



Warszawa, dnia 2 maja 2018 roku

JACEK KOSIŃSKI

ADWOKACI I RADCOWIE PRAWNI

plac Stanisława Małachowskiego 2

00 – 066 Warszawa

k: +48 501 020 225

jkosinski@jacekkosinski.pl

www.jacekkosinski.pl

NIP: 5221401697

REGON: 012788622

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej

ul. Postępu 17a

02-676 Warszawa

Zamawiający: Gmina Miejska Kraków - Zarząd Infrastruktury

Komunalnej i Transportu w Krakowie

ul. Centralna 53

31-586 Kraków

Fax: +48 12 616 74 17

Tel: +48 12 616 74 16

E-mail: sekretariat@zikit.krakow.pl

Odwołujący: Gülermak Ağır Sanayi İnşaat ve Taahhüt A.Ş. z
siedzibą w Ankarze (Turcja)

Konya Devletiyolu, 23.Km, no. 111 Gölbaşı – Ankara

działający przez:

Gulermak Agir Sanayi Insaat ve Taahhut A.S. Oddział
w Polsce z siedzibą w Warszawie,

ul. Emilii Plater 53

00-113 Warszawa

Fax: +48 22 661 56 36

Tel: +48 22 661 56 35

E-mail: waw@gulermak.com.tr

zastępowany przez: adw. Jacek Kosiński

dr Łukasz Paweł Goniak

(pełnomocnictwo w załączeniu)

adres do doręczeń: Jacek Kosiński Adwokaci i Radcowie Prawni

Pl. Małachowskiego 2, 00-066 Warszawa

Nr ref: 2/IV/2018

Dotyczy: postępowania pn. „Budowa Linii Tramwajowej KST, etap IV w modelu partnerstwa publiczno- prywatnego”, numer referencyjny: 2/IV/2018 (dalej jako „Postępowanie”).

Ogłoszenie o przedmiotowym postępowaniu zostało opublikowane w dniu 6 kwietnia 2018 roku w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2018/S 067-149146. Publikacja o zmianie ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej miała miejsce w dniu 26 kwietnia 2018 roku.

ODWOŁANIE

W imieniu Odwołującego, tj. Gülermak Ağır Sanayi İnşaat ve Taahhüt A.Ş. z siedzibą w Ankarze, działającego przez Gülermak Ağır Sanayi İnşaat ve Taahhüt A.Ş. Oddział w Polsce z siedzibą w Warszawie, na podstawie art. 180 ust. 1 w związku z art. 179 ust. 1 oraz w związku z art. 182 ust. 2 pkt 1) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.; zm.: poz. 2018 - dalej jako „PZP”), w oparciu o udzielone mi pełnomocnictwo (w załączeniu), niniejszym wnoszę odwołanie wobec niezgodnej z przepisami ustawy czynności Zamawiającego, polegającej na ustaleniu treści ogłoszenia o zamówieniu w sposób sprzeczny z przepisami 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 roz. art. 3 pkt 7a ust. 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 kryteria selekcji nie sposób uznać za obiektywne i niedyskryminacyjne.

Wobec powyższego, wskazanej czynności Zamawiającego zarzucam naruszenie:

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 p.z.p. i art. 355 k.c.** 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 całk. 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 p.z.p. oraz art. 355 k.c.** 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 całk. 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, jak zostanie to wykazane, 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 p.z.p.** 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.

W związku z powyższym Odwołujący wnosi o:

1. uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany postanowienia **sekcji III.1.3. lit. (c)** Ogłoszenia poprzez wykreślenia słów „*lub przebudowa (w roz. Art. 3 pkt 7a ust. 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 II.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;

2. zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego na rzecz Odwołującego według norm przepisanych, w tym kosztów zastępstwa.

I. Interes prawny we wniesieniu odwołania

1. Zgodnie z treścią art. 179 ust. 1 PZP możliwość wniesienia odwołania przysługuje wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.
2. Odwołujący wskazuje, iż jest zainteresowany udziałem w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu i zamierza złożyć w nim ofertę, stąd posiada interes w złożeniu odwołania w zakresie treści Ogłoszenia o zamówieniu.
3. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał bowiem uszczerbku, gdyż Wykonawca jest zdecydowany brać



udział w postępowaniu, a objęte odwołaniem czynności Zamawiającego utrudniają, a mogą nawet i uniemożliwiać Odwołującemu ostateczne ubieganie się o udzielenie zamówienia, wybór jego oferty jako najkorzystniejszej i uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Sytuacja ta wskazuje zatem nie tylko na interes Wykonawcy we wniesieniu odwołania, ale także na możliwą do zaistnienia dla Odwołującego szkodę – brak uzyskania zamówienia.

