WYROK

z dnia 3 września 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Magdalena Grabarczyk

Katarzyna Odrzywolska Monika Kawa-Ogorzałek Protokolant:

Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 września 2020 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 sierpnia 2020 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia MAX BÖGL POLSKA Sp. z o.o. we Wrocławiu, MAX BÖGL STIFTUNG & Co. KG w Sengenthal (Niemcy) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie działającego przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad w Zielonej Górze

przy udziale wykonawców:
-BUDIMEX S.A. w Warszawie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w sprawach o sygn. akt KIO 1939/20 i KIO 1940/20;
-Copesa Polska Sp. z o.o. w Warszawie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego w sprawie o sygn. akt KIO 1940/20;

orzeka:

1. uwzględnia odwołania i nakazuje Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie działającej przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad w Zielonej Górze zmianę Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz Ogłoszenia o zamówieniu przez wykreślenie pkt 7.2.3 lit. a) ppkt 3 SIWZ - IDW oraz pkt III. 1.3 ppkt 1 lit. c) Ogłoszenia o zamówieniu ustalającego obowiązek posiadania wiedzy i doświadczenia w zakresie budowy „1 dużego górnego przejścia dla zwierząt o szerokości w najwęższym miejscu co najmniej 35 m";
2. kosztami postępowania obciąża Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie działającą przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad w Zielonej Górze i:
2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 40.000 zł 00 gr (słownie: czterdzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia MAX BÖGL POLSKA Sp. z o.o. we Wrocławiu, MAX BÖGL STIFTUNG & Co. KG w Sengenthal (Niemcy) tytułem wpisów od odwołań, po 20.000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) od każdego z odwołań;
2.2.zasądza od Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie działającej przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad w Zielonej Górze na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia MAX BÖGL POLSKA Sp. z o.o. we Wrocławiu, MAX BÖGL STIFTUNG & Co. KG w Sengenthal (Niemcy) kwotę 47.200 zł (słownie: czterdzieści siedem tysięcy dwieście złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisów od odwołań oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie działająca przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad w Zielonej Górze - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), dalej jako: „ustawa" lub „Pzp" postępowania o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest budowa autostrady A18 Olszyna-Golnice (przebudowa jezdni południowej) odcinek 3 od km 33+760 do km 50+000 oraz Budowa autostrady A18 Olszyna - Golnice (przebudowa jezdni południowej) odcinek 4 od km 50+000 do km 71+533. Ogłoszenia o zamówieniu zostały opublikowane w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej odpowiednio w dniu 12 czerwca 2020 r. pod numerem 2020/S 113-273107 oraz 26 czerwca 2020 r. pod numerem 2020/S 122-298377. Wartość każdego z zamówień jest większa niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Zamawiający 3 sierpnia 2020 r. zamieścił na platformie internetowej informację o zmianie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dalej również jako „SIWZ" i Ogłoszenia o zamówieniu w obu postępowaniach, w związku z czym wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia MAX BOGL POLSKA Sp. z o.o. we Wrocławiu, MAX BOGL STIFTUNG & Co. KG w Sengenthal (Niemcy) wnieśli odwołanie 13 sierpnia 2020 r. Zachowany został termin ustawowy i obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie w obu postępowaniach art. 22 ust. 1a i 1b pkt 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez wprowadzenie w pkt 7.2.3 lit. a) SIWZ - IDW warunku a.3 oraz pkt III. 1.3 ppkt 1 lit. c) w Ogłoszeniu o zamówieniu warunku udziału w postępowaniu w postaci obowiązku posiadania wiedzy i doświadczenia w zakresie budowy „1 dużego górnego przejścia dla zwierząt o szerokości w najwęższym miejscu co najmniej 35 m". Zdaniem odwołującego jest to warunek nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i wykraczający poza zakres konieczny do oceny zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, co z kolei prowadzi do naruszenia zasady równego i uczciwego traktowania wykonawców w postępowaniu wykluczając od udziału w postępowaniu
wykonawców, którzy mają zdolności niezbędne do należytego wykonania zamówienia, w tym także w zakresie wykonania górnego przejścia na zwierząt, mimo iż warunku ustalonego przez zamawiającego nie spełniają. Odwołujący zarzucił, że zmiana warunku udziału w postępowaniu dokonana tuż przed otwarciem ofert i to w taki sposób, że w jej wyniku z postępowania eliminowanych jest cześć wykonawców, bez jakiegokolwiek uzasadnienia w potrzebach zamawiającego, stanowi nadto o naruszeniu przez zamawiającego art. 38 ust. 4 Pzp oraz dobrych obyczajów, jak również winna być kwalifikowana w kategorii nadużycia prawa.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu zmiany SIWZ oraz odpowiednio ogłoszenia o zamówieniu przez:

1. usunięcie pkt 7.2.3 lit. a) ppkt 3) SIWZ - IDW oraz pkt III. 1.3 ppkt 1 lit. c) Ogłoszenia o zamówieniu, czyli warunku udziału w postępowaniu w postaci obowiązku posiadania wiedzy i doświadczenia w zakresie budowy „1 dużego górnego przejścia dla zwierząt o szerokości w najwęższym miejscu co najmniej 35 m", ewentualnie;
2. przywrócenie warunków udziału w postępowaniu w ich pierwotnym brzmieniu.

Wykonawca BUDIMEX S.A. w Warszawie zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w sprawach o sygn. akt KIO 1939/20 i KIO 1940/20. Wykonawca Copesa Polska Sp. z o.o. w Warszawie zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego w sprawie o sygn. akt KIO 1940/20. Wykonawcy zachowali termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Przystępujący wnieśli odpowiednio o oddalenie i o uwzględnienie odwołania.

Zamawiający w pisemnych odpowiedziach na odwołanie z 31 sierpnia 2020 r. wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, że odwołania nie podlegają odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której strony i przystępujący po stronie odwołującego podtrzymali dotychczasowe stanowiska. Przystępujący po stronie zamawiającego nie uczestniczył w postępowaniu odwoławczym pomimo prawidłowego powiadomienia o terminie posiedzenia.

Izba ustaliła, co następuje:

Ogłoszeniami opublikowanymi 12 czerwca 2020 r. i 26 czerwca 2020 r. zamawiający wszczął postępowania o

udzielenie zamówienia publicznego pn. Budowa autostrady A18 Olszyna-Golnice (przebudowa jezdni południowej) odcinek 3 od km 33+760 do km 50+000.

Budowa autostrady A18 Olszyna - Golnice (przebudowa jezdni południowej) odcinek 4 od km 50+000 do km 71+533. Ogłoszenia o zamówieniu zostały opublikowane w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej odpowiednio w dniu 12 czerwca 2020 r. pod numerem 2020/S 113-273107 oraz 26 czerwca 2020 r. pod numerem 2020/S 122-298377.

Zgodnie z pkt 5 ppkt 10 OPZ dla odcinka 3 przedmiot zamówienia obejmuje budowę obiektów inżynierskich w ilości 5 szt.;

-2 górnych przejść dla dużych zwierząt,

-2 wiaduktów w ciągu autostrady,

-1 mostu w ciągu autostrady.

Analogiczny pkt 5 ppkt 10 OPZ dla odcinka 4 mówi o budowie obiektów inżynierskich w ilości 5 szt.:

-1 górnego przejścia dla dużych zwierząt,

-2 wiaduktów w ciągu autostrady,

-1 mostu w ciągu autostrady,

-1 wiaduktu nad autostradą.

Na obu odcinkach zamawiający wymaga zagospodarowanie powierzchni trawiastych na terenie płaskim i na skarpach poprzez hydroobsiew oraz wyposażenia drogi w urządzenia ochrony środowiska (pkt 5 pppkt 12 i 13 odcinka 3 oraz pkt 5 ppkt 13 i 14 odcinka 4):

-osłony przeciwolśnieniowe,

-zespoły podczyszczające wody opadowe z jezdni autostrady oraz zbiorniki retencyjne,

-nasadzenia zieleni dogęszczającej i izolacyjnej służącej ochronie walorów krajobrazowych, ograniczeniu zanieczyszczeń na terenach o dużych walorach przyrodniczych oraz ochronie terenów rolniczych, a także zieleni na przejściach dla zwierząt, naprowadzającej zwierzynę i stwarzającą azyl w razie niebezpieczeństwa,

-przejścia dla zwierząt wraz z systemem naprowadzającym,

-półki w istniejących przepustach skrzynkowych pełniących funkcję małych przejść dla zwierząt.

Zamawiający opisał przejścia dla zwierząt na odcinku 3.

1. Przejście dla zwierząt nad autostradą PZ-35a w km 42+500,00:

Przejście znajduje się w km 42+500.00 autostrady A18. Obiekt zapewnia możliwość migracji zwierząt w poprzek autostrady. Obiekt o ustroju lukowym z blachy falistej. Konstrukcja składa się ze stalowych elementów konstrukcyjnych łączonych ze sobą za pomocą ocynkowanych śrub, kotew służących do połączenia konstrukcji z fundamentem.

-żelbetowe, monolityczne ściany,

-pośrednie na palach wbijanych,

-62,27 m (dołem), 74,745 (górą) - 2 x 19,64 m.

2. Przejście dla zwierząt nad autostradą PZ~36a w km 45+775,00:

Przejście znajduje się w km 45+775,00 autostrady A18. Obiekt zapewnia możliwość migracji zwierząt w poprzek autostrady. Obiekt o ustroju łukowym z blachy falistej. Konstrukcja składa się ze stalowych elementów konstrukcyjnych łączonych ze sobą za pomocą ocynkowanych śrub, kotew służących do połączenia konstrukcji z fundamentem.

Podpory - żelbetowe, monolityczne ściany,

Posadowienie- pośrednie na palach wbijanych,

Długość obiektu - 62,27 m (dołem), 74,745 (górą)

Szerokość obiektu - 2 x 19,64 m,

Natomiast opis przejścia dla zwierząt nad autostradą PZ-39a w km 50+475,00 na odcinku 4 stanowi, że przejście znajduje się w km 50+475.00 autostrady A18. Obiekt zapewnia możliwość migracji zwierząt w poprzek autostrady. Obiekt o ustroju łukowym z blachy falistej. Konstrukcja składa się ze stalowych elementów konstrukcyjnych łączonych ze sobą za pomocą ocynkowanych śrub, kotew służących do połączenia konstrukcji z fundamentem.

Podpory - żelbetowe, monolityczne ściany,

Posadowienie - pośrednie na palach wbijanych,

Długość obiektu - 75,42 m (dołem), 70,18 (górą),

Szerokość obiektu - 2 x 19,64 m.

Opisy przejść na obu odcinkach wskazują, że ustrój nośny obiektów ma być wykonany zasadniczo z gotowych elementów stalowych z blach falistych łączonych z fundamentem i ze sobą systemowo do wymaganej długości i szerokości.

W pkt III. 1.3 ppkt 1 Ogłoszenia o zamówieniu dotyczącego części 3 zamawiający ustalił, że wykonawca musi wykazać się wiedzą i doświadczeniem, w wykonaniu (zakończeniu) w okresie ostatnich 7 łat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie, co najmniej:

a)1 zadania polegającego na budowie lub przebudowie dróg lub ulic o klasie drogi lub ulicy min. S o wartości robót co najmniej 97.000.00 PLN netto;

b)1 obiektu mostowego o obciążeniu dla klasy A i długości całkowitej obiektu co najmniej 50 m mierzonej pomiędzy skrajnymi dylatacjami obiektu.

Każde wykazane zadanie może jednocześnie potwierdzać spełnianie kilku z powyższych warunków.

Takie samo brzmienie ma opis warunku udziału w postępowaniu opisany w pkt 7.2.3 lit. a) SIWZ (IDW). Opis analogicznego warunku dotyczącego odcinka 4 różni się wartością zadania wskazanego w pod. lit. a), która w tym postępowaniu wynosi 113.000.000 zł.

3 sierpnia 2020 r. 48 dnia od dnia wszczęcia postępowania dotyczącego odcinka 3 i 38 dnia od dnia wszczęcia postępowania dotyczącego odcinka 4 zamawiający poinformował, że 30 lipca 2020 r. przesłał do publikacji w Dzienniku Urzędowym UE informację o zmianie pkt III. 1.3 ppkt 1 obu Ogłoszeń o zamówieniu. Zgodnie ze zmienionym brzmieniem warunku udziału w postępowaniu na odcinek 3 wykonawca musi wykazać się wiedzą i doświadczeniem, w wykonaniu (zakończeniu) w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie, co najmniej:

a)1 zadania polegającego na budowie lub przebudowie dróg łub ulic o klasie drogi lub ulicy min. S o wartości robót co najmniej 97.000.000 PLN netto;

b)1 obiektu mostowego o obciążeniu dla klasy A i długości całkowitej obiektu co najmniej 25 m mierzonej pomiędzy skrajnymi dylatacjami obiektu;

c)1 dużego górnego przejścia dla zwierząt o szerokości w najwęższym miejscu co najmniej 35 m.

Każde wykazane zadanie może jednocześnie potwierdzać spełnianie kilku z powyższych warunków.

Zmiana w takim samym brzmieniu została wprowadzona do pkt 7.2.3 lit. a) SIWZ (IDW). W postępowaniu dotyczącym odcinka 4 zamawiający nie zmienił wymagania opisanego pod lit. b). W tym stanie rzeczy odwołujący wniósł odwołania.

Izba zważyła, co następuje:

Izba nie uwzględniła opozycji odwołującego wobec przystąpienia do udziału w postępowaniu odwoławczym Budimex S.A. Zdaniem odwołującego wykonawca ten nie ma interesu w oddaleniu odwołania, które zmierza do rozszerzenia konkurencji w postępowaniu, zaś kwestia interesu przystępującego powinna być postrzegana podobnie jak w przypadku art. 179 ust. 1 Pzp.

Izba nie podzieliła tego poglądu i uznała, że Budimex S.A. ma interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia odwołania na korzyść zamawiającego. Wykonawca, który spełnia zaostrzone skutkiem zmiany SIWZ warunki udziału w postępowaniu jest niewątpliwie zainteresowany w uzyskaniu rozstrzygnięcia zgodnego ze stanowiskiem zamawiającego - oddalenia zarzutów odwołania zmierzających do przywrócenia pierwotnego, bardziej liberalnego brzmienia SIWZ. Niewątpliwie rozszerzenie konkurencji w postępowaniu, możliwość złożenia oferty przez szerszy krąg podmiotów jest sprzeczne z interesem podmiotu, który spełnia warunek udziału w postępowaniu po zmianie dokonanej przez zamawiającego. Uwzględnienie odwołania zmniejsza bowiem szansę uzyskania przez niego zamówienia. Ponadto interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia, o którym stanowi art. 185 ust. 2 i 3 Pzp, to pojęcie inne, o szerszym zakresie przedmiotowym, niż interes w uzyskaniu danego zamówienia, o którym stanowi art. 179 ust. 1 Pzp. Inaczej niż interes w uzyskaniu danego zamówienia, interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której wykonawca przystępuje, nie musi ograniczać się do danego zamówienia publicznego. Nie musi też mieć na celu bezpośredniej obrony przed utratą możliwości wyboru oferty danego wykonawcy w tym konkretnym postępowaniu. Wystarczające jest, że uzyskanie rozstrzygnięcia żądanego przez stronę, do której wykonawca zgłosił przystąpienie, jest korzystne dla wykonawcy.

Wobec spełnienia pozostałych przesłanek zgłoszenia przystąpienia Izba dopuściła BUDIMEX S.A. do udziału w

postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego.

Odwołujący spełnia przesłanki wskazane w art. 179 ust. 1 Pzp. Kwestionowane odwołaniem naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy jest sprzeczne z interesem odwołującego w uzyskaniu danych zamówień i grozi poniesieniem przez niego szkody. Odwołujący jako wykonawca, który zamierzał złożyć ofertę w badanych postępowaniach, ma interes w uzyskaniu każdego z zamówień. Zmiana warunków udziału w postępowaniu grozi odwołującemu poniesieniem szkody. Odwołujący utracił możliwość wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu i złożenia oferty oraz poniósł albo przynajmniej mógł ponieść koszty związane z przygotowaniem oferty.

Odwołania zasługują na uwzględnienie.

Odwołania zostały wniesione wobec zmiany postanowień Ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ, zatem ocena tych czynności zamawiającego powinna uwzględniać w pierwszej kolejności stosowne przepisy ustawy. Art. 38 ust. 4 zdanie pierwsze Pzp stanowi, że w uzasadnionych przypadkach zamawiający może przed upływem terminu składania ofert zmienić treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zgodnie z art. 36 ust. 4a Pzp, jeżeli w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego zmiana treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia prowadzi do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, zamawiający zamieszcza ogłoszenie o zmianie ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych albo przekazuje Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenie dodatkowych informacji, informacji o niekompletnej procedurze lub sprostowania, drogą elektroniczną stosownie do wartości zamówienia. Do zmiany ogłoszenia o zamówieniu odnosi się również art. 11c zdanie pierwsze Pzp, zgodnie z którym zamawiający może zmienić ogłoszenie, zamieszczając sprostowanie lub ogłoszenie zmian. Przepisy te czytane łącznie prowadzą do wniosku, że - szczególnie w sytuacji, gdy zmiana SIWZ pociąga za sobą konieczność zmiany postanowień ogłoszenia o zamówieniu - przepisy ustawy dotyczące zmiany ogłoszenia wskazują jedynie na obowiązek dokonania zmian ogłoszenia oraz sposób ich upublicznienia.

Art. 38 ust. 4 Pzp nie ogranicza przedmiotowo możliwości zmiany SIWZ. Zamawiający jest zatem uprawniony do tego, by dokonać zmiany SIWZ nie tylko w odniesieniu do opisu przedmiotu zamówienia, co najczęściej występuje w praktyce, ale również w odniesieniu do pozostałych informacji mających znaczenie dla możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia i przygotowania oferty. Potwierdza to brzmienie art. 12a ust. 2 Pzp, zgodnie z którym jeżeli zmiana ogłoszenia o zamówieniu jest istotna, w szczególności dotyczy określenia przedmiotu, wielkości lub zakresu zamówienia, kryteriów oceny ofert, warunków udziału w postępowaniu lub sposobu oceny ich spełniania, zamawiający przedłuża termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub termin składania ofert o czas niezbędny na wprowadzenie zmian we wnioskach lub ofertach.

Szeroki zakres uprawnienia zamawiającego do zmiany treści dokumentów postępowania oraz opisanych w nich wymagań nie jest jednak nieograniczony. Przywołany art. 38 ust. 4 zdanie pierwsze Pzp stanowi bowiem *in initio,* że zamawiający zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia może dokonać po pierwsze, w uzasadnionych przypadkach, po drugie, przed upływem terminu składania ofert. Kwestia relacji terminu zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia do terminu składania ofert, odnosi się do faktów - dat kalendarzowych. Natomiast uzasadnienie zmiany ma charakter ocenny i zależy od okoliczności danego przypadku.

W badanym postępowaniu zamawiający zmienił SIWZ w zakresie warunku udziału w postępowaniu. Do ustalania warunków udziału w postępowaniu odnosi się art. 22 ust. 1a Pzp , który stanowi, że zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Z przepisu tego wynikają dyrektywy: przedmiotowa - proporcji warunków udziału w postępowaniu do przedmiotu zamówienia oraz podmiotowa - oceny zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Dyrektywy te wespół z zasadami postępowania wskazanymi w art. 7 ust. 1 Pzp znajdują zastosowanie również przy ocenie czynności zamawiającego polegającej na zmianie warunku udziału w postępowaniu.

Izba zważyła, że przy badaniu proporcji nowustalonego wymagania zamawiającego do przedmiotu zamówienia nie sposób pominąć, że wymaganie wykonania przejść dla zwierząt było zawarte w SIWZ już na etapie wszczęcia postępowania, zatem to w tym czasie zamawiający działający z należytą starannością powinien ustalić adekwatne warunki udziału w

postępowaniu. Przygotowując postępowanie zamawiający dysponował lub co najmniej powinien dysponować wszystkimi informacjami niezbędnymi do ustalenia wymagań stawianych wykonawcom, w tym opisem przedmiotu zamówienia oraz wiedzą na temat możliwości rynku. Okoliczności te nie uległy zmianie w toku postępowania, a jedyna różnica, jaka mogła zaistnieć od wszczęcia postępowania do dnia zmiany treści warunku, polegała na tym, że zamawiający uzyskał wiedzę, co do wykonawców zainteresowanych zamówieniem. Poszczególni wykonawcy zadając zamawiającemu pytania dotyczące treści SIWZ ujawnili swoje zainteresowanie badanymi postepowaniami o udzielenie zamówienia. Już z tego powodu zmiana SIWZ dokonana przez zamawiającego jest nieuzasadniona oraz narusza zasady ustalone w art. 7 ust. 1 Pzp. Działanie zamawiającego, który wszczyna postępowanie o udzielenie zamówienia, a następnie przy niezmienionych wymaganiach dotyczących przedmiotu zamówienia zmienia warunki udziału w postępowaniu ograniczając konkurencję jest nieprzejrzyste oraz sprzeczne z zasadami uczciwej konkurencji. Wykonawcy są uprawnieni do tego, aby po wszczęciu postępowania przygotowywali się do wzięcia w nim udziału, działając w zaufaniu do treści SIWZ. Zmiana SIWZ dokonana tuż przed upływem terminu składania ofert prowadzi do utraty możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia przez część wykonawców, pomimo tego, że w tym momencie postępowania mogli ponieść lub ponieśli już koszty organizacyjne i finansowe związane z przygotowaniem oferty. Takie zachowanie zamawiającego należy ocenić jednoznacznie negatywnie.

Skoro obowiązek współdziałania przy wykonaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego wynikający z art. 354 k.c. dotyczy na równych prawach zamawiającego i wykonawcy, to cywilnoprawny charakter postępowania o udzielenie zamówienia pozwala na objęcie nim również i tego etapu relacji między zamawiającym a wykonawcami. Ponadto, w ocenie Izby, również dochowanie należytej staranności dotyczy nie tylko wykonawców, ale w pierwszej kolejności zamawiającego. Należyta staranność zamawiającego obejmuje prawidłowe przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia, w tym opisu przedmiotu zamówienia i proporcjonalnych do niego warunków udziału w postępowaniu. Zmiana tych warunków na późnym etapie postępowania podważa staranność zamawiającego i narusza podstawowe zasady prowadzenia postępowania. Nie przekonuje podany przez zamawiającego argument, że dopiero na tym etapie „uzyskał zgodę centrali". Z punktu widzenia przepisów ustawy i zasad prowadzenia postępowania pozbawiony on jest jakiejkolwiek doniosłości.

Badając proporcjonalność zmienionych warunków udziału w postępowaniu do przedmiotu zamówienie Izba zważyła, że ciężar udowodnienia zasadności dokonanej zmiany SIWZ spoczywał na zamawiającym zgodnie z art. 190 ust. 1 Pzp, gdyż zamawiający ze swoich twierdzeń wywodzi skutek prawny w postaci zgodności zmienionej SIWZ z prawem. Przepisy ustawy dotyczące opisu warunków udziału w postepowaniu adresowane są do zamawiającego i to jego obciąża dowód w zakresie spełnienia wymagań ustawy. W ocenie składu orzekającego zamawiający nie udźwignął ciężaru dowodu, w związku z czym Izba uznała, że nie wykazał on, aby nowoustalony warunek udziału w postępowaniu był przedmiotowo proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz niezbędny do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia. W szczególności brak jest podstaw do uznania, że zamawiający posłużył się tu opisem minimalnego poziomu zdolności.

Argumentacja powołana przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie i podtrzymywana na rozprawie nie przekonuje, że wykonanie górnego przejścia dla zwierząt wymaga posiadania jakiś szczególnych kompetencji, czy doświadczenia. Zamawiający powołał się na konieczność precyzyjnego montażu blach, z których ma być wykonane przejście, jednak jak oświadczył, uchybienia w tym zakresie, z którymi miał do czynienia w przeszłości, nie dotyczyły przejścia dla zwierząt, ale innego obiektu. W związku z tym Izba uwzględniła stanowisko odwołującego, który na podstawie katalogu producenta załączonego do odwołania wykazał, że obiekty z zastosowaniem rozwiązań prefabrykowanych, opisanych przez zamawiającego w dokumentacji projektowej, są prostsze w wykonaniu w stosunku do technologii tradycyjnej budowy obiektów mostowych. Producent wskazał, że prefabrykat może być stosowany jako element konstrukcji praktycznie każdego obiektu mostowego: mostu, wiaduktu, tunelu, a także przejścia dla pieszych. Wobec braku argumentacji na twierdzenie przeciwne Izba podzieliła stanowisko odwołującego, że szerokość przejścia nie ma zasadniczego związku z oceną zdolności do prawidłowego wykonania tego elementu zamówienia. W tej sytuacji uzasadniona jest także argumentacja prawna odwołującego, który wywodził, że zgodnie § 1 pkt 2 Rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 30 maja 2000 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogowe obiekty inżynierskie i ich usytuowanie (Dz.U. z 2000 r. Nr 63 poz.735) przejście dla zwierząt jest albo obiektem mostowym, albo przepustem, albo tunelem. Przepis ten stanowi, że obiektów inżynierskich zalicza się:

11) obiekty mostowe - rozumie się przez to budowlę przeznaczoną do przeprowadzenia drogi, samodzielnego ciągu pieszego lub pieszo-rowerowego, szlaku wędrówek zwierząt dziko żyjących lub innego rodzaju komunikacji gospodarczej nad przeszkodą terenową, a w szczególności: most, wiadukt, estakadę, kładkę (§ 3 pkt 1 rozporządzenia),

22) tunele - rozumie się przez to budowlę przeznaczoną do przeprowadzenia drogi, samodzielnego ciągu pieszego lub pieszo-rowerowego, szlaku wędrówek zwierząt dziko żyjących lub innego rodzaju komunikacji gospodarczej przez lub pod

przeszkodą terenową, a w szczególności: tunel, przejście podziemne (§ 3 pkt 2 rozporządzenia),

33) przepusty - rozumie się przez to budowlę o przekroju poprzecznym zamkniętym, przeznaczoną do przeprowadzenia cieków, szlaków wędrówek zwierząt dziko żyjących lub urządzeń technicznych przez korpus drogi (§ 3 pkt 2 rozporządzenia).

Za nieudowodnione Izba uznała twierdzenie zamawiającego, że z uwagi na konieczność wykonania szlaków naprowadzających, osłon przeciwolśnieniowych, czy zieleni na przejściach dla zwierząt, naprowadzającej zwierzynę i stwarzającej azyl w razie niebezpieczeństwa jego wymaganie jest uzasadnione. Zamawiający nie podał w tym zakresie żadnej argumentacji. Zadaniem wykonawcy w badanych postępowaniach jest wykonanie robót budowlanych według przygotowanego projektu i w ustalonej technologii. W ocenie Izby w przypadku przejść dla zwierząt trudności mogą być związane z prawidłowym projektowaniem, zamawiający nie wykazał natomiast, aby wykonanie przejść było technicznie lub technologicznie skomplikowane. Jeśli zamawiający obawiał się nieprawidłowego wykonania nasadzeń, mógł ten element oddzielnie opisać, co jednak w świetle stwierdzenia, że w okresie gwarancji wykonawca ma utrzymywać i pielęgnować nasadzenia, wydaje się zbędne.

Wymaganie zamawiającego wykazania doświadczenia w budowie górnych przejść dla zwierząt Izba uznała za nadmierne również z tego powodu, że na odcinku 3 zamawiający przewidział 2 mosty i 1 wiadukt, na odcinku 4 przewidział 3 wiadukty i 1 most, a żądał doświadczenia w budowie 1 obiektu mostowego bez wskazania, czy ma być zbudowany w ciągu drogi, czy nad drogą, natomiast w odniesieniu do przejścia dla zwierząt o liczbie 2 w odcinku 3 i 1 w odcinku 4, żądał doświadczenia w wykonaniu wyłącznie górnego przejścia dla zwierząt i to o parametrach zbliżonych do opisanych w tym postępowaniu.

W ocenie Izby jednak sposób działania zamawiającego narusza zasady uczciwej konkurencji już tylko z tego powodu, że warunek udziału w postępowaniu został w sposób nieuzasadniony zaostrzony w 38 i 48 dniu od wszczęcia postępowania. To, że zdaniem zamawiającego, wymaganie dotyczące budowy górnego przejścia dla zwierząt spełnia 10 wykonawców, nie oznacza zatem zapewnienia uczciwej konkurencji w postępowaniu, zwłaszcza że wykazanie się doświadczeniem w budowanie górnego przejścia dla zwierząt o wymaganej szerokości przez danego wykonawcę, nie jest równoznaczne ze spełnianiem przez niego wszystkich warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający oświadczył wprawdzie, że warunki udziału w postepowaniu spełni 10 wykonawców, jednak oświadczenie to z uwagi na swą ogólność nie jest możliwe do weryfikacji.

Nie zasługuje na uwzględnienie argument, że dokonując zmiany SIWZ i Ogłoszenia o zamówieniu zamawiający przedłużył termin składania ofert. Przedłużenie terminu składania ofert nie ma w okolicznościach sprawy znaczenia dla wykazania przez wykonawcę wymaganego doświadczenia i nie pozwoli mu na wprowadzenie zmiany w ofercie.

Zamawiający naruszył art. 22 ust. 1a i 1b pkt 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 38 ust. 4 Pzp. Nieuzasadniona zmiana warunków udziału w postępowaniu ograniczająca konkurencję w postępowaniu dokonana w toku postępowania wobec zbliżającego się terminu składania ofert nie zasługuje na ochronę prawną.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 2 i 3 Pzp orzekła jak w pkt 1 sentencji, wydając orzeczenie łączne na podstawie art. 192 ust. 8 Pzp. O kosztach Izba orzekła stosownie do wyniku postępowania odwoławczego na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, uwzględniając koszty pełnomocnika odwołującego się związane z wynagrodzeniem pełnomocnika w kwocie 3.600 zł w każdej ze spraw, zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w

postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972)

Przewodniczący: