

Sygn. akt: KIO 983/21

WYROK
z dnia 14 maja 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Katarzyna Brzeska

Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 maja 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 marca 2021 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Roden Road design Polska sp. z o. o. - Lider konsorcjum 01-512 Warszawa, ul. Lisa Kuli 9, Roden Mérnöki Iroda Kft. - Partner konsorcjum H1089 Budapest, Villám u. 13., Węgry w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Województwo Podkarpackie - Podkarpacki Zarząd Dróg Wojewódzkich z siedzibą w Rzeszowie

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: E&C sp. z o.o. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej oraz ProtechniCon sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 983/21 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Roden Road design Polska sp. z o. o. - Lider konsorcjum 01-512 Warszawa, ul. Lisa Kuli 9, Roden Mérnöki Iroda Kft. - Partner konsorcjum H1089 Budapest, Villám u. 13., Węgry i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Roden Road design Polska sp. z o. o. - Lider konsorcjum 01-512 Warszawa, ul. Lisa Kuli 9, Roden Mérnöki Iroda Kft. - Partner konsorcjum H1089 Budapest, Villám u. 13., Węgry tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 579 ust.1 i 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 wraz z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący.....

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający: Województwo Podkarpackie - Podkarpacki Zarząd Dróg Wojewódzkich wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego pn.: Opracowanie dokumentacji projektowej i innej, uzyskanie decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowych oraz pełnienie nadzoru autorskiego dla zadaniapn.: „Rozbudowa drogi wojewódzkiej Nr 897 - Etap III Wetlina - Ustrzyki Górne”, znak: PZDW/WZP/3052/243/WDT/14/2020.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 23 listopada 2020 r. pod numerem 2020/S 228-562027.

O okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia odwołania Odwołujący - wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Roden Road design Polska sp. z o. o. - Lider konsorcjum 01-512 Warszawa, ul. Lisa Kuli 9, Roden Mérnöki Iroda Kft. - Partner konsorcjum H1089 Budapest, Villám u. 13., Węgry powziął wiadomość w dniu 17 marca 2021 r., będącą informacją o wyborze oferty najkorzystniejszej wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: E&C sp. z o.o. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej oraz ProtechniCon sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie.

Nie zgadzając się z powyższym rozstrzygnięciem przetargu Odwołujący w dniu 29 marca 2021 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zarzucając Zamawiającemu:

1. naruszenie art. 7 ust. 1 i ust 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej dawną lub starą ustawą Pzp w związku z art. 91 ust. 1 dawnej ustawy Pzp w związku art. 25 ust. 2 dawnej ustawy Pzp, w związku z § 2 ust. 4 pkt 9 i 10 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (dalej: „rozporządzenie ws. Dokumentów”) oraz w związku z art. 18 zd. pierwsze Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (dalej: „TFUE”) i art. 56 zdanie pierwsze TFUE, a także w związku z art. 18 ust. 1 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (dalej: „Dyrektywa klasyczna”), poprzez błędne przyjęcie, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunku dla otrzymania 20 pkt w kryterium pozacenowym: doświadczenie projektanta - branża drogowa, z uwagi na błędne przyjęcie przez Zamawiającego, że punktowane może być wyłącznie doświadczenie zdobyte na terenie Rzeczypospolitej Polskiej;

2. naruszenia art. 7 ust. 1 i ust. 3 dawnej ustawy Pzp w zw. z art. 91 ust. 1

dawnej ustawy Pzp, poprzez błędne przyjęcie, że to oferta wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego: E&C sp. z o.o. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej oraz ProtechniCon sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (dalej łącznie: „Konsorcjum E&C”) powinna otrzymać wyższą ilość punktów w ramach wskazanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”) kryteriów oceny ofert, niż oferta Odwołującego, skutkiem czego to oferta Konsorcjum E&C została sklasyfikowana na pierwszym miejscu w rankingu ofert, a następnie została wybrana ofertą najkorzystniejszą, z uwagi na błędne przyjęcie przez Zamawiającego, że punktowane może być wyłącznie doświadczenie zdobyte na terenie Rzeczypospolitej Polskiej;

alternatywnie, z ostrożności:

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

Wskazując na powyższe, Odwołujący na podstawie art. 516 ust. 1 pkt. 9 oraz art. 544 ust. 3 ustawy z dnia 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej ustawą Pzp w zw. z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11.09.2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych wnosił o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. dokonania ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem przyznania Odwołującemu 20 należnych mu punktów,
3. dokonania wyboru oferty Odwołującego, w ramach powtórzonej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

alternatywnie:

4. unieważnienia postępowania z uwagi na fakt, że Postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy ws. zamówienia publicznego.

W swoim odwołaniu Odwołujący wskazał, że niniejszy spór dotyczy legalności zaniechania przyznania przez Zamawiającego 20 pkt. za wykazane doświadczenie projektanta w branży drogowej - Pana S. T

Według Odwołującego - w ramach udzielonych wyjaśnień z dnia 17 lutego 2021 r. udowodnił, że jego twierdzenia, iż w toku realizacji wykazanych zadań uzyskano decyzje o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej, zgodnie z odnośną ustawą o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie dróg publicznych, polegającą na prawdzie.

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

W związku z tym Odwołujący wskazał, że odnośną ustawą o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie dróg publicznych na Węgrzech jest Ustawa z 2006 r. nr LIII o przyspieszeniu i uproszczeniu inwestycji o wyjątkowym znaczeniu dla gospodarki narodowej oraz m.in- Rozporządzenie nr 19/1994.(V.31.) Ministerstwa Komunikacji, Telekomunikacji i Gospodarki Wodnej o zarządzaniu drogami publicznymi, Rozporządzenie Rządu nr 93/2012. (V. 10.) o pozwoleniach na budowę, na przekazanie do użytkowania i na likwidację dróg, Rozporządzenie Rządu nr 382/2016. (XII. 2.) o wyznaczeniu organów wykonujących zadania urzędowe związane z zadaniami zarządzania komunikacją, Rozporządzenie nr 15/2000.(XI.26.) Ministerstwa Komunikacji, Telekomunikacji i Gospodarki Wodnej o współpracy w procedurach urzędowych związanych z uzyskaniem pozwolenia na budowę (w tym: udziale w procedurach obejmujących wykonanie dokumentacji niezbędnej do uzyskania pozwolenia na budowę), a także Rozporządzenie Rządu nr 314/2005.(XI.25.) dot. warunków oceny oddziaływania na środowisko oraz oceny z oszacowaniem oddziaływania na środowisko Natura 2000.

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

Według Odwołującego - z przytoczonych fragmentów obu ustaw wyraźnie wynika, że z uwagi na tożsamą rangę aktu prawnego (ustawa) oraz zbieżny zakres regulacji, a także z uwagi na sam zakres decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej oraz działań, które mogą być podjęte na podstawie tejże decyzji, przedmiotowa regulacja prawna i

uzyskiwana na jej podstawie decyzja odpowiada w swej randze decyzji ZRID, a zatem stanowi dokument, który powinien być zdobyty w ramach wykazywanego doświadczenia.

Tym samym, Odwołujący uznał, że należycie wykazał, że Pan S. T. posiada doświadczenie zobowiązujące Zamawiającego do przyznania Odwołującemu 20 pkt. w kryterium doświadczenie projektanta - branża drogowa, opisanym ust. 15.2. SIWZ.

Odwołujący podkreślił również, że powoływanie się przez Zamawiającego w ust. 6.3 SIWZ na konieczność równego traktowania wykonawców, poprzez odwołanie się do odnośnej dyrektywy i wyroku TS UE wskazuje, że intencją Zamawiającego nie było wprowadzanie do SIWZ regulacji, które godziłyby w równe traktowanie wykonawców.

Odwołujący zwrócił uwagę, że w przedmiotowych wyjaśnieniach wskazał, że nie jest możliwa odmienna interpretacja przepisów SIWZ, w których Zamawiający odwołuje się do specustawy drogowej niż tylko traktowanie tego odniesienia właśnie jako opisanie rangi dokumentu, gdyż traktowanie tego odniesienia jako zawężenie przyznawania punktów wyłącznie do doświadczenia zdobytego na terenie RP, nie obowiązywałyby wykonawców, gdyż bezwzględnie obowiązujące przepisy o zakazie dyskryminacji nie ulegają zmianie poprzez wadliwe sformułowanie SIWZ.

Zauważył, że również fakt, że Zamawiający powołuje się na tekst jednolity już nieobowiązujący, gdyż wersja ustawy o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie dróg publicznych ogłoszona obwieszczeniem z dnia 29 czerwca 2018 r. w Dz.U. z 2018 r. poz. 1474, stanowi tekst historyczny, świadczy, że odesłanie w SIWZ do treści tego aktu prawnego stanowi właśnie opis rangi dokumentu, który ma zostać zdobyty w toku realizacji inwestycji, wykonanej na podstawie opracowanej dokumentacji projektowej.

Podniósł, że jeżeli więc Izba uzna, że przywołane w kryterium oceny ofert odniesienie do decyzji ZRID i specustawy drogowej należy traktować jako opisanie rangi dokumentu, który powinien być zdobyty w ramach wykazywanego doświadczenia, to analogicznie, sformułowany identycznie warunek udziału w postępowaniu, gdzie Zamawiający również odnosi się do decyzji ZRID i specustawy drogowej należy traktować jako opisanie rangi dokumentu, który powinien być zdobyty w ramach wykazywanego doświadczenia. Jeżeli zaś Izba uzna, że wprowadzanie w kryterium oceny ofert odniesienie do decyzji ZRID i specustawy drogowej należy traktować jako legalną dyskryminację wykonawców z innych państw członkowskich UE (a także tych spoza UE), to analogicznie, sformułowany identycznie warunek udziału w postępowaniu, gdzie Zamawiający również odnosi się do decyzji ZRID i specustawy drogowej, należy traktować jako legalne wykluczenie z

przedmiotowego Postępowania wykonawców z innych państw członkowskich UE (a także tych spoza UE).

Odwołujący podtrzymał swoje stanowisko zaprezentowane w przywoływanych wyjaśnieniach, iż zakaz dyskryminacji ze względu na przynależność państwową zawarty jest w normach bezwzględnie obowiązujących.

W celu rozwinięcia powyższego, Odwołujący wskazał, że wspomniany zakaz dyskryminacji z uwagi na przynależność państwową wynika art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, w związku art. 25 ust. 2 ustawy Pzp, w związku z § 2 ust. 4 pkt 10 rozporządzenia ws. dokumentów, oraz w związku z art. 18 zd. pierwsze TFUE i art. 56 zdanie pierwsze TFUE, a także w związku z art. 18 ust. 1 Dyrektywy klasycznej.

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

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

Podkreślił, że regulacja zamówień publicznych w prawie UE okazała się koniecznością, jako gwarancja niedyskryminacji oraz istotny instrument realizacji swobody

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

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

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

Według Odwołującego - niezgodne z zakazem dyskryminacji jest sporządzanie specyfikacji technicznych wskazujących na produkty wykonane przez konkretnego producenta lub pochodzące z konkretnego źródła. Powyższe wskazuje – w ocenie Odwołującego, że w świetle prawa Unii Europejskiej państwa członkowskie są zobowiązane do wzajemnego uznawania za równorzędne towarów oraz usług z innych państw członkowskich. Tym samym wszystkie rozwiązania, które godzą w te zasady, są niedopuszczalne.

Podniósł również, że zasada zachowania konkurencyjności postępowania przetargowego jest nierozdzielnie związana z zasadą równości, która zakazuje nierównego traktowania, dyskryminowania czy też faworyzowania uczestników postępowania ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego.

W związku z tym przekonywał, że na zamawiającym spoczywa więc obowiązek prowadzenia postępowania w sposób bezstronny. Bezstronność wymaga m.in. formułowanie warunków postępowania i kryteriów oceny ofert w sposób, który nie prowadzi do pośredniej dyskryminacji wykonawców ze względu na przynależność państwową. Zasada równego traktowania dotyczy wszystkich faz postępowania, od postępowania przygotowawczego do wyboru oferty najkorzystniejszej i podpisania umowy włącznie. Zakaz dyskryminacji jest bezwarunkowy i nie dopuszcza wyjątków. Dotyczy wszystkich zamówień publicznych udzielanych przez państwa członkowskie, także o mniejszej wartości niż wartości progowe, od których mają zastosowanie regulacje dyrektyw, jak również zamówień szczególnych, które są wyłączone spod działania dyrektyw.

Odwołujący podkreślił, że każdorazowo dokonując wykładni treści prawa czy SIWZ, organy orzekające powinny uwzględniać powyższe okoliczności.

Zdaniem Odwołującego - gdyby Zamawiający działał z poszanowaniem art. 91 ust. 1 i 91 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp, to wówczas przyznałby mu 20 punktów w kryterium „c) doświadczenie projektanta - branża drogowa”. Tym samym, oferta Odwołującego uzyskałaby w sumie 95,90 pkt., czyli uplasowałaby się na pierwszym miejscu w rankingu ofert. Bezprawne zaniechanie przyznania rzeczonych punktów wypaczyło ranking ofert, co skutkowało uznaniem oferty Konsorcjum E&C ofertą najkorzystniejszą. Błędna wykładnia przepisów SIWZ doprowadziła zatem do naruszenia ww. przepisów, skutkiem czego niniejsze odwołanie stało się konieczne.

Odwołujący uważa, że treść SIWZ wskazuje na wykładnię odniesienia do decyzji ZRID i specustawy drogowej, wskazuje na rangę dokumentu, który w toku realizacji inwestycji ma być uzyskany.

Nawet jeżeli jednak właściwa byłaby wykładnia SIWZ forsowana przez Zamawiającego, która skutkuje złamaniem zakazu dyskryminacji ze względu na przynależność państwową wykonawcy, to i wówczas - z uwagi na konieczność bezpośredniego stosowania art. 18 TFUE o zakazie dyskryminacji - podczas badania i oceny konieczne byłoby pominięcie tego ustępu, jako nieobowiązującego.

Zdaniem Odwołującego - powyższe działania są legalne i wystarczające dla wyegzekwowania legalności postępowania.

Z ostrożności Odwołujący podniósł zarzut na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp jako alternatywny – wnosząc o unieważnienie postępowania.

Odwołujący wskazał, że art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp oznacza to, że Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Przy czym, niemożliwa do usunięcia wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, jest związana z zaistnieniem przesłanek unieważnienia umowy określonych w art. 146 ust. 1 oraz ust. 6 ustawy Pzp.

Argumentował, że jeżeli uznać, że forsowana przez Zamawiającego treść SIWZ jest prawem bezwzględnie obowiązującym w postępowaniu, i nie ma do niej zastosowania reżim unijny dot. wyłączania ze stosowania przepisów dyskryminujących wykonawców z innych krajów Unii Europejskiej (oraz z poza UE), to wówczas stwierdzić należy, że postępowanie jest obarczone wadą, którą z uwagi na etap postępowania - tj. już po upływie terminu składania i otwarcia ofert - nie można konwalidować w inny sposób niż poprzez unieważnienie postępowania.

Wywodził, że kontynuowanie postępowania w obecnej formie narusza bowiem zasady prawa krajowego i unijnego dot. równego traktowania i zakazu dyskryminacji, co ma przesądzający wpływ na wynik postępowania (zamiast uznać, że to oferta Odwołującego zdobyła największą ilość punktów, Zamawiający uznał, że to oferta Konsorcjum E&C plasuje się na pierwszym miejscu rankingu ofert, to ten wykonawca został wezwany do złożenia dokumentów podmiotowych, a następnie oferta tego wykonawcy została wybrana ofertą najkorzystniejszą). Konsekwentnie zatem, należałoby uznać, że wskazanie kryterium pozacenowego oraz warunku udziału dot. kwalifikacji zawodowych w sposób dyskryminujący podmioty zagraniczne, skutkować musi unieważnieniem Postępowania, w celu przerwania łańcucha wadliwych czynności Zamawiającego.

W dniu 2 kwietnia 2021 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego: E&C sp. z o.o. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej oraz ProtechniCon sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie zgłosili swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego, zwani dalej Przystępującym.

Pismem z dnia 10 maja 2021 r. Odwołujący udzielił odpowiedzi na odwołanie wnosząc o jego odrzucenie, ewentualnie o oddalenie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym treść SIWZ, oferty Odwołującego i Przystępującego, odwołania, pisma Zamawiającego z dnia 11 lutego 2021 r. wzywającego do wyjaśnienia treści oferty, odpowiedzi Odwołującego z dnia 17 lutego 2021 r. wyjaśniającej powyższe wątpliwości Zamawiającego, informacji Zamawiającego o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 17 marca 2021r., odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 10 maja 2021 r., jak również na podstawie złożonych wyjaśnień i dowodów Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art. 7 ust. 1 i ust 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej dawną lub starą ustawą Pzp w związku z art. 91 ust. 1 dawnej ustawy Pzp w związku art. 25 ust. 2 dawnej ustawy Pzp w związku z § 2 ust. 4 pkt 9 i 10 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz w związku z art. 18 zd. pierwsze Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (dalej: „TFUE”) i art. 56 zdanie pierwsze TFUE w związku z art. 18 ust. 1 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE, a także art.93 ust.1 pkt 7 ustawy Pzp.

Rozpoznając meritum przedmiotowej sprawy należy wskazać, że podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia była kwestia oceny czy Odwołujący powinien otrzymać dodatkową punktację w kryterium oceny ofert.

Zebrany w sprawie materiał dowodowy doprowadził Izbę do przekonania, że Zamawiający dokonał punktacji w kryterium oceny ofert w sposób prawidłowy.

Izba ustaliła, że Zamawiający w pkt 15.2 rozdział I - Instrukcji dla Wykonawców będącej częścią SIWZ ustalił następujące kryteria oceny ofert:

1. Cena - 45%
 - cena brutto za wykonanie dokumentacji projektowej - 40%,
 - cena brutto za pełnienie nadzoru autorskiego (suma cen jednostkowych) - 5%,
2. Podział ceny ofertowej netto -15%,
3. Doświadczenie projektanta - branża drogowa - 20%,
4. Doświadczenie projektanta - branża mostowa -15%,
5. Długość okresu gwarancji i rękojmi za wady - 5 %.

Jednocześnie Izba ustaliła, że Zamawiający w odniesieniu do powyższego pkt ad.3 postanowił w SIWZ, że w kryterium „doświadczenie projektanta - branża drogowa” - zostanie zastosowany wzór:

WARIANT 1:

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

WARIANT 2:

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

WARIANT 3:

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

Ostatecznie, Izba stwierdziła, że Odwołujący w swojej ofercie wykazywał doświadczenie S. T. w realizacji opracowania czterech dokumentacji projektowych dotyczących referencyjnych dróg znajdujących się na obszarze Republiki Węgier.

Po przeanalizowaniu całości materiału dokumentacyjnego Izba doszła do przekonania, że zarzuty odwołania są bezzasadne z następujących względów.

W pierwszej kolejności – zdaniem Izby – Odwołujący nie wykazał się doświadczeniem w uzyskaniu w ramach dokumentacji projektowej decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej, zgodnie z ustawą o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie dróg publicznych (Dz. U. 2018 poz. 1474 z późn. zm.).

W ocenie Izby - wymóg powołanego na wstępie postanowienia SIWZ dotyczącego kryterium oceny ofert był jednoznaczny i nie wymagał jakichkolwiek specjalnych zabiegów interpretacyjnych.

Nawet podejmując się interpretacji tych postanowień, to pierwszorzędne znaczenie będzie miała wykładania literalna, gdzie Zamawiający wyraźnie przyjął, że oczekiwane doświadczenie powinno być w uzyskaniu w ramach dokumentacji projektowej decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej, zgodnie z ustawą o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie dróg publicznych (Dz. U. 2018 poz. 1474 z późn. zm.).

Dodatkowo, Izba stwierdziła, że cytowane wyżej postanowienia SIWZ nie były przedmiotem wyjaśnień Zamawiającego, a także nie zostały one zaskarżone środkiem ochrony prawnej.

Wobec tego należało przyjąć, że wszyscy wykonawcy byli związani tymi postanowieniami SIWZ.

Z powyższych względów dokonana przez Odwołującego próba analizy porównawczej prawa polskiego i węgierskiego jest irrelevantna dla oceny tego przypadku. W ocenie Izby – nie ma również znaczenia okoliczność podania w SIWZ tekstu jednolitego już nieobowiązującego w wersji ustawy o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie dróg publicznych ogłoszona obwieszczeniem z dnia 29 czerwca 2018 r. w Dz.U. z 2018 r. poz. 1474.

Zdaniem Izby wszelkie zarzuty odwołania skierowane przeciwko SIWZ należało uznać za spóźnione, zresztą na posiedzeniu przed Krajową Izbą Odwoławczą pełnomocnik Odwołującego oświadczył, że nie skarży treści SIWZ.

Dalej, Izba dostrzegła, że Odwołujący formułując zarzuty odwołania zapomniał o pełnej treści przepisu art.18 ust.1 zd.1 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE, na który to przepis się powołuje, stanowiący, że instytucje zamawiające zapewniają równe i niedyskryminacyjne traktowanie wykonawców oraz działają w sposób przejrzysty i proporcjonalny.

Według zapatrywania Izby - przepis ten należy odczytywać w pełnym kontekście, to znaczy, że jeżeli ma być zagwarantowana niedyskryminacja wykonawców, to musi być ona zapewniona w warunkach transparentnych.

Nie można uznać za przejrzyste takiego zachowania Zamawiającego, który określa pewne reguły postępowania w przetargu (opisuje treść SIWZ), a następnie dokonuje ich zmiany już w trakcie oceny ofert w sposób zupełnie dowolny i arbitralny.

Takie działanie Zamawiającego stanowiłoby naruszenie powyższego przepisu prawa europejskiego.

W związku z tym, Izba chciałaby zauważyć, że na obszarze Unii Europejskiej istnieje wiele podmiotów świadczących usługi o podobnym zakresie jak świadczy Odwołujący i niektóre z tych podmiotów po zapoznaniu się z treścią ogłoszenia i SIWZ w tej sprawie, mając świadomość niedostatecznego doświadczenia w uzyskiwaniu decyzji ZRiD według prawa polskiego, mogło podjąć decyzję o odstąpieniu od złożenia oferty w tym przetargu.

Wobec takiego stanu rzeczy sytuacja prawna tych wykonawców - wedle reguł wykładanych przez Odwołującego - postawiłaby tych wykonawców w skrajnie nierównej sytuacji wobec niego.

W dalszej części Izba uznała argumenty Odwołującego za chybione z tego powodu, że spór dotyczy jedynie nieprzyznania punktacji w kryterium oceny ofert, a nie warunku udziału w postępowaniu czy kryteriów selekcji wykonawców.

Z tego powodu należało przyjąć, że nie potwierdził się zarzut naruszenia przepisu art. 25 ust. 2 dawnej ustawy Pzp w związku z § 2 ust. 4 pkt 9 i 10 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Odnosząc się do dowodu z opinii z dnia 30 kwietnia 2021 r. Izba uznała za nieuprawnione powoływanie się przez Odwołującego na jej treść z tego powodu, że dotyczy ona zasad uznawania kwalifikacji zawodowych w państwach członkowskich Unii Europejskiej, a nie doświadczenia w kryterium oceny ofert.

Izba nie stwierdziła, iżby Zamawiający swoim zachowaniem doprowadził do jakiegokolwiek dyskryminacji w tym postępowaniu przetargowym Odwołującego z powodu przynależności państwowej jednego z członków konsorcjum, o czym świadczy jego udział w tym przetargu i jego pełna legitymacja do bycia podmiotem praw i obowiązków wykonawcy.

Z powyższego zaś należy wnioskować, że Zamawiający nie złamał zakazu wszelkiej dyskryminacji ze względu na przynależność państwową, o której mowa w art.18 zd. pierwsze Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej.

W przekonaniu Izby nie doszło również do złamania przepisu art.56 zd.1 cyt. wyżej Traktatu, który stanowi, że w ramach poniższych postanowień ograniczenia w swobodnym świadczeniu usług wewnątrz Unii są zakazane w odniesieniu do obywateli Państw Członkowskich mających swe przedsiębiorstwo w Państwie Członkowskim innym niż państwo odbiorcy świadczenia.

Zdaniem Izby - w rozpoznawanej sprawie nie doszło do ograniczenia swobody świadczenia usług na obszarze Unii, bowiem Odwołujący mógł zadeklarować również doświadczenie obywatela Węgier, które jednak musiałoby pozostawać w zgodzie z treścią SIWZ, wiążącą wszystkich wykonawców na równych zasadach.

Nadto, nie można również powiedzieć, że Zamawiający kontestował w jakiegokolwiek sposób kwalifikacje zawodowe S. T. lecz jedynie jego doświadczenie w procedurach krajowych. W związku z tym Izba uznała dowód Odwołującego złożony w toku postępowania odwoławczego z zestawienia doświadczenia tej osoby za nieprzydatny do oceny powyższych zarzutów odwołania.

W tym stanie rzeczy, należało przyjąć, że Zamawiający wybrał ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia stosownie do przepisu art.91 ust.1 ustawy Pzp.

Konsekwencją powyższej motywacji Izby jest uznanie, że nie zaistniały przesłanki do zastosowania przepisu art. 93 ust.1 pkt 7 dawnej ustawy Pzp, który stanowi, że Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest

niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 553 ustawy Pzp postanowiła oddalić odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i art.576 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący:.....

.....

.....