także, jaki jego interes miałby zostać naruszony wskutek rzekomego naruszenia przepisów przez Zamawiającego. Nie wskazał, w jaki sposób zmiana specyfikacji istotnych warunków zamówienia miałaby zmienić jego sytuację. Skoro bowiem nie wprowadziła jakościowej zmiany, jeśli chodzi o zakres premiowanego doświadczenia kierownika budowy, to tym samym nie doszło i nie może dojść do naruszenia interesów wykonawcy. Jak wskazuje się, wykonawca musi wykazać wpływ podnoszonych zarzutów na jego sytuację, wyrażający się zaistnieniem po stronie odwołującego uszczerbku stanowiącego szkodę w następstwie naruszenia przepisów Prawa zamówień publicznych, w sposób pozwalający na wykazanie związku przyczynowo-skutkowego między zarzucanymi naruszeniami Prawa zamówień publicznych a uszczerbkiem po stronie wykonawcy. Odwołujący nie wykazał tymczasem, że zmiana postanowienia w jakikolwiek sposób wpłynęła na jego sytuację. Tym samym Odwołujący także w tym zakresie nie udźwignął ciężaru dowodu i nie wykazał, że wniesienie odwołania jest dopuszczalne, na zasadzie art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie wykazał bowiem, że zmiana w jakikolwiek sposób wpłynęła na możliwość uzyskania przez niego zamówienia publicznego. W świetle art. 180 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych odwołanie przysługuje jedynie od niezgodnej z prawem czynności zamawiającego. Skoro zaś przepis art. 38 ust. 4 ustawy

Prawo zamówień publicznych wyraźnie zastrzega dla Zamawiającego możliwość zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia przed upływem terminu składania ofert, to skorzystanie z tej możliwości nie może zostać poczytane za czynność niezgodną z prawem. Wprost przeciwnie, czynność ta była pierwotnie legalna, gdyż jej oparcie stanowi przepis ustawy (art. 38 ust. 4).

Zamawiający prowadzi postępowanie w sposób zapewniający poszanowanie art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, a w szczególności zasad uczciwej konkurencji oraz proporcjonalności. Odwołujący nie wskazał, na czym miałyby polegać naruszenie zasady uczciwej konkurencji. Zmieniona treść dotyczy na równi wszystkich wykonawców. Wszyscy oni, łącznie z Odwołującym, dowiedzieli się o przedmiotowej zmianie w ten sam sposób i w tym samym czasie. Tym samym brak jest naruszenia zasad uczciwej konkurencji. Zmienione postanowienie nakłada na wszystkich wykonawców te same obowiązki, zaś Odwołujący nie wskazał, w jaki sposób zmiana miałyby wpłynąć na naruszenie zasad uczciwej konkurencji.

W ocenie Zamawiającego zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, postawiony w odwołaniu, jest wadliwy, gdyż Odwołujący nie wskazał związku pomiędzy zmianą specyfikacji a rzekomym naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i proporcjonalności. Uzasadnienie odwołania jest bowiem nader ogólnikowe i oderwane od realiów niniejszej sprawy. W szczególności zaś Odwołujący stroni od wskazania, w jaki sposób zasady uczciwej konkurencji miałyby zostać naruszone i dlaczego żądanie potwierdzeń od inwestorów miałyby być nieproporcjonalne. Jak wskazuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej „Izba, dokonując wykładni norm prawa zamówień publicznych, uwzględnia systemową rolę i teleologiczny aspekt naczelných zasad p.z.p., które są dyrektywami interpretacyjnymi co do szczegółowych norm p.z.p. Nie zwalnia to jednak odwołującego z obowiązku wskazania okoliczności faktycznych, które uzasadniają w jego ocenie naruszenie nie tylko przepisu szczegółowego – tożsamy obowiązek postawienia prawidłowo sformułowanego zarzutu dotyczy również normy art. 7 ust. 1 p.z.p. oraz wykazania związku pomiędzy czynnością lub zaniechaniem zamawiającego w konkretnych, wykazanych okolicznościach, a naruszeniem tej dyrektywy ogólnej”. Odwołujący nie skonkretyzował tymczasem swoich zarzutów w odniesieniu do przedmiotowego stanu faktycznego, co czyni je tyleż niedopuszczalnymi, co nieuzasadnionymi.

