

**Sygn. akt: KIO 699/18**

**Sygn. akt: KIO 736/18**

**WYROK**  
**z dnia 7 maja 2018 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Katarzyna Brzeska**

**Renata Tubisz**

**Anna Wojciechowska**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach: 26 oraz 27 kwietnia 2018 r., odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 13 kwietnia 2018 r. przez wykonawcę Budimex S. A. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 699/18);
- B. w dniu 16 kwietnia 2018 r. przez wykonawcę ZUE S. A. z siedzibą w Krakowie (sygn. akt KIO 736/18),

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Gminę Kraków: Zarząd Infrastruktury Komunalnej i Transportu w Krakowie

przy udziale:

- wykonawcy Rikella Investments Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego (odwołanie o sygn. akt KIO 699/18);
- wykonawcy ZUE S. A. z siedzibą w Krakowie zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego (odwołanie o sygn. akt KIO 699/18);
- wykonawcy Gülermak Agir Sanayi Insaat ve Taahhüt z siedzibą w Ankarze zgłaszającego przystąpienie po stronie Odwołującego (odwołanie o sygn. akt KIO 699/18);
- wykonawcy Rikella Investments Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego (odwołanie o sygn. akt KIO 736/18);
- wykonawcy Budimex S. A. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego (odwołanie o sygn. akt KIO 736/18);

- wykonawcy Gülermak Agir Sanayi Insaat ve Taahhüt z siedzibą w Ankarze zgłaszającego przystąpienie po stronie Odwołującego (odwołanie o sygn. akt KIO 736/18);

**orzeka:**

**A. sygn. akt KIO 699/18**

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu zmianę postanowień ogłoszenia o zamówieniu poprzez doprecyzowanie czy w ramach kryteriów selekcji (kryteriów wyboru ograniczonej liczby wykonawców zaproszonych do dialogu konkurencyjnego) Zamawiający będzie premiował dodatkowe usługi oraz roboty budowlane podmiotów na których zdolnościach polega wykonawca (zasoby innych podmiotów)**
2. **W pozostałej części odwołanie oddala.**
3. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego: Gminę Kraków: Zarząd Infrastruktury Komunalnej i Transportu w Krakowie i:
  - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę Budimex S. A. z siedzibą w Warszawie,
  - 2) zasądza od Zamawiającego: Gminy Kraków: Zarządu Infrastruktury Komunalnej i Transportu w Krakowie kwotę 15.000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu;
  - 3) nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy Budimex S. A. z siedzibą w Warszawie kwoty 5 000 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej nadpłatę uiszczanego wpisu.

**B. sygn. akt KIO 736/18**

1. **Oddala odwołanie;**
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę ZUE S. A. z siedzibą w Krakowie i:
  - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę ZUE S. A. z siedzibą w Krakowie;
  - 2) nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy ZUE S. A. z siedzibą w Krakowie kwoty 5 000 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej nadpłatę uiszczanego wpisu.

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

**Przewodniczący:**

.....

.....

.....

**Sygn. akt: KIO 699/18**

**Sygn. akt: KIO 736/18**

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – Gmina Kraków: Zarząd Infrastruktury Komunalnej i Transportu w Krakowie prowadzi w trybie dialogu konkurencyjnego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579) (zwanej dalej również „*ustawą Pzp*”), postępowanie o udzielenie zamówienia pn: „*Budowa Linii Tramwajowej KST, etap IV w modelu partnerstwa publiczno-prywatnego*”.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

### **Odwołanie o sygn. akt: KIO 699/18**

Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie (zwany dalej również: „*Odwołującym Budimex*”) w dniu 13 kwietnia 2018 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie m. in. na postanowienia ogłoszenia o zamówieniu. Odwołujący Budimex zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

- 1) art. 48 ust. 2 pkt 8a w zw. z art. 60c ustawy Pzp oraz art. 7 ustawy Pzp poprzez opis 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 jednoznacznie preferujący niektórych z nich, a co za tym idzie w sposób dyskryminujący wykonawców i naruszający uczciwą konkurencję. W ocenie Odwołującego Budimex Zamawiający poprzez wprowadzone postanowienia ogłoszenia preferuje wykonawców mających doświadczenie w zakresie świadczenia usług utrzymania linii tramwajowej lub linii kolejowej (rozumianej co najmniej jako torowisko, sieć trakcyjna, podstacja trakcyjna o mocy zainstalowanej nie mniej niż 1,5 MVA oraz zwrotnice) o długości co najmniej 4 kmpt;
- 2) art. 48 ust. 2 pkt 8a ustawy Pzp w zw. z art. 60c ustawy Pzp oraz art. 29 ustawy Pzp poprzez 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;
- 3) art. 7 i art. 48 ust. 2 pkt 8a ustawy Pzp w zw. z art. 60c ustawy Pzp poprzez 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 jednoznacznie preferujący niektórych z nich, a co za tym idzie – w ocenie Odwołującego - w sposób dyskryminujący wykonawców i naruszający uczciwą konkurencję. W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wniósł o: uwzględnienie odwołania, nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści Ogłoszenia w sposób wskazany w uzasadnieniu, nakazanie Zamawiającemu odpowiedniej zmiany terminu składania ofert, jeśli okaże się to niezbędne. W ocenie Odwołującego Budimex Zamawiający wprost wskazał w sekcji III.1.3 punkt (a), że w celu wykazania się zdolnością zawodową, doświadczeniem będzie brał wyłącznie roboty budowlane, których przedmiotem było łącznie zaprojektowanie i budowa linii tramwajowej lub kolejowej. Kryterium to powtórzone zostało też w sekcji II.2.9 punkt (a) jako kryterium wyboru wykonawców zaproszonych do negocjacji. Zdaniem Odwołującego Budimex tak określone kryterium jest nieproporcjonalne i dyskryminujące, w sposób nieuzasadniony ograniczające konkurencję i nie spełniające zasady równego dostępu dla wszystkich wykonawców. W ocenie Odwołującego Budimex standardem na rynku w przypadku zamówień projektuj i buduj jest ograniczenie warunku udziału do określenia doświadczenia wykonawcy odnośnie jedynie umów o roboty budowlane, zaś w przypadku projektowania wykazania się dysponowania osobami zdolnymi do wykonywania tego typu usługi. W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wniósł o: uwzględnienie odwołania, nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści Ogłoszenia w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania, nakazanie Zamawiającemu odpowiedniej zmiany terminu składania ofert, jeśli okaże się to niezbędne.

