

Sygn. akt: KIO 885/18

POSTANOWIENIE
z dnia 14 maja 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Odrzywolska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu **14 maja 2018 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **4 maja 2018 r.** przez wykonawcę **Gülermak Ağir Sanayi İnşaat ve Taahhüt A.Ş. Konya Devletiyolu, 23.Km, no. 111 Gölbaşı – Ankara**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Gmina Miejska Kraków – Zarząd Infrastruktury Komunalnej i Transportu w Krakowie ul. Centralna 53, 31-586 Kraków**

przy udziale wykonawcy: **BUDIMEX S.A. ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego.

postanawia:

- 1. umorzyć postępowanie odwoławcze;**

- 2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy Gülermak Ağir Sanayi İnşaat ve Taahhüt A.Ş. Konya Devletiyolu, 23.Km, no. 111 Gölbaşı – Ankara kwoty 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej kwotę uiszczzonego wpisu.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 24 sierpnia 2017 r. poz. 1579 ze zm) 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 prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Budowa Linii Tramwajowej KST, etap IV w modelu partnerstwa publiczno-prywatnego”, numer referencyjny: 2/IV/2018 (dalej „Postępowanie” lub „Zamówienie”) zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich pod numerem 2018/S 067-149146 z 6 kwietnia 2018 r., przez **Gminę Miejską Kraków – Zarząd Infrastruktury Komunalnej i Transportu w Krakowie ul. Centralna 53, 31-586 Kraków** (zwane dalej: „zamawiającym”). Publikacja ogłoszenia o zmianie ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich miała miejsce w dniu 26 kwietnia 2018 r. pod numerem 2018/S 081-182177.

W dniu 2 maja 2018 r. wykonawca: **Gülermak Ağır Sanayi İnşaat ve Taahhüt A.Ş. Konya Devletiyolu, 23.Km, no. 111 Gölbaşı – Ankara** (zwany dalej „odwołującym”) wniósł odwołanie wobec niezgodnej z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 24 sierpnia 2017 r., poz. 1579 ze zm.) – dalej „ustawa Pzp” czynności zamawiającego, polegającej na ustaleniu treści ogłoszenia o zamówieniu w sposób sprzeczny z przepisami ustawy Pzp, a to w drodze sprostowania (ogłoszenia zmian), w wyniku którego doszło do zmiany pierwotnie określonej treści warunku udziału w postępowaniu, opisanego dotychczas w sekcji III.1.3. lit (b) oraz - odwołujących się do warunków udziału - kryteriów selekcji (sekcja II.2.9 lit. (b)), poprzez wskazanie, że:

- o udzielenie zamówienia może ubiegać się wykonawca, który (c) 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) lub przebudowa (w rozumieniu art. 3 pkt 7a ustawy Prawo budowlane) tunelu o długości bez najazdów min. 300 m.;
- w przypadku, gdy wymagane warunki udziału spełni więcej niż 3 wykonawców (po zastosowaniu formuły spełnia/nie spełnia dla każdego z warunków), zamawiający zaprosi do udziału w dialogu konkurencyjnym wykonawców, którzy otrzymają najwyższą liczbę punktów na podstawie wskazanych poniżej kryteriów selekcji: (a) za każdą dodatkową robotę budowlaną ponad opisaną jako warunek udziału wskazany w punkcie (b) w sekcji III.1.3) wykonawca otrzyma 1 punkt, jednak nie więcej niż 5

punktów łącznie, (b) za każdą dodatkową robotę budowlaną ponad opisaną jako warunek udziału wskazany w punkcie (c) w sekcji III, 1.3) wykonawca otrzyma 1 punkt, jednak nie więcej niż 5 punktów łącznie,

przy czym odwołujący wskazuje, iż powołana powyżej, obecna treść warunków udziału w postępowaniu jest nieproporcjonalna do przedmiotu zamówienia i uniemożliwia ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia oraz została sformułowana z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a kryteriów selekcji nie sposób uznać za obiektywne i niedyskryminacyjne.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu obrazę następujących przepisów:

1. **art. 22 ust. 1a w zw. z art. 22 ust. 1b oraz art. 22 ust. 1 w zw. z art. 22d ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp i art. 355 ustawy Kodeks cywilny** poprzez zmianę i ustalenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznych i zawodowych w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a także w sposób nieproporcjonalny, uniemożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania przedmiotu zamówienia, a to z uwagi na sformułowanie treści Ogłoszenia w sekcji III, 1.3. lit. (c) jak opisano powyżej i umożliwienie ubiegania się o udzielenie zamówienia także wykonawcom, którzy wykażą się doświadczeniem jedynie w przebudowie, a nie budowie (w rozumieniu prawa budowlanego) tunelu o długości min. 300 m, co jest o tyle istotne, iż na zakres realizowanych w ramach zamówienia robót składa się „*budowa obiektu inż. - tunelu - o łącznej długości całkowitej ok. 940 m wraz z najazdami (szer. w świetle 8,4 m, wys. 6,0 m) pod Rondem Polsadu wraz z podziemnym przystankiem, ciągami pieszymi oraz z infrastrukturą*”, a doświadczenie w przebudowie w sposób oczywisty nie gwarantuje nie tylko należytego, ale także w ogóle wykonania opisanego powyżej zakresu zamówienia;
2. **art. 48 ust. 2 pkt 6) w zw. z art. 60c ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 16) oraz art. 60d w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp oraz art. 355 ustawy Kodeks cywilny** poprzez sformułowanie w wyniku zmiany treści Ogłoszenia dyskryminacyjnych i nieobiektywnych kryteriów selekcji w zakresie w jakim Zamawiający w sekcji II.2.9. lit. (b) zdecydował o przyznaniu dodatkowych punktów także wykonawcom, którzy wykażą się jedynie przebudową, a nie budową w rozumieniu prawa budowlanego, tunelu o długości 300 m, przy czym - co istotne - na zakres realizowanych w ramach zamówienia robót składa się „*budowa obiektu inż. - tunelu - o łącznej długości całkowitej ok. 940 m wraz z najazdami (szer. w świetle 8,4 m, wys. 6,0 m) pod Rondem Polsadu wraz z podziemnym przystankiem, ciągami pieszymi oraz z infrastrukturą*”, a zatem - w związku z tym, iż doświadczenie w przebudowie tunelu, nie gwarantuje realizacji zamówienia - kryteria w tej formie należy uznać co najmniej za nieobiektywne i naruszające zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wszystkich wykonawców;

3. **art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp** przez prowadzenie Postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie Zamówienia oraz w sposób nieproporcjonalny, uniemożliwiający ocenę zdolności Wykonawców do należytego wykonania przedmiotu zamówienia oraz przy sformułowaniu kryteriów selekcji w sposób nieobiektywny i dyskryminacyjny.

Wskazując powyższe odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany postanowienia sekcji III.1.3. lit. (c) Ogłoszenia poprzez wykreślenia słów „lub przebudowa (w rozumieniu art. 3 pkt 1a ustawy Prawo budowlane)” i ustalenie postanowienia sekcji III. 1.3. lit. (c) w następującym brzmieniu: „(c) 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) tunelu o długości bez najazdów min. 300 m.”, co skutkować będzie również faktyczną, wnioskowaną przez odwołującego, zmianą treści sekcji 11.2,9 lit. (b) Ogłoszenia, dotyczącą kryteriów selekcji i ostatecznym brakiem możliwości uzyskania dodatkowych punktów przez wykonawców za wykazanie się doświadczeniem jedynie w zakresie przebudowy tunelu, a nie jego budowy.

Zamawiający w dniu 7 maja 2017 r., zgodnie z dyspozycją art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, poinformował o wniesieniu odwołania, zamieszczając jego kopię na swojej stronie internetowej oraz wezwał uczestników postępowania do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym. Termin na zgłoszenie przystąpienia, zgodnie z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp, upłynął w dniu 10 maja 2018 r.

W dniu 7 maja 2018 r. przystępujący **BUDIMEX S.A. ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa** zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego.

Zamawiający, wobec wniesienia odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, w dniu 10 maja 2018 r. poinformował, drogą mailową, o uwzględnieniu złożonego odwołania w całości oraz oświadczył, że niezwłocznie dokona sprostowania ogłoszenia o zamówieniu oraz zamieści je na swojej stronie internetowej. Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odpowiedź na odwołanie, zawierająca oświadczenie zamawiającego o uwzględnieniu złożonego odwołania w całości, została podpisana przez osobę umocowaną, w konsekwencji czego uznała, że zachodzą przesłanki określone w art. 186 ust. 2 ustawy Pzp i umorzyła postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt: KIO 885/ 18.

Postanowienie zostało ogłoszone poprzez jego wywieszenie na tablicy ogłoszeń w trybie § 32 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2014 r., poz. 964 oraz Dz. U. z 2017 r., poz.14).

Na podstawie art. 187 ust. 8 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 1 pkt 2 lit. a) 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. z 2010 r. nr 41 poz. 238 oraz Dz. U. z 2017 r., poz. 47), Izba orzekła o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych całej kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Przewodniczący:

.....