

Sygn. akt: KIO 698/18

**POSTANOWIENIE**  
z dnia 26 kwietnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska**

**Protokolant: Marta Słoma**

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron i uczestników postępowania w Warszawie w dniu 26 kwietnia 2018r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 kwietnia 2018r. przez wykonawcę **Budimex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Stawki 40** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Gmina Kraków Zarząd Inwestycji Miejskich w Krakowie, ul. Reymonta 20**

przy udziale wykonawcy **PORR Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Hołubcowa 123** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 698/18 po stronie odwołującego

przy udziale wykonawcy **Gülermak Ağır Sanayi İnşaat ve Taahhüt A.Ş. z siedzibą w Ankarze Konya Devletyolu, 23.Km, no. 111 Gölbaşı – Ankara, działający przez Gülermak Ağır Sanayi İnşaat ve Taahhüt A.S. Oddział w Polsce z siedzibą w Warszawie, ul. Emilii Plater 53** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 698/18 po stronie odwołującego

przy udziale wykonawcy **Rikella Investments spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Grzybowska 80/82** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 698/18 po stronie zamawiającego

**postanawia:**

**1. Umorzyć postępowanie**

- 1.1. Nakazuje zwrócić z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwotę 20 000zł. 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Budimex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Stawki 40**, w tym kwotę 15 000zł. 00 groszy (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) tytułem zwrotu wpisu od odwołania**

oraz **kwotę 5 000zł. 00 gr.** (słownie: pięć tysięcy złotych zero groszy) tytułem nadpłaconego wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz.1579) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Krakowie**.

**Przewodniczący:** .....

**Uzasadnienie**

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie dialogu konkurencyjnego na budowę, utrzymanie i zarządzanie obiektem Centrum Obsługi Inwestora w Krakowie w formule partnerstwa publiczno-prywatnego zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 4 kwietnia 2018r. za numerem 2018/S 065 – 144854.

W dniu 13 kwietnia 2018r. odwołujący Budimex SA z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie. Odwołanie zostało podpisane zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 30 listopada 2018r. udzielonego przez prezesa zarządu upoważnionego do samodzielnej reprezentacji, zgodnie z załączonym odpisem z KRS. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 13 kwietnia 2018r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu, że naruszył w szczególności następujące przepisy:

- 1) art. 48 ust. 2 pkt 8a w zw. z art. 60c ustawy oraz art. 7 ustawy przez opis sposobu dokonania wyboru wykonawców zaproszonych do dialogu konkurencyjnego w postępowaniu w sposób nadmiernie zawężający krąg potencjalnych wykonawców w sposób jednoznacznie preferujący niektórych z nich, a co za tym idzie w sposób dyskryminujący wykonawców i naruszający uczciwą konkurencję,
- 2) art. 48 ust. 2 pkt 8a ustawy w zw. z art. 60c ustawy oraz art. 29 ustawy przez niejednoznaczny opis kryteriów polegający na pominięciu w Ogłoszeniu informacji czy zamawiający przy ocenie kryteriów wyboru ograniczonej liczby wykonawców zaproszonych do dialogu konkurencyjnego będzie brał pod uwagę dodatkowe roboty i usługi podmiotów na których zdolnościach polega wykonawca.

Wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania,
- 2) nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany treści Ogłoszenia w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania,
- 3) nakazanie zamawiającemu odpowiedniej zmiany terminu składania ofert, jeśli okaże się to niezbędne.

W dniu 16 kwietnia 2018r. (14 kwietnia 2018r. sobota, 15 kwietnia 2018r. niedziela – początek biegu terminu 10 dniowego 4 kwietnia 2018r.) odwołujący złożył pismo zatytułowane rozszerzenie zarzutów odwołania i zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 22 ust. 1a i 22d ust. 1 ustawy oraz art. 7 i art. 48 ust. 2 pkt 6 i 8a ustawy w zw. z art. 60c ustawy przez opis warunków udziału i sposobu dokonania wyboru wykonawców zaproszonych do dialogu konkurencyjnego w postępowaniu w sposób nadmierny i nieproporcjonalny dla zweryfikowania zdolności wykonawcy do należytego wykonania

przedmiotowego zamówienia oraz nadmiernie zawężający krąg potencjalnych wykonawców w sposób niezasadny jednoznacznie preferujący niektórych z nich, a co za tym idzie w sposób dyskryminujący wykonawców i naruszający uczciwą konkurencję.