### **Odwołanie o sygn. akt: KIO 736/18**

ZUE S. A. (zwany dalej: „*Odwołującym ZUE*”) w dniu 16 kwietnia 2018 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie m. in. na postanowienia ogłoszenia o zamówieniu. Odwołujący ZUE zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1) art. 22 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ustawy Pzp poprzez: określenie warunku udziału w postępowaniu (w sekcji III.1.3) pkt a ogłoszenia o zamówieniu) w zakresie wiedzy i doświadczenia zawodowego zgodnie z treścią którego o udzielenie przedmiotowego zamówienia może ubiegać się wykonawca, który wykonał, lub będąc członkiem grupy wykonawców wykonał wspólnie z innymi podmiotami, w okresie ostatnich 5 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 było: zaprojektowanie (tj. opracowanie dokumentacji projektowej składającej się co najmniej z projektu budowlanego i uzyskanie ostatecznej decyzji formalno-prawnej) oraz budowa (w rozumieniu art. 3 pkt. 6 ustawy Prawo budowlane) jednej linii tramwajowej lub linii kolejowej (rozumianej co najmniej jako torowisko, sieć trakcyjna, podstacja trakcyjna o mocy zainstalowanej nie mniej niż 1,5 MVA oraz zwrotnice) o wartości nakładów inwestycyjnych co najmniej 120 000 000 PLN brutto lub przebudowa (w rozumieniu art. 3 pkt 7a ustawy Prawo budowlane) jednej linii tramwajowej lub linii kolejowej (rozumianej co najmniej jako torowisko, sieć trakcyjna oraz zwrotnice) o wartości nakładów inwestycyjnych co najmniej 120 000 000 PLN brutto z zastrzeżeniem, że pkt (i) i (ii) mają być spełnione łącznie. W ocenie Odwołującego ZUE Zamawiający przyjął zbyt krótki - 5-letni - okres referencyjny, w ramach którego badane będzie doświadczenie zawodowe. Zamawiający nie skorzystał z uprawnienia przysługującego mu z mocy §2 ust. 5 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U.2016 poz. 1126) (dalej: rozporządzenie w sprawie dokumentów). Z uwagi na skomplikowany charakter przedmiotu zamówienia oraz właściwości rynku, Zamawiający w celu zapewnienia odpowiedniego poziomu konkurencji w postępowaniu winien był dopuścić, by okres referencyjny, w którym badane będzie doświadczenie wykonawców obejmował 10 ostatnich lat przed upływem terminu składnia ofert. Ponadto Zamawiający przyjął bezpodstawnie wymaganie, zgodnie z którym doświadczenie wykonawców w realizacji usług projektowych oraz robót budowlanych w zakresie linii tramwajowych lub kolejowych jest uwzględniane wyłącznie jeżeli zostało zdobyte w ramach formuły „zaprojektuj i wybuduj”, jak również bezpodstawnie przyjął wymóg zgodnie z treścią którego nie jest brane pod uwagę doświadczenie wykonawców w realizacji robót budowlanych w zakresie inwestycji tramwajowych/kolejowych obejmujących swym zakresem elementy infrastruktury sklasyfikowane w tej samej klasie (zgodnie z PKOB) co linie tramwajowe/kolejowe,

2) art. 7 ustawy Pzp w zw. z art. 60d ust. 2 w zw. z art. 51 ust. 2, a powyższe w zw. z art. 22 ust. 1 pkt. 16 ustawy Pzp poprzez określenie kryteriów selekcji, zgodnie z treścią których „Zamawiający zaprosi do udziału w postępowaniu 3 wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu i nie podlegają wykluczeniu. (...) W przypadku, gdy wymagane warunki udziału spełni więcej niż 3 wykonawców (...), 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 (a) w sekcji III. 1.3) ogłoszenia o zamówieniu wykonawca otrzyma 1 punkt jednak nie więcej niż 5 punktów łącznie, za każdą dodatkową robotę budowlaną ponad opisaną jako warunek udziału wskazany w punkcie (b) w sekcji III.1.3) ogłoszenia o zamówieniu wykonawca otrzyma 1 punkt jednak nie więcej niż 5

punktów łącznie, b) za każdą dodatkową usługę ponad opisaną jako warunek udziału wskazany w punkcie (c) w sekcji III.1.3) ogłoszenia o zamówieniu wykonawca otrzyma 1 punkt jednak nie więcej niż 5 punktów łącznie, (dj za każdy dodatkowy, pełny rok świadczenia którejkolwiek z usług wskazanych na spełnienie warunku udziału opisanego w punkcie (c) w sekcji III. 1.3) ogłoszenia o zamówieniu lub którejkolwiek z usług wskazanych na spełnienie kryterium selekcji opisanego w punkcie (c) powyżej, ponad minimalne 12 miesięcy następujące po sobie wykonawca otrzyma 1 punkt jednak nie więcej niż 10 punktów łącznie. Zamawiający dopuszcza, aby na spełnienie opisanych powyżej kryteriów selekcji, wykonawca przedstawił doświadczenie, które będzie jednocześnie spełniało więcej niż jedno kryterium selekcji opisane w punktach [a), (b), (c) i (d). W przypadku, gdy po dokonanej kwalifikacji, na ostatnim miejscu kwalifikującym wykonawców do dalszego udziału w postępowaniu znajdzie się więcej niż 1 (jeden) wykonawca, o ostatecznej kolejności podmiotów kwalifikujących się do dalszego udziału w postępowaniu decydować będzie łączna wartość nakładów inwestycyjnych wszystkich doświadczeń przedstawionych przez wykonawcę na potwierdzenie spełnienia warunku udziału wskazanego w punkcie (a) w sekcji III.1.3) ogłoszenia o zamówieniu oraz kryterium selekcji opisanego w punkcie (a) powyżej.