Co do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego zasady proporcjonalności, to dokumenty, o których mowa w punkcie 21. ppkt 5. tiret 6. specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nie dotyczą warunków udziału w postępowaniu, lecz kryteriów oceny składanych ofert. Zasada proporcjonalności dotyczy zaś w przeważającej mierze warunków udziału w postępowaniu, które nie stanowią przedmiotu sporu. Zakres zastosowania zasady proporcjonalności powinien być zatem dostosowany do tego elementu postępowania

zamówieniowego, jakim jest ocena ofert. Należy w tym kontekście podkreślić, że „przyjmując ogólną definicję zasady proporcjonalności jako zobowiązania do podejmowania środków proporcjonalnych do zakładanego celu i unikanie środków zbędnych (nadmiernych), należy w pierwszej kolejności ustalić cel danego postępowania przetargowego oraz cele poszczególnych etapów, np. opisu przedmiotu zamówienia, kwalifikacji wykonawców, wyboru oferty. Wybrane przez zamawiającego cele powinny być zgodne z prawem, lecz akceptowana przez ustawodawcę unijna instrumentalizacja zamówień pozwala zamawiającym na dosyć samodzielne określenie celu udzielanego zamówienia”. Celem niniejszego postępowania jest zaś realizacja inwestycji kluczowej nie tylko z perspektywy Zamawiającego, ale także dla rozwoju całego Województwa Śląskiego. W tym kontekście, mając na uwadze bardzo wysoką jak na standardy Zamawiającego wartość zamówienia, należy ocenić podwyższone rygory dotyczące dokumentacji żądanej przez Zamawiającego. Wobec powzięcia przez Zamawiającego uzasadnionych podejrzeń co do możliwości przedkładania przez wykonawców oświadczeń kierowników budowy niezgodnych z prawdą materialną, zachowanie Zamawiającego polegające na zastąpieniu oświadczeń potwierdzeniami pochodzącymi od inwestorów należy uznać za działanie słuszne i ze wszech miar uzasadnione.

Jak wskazuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej „zasada proporcjonalności to zachowanie adekwatne do danej sytuacji, tym samym musi być ono właściwe w okolicznościach danej sprawy, co oznacza, że podejmowane działania muszą odpowiadać założonym celom”. Mając na względzie ww. okoliczności, a także uzasadnione podejrzenia co do możliwości podjęcia przez wykonawców próby wprowadzenia w błąd co do okoliczności rzutujących na ocenę ofert, zmianę punktu 21. ppkt 5. tiret 6. należy uznać za obiektywnie uzasadnioną.

W świetle art. 38 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiającemu przysługiwało prawo do zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wskazać przy tym należy, iż w świetle utrwalonej linii orzeczniczej Krajowej Izby Odwoławczej „z przepisu art. 38 ust. 4 p.z.p. nie wynika obowiązek podawania uzasadnienia faktycznego modyfikacji SIWZ, obowiązek taki ustawodawca zastrzega jedynie dla szczególnie doniosłych czynności w postępowaniu (np. czynności wykluczenia wykonawcy z postępowania czy odrzucenia oferty – art. 92 ust. 1 pkt 2-3, czy czynności unieważnienia postępowania – art. 93 ust. 3 p.z.p.)”. Okoliczność, czy dana przyczyna jest przypadkiem uzasadnionym w rozumieniu art. 38 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych podlega ocenie Zamawiającego i to wyłącznie w jego ocenie dana przyczyna zmiany powinna być uzasadniona. Zamawiający nie musi wykazywać szczególnej sytuacji związanej z postępowaniem, w wyniku której musiałby dokonać zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zasadniczym celem postępowania o udzielenie zamówienia jest zaspokojenie potrzeb zamawiającego i właśnie przez pryzmat tego celu

należy rozważyć zasadność dokonania zmiany. Zamawiający był uprawniony do dokonania zmiany z własnej inicjatywy, samodzielnie dokonując oceny, czy dana przyczyna stanowi „uzasadniony przypadek” w rozumieniu art. 38 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zatem przepis art. 38 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych nie został naruszony.