Odwołujący wniósł o modyfikację treści ogłoszenia poprzez wykreślenie w sekcji III.1.3. w punkcie (a) podpunktu (i) o treści „zaprojektowanie (tj. opracowanie dokumentacji projektowej składającej się co najmniej z projektu budowlanego”.

Odwołujący wniósł o zobowiązanie zamawiającego do określenia poziomu możliwych do uzyskania dodatkowych punktów w sekcji II.2.9) punkty (a) i (c) Ogłoszenia na jednakowym poziomie nie więcej niż 10 punktów łącznie.

W dniu 16 kwietnia 2018r. wykonawca PORR Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Hołubcowa 123 zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego wnosząc o jego uwzględnienie w całości i wskazując, że zawiadomienie o wniesieniu odwołania otrzymał 13 kwietnia 2018r. Zgłaszający podniósł, że interes w rozstrzygnięciu na korzyść odwołującego, gdyż jest przedsiębiorcą działającym na rynku budownictwa kubaturowego i zamierza złożyć ofertę w postępowaniu. Zgłosił zamawiającemu szereg pytań wobec treści ogłoszenia, na które zamawiający nie odpowiedział, a kryteria selekcji zostały przez zamawiającego sformułowane w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i naruszający zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji. Zgłaszający podniósł przede wszystkim brak możliwości powołania się na zasoby innego podmiotu przy kryteriach selekcji, co utrudnia uczciwą konkurencję, gdyż specyfika rynku partnerstwa publiczno-prywatnego cechuje się zawiązywaniem spółek celowych, korzystających z doświadczenia innych podmiotów w szczególności wchodzących w skład tej samej grupy kapitałowej. Zgłoszenie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 16 kwietnia 2018r. udzielonego przez członka zarządu i prokurenta, ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 16 kwietnia 2018r.

W dniu 17 kwietnia 2018r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania zamieszczając jego kopię na stronie internetowej.

W dniu 20 kwietnia 2018r. do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zgłosił swój udział wykonawca Gülermak Ağır Sanayi İnşaat ve Taahhüt A.Ş. z siedzibą w Ankarze Konya Devletyolu, 23.Km, no. 111 Gölbaşı – Ankara, działający przez Gülermak Ağır Sanayi İnşaat ve Taahhüt A.S. Oddział w Polsce z siedzibą w Warszawie, ul. Emilii Plater 53, wnosząc o jego uwzględnienie i wskazując, że jako wykonawca zainteresowany udziałem w spornym postępowaniu ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść odwołującego, gdyż postanowienia ogłoszenia, które kwestionuje odwołujący utrudniają, a wręcz uniemożliwiają

uczciwą konkurencję, a ich wyeliminowanie pozwoli zgłaszającemu na udział w postępowaniu i daje szansę na uzyskanie zamówienia. Zgłoszenie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 18 kwietnia 2018r. udzielonego przez pełnomocnika Oddziału przedsiębiorcy zagranicznego w Polsce, ujawnionego w złożonym odpisie z KRS. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 20 kwietnia 2018r.

W dniu 20 kwietnia 2018r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział wykonawca Rikella Investments spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Grzybowska 80/82 wnosząc o oddalenie odwołania. Wskazał, że ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż ukształtowanie postanowień ogłoszenia w sposób żądany przez odwołującego utrudni, jeśli nie uniemożliwi mu udział w postępowaniu, a zatem zagraża uzyskaniu zamówienia przez zgłaszającego. Żądania odwołania grożą wyłonieniem wykonawcy niezdolnego do wykonania zamówienia, a są podmioty zdolne wykonać zamówienie na warunkach określonych przez zamawiającego. Zgłoszenie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 18 kwietnia 2018r. udzielonego przez członka zarządu i prokurenta, zgodnie ze złożonymi aktem założycielskim spółki oraz uchwałami i pełnomocnictwami ustanawiającymi członków zarządu i prokurentów. Zgłoszenie zostało przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 20 kwietnia 2018r.

Zamawiający w dniu 23 kwietnia 2018r. złożył oświadczenie, że uwzględni w części wniesione przez Odwołującego odwołanie i rozszerzenie zarzutów odwołania i dokonał odpowiednich zmian w ogłoszeniu o zamówieniu opublikowanym dnia 04.04.2018r., pod numerem Dz. U. U.E. 2018/S 065-144854. Odnosząc się do zarzutów zawartych w uzasadnieniu odwołania oraz rozszerzeniu zarzutów odwołania wniesionego przez odwołującego, zamawiający stwierdził, że zasługują one w części na uwzględnienie. W związku z powyższym zamawiający dokonał zmiany ogłoszenia o zamówienie przez dokonanie następujących modyfikacji:

W zakresie zarzutu I i II odwołania:

Zamawiający zmodyfikował pierwotną treść ogłoszenia o zamówieniu w następujący sposób (uwzględnienia zarzuty odwołującego w całości), dodał do ogłoszenia treść:

„Zamawiający informuje, iż w przypadku, gdy wykonawca powoła się na zdolności techniczne i zawodowe innych podmiotów, o których mowa w art. 22a PZP, Zamawiający będzie uwzględniał potencjał tych podmiotów w opisanych w niniejszym ogłoszeniu kryteriach selekcji (przyzna dodatkowe punkty).”

W zakresie rozszerzenia zarzutów odwołania o dodatkowe naruszenia, polegające na:

opisaniu warunków udziału i sposobu dokonania wyboru wykonawców zaproszonych do dialogu konkurencyjnego w postępowaniu w sposób nadmierny i nieproporcjonalny dla zweryfikowania zdolności wykonawcy do należytego wykonania przedmiotowego zamówienia oraz nadmiernie zawężający krąg potencjalnych wykonawców w sposób niezasadny jednoznacznie preferujący niektórych z nich, a co za tym idzie w sposób dyskryminujący wykonawców i naruszający uczciwą konkurencję, zamawiający zmodyfikował pierwotną treść ogłoszenia o zamówienie w następujący sposób (uwzględnia zarzuty odwołującego w części tj. w zakresie dotyczącym opisu warunków udziału w postępowaniu):

Sekcja III.1.3) Zdolność techniczna i kwalifikacje zawodowe otrzymuje następujące brzmienie:

Wykaz i krótki opis kryteriów kwalifikacji:

„Wykonawcy na potwierdzenie spełniania warunków składają dokumenty określone w sekcji V1.3 niniejszego ogłoszenia.

Minimalny poziom ewentualnie wymaganych standardów:

O udzielenie zamówienia może ubiegać się wykonawca, który:

(a) wykonał, lub będąc członkiem grupy wykonawców wykonał wspólnie z innymi podmiotami, w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie, przynajmniej jedną robotę budowlaną, której przedmiotem była budowa (w rozumieniu art. 3 pkt. 6 ustawy Prawo budowlane) przynajmniej 1 budynku użyteczności publicznej lub zamieszkania zbiorowego o całkowitej wartości inwestycji co najmniej 100 000 000,00 PLN brutto oraz o powierzchni całkowitej minimum 10 000 m<sup>2</sup>,

(b) świadczył, lub będąc członkiem grupy wykonawców świadczył wspólnie z innymi podmiotami, w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, przez okres co najmniej 12 miesięcy następujących po sobie, usługę eksploatacji (rozumianą co najmniej jako utrzymanie i zarządzanie) przynajmniej jednego budynku użyteczności publicznej lub zamieszkania zbiorowego o powierzchni całkowitej minimum 10 000 m<sup>2</sup>.

Powyższe warunki tj. (a), (b) oraz warunek dot. sytuacji ekonomicznej i finansowej (sekcja III. I .2) muszą być spełnione łącznie.

Zamawiający dopuszcza, aby na potwierdzenie spełniania warunków udziału opisanych w punktach (a) i (b) powyżej wykonawca wykazał doświadczenie w ramach jednej lub dwóch inwestycji/przedsięwzięć/zadań/umów.

W zakresie spełnienia opisanych powyżej warunków udziału zamawiający zgodnie z art. 22a PZP dopuszcza możliwość polegania przez wykonawców na zdolnościach innych podmiotów (tzw. podmiotów trzecich). W takiej sytuacji wykonawca będzie zobowiązany do wniosku

dołączyć zobowiązanie podmiotu trzeciego oraz dokumenty wykazujące umocowanie osób podpisujących zobowiązanie w imieniu podmiotu trzeciego.

Wykonawca może polegać na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem przy innym zamówieniu, jeżeli zakres udziału tego wykonawcy był na tyle konkretny, że wykonawca ten wniósł faktyczny wkład wprowadzenie działań, które były wymagane od grupy wykonawców w ramach danego zamówienia zgodnie z wyrokiem Trybunału Sprawiedliwości UE z 4.5.2017 r. w sprawie C-387/14 Esaprojekt.”

Zamawiający oświadczył, że nie uwzględnia zarzutu wskazanego w rozszerzeniu odwołania, polegającego na opisanu sposobu dokonania wyboru wykonawców zaproszonych do dialogu konkurencyjnego w postępowaniu w sposób nadmierny i nieproporcjonalny dla weryfikowania zdolności wykonawcy do należytego wykonania przedmiotowego zamówienia oraz nadmiernie zawężający krąg potencjalnych wykonawców w sposób niezasadny jednoznacznie preferujący niektórych z nich, a co za tym idzie w sposób dyskryminujący wykonawców i naruszający uczciwą konkurencję i w konsekwencji wniosku o: określenie poziomu możliwych do uzyskania dodatkowych punktów w sekcji 11.2.9) punkty (a) i (c) Ogłoszenia na jednakowym poziomie nie więcej niż 10 punktów łącznie.

W dniu 25 kwietnia 2018r. odwołujący złożył oświadczenie o cofnięciu odwołania w zakresie nieuwzględnionym przez zamawiającego i wniósł o umorzenie postępowania.

Na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania wykonawca Rikella przystępujący po stronie zamawiającego nie stawił się, o terminie prawidłowo powiadomiony, dowód w aktach sprawy. Pismo Zamawiającego o uwzględnieniu odwołania w części nastąpiło po wykonaniu przez Izbę czynności formalnych i sprawdzających, tym samym nie było podstaw do kierowania wobec Przystępującego wezwania do złożenia sprzeciwu. Zatem nie stawiennictwo Przystępującego Rikella należy traktować jako nie złożenie oświadczenia o wniesieniu sprzeciwu wobec stanowiska zamawiającego, co do uwzględnienia części zarzutów.

#### **Izba zważyła, co następuje:**

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy.

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienia spełniają wymogi formalne określone w art. 185 ust. 2 ustawy.

Izba uznała, że odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia i możliwość poniesienia szkody jako przesłanki materialnoprawne dopuszczalności odwołania z art. 179 ust. 1 ustawy.

Zgodnie z art. 186 ust. 3a ustawy w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu i wycofania pozostałych zarzutów przez odwołującego, Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia części zarzutów. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów.

Jak wynika z ustalonego stanu faktycznego, zamawiający uwzględnił część zarzutów odwołania, odwołujący cofnął pozostały zarzut, a przystępujący Rikella po stronie zamawiającego nie wniósł sprzeciwu wobec częściowego uwzględnienia. Tak ustalony stan faktyczny nadaje się do subsumpcji pod normę art. 186 ust. 3 a, co obliguje Izbę do umorzenia postępowania odwoławczego.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania wydano na podstawie art. 186 ust. 6 pkt 1 ustawy oraz § 5 ust. 1 pkt 2 a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r. Nr 41, poz. 238, zm. Dz.U z 2017 r., poz. 47), z których wynika, że jeżeli zamawiający uwzględnił w części zarzuty przedstawione w odwołaniu, a pozostałe zarzuty zostały przez odwołującego wycofane przed rozpoczęciem rozprawy, koszty postępowania znosi się wzajemnie, a odwołującemu zwraca się z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych kwotę uiszczoną tytułem wpisu. Izba wzięła także pod uwagę, że przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego są usługi utrzymania i zarządzania obiektem Centrum Obsługi Inwestora, zaś budowa tego obiektu w formule partnerstwa publiczno-prywatnego jest jedynie sposobem dojścia do świadczenia tych usług, to wysokość wpisu należało ustalić na kwotę 15 000zł., podczas, gdy odwołujący uiszczył kwotę 20 000zł. W konsekwencji Izba nakazała również zwrot odwołującemu nadpłaconego wpisu w wysokości 5 000zł.

**Przewodniczący:** .....