W ocenie Odwołującego ZUE w przypadku przyjęcia w którym po dokonanej kwalifikacji, na ostatnim miejscu kwalifikującym wykonawców do dalszego udziału w postępowaniu znajdzie się więcej niż jeden wykonawca, o ostatecznej kolejności podmiotów kwalifikujących się do dalszego udziału w postępowaniu decydowała będzie łączna wartość wszystkich zrealizowanych zadań przedstawionych przez wykonawcę na potwierdzenie spełnienia warunku udziału wskazanego w punkcie (a) w sekcji III.1.3) ogłoszenia o zamówieniu, mimo, że stopień ich spełniania nie będzie wpływać na uzyskanie przez Zamawiającego większego stopnia pewności, że wykonawca spełniający kryteria selekcji w stopniu wyższym niż pozostali jest obiektywnie lepiej przygotowany do realizacji zamówienia. W ocenie Odwołującego ZUE przyjęte kryteria selekcji premiuje wartość nakładów poniesionych przez wykonawców w ramach zdobytych przez nich doświadczeń, pomimo, że wzrost tych nakładów w jakikolwiek sposób nie przekłada się na obiektywny wzrost kwalifikacji niezbędnych do realizacji przedmiotowego zamówienia. Zasadnicze problemy natury technicznej jakie będzie miał do rozwiązania wykonawca realizujący zamówienia wiążą się z wykonywaniem przedmiotu zamówienia dotyczącego budowy infrastruktury miejskiej na terenie miejskim, silnie zurbanizowanym, o bardzo dużej gęstości istniejącej infrastruktury podziemnej i nadziemnej. Powyższe zagadnienie – w ocenie Odwołującego ZUE - nie zostało w żaden sposób uwzględnione w przyjętych kryteriach selekcji,

3) art. 49 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ustawy Pzp. Zamawiający wyznaczył termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu na dzień 16 maja 2018 r. (39 dni licząc do dnia publikacji ogłoszenia w Dz. U. UE). Jest to – w ocenie Odwołującego

ZUE termin obiektywnie zbyt krótki. Przedmiotowe zamówienie jest złożonym pod względem prawnym, organizacyjnym i finansowym projektem o wartości kilkuset milionów złotych. Jego samodzielne wykonanie w pełnym zakresie przekracza na ogół możliwości nawet dużych podmiotów specjalizujących się w branży infrastruktury kolejowej lub tramwajowej i wymaga powołania grupy podmiotów, które zdolne będą sfinansować i wykonać zamówienie. W związku z powyższym Odwołujący ZUE wniósł o:

a. W zakresie związanym z warunkami udziału w postępowaniu wniósł o:

- modyfikację warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt. III.1.3) (a) ogłoszenia o zamówieniu w ten sposób, by umożliwić udział w przedmiotowym postępowaniu wykonawcom, którzy dysponują zdefiniowanym w przywołanym punkcie doświadczeniem zawodowym w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w przypadku warunku określonego w III.1.3) a ogłoszenia o zamówieniu, (podobnie jak to sam Zamawiający uczynił w przypadku warunków udziału określonych w III.1.3. b i c tegoż samego ogłoszenia),

-modyfikację warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt. III.1.3 (a) ogłoszenia o zamówieniu w sposób dopuszczający do udziału w postępowaniu wykonawców, którzy legitymują się doświadczeniem zawodowym w projektowaniu oraz w realizacji robót budowlanych na poziomie odpowiadającym treści opisanego warunku, jednak z pominięciem wymogu ich realizacji w ramach jednej umowy lub jednego przedsięwzięcia inwestycyjnego w systemie zaprojektuj i wybuduj;

c. modyfikację warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt. III.1.3) (a) ogłoszenia o zamówieniu w sposób dopuszczający do udziału w postępowaniu wykonawców, którzy dysponują doświadczeniem zawodowym w realizacji usług budowlanych oraz robót budowlanych w zakresie inwestycji tramwajowych/kolejowych obejmujących swym zakresem - oprócz linii tramwajowych/kolejowych - także elementy infrastruktury sklasyfikowane w tej samej klasie (zgodnie z PKOB) co linie tramwajowe/kolejowe.

b. W zakresie związanym z kryteriami selekcji wniósł o:

- modyfikację kryterium selekcji określonego w sekcji II.2.9), zdanie czwarte ogłoszenia o zamówieniu w ten sposób by w przypadku, gdy po dokonanej kwalifikacji, na ostatnim miejscu kwalifikującym wykonawców do dalszego udziału w postępowaniu znajdzie się więcej niż 1 (jeden) wykonawca, o ostatecznej kolejności podmiotów kwalifikujących się do dalszego udziału w postępowaniu decydowała będzie łączna wartość wszystkich zrealizowanych zadań przedstawionych przez wykonawcę na potwierdzenie spełnienia warunków udziału wskazanych w sekcji III.1.3) pkt a (ii) oraz na użytek kryteriów selekcji, jednak z uwzględnieniem wyłącznie tych zadań/doświadczeń, które dotyczyły realizacji infrastruktury tramwajowej w mieście, o liczbie mieszkańców nie mniejszej niż 500 000,



-modyfikację kryterium selekcji określonego w sekcji II.2.9), zdanie drugie ogłoszenia o zamówieniu w ten sposób by za każdą dodatkową robotę budowlaną ponad opisaną jako warunek udziału wskazany w punkcie (a) ppkt. (i) i (ii) sekcji III.1.3) wykonawca otrzymał 0,5 punktu za każdą przedstawione doświadczenie jednak nie więcej niż 5 punktów łącznie w zakresie ppkt a (i) i (ii),

-w zakresie związanym z terminem składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wniósł o wydłużenie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu na dzień nie wcześniejszy niż 12 czerwca 2018 r.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu, jak również oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestników postępowania odwoławczego złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:**

Izba rozpoznała łącznie oba odwołania w związku z treścią zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wydanego w tym przedmiocie. Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia żadnego z rozpoznawanych odwołań w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne ich rozpoznanie wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła także, iż Odwołujący spełniają przesłanki wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba potwierdziła skuteczność zgłoszonych przystąpień do postępowań odwoławczych wykonawców:

- Rikella Investments Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszający przystąpienie po stronie Zamawiającego (odwołanie o sygn. akt KIO 699/18) (zwanego dalej również: „Przystępującym Rikella”);
- ZUE S. A. z siedzibą w Krakowie zgłaszający przystąpienie po stronie Zamawiającego (odwołanie o sygn. akt KIO 699/18) (zwanego dalej również: „Przystępującym ZUE”);
- Gülermak Agir Sanayi Insaat ve Taahhüt z siedzibą w Ankarze zgłaszający przystąpienie po stronie Odwołującego (odwołanie o sygn. akt KIO 699/18) (zwanego dalej również: „Przystępującym Gulermak”);
- Rikella Investments Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszający przystąpienie po stronie Zamawiającego (odwołanie o sygn. akt KIO 736/18) (zwanego dalej również: „Przystępującym Rikella”);

- Budimex S. A. z siedzibą w Warszawie zgłaszający przystąpienie po stronie Zamawiającego (odwołanie o sygn. akt KIO 736/18) (zwanego dalej również: „Przystępującym Budimex”);
- Gülermak Agir Sanayi Insaat ve Taahhüt z siedzibą w Ankarze zgłaszający przystąpienie po stronie Odwołującego (odwołanie o sygn. akt KIO 736/18) (zwanego dalej również: „Przystępującym Gülermak”);

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:**

Zamawiający – Gmina Kraków: Zarząd Infrastruktury Komunalnej i Transportu w Krakowie prowadzi w trybie dialogu konkurencyjnego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579) (zwanej dalej również „*ustawą Pzp*”), postępowanie o udzielenie zamówienia pn: „*Budowa Linii Tramwajowej KST, etap IV w modelu partnerstwa publiczno-prywatnego*”.