W niniejszym przypadku konieczność zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia uzasadniona jest faktem, iż Zamawiający powziął informację, że w innym postępowaniu przetargowym niektóre spośród złożonych ofert w kryterium dodatkowym doświadczenia kierownika budowy zawierały oświadczenia osób, które w sposób oczywisty nie mogły pełnić funkcji kierownika budowy w zadaniu i okresie wskazanym w oświadczeniu. W tej sytuacji Zamawiający doszedł do przekonania, że postanowienie punktu 21. ppkt 5. tiret 6. powinno zostać zmienione w ten sposób, by wyeliminować proceder przedkładania przez wykonawców oświadczeń budzących uzasadnione wątpliwości co do zgodności ze stanem rzeczywistym. Przyczynę tę należy uznać za ze wszelkich miar uzasadnioną.

Zarzut naruszenia art. 25 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z przepisami rozporządzenia w sprawie dokumentów... jest wadliwy. Zarówno art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, jak i rozporządzenie w sprawie dokumentów... posiadają jednostki redakcyjne, które Odwołujący powinien był wskazać jako naruszone. Nie jest rolą ani Zamawiającego, ani Izby domyślać się, jakie naruszenie w istocie zarzuca Odwołujący. Tym samym odwołanie powinno zostać odrzucone co najmniej w tym zakresie. Brak precyzyjnego sformułowania zarzutu stanowiący rażące naruszenie przepisu art. 180 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych nie może zostać następnie konwalidowany czy uzupełniony podczas rozprawy.

Żaden z przepisów art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych nie dotyczy kryteriów oceny ofert, a przepisy te nie są relewantne z punktu widzenia niniejszego sporu. Także w przepisach rozporządzenia w sprawie dokumentów... brak jednostki redakcyjnej, która ograniczałaby zakres dokumentów, których Zamawiający może żądać od wykonawców w toku oceny ofert z perspektywy poszczególnych kryteriów opisanych w specyfikacji.

Odwołujący nie wskazuje okoliczności faktycznych i prawnych mających uzasadnić wniesione odwołanie. Odwołujący w sposób nader ogólnikowy rozważa bowiem kwestie związane ze zmianą specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jak również omawia swoją wizję praktyk relacji na linii inwestor – wykonawca. Brak jest jednak w odwołaniu wskazania, dlaczego konkretnie zmiana miałaby mieć wpływ na sytuację wykonawcy. Zarzuty podniesione w *petitum* odwołania nie zostały połączone z treścią uzasadnienia odwołania, co w konsekwencji powinno zostać uznane za istotną sprzeczność z przepisem art. 180 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych i stanowić podstawę odrzucenia odwołania z przyczyn formalnych, względnie do jego oddalenia. Zarzut musi być postawiony wyraźnie, to znaczy wskazywać konkretną czynność zamawiającego mającą zdaniem odwołującego naruszać przepis prawa i

określić sposób jego naruszenia, gdyż po upływie terminu na wniesienie odwołania nie jest dopuszczalne zarówno formułowanie, jak i ani doprecyzowywanie treści zarzutów odwołania. Samo powołanie przepisu ustawy Prawo zamówień publicznych, który miałby naruszyć zamawiający, nie tworzy zarzutu. Zarzut stanowi bowiem wskazanie czynności bądź zaniechania przez Zamawiającego czynności, do których jest zobowiązany na podstawie ustawy oraz okoliczności faktyczne wskazujące na naruszenie przepisów prawa. Istotne jest, aby zarzut został w pełni sprecyzowany w odwołaniu, gdyż umożliwia to zarówno zamawiającemu, jak i potencjalnym uczestnikom postępowania odniesienie się do kwestionowanych przez odwołującego czynności zamawiającego, tym samym wskazanie konkretnych uchybień zakreśla ramy postępowania odwoławczego. Zarzuty odwołania zostały sformułowane w sposób nieprecyzyjny i oderwany od stanu faktycznego niniejszej sprawy, co stanowi o sprzeczności odwołania z wymogami formalnymi stawianymi przez ustawę Prawo zamówień publicznych.

III Stanowisko przystępującego Budimex S.A.