4. Rozpoznanie, a w dalszej kolejności uwzględnienie odwołania, doprowadzi natomiast do zmiany sformułowanych przez Zamawiającego nieproporcjonalnych do przedmiotu zamówienia i uniemożliwiających ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania przedmiotu zamówienia warunków udziału oraz nieobiektywnych i dyskryminacyjnych kryteriów selekcji.
5. Powyższe jednoznacznie uznawane jest w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (choć literalnie odnoszącym się do postanowień *stricto* SIWZ) za posiadanie interesu i możliwości poniesienia szkody. Jak wskazała bowiem Izba w wyroku z dnia 12 lipca 2017 roku: *Krąg podmiotów, które mogą skorzystać ze środka ochrony prawnej, jakim jest odwołanie wobec treści SIWZ, jest szeroki. Uprawnienie to przysługuje każdemu wykonawcy, który potencjalnie może ubiegać się o przedmiotowe zamówienie. Na tym etapie wystarczająca jest możliwość poniesienia szkody wynikającej z niewłaściwego sformułowania treści SIWZ, które może utrudniać wykonawcy dostęp do zamówienia* (KIO 1331/17; tak też: KIO 1776/17). Za szkodę uznaje się bowiem zasadniczo pozbawienie korzyści wynikających z uzyskania zamówienia.
6. Z kolei w wyroku z dnia 28 kwietnia 2017 roku (KIO 761/16) Izba wskazała: *W odwołaniach od treści SIWZ wykonawca nie tyle wskazuje na brak bezpośredniej możliwości uzyskania zamówienia, co na wadliwe i niekonkurencyjne postanowienia SIWZ, które utrudniają mu złożenie prawidłowej i zgodnej z przepisami Pzp oferty (co podlega badaniu przez Izbę). Tym samym krąg podmiotów, które mogą korzystać z odwołań od treści SIWZ jest szeroki. (...) Na tym etapie wystarczające jest wykazanie jedynie hipotetycznej szkody polegającej na niewłaściwym sformułowaniu treści SIWZ, które może utrudniać wykonawcy dostęp do zamówienia. Tym samym wystarczająca jest dla uznania interesu danego wykonawcy jedynie deklaracja, że jest zainteresowany uzyskaniem tego zamówienia i tego faktu nie ma obowiązku udowodnić.*
7. Zgodnie z orzecznictwem KIO, na tym etapie postępowania interes Odwołującego przejawia się także we wnoszeniu środków prawnych w celu zapewnienia prawidłowości postępowania o udzielenie zamówienia prowadzącym do skutku w postaci zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego zgodnie z prawem, nawet jeśli zawarcie umowy nastąpi z innym wykonawcą (interes prawny *sensu largo*) – tak: wyrok KIO z dnia 16 kwietnia 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 296/08; KIO/UZP 303/08.
8. W konsekwencji uznać należy, że Odwołujący spełnia przesłanki określone w art. 179 ust.1 PZP.



II. Zachowanie przez Odwołującego terminu do wniesienia odwołania

9. Odwołujący wskazuje, iż zachował termin do wniesienia odwołania. Zgodnie z art. 182 ust. 2 PZP pkt 1) odwołanie należy wnieść w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej - w przypadku gdy wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 PZP.
10. Z uwagi na fakt, że wartość przedmiotowego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 PZP, a Ogłoszenie w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej opublikowane zostało w dniu 26 kwietnia 2018 roku, odwołanie wniesione dnia 4 maja 2018 roku należy uznać za wniesione w terminie.

III. Uzasadnienie zarzutów odwołania

11. Formułując warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i kwalifikacji zawodowych w sekcji III.1.3. lit. (c) Ogłoszenia poprzez dopuszczenie możliwości wykazania się doświadczenie zarówno w budowie, jak i przebudowie tunelu, Zamawiający nie uczynił zadość wymogom PZP, w szczególności przepisom **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 p.z.p. i art. 355 k.c.**
12. Podobnie rzecz ma się, jeśli chodzi o sformułowanie kryteriów selekcji, których treść w obecnej, zmienionej przez Zamawiającego treści, jest sprzeczna z przepisami PZP, a to treścią **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 p.z.p. oraz art. 355 k.c.**
13. Zgodnie bowiem z treścią sprostowania Ogłoszenia, opublikowanego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 26 kwietnia 2018 roku, Wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia winien wykazać się między innymi, iż:

*„(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 roz. art. 3 pkt 7a ust. Prawo budowlane) tunelu o długości bez najazdów min. 300 m.*

14. Jest to istotne również z uwagi na treść ustalonych przez Zamawiającego kryteriów selekcji, które wprost odwołują się do brzmienia opisanego powyżej warunku udziału, wskazując iż:

„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 (...).”.

15. Tym samym, Zamawiający za wystarczające uznał wykazanie się przez Wykonawców doświadczeniem w postaci przybudowy tunelu o długości min. 300 m, mimo iż w zakres przedmiotu zamówienia wchodzi „**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”. W tych okolicznościach, tj. konieczności budowy przez zwycięskiego Wykonawcę tunelu o długości ok. 940 m z najazdami, tak sformułowany warunek udziału, tj. umożliwiający wykazanie się jedynie przebudową tunelu, należy uznać za nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz uniemożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia (art. 22 ust. 1a p.z.p.).

A. DEFINICJA BUDOWY I PRZEBUDOWY W ROZUMIENIU PRAWA BUDOWLANEGO

16. W pierwszej kolejności należy bowiem wskazać, iż zarówno w doktrynie, jak i orzecznictwie sądów administracyjnych, a także Krajowej Izby Odwoławczej, powszechnie podkreśla się **wyraźnie i zasadnicze rozróżnienie między budową a przebudową**, na które *nota bene* wskazał także sam ustawodawca regulując przedmiotowe roboty w innych punktach art. 3 pr. budowlanego (odpowiednio 6 i 7a). Cechy odróżniające mają przy tym istotne znaczenie dla przedmiotowego postępowania.
17. Nie budzi bowiem wątpliwości, iż roboty budowlane w postaci „budowy” polegają na czymś zupełnie innych niż sama „przebudowa”, tj. **wykonaniu zupełnie nowego obiektu, a nie** – jak zostanie to wykazane – **nieokreślonych zakresowo (a przy tym nie dotyczących substancji przedmiotu przebudowy) pracach na już istniejącym obiekcie**. Do wykonania przebudowy wystarczają podstawowe (elementarne) umiejętności budowlane, w żadnym stopniu nieodpowiadające skomplikowaniu wykonania 300-metrowego wydrążenia tunelu w ziemi.
18. Na potwierdzenie powyższych twierdzeń, warto w tym miejscu odwołać się do treści wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Krakowie z dnia 8 maja 2017 roku, sygn. akt II SA/Kr 256/17, w którym Sąd wskazał, iż:

„Przebudowa wyłączona została z pojęcia budowy ze względu na fakt, że wyróżnikiem budowy jest powstanie nowej substancji budowlanej w znaczeniu



>>zmiany charakterystycznych parametrów danego obiektu<< - np. zwiększenie kubatury obiektu. W przypadku przebudowy może zmienić się, poprzez np. zmianę parametrów technicznych, układ funkcjonalny budynku - pod warunkiem, że parametry charakterystyczne zachowają swoją wielkość sprzed budowy”.

19. Rozróżnienie to potwierdził Wojewódzki Sąd Administracyjny w Poznaniu w wyroku z dnia 5 czerwca 2014 roku, sygn. akt IV SA/Po 384/14, w którym wprost wskazał, iż:

„Zestawiając definicje >>przebudowy<< z definicjami >>budowy<< można stwierdzić, że cechą, która odróżnia jedno od drugiego jest to, że **w przypadku >>budowy<< brak jest istniejącego wcześniej obiektu budowlanego, który dopiero jest budowany, a w przypadku >>przebudowy<<, przed jej rozpoczęciem musi istnieć wybudowany wcześniej obiekt budowlany, który będzie przedmiotem przebudowy**”.

20. Jak podkreślono w orzecznictwie sądów administracyjnych, przebudowę należy wyraźnie odróżnić także od rozbudowy. Rozróżnienie to pozwala przy tym na określenie zakresu prac, jakie wykonuje się prowadząc pierwsze ze wskazanych robót.

„Wykonanie robót budowlanych w wyniku których następuje wprowadzenie zmiany parametrów użytkowych lub technicznych istniejącego obiektu budowlanego, lecz **nie obejmuje ona charakterystycznych parametrów takich jak kubatura, powierzchnia zabudowy, wysokość, długość, szerokość, bądź liczba kondygnacji stanowi przebudowę obiektu budowlanego**. Skutkiem rozbudowy obiektu jest zawsze powstanie nowej substancji budowlanej. Natomiast przy przebudowie może dojść do zmiany parametrów użytkowych lub technicznych, lecz **parametry charakterystyczne, a więc najistotniejsze** zachowują wielkość sprzed przebudowy” (tak: wyrok WSA w Poznaniu z dnia 20 grudnia 2017 roku, sygn. akt IV SA/Po 1005/17).

21. Tym samym, należy wskazać, iż przebudowa nie tylko nie prowadzi do powstania nowego obiektu budowlanego, jak ma to miejsce w przedmiotowym postępowaniu (zobowiązanie Wykonawcy do budowy tunelu), ale również nie polega na odbudowie, rozbudowie czy też nadbudowie obiektu.

22. Warto przy tym wskazać na przykładowe prace, które – zgodnie z orzecznictwem sądów administracyjnych – mieszczą się w pojęciu „przebudowy”.

23. Zgodnie z treścią wyroku WSA w Warszawie z dnia 18 listopada 2013 roku, sygn. akt VII SA/Wa 1425/13:

*„Likwidacja otworu drzwiowego przez jego zamuirowanie nie stanowi bieżącej konserwacji lecz **przebudowę**. Przebudową jest bowiem wykonywanie wszelkich prac budowlanych powodujących zmianę parametrów użytkowych lub technicznych,*



dotyczącą elementów wypełniających lub konstrukcyjnych pod warunkiem, że zmiana taka nie dotyczy parametrów charakterystycznych, wymienionych w przepisie art. 3 pkt 7a p.b.”.

24. Na podobny zakres prac wskazał WSA w Rzeszowie w wyroku z dnia 21 lutego 2018 roku, sygn. akt II SA/Rz 1337/17:

„Likwidacja okien jako przebudowa ścian budynku usługowego wymaga w świetle obowiązujących regulacji uzyskania pozwolenia na budowę, nie zaś dokonania zgłoszenia”.

25. Podobnie WSA w Gliwicach w wyroku z dnia 17 maja 2012 roku, sygn. akt II SA/Gl 277/12, który wskazał, że *„Nie jest remontem **likwidacja otworów okiennych**. Tego rodzaju roboty stanowią **przebudowę w rozumieniu art. 3 pkt 7a p.b.**”.*

26. Z kolei WSA w Szczecinie w wyroku z dnia 25 maja 2017 roku, sygn. akt II SA/Sz 29/17, wskazał, iż:

*„Zmiana układu pomieszczeń spowodowana **zmianą układu ścianek działowych i występujących w nich drzwi, jest przebudową** obiektu budowlanego w rozumieniu art. 3 pkt 7a p.b.”.*

27. Powyższe jest o tyle istotne dla przedmiotowej sprawy, iż zakres prac, które zgodnie z orzecznictwem wpisują się w definicję przebudowy, jest tak nieznaczny, że nierzadko prace te w życiu codziennym wykonywane są nawet przez osoby nie posiadające żadnych uprawnień budowlanych. **Zamawiający przy tym dopuszcza Wykonawców, legitymujących się właśnie takim doświadczeniem (zabudowa okien, drzwi etc.), do wykonania 300-metrowego tunelu, przygotowywanego na potrzeby komunikacji miejskiej, z której każdego dnia korzysta setki tysięcy pasażerów.** Tym samym, nowy tunel (od podstaw) na potrzeby zamówienia będą mogły wykonać podmioty, które do tej pory nawet nie rozbudowywały, czy odbudowywały tego typu obiektów. **W sposób oczywisty wskazuje to na nieproporcjonalność ustalonych warunków udziału w postępowaniu i niemożność oceny zdolności Wykonawców do wykonania przedmiotu zamówienia, w tym 300-metrowego tunelu.**

B. MOŻLIWOŚĆ OCENY ZDOLNOŚCI WYKONAWCY DO NALEŻYTEGO WYKONANIA ZAMÓWIENIA. PROPORCJONALNOŚĆ WARUNKÓW UDZIAŁU.

28. Powyższe stoi w oczywistej sprzeczności między innymi z treścią art. 22 ust. 1a p.z.p., zgodnie z którym Zamawiający jest zobowiązany do określenia warunków udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz w sposób umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia.



W tym zakresie od lat ugruntowane jest stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej podkreślającej, m.in., że:

- wyrok KIO z dnia 15 września 2010 roku, KIO/UZP 1927/10:

„Warunki służą weryfikacji wykonawców z punktu widzenia posiadanych uprawnień, wiedzy i doświadczenia, potencjału technicznego, kadrowego i ekonomicznego, w celu dopuszczenia do udziału w postępowaniu jedynie tych wykonawców, którzy dają rękojmię należytego wykonania zamówienia. Z jednej więc strony, zamawiającemu przysługuje uprawnienie do sformułowania warunków udziału w postępowaniu, z drugiej zaś strony, na zamawiającym ciąży obowiązek określenia ich w taki sposób, który pozwoli na wyłonienie wykonawców zdolnych do wykonania konkretnego zamówienia. Powyższe wymaga od zamawiającego uwzględnienia warunków zamówienia, w szczególności jego przedmiotu, wielkości, stopnia skomplikowania (...).

*„Doświadczenie zdobyte w budowie obiektów podobnych do przedmiotu zamówienia stanowi o doświadczeniu niezbędnym do realizacji zamówienia. Za niezbędne więc należy uznać takie doświadczenie w realizacji robót budowlanych, które **stopniem skomplikowania i wielkością** (nie tylko w znaczeniu gabarytów, ale i wartości) odpowiada robotom, stanowiącym przedmiot zamówienia”.*

- wyrok KIO z dnia 3 stycznia 2012 roku, KIO 2683/11:

*„Celem formułowania i precyzowania warunków udziału w postępowaniu odnoszących się do wiedzy i doświadczenia (...) jest umożliwienie składania ofert **jedynie wykonawcom zdolnym do realizacji przedmiotu zamówienia w sposób profesjonalny i gwarantujący wydatkowanie środków publicznych zgodnie z zasadami określonymi w ustawie o finansach publicznych, tj. w sposób celowy i oszczędny - gwarantujący zasady uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów i w sposób umożliwiający terminową realizację zadań (...).***

*Z punktu widzenia spełnienia warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia za rodzajowo odpowiadające należy uznać roboty budowlane, które obejmują nie tylko identyczne ale również zbliżone **pod względem trudności i charakteru czynności faktyczne** lub czynności o większym stopniu skomplikowania niż czynności składające się na przedmiot zamówienia”.*

- wyrok KIO z dnia 7 września 2016 roku, KIO 1576/16:

„Zamawiający ma obowiązek nie tylko z powodu postanowień SIWZ ale z samej ustawy z 2004 r. - Prawo zamówień publicznych żądać potwierdzenia doświadczenia zawodowego w zakresie odpowiadającym rozmiarowi postępowania. Jeżeli

zamawiający przyjmuje system >>zaprojektuj<< to wykonawca jest zobowiązany udowodnić posiadane doświadczenie w zakresie umiejętności sporządzenia projektu budowlanego inwestycji **a nie częściowej wiedzy** - tylko w zakresie zmian do projektu budowlanego”.

30. Powyższe orzeczenia są jedynie przykładowymi, w których Izba w sposób jednoznaczny wskazał, iż odpowiednie określenie warunków udziału jest nie tylko prawem Zamawiającego, ale i jego obowiązkiem. Co więcej, poprzez stosowne określenie warunków udziału Zamawiający ma zagwarantować należyte wykonanie zamówienia. W tym celu powinien sformułować warunki w nawiązaniu do przedmiotu zamówienia, tj. wymagać doświadczenia w pracach, które swoim stopniem skomplikowania, wielkością, trudnością wykonania, charakterem czynności etc. odpowiadają przedmiotowi zamówienia. Jak już wskazano powyżej, w przedmiotowej sprawie nie może być o tym mowy. Nie sposób bowiem utożsamiać, czy wręcz traktować jako zbliżone, czynności które wykonywane są w ramach tworzenia nowego obiektu w postaci tunelu z pracami w zakresie przebudowy, sprowadzającymi się nierzadko do marginalnych wręcz niekiedy zmian w już istniejącym obiekcie.
31. Odwołujący wskazuje, że proporcjonalność warunków udziału do przedmiotu zamówienia w tym konkretnym postępowaniu o udzielenie zamówienia wyraża się w zasadności żądania **doświadczenia w drażeniu tuneli**, nie doświadczenia w innego rodzaju pracach związanych z budową tunelu. Prowadzenie przebudowy takiej przesłanki proporcjonalności nie spełnia.
32. Należy podkreślić, iż obecna treść warunków udziału nie tylko nie gwarantuje należytego wykonania zamówienia, ale w ogóle jego wykonania. Trudno bowiem oczekiwać, iż podmiot, który dotychczas nabył jedynie doświadczenie w przebudowie tunelu będzie zdolny do jego budowy. Podobnie jak nie można uznać, że przedsiębiorca wymieniający okna w budynku ma doświadczenie w budowie budynków.
33. Należy przy tym wskazać, że w obliczu przytoczonych wyżej definicji nie można sprecyzować zakresu przebudowy w sposób umożliwiający uwzględnienie drażenia tunelu podczas przebudowy. Drażenie tunelu będzie bowiem rozbudową substancji obiektu budowlanego, połączoną ze zmianą jego kubatury, co sprzeczne jest z cytowaną wykładnią pojęcia „przebudowa”.
34. Na konieczność oddzielenie od siebie budowy od przebudowy wskazała w swoim orzecznictwie również Krajowa Izba Odwoławcza. Jak podkreślono w wyroku z dnia 6 listopada 2013 roku, sygn. akt KIO :

„Zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 6 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. z 2010 r. Nr 243, poz. 1623 z późn. zm.) *budowa* nie jest pojęciem tożsamym z

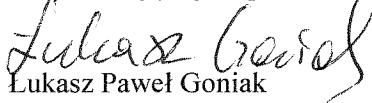


przebudową. Zakres prac związanych z budową jest diametralnie różny od zakresu prac wynikającego z przebudowy”.

35. Podkreślenia wymaga, iż wszystkie powyższe uwagi zachowują swoją aktualność również w zakresie sformułowania i obecnej treści wskazanych wcześniej kryteriów selekcji. W powyższych okolicznościach nie sposób je uznać bowiem za niedyskryminujące, skoro prowadzą do zdobycia dodatkowych punktów przez podmioty, które nie mają stosownego, wymaganego w przedmiotowym postępowaniu doświadczenia. Dodatkowe punkty przyznawane są przedsiębiorcą, którzy nie posiadają szczególnych zdolności inżynierskich, ale także organizacyjnych oraz finansowych, których wymaga drażnienie tuneli. Jak pokazały natomiast rozważania dotyczące związku z przedmiotem zamówienia, nie sposób uznać je również za obiektywne.
36. Biorąc zatem pod uwagę wszystko to, co powyżej, należy jeszcze raz podkreślić, iż zarówno warunki udziału, jak i kryteria selekcji, poprzez dokonanie zmiany treści Ogłoszenia, zostały przez Zamawiającego sformułowane w sposób nieproporcjonalny i uniemożliwiający zweryfikowanie zdolności Wykonawców do wykonania zamówienia. Nie sposób je również uznać za obiektywne i niedyskryminacyjne. Dlatego też przedmiotowe odwołanie trzeba uznać za w pełni zasadne.

Biorąc pod uwagę zasadność powyższej argumentacji wnoszę jak na wstępie.

Za Odwołującego – pełnomocnik


Łukasz Paweł Goniak



Załączniki:

1. Pełnomocnictwo dla adw. J. Kosińskiego i Ł. P. Goniaka do reprezentowania Odwołującego w sprawie wraz z dowodami uiszczenia stosownej opłaty skarbowej;
2. Odpis KRS;
3. Dowody przesłania kopii Odwołania wraz z załącznikami do Zamawiającego (faks, poczta elektroniczna, dowód złożenia pisma w siedzibie Zamawiającego);
4. Dowód uiszczenia wpisu od Odwołania.