*/dokumentacja postępowania: Ogłoszenie o zamówieniu, pkt II.1.4, str. 1/.*

Ogłoszenie o zamówieniu zawierało m. in. następujące postanowienia:

- Pkt II.2.9 Informacje o ograniczeniu liczby zaproszonych kandydatów:

Przewidywana liczba kandydatów: 3

Obiektywne kryteria wyboru ograniczonej liczby kandydatów:

Zamawiający zaprosi do udziału w postępowaniu 3 wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu i nie podlegają wykluczeniu. Jeżeli liczba wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu będzie mniejsza lub równa 3 Zamawiający zaprosi do udziału w dialogu konkurencyjnym wszystkich wykonawców spełniających te warunki bez przeprowadzenia kwalifikacji punktowej wniosków, z zastrzeżeniem możliwości unieważnienia postępowania na podst. art. 93 ust. 1d ustawy Pzp.

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 (a) 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 (b) w sekcji III. 1 . 3) wykonawca otrzyma 1 punkt jednak nie więcej niż 5 punktów łącznie,

(c) za każdą dodatkową usługę 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,

(d) za każdy dodatkowy, pełny rok świadczenia którejkolwiek z usług wskazanych na spełnienie warunku udziału opisanego w punkcie (c) w sekcji III. 1.3) lub którejkolwiek z usług wskazanych na spełnienie kryterium selekcji opisanego w punkcie (c) powyżej, ponad minimalne 12 miesięcy następujące po sobie wykonawca otrzyma 1 punkt jednak nie więcej niż 10 punktów łącznie.

Zamawiający dopuszcza, aby na spełnienie opisanych powyżej kryteriów selekcji, wykonawca przedstawił doświadczenie, które będzie jednocześnie spełniało więcej niż jedno kryterium selekcji opisane w punktach (a), (b), (c) i (d).

W przypadku, gdy po dokonanej kwalifikacji, na ostatnim miejscu kwalifikującym wykonawców do dalszego udziału w postępowaniu znajdzie się więcej niż 1 (jeden) wykonawca, o ostatecznej kolejności podmiotów kwalifikujących się do dalszego udziału w postępowaniu decydować będzie łączna wartość nakładów inwestycyjnych wszystkich doświadczeń przedstawionych przez wykonawcę na potwierdzenie spełnienia warunku udziału wskazanego w punkcie (a) w sekcji III. 1.3) oraz kryterium selekcji opisanego w punkcie (a) powyżej,

- Pkt III.1.3 Zdolność techniczna i kwalifikacje zawodowe

Wykaz i krótki opis kryteriów kwalifikacji:

Wykonawcy na potwierdzenie spełniania warunków składają dokumenty określone w sekcji VI.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 5 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 było (i) zaprojektowanie (tj. opracowanie dokumentacji projektowej składającej się co najmniej z projektu budowlanego i uzyskanie ostatecznej decyzji formalno-prawnej) oraz (ii) budowa (w rozumieniu art. 3 pkt. 6 ustawy Prawo budowlane) jednej linii tramwajowej lub linii kolejowej (rozumianej co najmniej jako torowisko, sieć trakcyjna, podstacja trakcyjna o mocy zainstalowanej nie mniej niż 1,5 MVA oraz zwrotnice) o wartości nakładów inwestycyjnych co najmniej 1 20 000 000 PLN brutto lub przebudowa (w rozumieniu art. 3 pkt 7a ustawy Prawo budowlane) jednej linii tramwajowej lub linii kolejowej (rozumianej co najmniej jako

torowisko, sieć trakcyjna oraz zwrotnice) o wartości nakładów inwestycyjnych co najmniej 1 20 000 000 PLN brutto (pkt (i) i (ii) spełnione łącznie),

(b) 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.,

(c) 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 1 2 miesięcy następujących po sobie, przynajmniej jedną usługę utrzymania linii tramwajowej lub linii kolejowej (rozumianej co najmniej jako torowisko, sieć trakcyjna, podstacja trakcyjna o mocy zainstalowanej nie mniej niż 1,5 MVA oraz zwrotnice) o długości co najmniej 4 kmpt a usługa utrzymania obejmowała, co najmniej bieżące utrzymanie linii tramwajowej lub linii kolejowej (rozumianej co najmniej jako torowisko, sieć trakcyjna, podstacja trakcyjna o mocy zainstalowanej nie mniej niż 1,5 MVA oraz zwrotnice).

Za tunel Zamawiający uznaje obiekt będący tunelem drogowym, kolejowym, tramwajowym, metra.

Powyższe warunki tj. (a), (b), (c) oraz warunek dot. sytuacji ekonomicznej i finansowej (sekcja 111.1 .2) muszą być spełnione łącznie.

Zamawiający dopuszcza, aby na potwierdzenie spełnienia warunków udziału opisanych w punktach (a), (b) i (c) powyżej wykonawca wykazał doświadczenie, które będzie spełniało więcej niż jeden warunek.

Od niniejszej czynności Zamawiającego wykonawcy Budimex S. A. z siedzibą w Warszawie oraz wykonawca ZUE S. A. z siedzibą w Krakowie wnieśli odwołania.

*/dokumentacja postępowania: Odwołanie wykonawcy Budimex S. A. z siedzibą w Warszawie z dnia 13 kwietnia 2018 r. oraz odwołanie wykonawcy ZUE S. A. z siedzibą w Krakowie z dnia 16 kwietnia 2018 r. /.*

Pismami z dnia 26 kwietnia 2018 r. Zamawiający odpowiedział na odwołania, wnosząc o ich oddalenie, jednocześnie informując o dokonanych zmianach postanowień ww. ogłoszenia o zamówieniu.

*/dokumentacja postępowania: Odpowiedzi na odwołania Zamawiającego z dnia 26 kwietnia 2018 r. /.*

**Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:**

**Odwołanie o sygn. akt KIO 699/18**

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestników postępowania przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie jest zasadne i zasługuje na uwzględnienie, choć nie wszystkie zarzuty odwołania potwierdziły się w zebranych przez Izbę materiale dowodowym.

Odwołujący Budimex złożył odwołanie na postanowienia ogłoszenia o zamówieniu, zarzucając Zamawiającemu dokonanie opisu kryteriów kwalifikacji polegających na pominięciu w ogłoszeniu informacji czy Zamawiający przy ocenie tych kryteriów będzie brał pod uwagę dodatkowe roboty i usługi, podmiotów na których zdolnościach polega wykonawca (potencjał podmiotów trzecich). Zamawiający takiej informacji w ogłoszeniu o zamówieniu nie zawarł.

Spór pomiędzy stronami sprowadza się do pytania czy Zamawiający powinien punktować potencjał podmiotów trzecich oraz czy powyższa informacja powinna znaleźć się w treści ogłoszenia o zamówieniu. Nie stanowił sporu fakt, że Zamawiający nie wskazał w treści ogłoszenia o zamówieniu, czy będzie taki potencjał punktował w kryteriach kwalifikacji w prowadzonym dialogu konkurencyjnym. Odwołujący na treść takiego ogłoszenia wniósł odwołanie. Zamawiający w swoim stanowisku podnosił, że nie miał obowiązku wskazywania w treści ogłoszenia, czy będzie taki potencjał punktował czy nie. Powyższa okoliczność w jego ocenie miała zostać rozstrzygnięta na etapie oceny wniosków składanych przez wykonawców w tym postępowaniu. Zamawiający twierdził również że nie naruszył żadnego z przepisów ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza nie zgodziła się ze stanowiskiem Zamawiającego. Izba w pierwszej kolejności poddała analizie treść przepisów ustawy Pzp, mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia niniejszego sporu.

Po pierwsze zgodnie z art. 25a ust. 3 ustawy Pzp *wykonawca, który powołuje się na zasoby innych podmiotów w celu wykazania braku istnienia podstaw wykluczenia oraz spełniania, w zakresie w jakim powołuje się na ich zasoby warunków udziału w*

*postępowaniu składa (...)* – jak wynika z tego przepisu – określone dokumenty. Z powyższego przepisu – nowelizacją z dnia 21 października 2016 r. o umowie na roboty budowlane lub usługi, która weszła w życie w dniu 14 grudnia 2016 r. – wykreślono zwrot „*lub kryteriów selekcji*”. Analogicznego wykreślenia dokonano w przepisie art. 36b ust. 2 ustawy Pzp.

Niewątpliwie na gruncie przepisów sprzed nowelizacji z dnia 22 czerwca 2016 r. w praktyce istniał spór czy potencjał podmiotów trzecich w postępowaniach dwuetapowych może być przez zamawiającego punktowany. Powyższe wątpliwości pojawiły się również w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. W orzecznictwie zauważono praktykę tzw. „*handlu referencjami*”, wyłącznie celem uzyskania jak najwyższej pozycji w rankingu wykonawców, co jednak nie miało przełożenia na faktyczny udział tych podmiotów w realizacji zamówienia. Zatem mając na uwadze zmiany legislacyjne dokonane w przepisie art. 25a ust. 3 ustawy Pzp - wobec wykreślenia z tego przepisu zwrotów „*lub kryteriów selekcji*” oraz dotychczasowe doświadczenia praktyki – można by wnioskować, że punktowanie potencjału podmiotu trzeciego w kryteriach selekcji w postępowaniach dwuetapowych nie jest dopuszczalne.

Niemniej jednak istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia niniejszego sporu w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej mają również uregulowania unijne. Zgodnie z art. 59 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE *w chwili składania wniosków o dopuszczenie do udziału lub ofert instytucje zamawiające przyjmują jednolity europejski dokument zamówienia obejmujący zaktualizowane oświadczenie własne jako dowód wstępny zastępujący zaświadczenie wydane przez organy publiczne lub osoby trzecie na potwierdzenie, że dany wykonawca spełnia którykolwiek z powyższych warunków: a) nie znajduje się w jednej z sytuacji, o których mowa w art. 57, w przypadku której wykonawcy muszą lub mogą zostać wykluczeni, b) spełnia stosowne kryteria kwalifikacji określone zgodnie z art. 58, c) w stosownych przypadkach, spełnia obiektywne zasady i kryteria ustalone zgodnie z art. 65.*

Przechodząc następnie do art. 65 ust. 2 niniejszej dyrektywy wywnioskować można, że *Instytucje Zamawiające wskazują w ogłoszeniu o zamówieniu lub w zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria lub zasady, które zamierzają stosować, minimalną liczbę kandydatów, których zamierzają zaprosić oraz w stosownych przypadkach ich maksymalną liczbę.*

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej przepisy dyrektywy 2014/24/UE nie wykluczają możliwości powoływania się na potencjał podmiotów trzecich w ramach obiektywnych i

niedyskryminacyjnych kryteriów - t.j. w ramach tzw. kryteriów selekcji w postępowaniach dwuetapowych. Wnioskować zatem należy, że unijny ustawodawca dopuszcza sytuację w której wykonawca może powołać się na taki potencjał – potencjał podmiotów trzecich w ramach kryteriów selekcji - jeżeli Zamawiający taką możliwość dopuści w ogłoszeniu o zamówieniu – jednocześnie określając zasady przyznawania dodatkowej punktacji, dostosowując powyższe zasady do prowadzonego postępowania oraz przedmiotu zamówienia.

Nadmienić należy, że Krajowa Izba Odwoławcza jako organ stosujący prawo zobowiązana jest do interpretowania norm prawa krajowego w celu zapewnienia zgodności z prawem Unii Europejskiej tak dalece jak to jest możliwe, na podstawie prawa krajowego w świetle treści i celu dyrektywy, tak aby ostatecznie osiągnąć rezultat w niej określony. Obowiązek interpretacji prowsólnotowej niejednokrotnie wyrażany był w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości - obecnie Trybunału Sprawiedliwości UE (tak np. wyrok Trybunału z dnia 10 kwietnia 1984 w sprawie C-14/83 Sabine von Colson i Elisabeth Kamann, czy wyrok Trybunału z dnia 7 lipca 2016 r. w sprawie C-46/15 i inne).

Ponadto dla rozstrzygnięcia niniejszego sporu, istotne znaczenie ma również treść Rozporządzenia wykonawczego Komisji 2016/7 z dnia 5 stycznia 2016 r. ustanawiającego standardowy formularz jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia. Analizując ten dokument można wyprowadzić wniosek, że wykonawca biorący udział w postępowaniach dwuetapowych może polegać na potencjale podmiotów trzecich, także dla wykazania kryteriów selekcji - ograniczających liczbę kwalifikujących się kandydatów. Skoro zatem wykonawca ma możliwość powołania się na potencjał podmiotów trzecich w kryteriach selekcji, a jednocześnie dyrektywa takiej sytuacji nie zabrania, to w ocenie Izby wykonawca może powołać się na taki potencjał, celem otrzymania dodatkowej punktacji, w sytuacji gdy Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu taką możliwość przewidzi.

Należy pamiętać, że przywołane przez Izbę rozporządzenie jest dokumentem wykonawczym dyrektywy - stworzonym w celu zrealizowania wytycznych dyrektywy. Ponadto dokument ten wiąże w całości i jest bezpośrednio stosowany we wszystkich Państwach członkowskich. Zatem wobec przywołanych uregulowań w ocenie Izby unijny ustawodawca dopuszcza sytuacje, w których wykonawca w celu potwierdzenia obiektywnych i niedyskryminacyjnych kryteriów (tzw. kryteriów selekcji) będzie mógł powołać się na potencjał podmiotów trzecich, z zastrzeżeniem gdy Zamawiający - w ramach określania zasad kwalifikacji - taką możliwość dopuści.

Dodatkowo nie może również umknąć uwadze Izby istota i cel przepisów unijnych, transponowanych do polskiego porządku prawnego. Niewątpliwie analogicznie jak w przypadku warunków udziału – mając na względzie orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości powołanie się na potencjał podmiotów trzecich celem wykazania obiektywnych i niedyskryminacyjnych kryteriów i zasad (kryteriów selekcji) będzie możliwe w sytuacji, gdy skorzystanie z takiego potencjału będzie realne – mające rzeczywisty wpływ na realizację tego zamówienia. Korzystanie z takiego potencjału w ramach kryteriów selekcji nie może przybrać zatem fikcyjnego charakteru. W konsekwencji w ocenie Izby – mając na względzie uregulowania unijne oraz orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości UE - dopuszczalnym będzie powoływanie się przez wykonawcę na potencjał podmiotów trzecich w kryteriach selekcji, w sytuacji gdy Zamawiający taką możliwość przewidzi w treści ogłoszenia, a jednocześnie – co jest istotne - powoływane doświadczenie, będzie miało charakter realny. I tak jak wskazano w wyroku w sprawie o sygn. akt C -324/14 (Partner A. D.) *o ile oferent ma swobodę wyboru w zakresie ustanowienia i charakteru prawnego powiązań, które zamierza ustanowić z podmiotami, na których zdolnościach polega, to jest on jednak zobowiązany przedstawić dowód, że rzeczywiście dysponuje zasobami tych podmiotów, które to zasoby nie stanowią jego własności, a są niezbędne do wykonania zamówienia (zob. podobnie wyrok z dnia 2 grudnia 1999 r. Holst Italia, C-176/98, EU:C:1999:593, pkt 29 i przytoczone tam orzecznictwo). Zgodnie zatem z art. 47 ust. 2 i art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18 oferent nie może polegać na zdolnościach innych podmiotów w celu spełnienia wymaganych przez instytucję zamawiającą warunków w czysto formalny sposób (...).* (zob. podobnie wyrok z dnia 10 października 2013 r. Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, pkt 36). (wyrok dostępny na stronie internetowej Uzp).

Przechodząc jeszcze na grunt przepisów krajowych, mających znaczenie dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy, kluczowe znaczenie będzie mieć przepis art. 48 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp, nakładający na Zamawiającego obowiązek określenia zasad selekcji w postępowaniach dwuetapowych. Zgodnie z art. 60c ust. 1 ustawy Pzp odpowiednie stosowanie będzie miał właśnie przepis art. 48 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp, wedle którego *ogłoszenie o zamówieniu zawiera m. in. warunki udziału w postępowaniu, kryteria selekcji, jeżeli są ustalone oraz podstawy wykluczenia*. Zatem Zamawiający w postępowaniach dwuetapowych, w tym dialogu konkurencyjnym – w ogłoszeniu o zamówieniu określa zasady – t.j. kryteria selekcji, którymi będzie się kierował.

W ocenie Izby nie można zgodzić się z Zamawiającym, że nie został w tym stanie faktycznym naruszony żaden z przepisów ustawy Pzp. Owszem pomimo wykreślenia zwrotów „*lub kryteria selekcji*” z art. 25a ust. 3 ustawy Pzp, należy pamiętać, że na



Zamawiającym nadal spoczywa obowiązek określania zasad selekcji. Tym bardziej - w ocenie Izby - powyższe stanowisko wydaje się być zasadne z uwagi na treść art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości*. Zatem Zamawiający zobowiązany jest do przygotowania postępowania tak, aby wykonawcy biorący udział w tym postępowaniu posiadali pełną wiedzę w jaki sposób Zamawiający będzie dokonywał oceny składanych wniosków, jakimi zasadami przy ocenie wniosków będzie się kierował - czy będzie zaliczał potencjał podmiotów trzecich do dodatkowej punktacji. Należy zauważyć, że w niniejszym stanie faktycznym – co również jest istotne - Zamawiający nie udzielił wykonawcom odpowiedzi na zadawane pytania, czy potencjał na zasobach którego wykonawca będzie się powoływał zostanie zaliczony w punktacji w ramach kryteriów selekcji.

W ocenie Izby mając właśnie na względzie wyrażoną wprost w ustawie Pzp zasadę przejrzystości postępowania wykonawcy winni – w momencie wszczęcia postępowania dwuetapowego - posiadać wiedzę jakimi zasadami Zamawiający będzie kierował się przy ocenie składanych wniosków - nie zaś dopiero na etapie ich badania - dlatego Izba zobowiązała Zamawiającego do doprecyzowania ogłoszenia o zamówieniu. Zasadnym w tym miejscu wydaje się również przywołanie orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości UE z dnia 14 grudnia 2016 r. w sprawie C-171/15 Connexion Taxi Services BV, w którym Trybunał wyraził pogląd, że *Podobnie obowiązek przejrzystości wymaga, by wszystkie warunki i zasady postępowania w sprawie udzielenia zamówienia były określone w sposób jasny, precyzyjny i jednoznaczny w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji warunków zamówienia, tak by umożliwić wszystkim rozsądnie poinformowanym i wykazującym zwykłą staranność oferentom zrozumienie ich dokładnego zakresu i dokonanie ich wykładni w taki sam sposób (wyrok dostępny na stronie internetowej Uzp)*.

W ocenie Izby reguły ustanawiane przez Zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu muszą być również zgodne z zasadą proporcjonalności. Z jednej strony - z uwagi na cel dyrektywy - ułatwiający dostęp do zamówień publicznych oraz zakładający otwartość na konkurencję - wykonawca w kryteriach selekcji może powołać się na potencjał podmiotów trzecich, z drugiej strony – może to uczynić w sytuacji, gdy zamawiający taką możliwość dopuści, a ewentualne poleganie na tym potencjale będzie miało charakter realny. Izba mając na względzie zasadę proporcjonalności uznała, że powyższe zasady – dopuszczające punktowanie potencjału podmiotów trzecich w kryteriach selekcji – muszą być również dostosowane do przedmiotu zamówienia. Zamawiający – jako dysponent tego postępowania – decydować będzie czy doświadczenie potencjału podmiotu trzeciego - oraz w jakim

ewentualnym jego zakresie – będzie przez niego punktowane, mając w szczególności na względzie również specyfikę postępowania prowadzonego przez Zamawiającego w modelu partnerstwa publiczno-prywatnego. Jednak to co jest również bardzo istotne w ocenie Izby w tej sprawie, to fakt, że poleganie na potencjale podmiotów trzecich w ramach dodatkowej punktacji nie może przybrać – analogicznie jak to ma miejsce w przypadku spełniania warunków udziału w postępowaniu – fikcyjnego charakteru – co zostało rozstrzygnięte przez ustawodawcę nowelizacją z dnia nowelizacji z dnia 22 czerwca 2016 r. W tym przypadku analogicznie, istotne znaczenie ma interpretacja przepisów ustawy, w tym m. in. ust. 2 art. 22a ustawy Pzp, zgodnie z którym *wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów, musi udowodnić zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia*. Zgodnie z ust. 4 art. 22a ustawy Pzp *w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane*. Zatem wykonawca polegający na wiedzy i doświadczeniu innego podmiotu zobowiązany jest do zaangażowania podmiotu trzeciego - w sposób bezpośredni - w realizację tego przedmiotu zamówienia.

Ponadto przechodząc jeszcze do regulacji krajowych, w tym do przepisu art. 25a ust. 3 ustawy Pzp nadmienić należy, że pomimo wykreślenia z tego przepisu zwrotu „*lub kryteriów selekcji*” przepis ten – jak również inne przepisy ustawy Pzp - nie zabraniają Zamawiającemu punktowania potencjału podmiotu trzeciego w postępowaniach dwuetapowych w ramach kryteriów selekcji. Ponadto – co również jest istotne – kryteria selekcji ustanawiane przez Zamawiającego w postępowaniach dwuetapowych są niczym innym jak właśnie warunkami udziału, które mają być przez wykonawcę spełnione – ale w stopniu wyższym, tak aby w postępowaniu o udzielenie zamówienia wyłoniono wykonawcę najlepszego.

W konsekwencji Izba nakazała zamawiającemu zmianę postanowień ogłoszenia o zamówieniu poprzez doprecyzowanie czy w ramach kryteriów selekcji (kryteriów wyboru ograniczonej liczby wykonawców zaproszonych do dialogu konkurencyjnego) Zamawiający będzie premiował dodatkowe usługi oraz roboty budowlane podmiotów na których zdolnościach polega wykonawca (zasoby innych podmiotów).

Pozostałe zarzuty odwołania wykonawcy Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie Izba oddaliła. Odnosząc się do zarzutu, że Zamawiający preferuje wykonawców mających doświadczenie w zakresie usług utrzymania linii tramwajowej lub linii kolejowej Izba przychyliła się do stanowiska Przystępującego ZUE. Zgodzić należało się z Przystępującym ZUE, że przedmiot zamówienia składa się z dwóch kluczowych komponentów (zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych oraz utrzymanie wykonanej budowli/infrastruktury przez okres 20 lat). Postępowanie to jest prowadzone w formule partnerstwa publiczno-prywatnego, jest przedsięwzięciem polegającym na budowie jednocześnie połączone z utrzymaniem lub zarządzaniem składnikiem majątkowym, który jest wykorzystywany do realizacji przedsięwzięcia publiczno-prywatnego. Zgodzić należało się, że ukształtowanie postanowień ogłoszenia o zamówieniu tak jak żąda tego Odwołujący Budimex prowadziłoby do eliminacji elementu utrzymaniowego z kryteriów selekcji lub istotnego zmniejszenia jego rangi, a niewątpliwie istotą prekwalfikacji w postępowaniach dwuetapowych jest zapewnienie przejścia do dalszego etapu tych wykonawców, którzy w sposób możliwie najlepszy spośród wszystkich zainteresowanych - będą przygotowani do realizacji danego zamówienia. Cel ten, zatem – ja wskazał Przystępujący ZUE - może zostać zapewniony wyłącznie jeżeli kryteria selekcji będą odnosiły się i pozostawały w związku z kluczowymi elementami zamówienia, co ma właśnie miejsce w tym postępowaniu. Zgodzić również należało się, iż w dwudziestoletnim okresie utrzymania objętym umową partnerstwa publiczno-prywatnego, w wybudowanej infrastrukturze wystąpi szereg zdarzeń technicznych typu awarie, uszkodzenia, zużycia wymagające natychmiastowej interwencji ze strony wykonawcy (partnera prywatnego). Zdarzenia te, w zależności od stopnia zużycia infrastruktury, upływu czasu, charakterystyki taboru nabywanego przez operatora publicznego transportu zbiorowego będą miały bardzo zróżnicowany i wszechstronny charakter. Zatem nie ulega wątpliwości, że wraz ze wzrostem tego doświadczenia, wzrośnie też prawdopodobieństwo należytej realizacji przedmiotu przedsięwzięcia, które to zagadnienie jest kluczowe do uchwycenia w celu właściwego ukształtowania kryteriów selekcji.

Co do zarzutu odnoszącego się do sekcji III.1.3 ppkt a) ogłoszenia, że w celu wykazania się zdolnością zawodową, doświadczeniem będzie Zamawiający będzie brał wyłącznie roboty budowlane, których przedmiotem było łącznie zaprojektowanie i budowa linii tramwajowej lub kolejowej, w ocenie Izby zarzut ten podlega oddaleniu, z uwagi na to że Zamawiający w niniejszym zakresie dokonał modyfikacji treści ogłoszenia. Stwierdzić należy zatem, że nie istnieje już czynność stanowiąca podstawę niniejszego odwołania. W konsekwencji wobec treści art. 191 ust. 2 ustawy Pzp niniejszy zarzut podlega oddaleniu.

## **Odwołanie o sygn. akt KIO 736/18**

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestników postępowania przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie jest niezasadne i nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności odnosząc się do zarzutu jakoby ustalony warunek zawarty w sekcji III.1.3 a) ogłoszenia o zamówieniu był nieproporcjonalny i nie prowadził do weryfikacji zdolności wykonawców do należytego wykonania, Izba zgodziła się ze stanowiskiem Zamawiającego w tej sprawie. Zgodzić należało się z Zamawiającym, że Odwołujący ZUE w żaden sposób nie wykazał, aby kwestionowany przez niego warunek udziału w postępowaniu komukolwiek uniemożliwiał ubieganie się o zamówienie publiczne. Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu wprowadził zbiór otwarty wymaganych przez Zamawiającego elementów infrastruktury. Elementy te były dla Zamawiającego na tyle istotne, gdyż niewątpliwie miały być przedmiotem zamówienia. Nie oznacza to jednak, że wykonawca nie może wykazać się doświadczeniem ponad wskazane w ogłoszeniu elementy. Zamawiający nie widział podstaw – z czym Izba zgodziła się – aby wprowadzać definicję linii tramwajowej, gdyż właśnie taka definicja mogłaby prowadzić do ograniczenia konkurencji, kręgu podmiotów mogących wziąć udział w tym postępowaniu. Zgodzić się również należało, że na tym etapie postępowania trudno odnosić się do dokumentów potwierdzających spełnienie tego wymagania, skoro nie upłynął jeszcze termin składania wniosków. Niemniej jednak istotne dla Zamawiającego były wskazane przez niego w ogłoszeniu elementy odnoszące się do przedmiotu zamówienia, który ma być w przyszłości zrealizowany (torowisko, sieć trakcyjna, oraz zwrotnice). Niewątpliwie Zamawiającemu nie zależało na wykazaniu się doświadczeniem w wykonywaniu jakichkolwiek obiektów infrastruktury tramwajowej, lecz na takich, które będą odnosiły się do przedmiotu zamówienia. W konsekwencji w ocenie Izby niniejszy zarzut również podlegał oddaleniu.

Odnosząc się do zarzutu tzw. „superkryterium” zgodzić należało się z Zamawiającym, że uwzględnienie wartości nakładów inwestycyjnych stanowi jak najbardziej obiektywne z możliwych kryteriów, należy uznać je za bezstronne i niezależne od upodobań Zamawiającego, dające się łatwo zweryfikować a także nie pozostawia żadnego miejsca na subiektywizm przy ocenie wskazywanych przez wykonawców doświadczeń. Ponadto jak wskazał Zamawiający uwzględnienie wartości nakładów inwestycyjnych jak najbardziej wpływa na wzrost kwalifikacji wykonawcy do realizacji przedmiotowego zamówienia. Niewątpliwie wykonawca, który posiada doświadczenie w realizacji bardziej kompleksowych, złożonych, a zatem i wymagających większych nakładów inwestycyjnych przedsięwzięć,

będzie lepiej przygotowany do realizacji zamówień na mniejszą skalę. Ponadto istotnym – przy konstruowaniu tego wymagania – było to, aby została zachowana pewna równowaga, zakładając że na wcześniejszym etapie postępowania kluczowe dla Zamawiającego miało być świadczenie usług utrzymania, zatem w tym przypadku na ostatnim etapie Zamawiający położył nacisk na roboty budowlane, nakłady inwestycyjne. W konsekwencji w ocenie Izby wprowadzenie powyższego wymogu przez Zamawiającego było jak najbardziej uzasadnione z punktu widzenia opisanego przedmiotu zamówienia. Niewątpliwie należy zgodzić się z Zamawiającym, że premiowanie wyłącznie doświadczenia realizowanego na terenie miejskim, silnie zurbanizowanym, o bardzo dużej gęstości istniejącej infrastruktury podziemnej i naziemnej, może być postrzegane jako próba wymuszenia na Zamawiającym wprowadzenia takich warunków postępowania, które będą z wyłączną korzyścią dla jednego z wykonawców – gdyż dałyby mu większe szanse na kwalifikację do kolejnego etapu z uwagi na posiadane doświadczenie. Izba w pełni przychyliła się do stanowiska Przystępującego Budimex, że wprowadzenie wymogu realizacji inwestycji jedynie w miastach powyżej 500.000 mieszkańców, eliminowałoby wykonawców realizujących prace budowlane w miastach mniejszych.

Izba nie zgodziła się również z Odwołującym ZUE co do naruszenia przez Zamawiającego art. 49 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ustawy Pzp. Jak słusznie zauważył Zamawiający żaden przepis ustawy Pzp w opisanym stanie faktycznym nie został przez Zamawiającego naruszony. Zauważyć dodatkowo należy, że Zamawiający niniejszy termin przedłużył, wobec dokonanych zmian treści ogłoszenia.

Co do pozostałych zarzutów odwołania – analogicznie jak w przypadku Odwołującego Budimex wobec dokonania przez Zamawiającego zmian w treści ogłoszenia stwierdzić należy, że nie istnieje już czynność stanowiąca podstawę niniejszego odwołania (substrat zaskarżenia), w konsekwencji wobec treści art. 191 ust. 2 ustawy Pzp Izba oddaliła niniejsze zarzuty odwołania. Ponadto dokonana zmiana postanowień ogłoszenia o zamówieniu, była zgodna z żądaniami Odwołujących.

Wobec tak zaistniałego stanu faktycznego Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie o sygn. akt KIO 699/18, co do odwołania o sygn. akt KIO 736/18 Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia niniejszego odwołania. W konsekwencji mając na względzie okoliczności niniejszej sprawy, orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

Wobec powyższego, orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz 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. Nr 41, poz. 238 z późn. zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania.

**Przewodniczący:**

.....

.....

.....