Przystępujący poparł stanowisko Zamawiającego. Podkreślił, iż Odwołujący akcentuje naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie odnosząc się do art. 38 czy art. 25 ustawy Prawo zamówień publicznych. Jeśli chodzi o naruszenie zasady uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami, to trudno o takim naruszeniu mówić, gdy wszyscy wykonawcy stoją w tej samej sytuacji. Zwiększony wysiłek przy przygotowaniu oferty i właściwym doborze osób nie narusza uczciwej konkurencji, a wręcz zwiększa transparentność postępowania, ograniczając możliwość składania nieprawdziwych oświadczeń. Ogranicza też sytuację, w której każdy wykonawca inaczej interpretuje wymóg. W każdym postępowaniu należy ocenić sytuację rynkową oraz wybrać dokument, który najlepiej realizuje cel. Kryterium oceny ofert dotyczy nie tylko udziału osoby, ale też okresu pełnienia przez nią funkcji.

Odpowiedź GDDKiA jest zdeterminowana pytaniem, sama też GDDKiA nie wskazuje, że nie chce udzielić odpowiedzi, tylko że nie jest w stanie określić, że osoby te pełniły dane funkcje. Jego zdaniem nie ma niebezpieczeństwa, że inwestorzy mogliby nie udzielić odpowiedzi, ponieważ kryterium dotyczy dróg publicznych, będzie to inwestor publiczny zobowiązany do udzielania informacji publicznej. Nie zgadza się, że dokumenty dotyczące kryteriów są ograniczone do dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, ponieważ w tym przypadku Zamawiający nie mogliby żądać dokumentów potwierdzających jakość.

IV Ustalenia Izby

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. ze względu na wniesienie odwołania przez podmiot, któremu nie przysługuje interes prawny w uzyskaniu rozstrzygnięcia w rozumieniu art. 179 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z przywołanym art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony.

Krąg podmiotów uprawnionych do wniesienia odwołania określa art. 179 ustawy Prawo zamówień publicznych, który stanowi, że środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy; środki ochrony prawnej wobec ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia przysługują również organizacjom wpisanym na listę, o której mowa w art. 154 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Pojęcie „wykonawcy” definiuje art. 2 pkt 11 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowiąc, że należy przez to rozumieć osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego. Zatem na tzw. „etapie specyfikacji istotnych warunków zamówienia”, przed upływem terminu składania ofert, za wykonawcę – tj. „ubiegającego się o udzielenie zamówienia” jest uznawany każdy podmiot potencjalnie zainteresowany udziałem w postępowaniu i złożeniem takiej oferty.

Odwołujący bez wątplenia takim podmiotem jest, co nie było kwestionowane, zatem przywołana przesłanka odrzucenia odwołania nie dotyczy niniejszej sytuacji.

Jak słusznie zauważył Odwołujący, przywołana przez Zamawiającego okoliczność braku interesu we wniesieniu odwołania jest tzw. przesłanką „merytoryczną” uwzględnienia odwołania i stwierdzony jego brak może co najwyżej skutkować jego oddaleniem, nie zaś odrzuceniem.

Jednak Izba nie stwierdziła również braku interesu we wniesieniu odwołania. Jak stanowi przywołany powyżej art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, odwołanie przysługuje wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów

ustawy Prawo zamówień publicznych. Nie ma wątpliwości, że Odwołujący ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia – zamierza bowiem złożyć ofertę i to z założenia ofertę najkorzystniejszą, a jego szkoda przejawia się w tym, że ze względu na zmienione postanowienie specyfikacji istotnych warunków zamówienia, prawdopodobieństwo złożenia oferty najkorzystniejszej i zawarcia umowy z Zamawiającym – w sposób jego zdaniem nieuzasadniony okolicznościami – maleje.

Zdaniem Izby, na tym etapie postępowania naruszeniem interesu wykonawcy jest wprowadzenie do specyfikacji istotnych warunków zamówienia postanowień, które w sposób nieuzasadniony uniemożliwiałyby lub nadmiernie utrudniały złożenie oferty, jak również oferty potencjalnie najkorzystniejszej – celem udziału w postępowaniu nie jest bowiem jedynie złożenie oferty jako takiej, lecz wygranie przetargu i uzyskanie zamówienia. Tym samym interesem każdego wykonawcy jest istnienie w postępowaniu stanu faktycznego, który nie będzie mu tego w sposób nieuzasadniony uniemożliwiał lub nadmiernie utrudniał, a szkodą wystąpienie takiego stanu.

