

**POSTANOWIENIE**  
z dnia 10 października 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

**Przewodniczący:** Anna Packo  
Aleksandra Patyk  
Ryszard Tetzlaff

**Protokolant:** Edyta Paziewska

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 10 października 2017 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 września 2017 r. przez

**L.I. Sp. z o.o. (...)**

w postępowaniu prowadzonym przez

**Miasto Łódź ul. Piotrkowska 104, 90-926 Łódź**

**postanawia:**

- 1. umorzyć postępowanie odwoławcze,**
- 2. nakazać Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz L.I. Sp. z o.o. kwoty 20 000,00 złotych (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych) stanowiącej uiszczony wpis.**

Stosownie do art. 56 ust. 1 ustawy z dnia 21 października 2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. z 2016 r., poz. 1920) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Łodzi.

**Przewodniczący:** .....

.....

.....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Miasto Łódź prowadzi postępowanie na „wybór partnera prywatnego do realizacji przedsięwzięcia polegającego na zaprojektowaniu, wybudowaniu parkingów dla Miasta Łodzi. Etap I” na podstawie przepisów ustawy z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym (Dz.U. z 2009 r. Nr 19, poz. 100) oraz ustawy z dnia 21 października 2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. z 2016 r., poz. 1920). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 2 czerwca 2017 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2017/S 105-210779.

Odwołujący – L.I. Sp. z o.o. wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 38 ust. 1 pkt 2 i ust. 1 ustawy o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi poprzez jego niezastosowanie wyrażające się w braku uzasadnienia faktycznego i prawnego powodów odrzucenia wniosku o dopuszczenie do postępowania, co skutkuje oczywistym naruszeniem prawa przez Zamawiającego, a Odwołującemu dodatkowo utrudnia obronę jego praw w postępowaniu;

2. art. 12 ust. 1 ustawy o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi przez jego niezastosowanie i odrzucenie oferty Odwołującego, która spełniała wszystkie warunki ustalone w ogłoszeniu o udzielenie zamówienia i nie podlegała wykluczeniu;

3. art. 33 ust. 1 pkt 2 ustawy o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi w zw. z ust. 5.4 pkt 2) Opisu postępowania poprzez ich błędną wykładnię prowadzącą się do uznania, że możliwa jest zmiana kryteriów kwalifikacji dotyczących zdolności technicznej po upływie terminu na złożenie wniosków o dopuszczenie do postępowania, na skutek czego Zamawiający dokonał oceny kryterium dotyczącego zdolności technicznych z uwzględnieniem innej definicji „zarządzania” niż legalna, wskazana w dokumentach koncesji, bowiem Zamawiający poszerzył definicję legalną o konieczność „pobierania opłat za parkowanie”. Na skutek tego uchybienia Zamawiający dokonał błędnej i niezgodnej z dokumentami zamówienia oceny płatnego charakteru parkingu;

4. art. 21 ust. 1 pkt 3 ustawy o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi poprzez jego niezastosowanie, co przejawiało się w braku opisu kryteriów kwalifikacji w ogłoszeniu o koncesji wbrew treści wskazanego przepisu;

5. art. 35 ust. 2 ustawy o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi poprzez jego niezastosowanie i żądanie przedłożenia dokumentów potwierdzających spełnianie kryteriów kwalifikacji oraz brak podstaw wykluczenia, mimo że w ogłoszeniu o zamówieniu Zamawiający nie ustalił zasad, na których mógł żądać od wykonawców przedłożenia takich dokumentów;

6. art. 35 ust. 2 ustawy o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi poprzez błędną jego wykładnię i przyjęcie, że żądanie od wykonawcy przedłożenia dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia uprawnia również do żądania takich dokumentów odnośnie podmiotów udostępniających zasoby Odwołującemu;

7. art. 32 oraz art. 65 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 16 ustawy o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi poprzez błędną wykładnię przedłożonych przez wykonawcę dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia podmiotu, ze zdolności których Odwołujący korzystał, z których w sposób oczywisty wynika, iż były one aktualne w dniu składania wniosku, a dokonanie przez Zamawiającego odmiennych ustaleń prowadziło do odrzucenia wniosku Odwołującego o dopuszczenie do udziału w postępowaniu;

8. art. 33 ust. 1 i 2 oraz art. 36 w zw. z art. 12 ust. 2 ustawy o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi poprzez uzależnienie spełnienia przez Wykonawcę kryteriów kwalifikacji dotyczących zdolności technicznych lub zawodowych od wykazania, że podmiot, na zasobach którego bazuje Wykonawca, nie podlega wykluczeniu, co jest sprzeczne:

- z dyspozycją art. 36 ustawy o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi, który zezwala na korzystanie ze zdolności innych podmiotów bez konieczności weryfikacji braku podstaw wykluczenia tego podmiotu;

- z treścią art. 32 ust. 2 ustawy o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi, który wskazuje, iż kryteria kwalifikacji muszą być związane z przedmiotem umowy koncesji i proporcjonalne do tego przedmiotu, co jest o tyle ważne, iż Zamawiający, uzależniając ich spełnienie od braku wystąpienia przesłanek wykluczenia rozszerza zakres kryteriów kwalifikacji o treść tych przesłanek, co stanowi naruszenie art. 12 ust. 2 ustawy (uniknięcie stosowania przepisów ustawy), a to z uwagi na nieprzewidzenie wprost takiego obowiązku w ustawie (tiret powyżej);

9. art. 32 ust. 6 w zw. z art. 12 ust. 1 ustawy o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi poprzez nieuwzględnienie faktu, iż Odwołujący złożył w przedmiotowej sprawie dokumenty, z których w sposób jednoznaczny wynika, iż nie toczy się wobec niego żadne postępowanie, w tym likwidacyjne i egzekucyjne, co Zamawiający – z uwagi na zasadę uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i proporcjonalności – winien uwzględnić, a co powinno skutkować brakiem wykluczenia Wykonawcy z postępowania z uwagi na treść art. 32 ust. 6 ustawy o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi.

Odwołujący wniosł o:

1. przeprowadzenie postępowania wyjaśniającego, w tym dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów;
2. nakazanie unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu Odwołującego z udziału w postępowaniu;
3. nakazanie Zamawiającemu zaproszenia Odwołującego do udziału w postępowaniu; ewentualnie nakazanie unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na zaproszeniu

do udziału w postępowaniu oraz nakazanie Zmawiającemu ponownego porównania i oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu z uwzględnieniem wniosku Odwołującego,

4. zasądzenie od Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego na rzecz Odwołującego według norm przepisanych, w tym kosztów zastępstwa.

Zgodnie z oświadczeniem Zamawiającego kopię odwołania przekazał on wykonawcom 27 września 2017 r.

Do dnia wydania postanowienia nie zgłoszono przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Zamawiający, przed otwarciem rozprawy, uwzględnił odwołanie w części dotyczącej „zarzutu naruszenia art. 32 oraz art. 65 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 16 ustawy o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi poprzez błędną wykładnię przedłożonych przez wykonawcę dokumentów” oraz zarzutu naruszenia art. 32 ust. 6 w zw. z art. 12 ust. 1 ustawy o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi”.

Odwołujący wycofał pozostałe zarzuty.

Izba stwierdziła, że Zamawiający uwzględnił część zarzutów postawionych w odwołaniu przed otwarciem rozprawy, a Odwołujący, również przed otwarciem rozprawy, wycofał pozostałe zarzuty, zatem zachodzą przesłanki umożliwiające umorzenie postępowania odwoławczego i, zgodnie z przepisem art. 186 ust. 3a ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z art. 54 ust. 2 ustawy o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 186 ust. 6 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 5 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 z późn. zm.).

**Przewodniczący:** .....

.....

.....