Zamawiający w sposób nieprawidłowy także utożsamia istnienie interesu we wniesieniu odwołania z jego rzeczywistą zasadnością będącą podstawą do uwzględnienia, jak też faktem – który zresztą można stwierdzić dopiero na zakończenie postępowania odwoławczego, a nie z samego odwołania – czy Odwołujący udźwignął, czy też nie udźwignął ciężaru dowodów.

Izba nie stwierdziła również wskazanych przez Zamawiającego braków odwołania.

Jak stanowi art. 180 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania.

Przedmiotowe odwołanie takie elementy zawiera i jego treść nie pozostawia wątpliwości, jaka czynność jest kwestionowana przez Odwołującego i z jakich przyczyn oraz jakiego zakresu ma dotyczyć żądane rozstrzygnięcie Izby. To, że Zamawiający się z argumentacją nie zgadza lub uważa zarzut za nieuzasadniony, jest kwestią odrębną.

Izba ustaliła także, iż stan faktyczny dotyczący prowadzonego postępowania (treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia) nie jest sporny między Stronami.

Po zapoznaniu się z przedmiotem sporu oraz argumentacją obu Stron, w oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania przedstawionej przez Zamawiającego oraz dokumentów i oświadczeń złożonych podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający uczciwą konkurencję oraz wbrew zasadzie proporcjonalności przejawiające się w tym, że Zamawiający wymaga od wykonawców przedłożenia dokumentów zbędnych do oceny ofert wykonawców w ustalonych kryteriach oceny ofert,
2. art. 38 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zmianę treści punktu 21. ppkt 5. tiret 6. specyfikacji istotnych warunków zamówienia w sytuacji, w której dokonana zmiana jest nieuzasadniona i narusza zasadę proporcjonalności,
3. art. 25 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z przepisami rozporządzenia w sprawie dokumentów... poprzez wymaganie od wykonawców dokumentów zbędnych dla celów przeprowadzenia postępowania i niewymienionych w przepisach ww. rozporządzenia.

Zgodnie z dyspozycją art. 38 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych w uzasadnionych przypadkach zamawiający może przed upływem terminu składania ofert zmienić treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Dokonaną zmianę treści specyfikacji zamawiający udostępnia na stronie internetowej, chyba że specyfikacja nie podlega udostępnieniu na stronie internetowej. Przepis art. 37 ust. 5 stosuje się odpowiednio („jeżeli zamawiający nie może udostępnić specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jej części albo dokumentów, o których mowa w ust. 3, na stronie internetowej z powodu jednej z okoliczności, o których mowa w art. 10c ust. 1, przekazuje ją w sposób inny niż wskazany w ust. 2, określony w ogłoszeniu lub w zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania”).

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 38 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych należy stwierdzić na wstępie, że Odwołujący nie kwestionował samej możliwości dokonania przez Zamawiającego zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia, lecz konkretną treść wprowadzonej zmiany („w sytuacji, w której dokonana zmiana jest nieuzasadniona i narusza zasadę proporcjonalności”). Zarzut ten *de facto* zawiera się w zarzucie naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych i jest zarzutem naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Przywołany art. 25 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające: 1) spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, 2) spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań

określonych przez zamawiającego, 3) brak podstaw wykluczenia – zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert. Minister właściwy do spraw gospodarki określi, w drodze rozporządzenia, rodzaje dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, okres ich ważności oraz formy, w jakich dokumenty te mogą być składane, mając na uwadze, że potwierdzeniem spełniania warunków udziału w postępowaniu, kryteriów selekcji lub braku podstaw wykluczenia może być zamiast dokumentu również oświadczenie złożone przed właściwym organem, informacja z Krajowego Rejestru Karnego, wyciąg z odpowiedniego rejestru, takiego jak rejestr sądowy, lub, w przypadku jego braku, równoważny dokument wykazujący brak podstaw wykluczenia, spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, wydany przez właściwy organ sądowy lub administracyjny, a potwierdzeniem, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez zamawiającego, może być w szczególności zaświadczenie podmiotu uprawnionego do kontroli jakości, a także mając na uwadze aktualność tych dokumentów oraz potrzebę zapewnienia ochrony informacji niejawnych, w przypadku zamówień wymagających tych informacji, związanych z nimi lub je zawierających, w sposób określony w przepisach o ochronie informacji niejawnych.

Z przyczyn oczywistych Zamawiający nie mógł naruszyć ustępu 2. art. 25 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż stanowi on delegację dla organu do wydania przepisów wykonawczych. I rzeczywiście, wydane przepisy nie dotyczą bezpośrednio kryteriów oceny ofert.

Jeśli zaś chodzi o ustęp 1. art. 25 ustawy Prawo zamówień publicznych, zastosowanie mogłoby mieć zdanie pierwsze („w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania”) – z zachowaniem oceny, co jest w danych warunkach „niezbędne”. Należy jednak zauważyć, że, jak wynika z dalszej argumentacji odwołania, Odwołujący nie tyle kwestionuje samo żądanie oświadczenia inwestora jako zbędnego środka dowodowego w zakresie doświadczenia kierownika budowy (było ono bowiem jednym z potencjalnych dokumentów, które mógł przedstawić wykonawca w wersji specyfikacji istotnych warunków zamówienia, której przywrócenia żąda), co jego wyłączność.

Tym samym wszystkie trzy zarzuty sprowadzają się w istocie do jednego, tj. naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zawarto naczelną i najważniejszą zasadę udzielania zamówień publicznych, zgodnie z którą zamawiający zobowiązany jest przygotować i przeprowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający

zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

W przepisie tym, w jednej jednostce redakcyjnej, zawarto cztery normy prawne (zachowanie uczciwej konkurencji, równe traktowanie wykonawców, proporcjonalność, przejrzystość), z których każda ma odmienne znaczenie, jakkolwiek są one ze sobą powiązane i dopiero łącznie tworzą całość oddającą zamierzony cel. Należy też zauważyć, że równe traktowanie wykonawców jest istotnym elementem zachowania uczciwej konkurencji, ale pomiędzy tymi pojęciami nie istnieje równość, zawarta też koniunkcja nie powoduje, że są one nierozłączne jako „zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców”. Uczciwa konkurencja wiąże się również z uzyskaniem proporcjonalności wymagań, a jej instrumentem jest przejrzystość (transparentność) postępowania.

Oczywiście pojęcie „uczciwej konkurencji” jest tak rozległe, że nie zamyka się jedynie w ww. trzech elementach: równym traktowaniu wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości. Dlatego też samo stwierdzenie, że wszyscy wykonawcy są w jednakowej sytuacji, gdyż wymóg dotyczy każdego z nich, czy też, że postanowienie jest przejrzyste, ponieważ jest jasne, nie powoduje jeszcze, że odpowiada ono wymogom uczciwej konkurencji. Poza tym zarzut Odwołującego koncentruje się na naruszeniu wymogu proporcjonalności.

Ze stanowisk Stron wynika, iż doskonale znają teorię pojęcia „proporcjonalności”, dlatego nie ma potrzeby powielania jej przez Izbę. Podsumowując można jedynie stwierdzić, że, zasada proporcjonalności to założenie, zgodnie z którym zamawiający powinien podejmować takie działania, które są potrzebne i adekwatne do osiągnięcia założonych celów, czyli przy pomocy których cel da się osiągnąć albo wręcz osiągnąć najlepiej, przy czym nie powinny one w sposób nieuzasadniony ograniczać praw wykonawców, czy też stanowić dla nich zbędnego utrudnienia w udziale w postępowaniu.

Istotą rozstrzygnięcia Izby w przedmiotowej sprawie jest zaś stwierdzenie, czy w zaistniałym stanie faktycznym powyższe założenia zostały spełnione.

W ocenie Izby tak nie jest, a wprowadzone 1 marca 2019 r. wymaganie kwestionowane przez Odwołującego narusza zasadę proporcjonalności, a tym samym uczciwej konkurencji.

Zdaniem Izby wymóg jest nadmiernie uciążliwy dla wykonawców i w sposób nieuzasadniony uzależnia ich sytuację w postępowaniu od podmiotów trzecich – inwestorów, jest też nieadekwatny do zamierzonego celu.

Zrozumiałe jest, że Zamawiający obawia się składania przez wykonawców nieprawdziwych informacji w celu uzyskania dodatkowych punktów w ramach kryteriów oceny ofert. Zjawisku temu należy przeciwdziałać w miarę możliwości *a priori*, a jeśli wystąpi, to zwalczać je z całą

stanowczością. Jednak nie należy również „na wszelki wypadek” popadać w nadmierną przesadę, a przede wszystkim należy wybrać stosowną metodę.

Jak wynika z opisu przebiegu postępowania, Zamawiający jako jedno z kryteriów oceny ofert wskazał „dodatkowe doświadczenie kierownika budowy (KB)”. W celu dokonania oceny tego doświadczenia wymagał przedłożenia przez wykonawcę w formularzu oferty następujących informacji: imienia i nazwiska proponowanej osoby oraz opisu jej doświadczenia, a także przedłożenia oświadczenia/dokumentów potwierdzających, że wskazana osoba spełnia to kryterium i oświadczenia podpisanego przez osobę, która ma spełnić przedmiotowe kryterium. Następnie Zamawiający dokonał modyfikacji tego postanowienia poprzez zastąpienie „oświadczenia podpisanego przez osobę, która ma spełnić przedmiotowe kryterium”, wymogiem załączenia „oświadczenia/dokumentów potwierdzających, że wskazana osoba spełnia to kryterium”, po czym kolejny raz zmienił wymóg żądając załączenia „dokumentu podpisanego przez inwestora/inwestorów poświadczającego, że wskazana osoba pełniła funkcję kierownika budowy na tych zadaniach”.

Oceniając powyższe trzy metody udokumentowania doświadczenia należy stwierdzić, że w ocenie Izby, najbardziej proporcjonalna, tj. jednocześnie zapewniająca rzetelność informacji i nie nadmiernie uciążliwa, jest metoda druga. Jednocześnie bowiem obejmuje wiarygodne środki dowodowe, jak i nie ogranicza ich do wyłącznie jednego rodzaju dokumentu.

Zwłaszcza, jeśli Zamawiający doprecyzowałby, jaki rodzaj dokumentów będzie uznawał za wiarygodny (np. kopię dziennika budowy, kopię Świadczenia Przejęcia, protokołów odbioru, kopię umowy, oświadczenie inwestora, oświadczenie Inżyniera Kontraktu), a jaki nie (np. oświadczenie własne wykonawcy lub danej osoby) i jakie konkretne okoliczności mają one potwierdzać. Nie powinien być to jednak katalog zamknięty – nie bez powodu praktycznego ustawodawca w rozporządzeniu o dokumentach... również pozostawił podobne kwestie otwarte – istnieją bowiem stany faktyczne i prawne (a należy wziąć pod uwagę również udział wykonawców zagranicznych), które mogą wykraczać poza ramy określone przez zamawiającego.

Natomiast obecny wymóg Zamawiającego nie może zostać zaakceptowany przez Izbę. Wbrew bowiem twierdzeniu Zamawiającego – choć rzeczywiście jest to wymóg „formalny” – nie jest to żaden nieznaczący detal niemający wpływu na sytuację wykonawców. Wręcz przeciwnie – powoduje on bowiem, że sytuacja oferty danego wykonawcy w postępowaniu (możliwość uzyskania punktów w ramach kryteriów oceny ofert) jest uzależniona od postawy inwestora lub wręcz jego pracownika – jak wynika ze stanowisk Stron i Przystępującego w praktyce najprawdopodobniej Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad. Nie może to

mieć miejsca już co do samej zasady, niezależnie od tego, czy finalnie wykonawcy uda się rzeczony dokument zdobyć.

Należy więc przyznać rację Odwołującemu, że wymóg ten ogranicza konkurencję pomiędzy wykonawcami w zakresie, w jakim stwarza nieuzasadnione bariery w konkurowaniu pomiędzy nimi w postaci konieczności uzyskiwania potwierdzeń od inwestorów dotyczących kierownika budowy.

Poza tym należy zwrócić uwagę, że ów „jedynie nieistotny wymóg formalny” trudne do przewyciężenia problemy praktyczne, których zamawiający nie uwzględnił: dany inwestor może już nie istnieć (Zamawiający sam odniósł się aż do inwestycji z lat dziewięćdziesiątych XX wieku), może nie posiadać lub nie mieć łatwo dostępnej dokumentacji, mogli odejść pracownicy posiadający wiedzę o realizacji danej inwestycji itd., co może uniemożliwiać, utrudniać lub opóźniać uzyskanie żądanego oświadczenia. Także, jak wynika z praktyki oraz z przepisów ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (Dz.U. z 2018 r. poz. 1330 z późn. zm.), kilkanaście dni na uzyskanie informacji może nie być wystarczającym czasem, zwłaszcza jeśli informacji należy poszukiwać. Do tego inwestor nie musi być podmiotem publicznym lub zobowiązanym do udzielania informacji publicznej – nawet przy drogach publicznych istnieją spółki celowe, koncesjonariusze robót budowlanych oraz cała gama możliwych sytuacji związanych z zadaniami realizowanymi poza granicami Polski, czy Europy. Zamawiający może mieć również zwykłe problemy ze stwierdzeniem, czy przedłożone oświadczenie zostało podpisane przez osobę uprawnioną do reprezentowania podmiotu lub mającą wiedzę o inwestycji.

Trudności, jakie mogą się pojawić przed Zamawiającym, mogą też być nie mniejsze niż przy badaniu informacji pod kątem ich prawdziwości – a należy zauważyć, że również żądanie takiego oświadczenia nie wyklucza złożenia nieprawdziwych informacji.

Z dotychczasowej praktyki orzeczniczej i doświadczenia Izby wynika, że nieprawdziwe informacje często nie są składane celowo, lecz przez niedbalstwo wykonawców (zwłaszcza brak weryfikacji faktów) i brak dokładności opisów – zarówno dokonywanych przez wykonawców, jak i zamawiających. Zatem, w ocenie Izby, bardziej adekwatnym narzędziem do osiągnięcia zmierzonego celu, tj. uzyskania prawdziwych i weryfikowalnych informacji, od żądania oświadczenia inwestora, jest rozpoczęcie od dokładnego opisanie swoich wymogów i przygotowania dla wykonawców wzoru formularza informacji o kwalifikacjach i doświadczeniu (a w tym względzie Zamawiający był ogólnikowy, żądając jedynie imienia i nazwiska osoby oraz nazwy zadania). W zależności od wymagań mogą to być, np.: data uzyskania uprawnień, ich zakres i numer decyzji je przyznających (wraz z wersją dla osób, które uzyskały uprawnienia za granicą), data rozpoczęcia/zakończenia inwestycji/robót/

pełnienia funkcji lub stanowiska/nadzoru (ze wskazaniem, co Zamawiający rozumie pod tym pojęciem), data zawarcia umowy, wskazanie wykonawcy robót/inwestora itd., zakres zadań (ten, do którego odnosi się Zamawiający w danym wymogu, jak długość drogi, jej klasa, rodzaj nawierzchni, konkretny rodzaj wymaganych robót itd.), wartość umowy (nominalna z umowy/końcowa/inna), czy ma to być wyłącznie jedna umowa, czy można łączyć doświadczenie z różnych umów itd.

Zamawiający również w żaden sposób nie wykazał, że oświadczenie inwestora – jako jedyne przez niego dopuszczone – jest wyłącznym dokumentem, za pomocą którego można osiągnąć zamierzony cel, jak też, że jest dokumentem o nieporównywalnych walorach dowodowych w stosunku do innych dokumentów, które mogliby przedstawić wykonawcy.

Tym samym Izba przyznała rację Odwołującemu, że zmodyfikowane postanowienie specyfikacji istotnych warunków zamówienia jest nieproporcjonalne i nieadekwatne w stosunku do celu, któremu miało służyć oraz ogranicza konkurencję pomiędzy wykonawcami, zatem dokonana zmiana treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie była zgodna z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji uwzględniając odwołanie. W sentencji wyroku, dla porządku, Izba przywołała również punkt wzoru formularza oferty, który został zmieniony 1 marca 2019 r. razem z kwestionowanym punktem 21. ppkt 5. tiret 6. specyfikacji istotnych warunków zamówienia, odnoszący się do ww. punktu i powielający sporną treść.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972), uwzględniając wpis w wysokości 20.000 złotych oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3.600 złotych.

Przewodniczący: