



Warszawa, dnia 19 lipca 2021 r.

**Prezes**

**Krajowej Izby Odwoławczej**

ul. Postępu 17a, 02-676 Warszawa

**Odwołujący:**

**MIRBUD S.A.**

ul. Unii Europejskiej 18, 96-100 Skierniewice

NIP: 8361702207, KRS 0000270385

**reprezentowana przez:**

r.pr. Dariusza Ziemińskiego, Kancelaria Radcy Prawnego Dariusz Ziemiński & Partnerzy

tel. 664118801, e-mail: [dziembinski@kzp.net.pl](mailto:dziembinski@kzp.net.pl)

**Zamawiający:**

**Miasto Łódź - Urząd Miasta Łodzi**

ul. Piotrkowska 104, 90-926 Łódź

działający jako podmiot wykonujący zadania Centralnego Zamawiającego zgodnie z art. 44 ust.

2 ustawy Prawo zamówień publicznych

PROWADZĄCY POSTĘPOWANIE:

Wydział Zamówień Publicznych w Departamencie Strategii i Rozwoju

Urzędu Miasta Łodzi

ul. ks. Ignacego Skorupki 21, 90-532 Łódź

tel.: +48 (42) 638-48-88, e-mail: [zamowienia@uml.lodz.pl](mailto:zamowienia@uml.lodz.pl)

<https://miniportal.uzp.gov.pl/Postepowania/f8a77cf9-f88f-4034-be48-5c27bf6f3dec>

**ODWOŁANIE**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na **wybór Partnera Prywatnego do realizacji Przedsięwzięcia pod nazwą „Zaprojektowanie, wybudowanie i zarządzanie nową siedzibą Urzędu Miasta Łodzi przy rynku Kobro (Nowe Centrum Łodzi) wraz z parkingiem podziemnym oraz zaprojektowaniem i zagospodarowaniem płyty rynku Kobro”,** prowadzonym w trybie dialogu konkurencyjnego na podstawie art. 153 pkt 3 w związku z art. 170 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129), zwanej dalej „ustawą Pzp” oraz art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym (Dz. U. z 2020 r. poz. 711 ze zm.), zwanej dalej „ustawą PPP”.

1. Na podstawie art. 505 ust. 1 i art. 515 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, w imieniu wykonawcy MIRBUD S.A., zwanej dalej „Odwołującym”, wnoszę odwołanie wobec treści ogłoszenia o

zamówieniu (dalej: „ogłoszenie”) i postanowień opisu potrzeb i wymagań oraz instrukcji postępowania (dalej: „OPW”).

2. Przedmiotem zamówienia jest wybór Partnera Prywatnego do realizacji Przedsięwzięcia pod nazwą „Zaprojektowanie, wybudowanie i zarządzanie nową siedzibą Urzędu Miasta Łodzi przy rynku Kobro (Nowe Centrum Łodzi) wraz z parkingiem podziemnym oraz zaprojektowaniem i zagospodarowaniem płyty rynku Kobro.

3. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 07 lipca 2021r. pod numerem ogłoszenia 2021/S 129-341231.

Zamawiający zamieścił Ogłoszenie o zamówieniu, wraz z załącznikami, na stronie internetowej pod adresem: <https://miniportal.uzp.gov.pl/Postepowania/f8a77cf9-f88f-4034-be48-5c27bf6f3dec>

4. Czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego Odwołujący stawia następujące zarzuty:

a) zarzut naruszenia art. 16 ustawy Pzp oraz art. 17 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 112 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 112 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 116 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez określenie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, tj. sformułowanie warunku, który narusza zasadę uczciwej konkurencji, zasadę równego traktowania, zasadę udzielania zamówienia zapewniającego najlepszą jakość uzasadnioną charakterem zamówienia, jest nadmierny i nie znajduje uzasadnienia w przedmiocie zamówienia, przez co Postępowanie straciło walor przejrzystości.

5. Wskazując na powyższe, Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu, aby:

- a) zmienił treść ogłoszenia o zamówieniu i OPW w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania,
- b) dokonaną zmianę ogłoszenia i OPW przekazał niezwłocznie wszystkim wykonawcom, oraz zamieścił stosowną zmianę na swojej stronie internetowej,
- c) przesunął termin składania wniosków o czas niezbędny na ich przygotowanie, z uwzględnieniem postanowień art. 90 ust. 2 ustawy Pzp,
- d) niezwłocznie po przekazaniu zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej zamieścił informację o zmianach na stronie internetowej.

6. Odwołujący wskazuje, że niewątpliwie jest wykonawcą, który ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego powołanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp. Odwołujący jest zainteresowany udzieleniem mu przedmiotowego zamówienia. Jednak w sytuacji, gdy warunki udziału w postępowaniu zostały sformułowane w sposób spreczny z ustawą Pzp, w

szczegółności w sposób nieproporcjonalny, Odwołujący nie ma możliwości złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w dialogu, spełniającego tak sformułowany warunek, pomimo posiadania wyjątkowo bogatego doświadczenia.

Kwestionowane w odwołaniu postanowienia warunków udziału w postępowaniu pozbawiają Odwołującego możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego i jego realizacji na najkorzystniejszych dla Zamawiającego warunkach. Powyższe niezbiecie dowodzi istnienia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia.

Ponadto Odwołujący wskazuje, że w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp Odwołujący może ponieść szkodę. Gdyby Zamawiający postąpił zgodnie z przepisami ustawy, to prawidłowo sformułowałby warunki udziału w postępowaniu dotyczące doświadczenia, faktycznie umożliwiając Odwołującemu udział w postępowaniu. Tym samym w przyszłości oferta Odwołującego mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza. Poprzez kwestionowane w odwołaniu postanowienia ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający pozbawił Odwołującego możliwości uzyskania niniejszego zamówienia. Zamawiający doprowadził bowiem do sytuacji, w której Odwołujący nie jest w stanie uczestniczyć w postępowaniu i złożyć wniosku o dopuszczenie do udziału w dialogu. W rezultacie Odwołujący nie może uzyskać przedmiotowego zamówienia i osiągnąć zysku, który Odwołujący planował osiągnąć w wyniku realizacji przedmiotowego zamówienia (*lucrum cessans*).

Powyższe stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania przez Odwołującego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący podkreśla ponadto, że naruszenie wskazanych powyżej przepisów ustawy niewątpliwie może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, a zatem biorąc pod uwagę art. 505 ust. 1 ustawy, Krajowa Izba Odwoławcza winna uwzględnić niniejsze odwołanie.

7. Jak to już wskazano powyżej, ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia z dnia 07 lipca 2021r. pod numerem ogłoszenia 2021/S 129-341231. Niniejsze odwołanie jest wnoszone w dniu 19 lipca 2021 r., co oznacza, że Odwołujący uczynił zadość wymaganiom art. 515 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 514 ust. 2 ustawy Pzp kopia niniejszego odwołania została przesłana Zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu.

## UZASADNIENIE

**Odnosnie zarzut naruszenia art. 16 ustawy Pzp oraz art. 17 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 112 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 112 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 116 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez określenie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, tj. sformułowanie warunku, który narusza zasadę uczciwej konkurencji, zasadę równego traktowania, zasadę udzielania zamówienia zapewniającego najlepszą jakość uzasadnioną**

charakterem zamówienia, jest nadmierny i nie znajduje uzasadnienia w przedmiocie zamówienia, przez co Postępowanie straciło walor przejrzystości, wskazać należy, co następuje.

Zamawiający w pkt III.1.3) ogłoszenia oraz pkt 8 OPW ukształtował następujący warunek udziału w postępowaniu: „Zdolność techniczna i kwalifikacje zawodowe

*Wykaz i krótki opis kryteriów kwalifikacji:*

*Warunki zdolności technicznej*

8.1.4.1. Warunek zostanie uznany za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że wykonał należycie oraz zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończył nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania wniosków, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie – co najmniej dwie roboty budowlane (dwa kontrakty/umowy), których przedmiotem była budowa budynku biurowego o powierzchni użytkowej przeznaczonej na funkcję biurową nie mniejszej niż 18 000 m<sup>2</sup> dla każdej z robót.

Dalej, zgodnie z pkt 8.1.4.2.: Warunek zostanie uznany za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że wykonał lub wykonuje należycie nie wcześniej niż w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania Wniosków, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie - usługę w zakresie zarządzania nieruchomością (w ramach jednej umowy), na której znajduje się budynek/budynki biurowe/e o łącznej powierzchni użytkowej budynków przeznaczonej na funkcję biurową nie mniejszej niż 18 000 m<sup>2</sup>, przez okres co najmniej 18 kolejnych miesięcy.”

Następnie, Zamawiający w pkt II.2.9) ogłoszenia oraz pkt 9 OPW Informacja o ograniczeniu zaproszonych kandydatów wprowadził następujące kryteria selekcji:

9.2. Jeżeli liczba wykonawców, którzy spełniają kryteria kwalifikacji oraz nie podlegają wykluczeniu z postępowania będzie większa niż 5, wówczas zamawiający zaprosi do udziału w postępowaniu 5 wykonawców, którzy spełniają kryteria selekcji oraz nie podlegają wykluczeniu z postępowania i którzy uzyskają największą liczbę punktów, obliczonych w sposób określony poniżej:

9.2.1. zamawiający przyzna wykonawcy punkty za wykonanie robót budowlanych i usług, powyżej progu minimalnego określonego w kryteriach kwalifikacji:

— 3 punkty za każdą wykazaną w Wykazie robót załącznik nr 4B do ogłoszenia, zrealizowaną (zakończoną) robotę budowlaną w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania wniosków, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, której przedmiotem była budowa budynku biurowego o powierzchni użytkowej przeznaczonej na funkcję biurową nie mniejszej niż 18 000 m<sup>2</sup> dla każdej z robót, z tym zastrzeżeniem, że w przypadku wskazania więcej niż 5 takich robót budowlanych wykonawca otrzyma maksymalnie 15 punktów,

— 2 punkty za każdą wykazaną w Wykazie usług załącznik nr 5B do ogłoszenia, zrealizowaną lub realizowaną należycie usługę w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania wniosków, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie, w

zakresie zarządzania nieruchomością w ramach jednej umowy, na której znajduje się budynek/budynki biurowe o łącznej powierzchni użytkowej budynków przeznaczonej na funkcję biurową nie mniejszej niż 18 000 m<sup>2</sup>, przez okres co najmniej 18 kolejnych miesięcy, z tym zastrzeżeniem, że w przypadku wskazania więcej niż 5 takich usług wykonawca otrzyma maksymalnie 10 punktów.

W tym celu wykonawca przedłoży wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, Wykaz robót załącznik nr 4B do ogłoszenia i Wykaz usług załącznik nr 5B do ogłoszenia.

**I Uzasadnienie Odwołującego dla wprowadzenia zmiany, w zakresie kryterium kwalifikacji (8.1.4.1), w następujący sposób:** „...budowa budynku użyteczności publicznej o powierzchni użytkowej nie mniejszej niż 18 000 m<sup>2</sup>...”

i

**Uzasadnienie Odwołującego dla wprowadzenia zmiany, w zakresie kryterium selekcji (9.2.1 – Wykaz robót załącznik 4B), w następujący sposób:**

„...budowa budynku użyteczności publicznej o powierzchni użytkowej nie mniejszej niż 18 000 m<sup>2</sup>...”

Wskazać należy, że Zamawiający od Zwycięzcy postępowania oczekuje wybudowania obiektu administracji publicznej - Urzędu Miasta Łodzi, natomiast w kryterium kwalifikacji i kryterium selekcji wymaga do potencjalnych Uczestników postępowania wykazania się doświadczeniem w realizacji budynków biurowych. Obydwa rodzaje budynków, zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Dz.U. z 2019 r. poz. 1065), należą do grupy budynków użyteczności publicznej. W ocenie Odwołującego wiedza i doświadczenie Uczestnika postępowania w realizacji budynków użyteczności publicznej jest wystarczającą gwarancją na realizację przedmiotu postępowania i należytego jego wykonania.

Warto również nadmienić, że sam Zamawiający już w Zdolnościach zawodowych (pkt III.1.3) ogłoszenia) w ppkt 8.1.4.3.1 i 8.1.4.3.2 wymaga, by przystępujący do postępowania wykonawca wykazał się dysponowaniem ekspertami technicznymi – projektantem w specjalności architektonicznej i kierownikiem budowy, którzy brali udział w realizacji obiektów nie biurowych, lecz użyteczności publicznej o powierzchni nie mniejszej niż 5 000 m<sup>2</sup>.

Dzięki proponowanej przez Odwołującego zmianie Zamawiający da możliwość uczestniczenia w postępowaniu większej liczbie doświadczonych wykonawców, którzy będą mogli wykazać się doświadczeniem z większego pakietu zrealizowanych obiektów. W rezultacie Zamawiający uzyska bardziej konkurencyjne wnioski, a następnie oferty.

**II Uzasadnienie Odwołującego dla wprowadzenia zmiany, w zakresie kryterium kwalifikacji (8.1.4.1), w następujący sposób:** „...nie wcześniej niż w okresie ostatnich 10 lat...”

i

**Uzasadnienie Odwołującego dla wprowadzenia zmiany, w zakresie kryterium selekcji (9.2.1 – Wykaz robót załącznik 4B), w następujący sposób:**

*„...robotę budowlaną w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania wniosków...”*

W opinii Odwołującego uzyskanie niezbędnej wiedzy i doświadczenia dającego gwarancję należytego wykonania zamówienia można uzyskać realizując budowy obiektów proporcjonalnych do przedmiotowej inwestycji również w okresie dłuższym niż 5 lat. Należy przy tym mieć na względzie zarówno rozmiar inwestycji, jak i przewidzianą w § 9 ust. 4 pkt 1 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, możliwość dopuszczenia, w celu zapewnienia odpowiedniego poziomu konkurencji w postępowaniu, aby wykaz robót budowlanych dotyczył robót budowlanych wykonanych w okresie dłuższym niż ostatnie 5 lat.

Odwołujący wnosi zatem o zmianę postanowień w zakresie dotyczącym kryterium kwalifikacji i kryterium selekcji dotyczących posiadanego doświadczenia poprzez wydłużenie okresu dotyczącego wykonania robót budowlanych na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu i ograniczeniu liczby zaproszonych kandydatów, do lat 10. Dzięki tej modyfikacji Zamawiający da możliwość uczestniczenia w postępowaniu większej liczbie doświadczonych Wykonawców, którzy będą mogli wykazać się doświadczeniem z większego pakietu zrealizowanych obiektów. W rezultacie Zamawiający uzyska bardziej konkurencyjne wnioski, a następnie oferty.

**III Uzasadnienie Odwołującego dla wprowadzenia zmiany, w kryterium kwalifikacji (8.1.4.2), w następujący sposób: „...nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed terminem składania Wniosków...”**

i

**Uzasadnienie Odwołującego dla wprowadzenia zmiany, w zakresie kryterium selekcji (9.2.1 – Wykaz usług załącznik 5B), w następujący sposób: „...w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania wniosków...”**

W opinii Odwołującego uzyskanie niezbędnej wiedzy i doświadczenia dającego gwarancję należytego wykonania zamówienia można uzyskać realizując usługi utrzymania technicznego obiektów proporcjonalnych do przedmiotowej inwestycji również w okresie dłuższym niż 3 lata. Należy przy tym mieć na względzie rozmiar inwestycji, a także przewidzianą w § 9 ust. 4 pkt 2 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, możliwość dopuszczenia, w celu zapewnienia odpowiedniego poziomu konkurencji w postępowaniu, aby wykaz usług utrzymania technicznego dotyczył usług wykonanych/wykonywanych w okresie dłuższym niż ostatnie 3 lata.



Odwołujący wnosi zatem o zmianę postanowień w zakresie dotyczącym kryterium kwalifikacji i kryterium selekcji dotyczących posiadanego doświadczenia poprzez wydłużenie okresu dotyczącego wykonania usługi utrzymania technicznego na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu i ograniczeniu liczby zaproszonych kandydatów, do lat 5. Dzięki tej modyfikacji Zamawiający da możliwość uczestniczenia w postępowaniu większej liczbie doświadczonych Wykonawców, którzy będą mogli wykazać się doświadczeniem z większego pakietu zrealizowanych obiektów. W rezultacie Zamawiający uzyska bardziej konkurencyjne wnioski, a następnie oferty.

**IV Uzasadnienie Odwołującego dla wprowadzenia zmiany, w kryterium kwalifikacji (8.1.4.2), w następujący sposób: „...usługę utrzymania technicznego nieruchomości...”**

i

**Uzasadnienie Odwołującego dla wprowadzenia zmiany, w zakresie kryterium selekcji (9.2.1 – Wykaz usług załącznik 5B), w następujący sposób: „...w zakresie utrzymania technicznego nieruchomości...”**

W pkt II.2.4 ogłoszenia i pkt 3 OPW Zamawiający jako cel przedsięwzięcia wskazuje:

- „- zaprojektowanie, wybudowanie i zarządzanie budynkiem nowej siedziby Urzędu Miasta Łodzi oraz wydzielonej tzw. „komercyjnej części budynku”,
- zaprojektowanie, wybudowanie i ewentualna eksploatacja parkingu podziemnego,
- zaprojektowanie i zagospodarowanie płyty rynku Kobro”

Zaznacza jednak dalej: „...Uszczegółowienie wskazanego powyżej przedmiotu przedsięwzięcia będzie przedmiotem negocjacji i zostanie zawarte w zaproszeniu do składania ofert...”

I dalej w OPW:

„...zakładany model realizacji przedsięwzięcia w formule partnerstwa publiczno-prywatnego uwzględnia możliwość pobierania pożytków z jednego obiektu...”

Wskazać zatem należy, że w ramach prowadzonego dialogu konkurencyjnego przedmiot postępowania będzie podlegał negocjacji. W ocenie Odwołującego wszyscy zakwalifikowani do dialogu konkurencyjnego wykonawcy mogą nie wyrazić zgody na proponowany przez Zamawiającego zakres: zarządzanie obiektami czy też pobieranie pożytków z jednego z wybudowanych obiektów. Dialog konkurencyjny może zakończyć się wprowadzeniem do SWZ, na etapie zaproszenia do składania ofert, wymogu nie zarządzania, a wyłącznie utrzymania technicznego wybudowanych obiektów przez wykonawcę, którego oferta zostanie uznana za najkorzystniejszą i z którym zostanie zawarta umowa. Dlatego w ocenie Odwołującego Zamawiający postawił zbyt wysokie wymagania na etapie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w tym zakresie.

**V Uzasadnienie Odwołującego dla wprowadzenia zmiany w kryterium kwalifikacji (8.1.4.2), w następujący sposób:** „...na której znajduje się budynek/budynki użyteczności publicznej o łącznej powierzchni użytkowej nie mniejszej niż 18 000 m<sup>2</sup> ”

i

**Uzasadnienie Odwołującego dla wprowadzenia zmiany, w zakresie kryterium selekcji (9.2.1 – Wykaz usług załącznik 5B), w następujący sposób:** „...której przedmiotem była budowa budynku użyteczności publicznej o powierzchni użytkowej nie mniejszej niż 18 000 m<sup>2</sup>...”

Zamawiający od Zwycięzcy postępowania oczekuje wybudowania obiektu administracji publicznej - Urzędu Miasta Łodzi, natomiast w kryterium kwalifikacji i kryterium selekcji wymaga do potencjalnych Uczestników postępowania wykazania się doświadczeniem w zarządzaniu budynkiem biurowym. Obydwa rodzaje budynków, zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Dz.U. z 2019 r. poz. 1065), należą do grupy budynków użyteczności publicznej. W ocenie Odwołującego wiedza i doświadczenie Uczestnika postępowania w obsłudze budynków użyteczności publicznej jest wystarczającą gwarancją na realizację przedmiotu postępowania i należytego jego wykonania.

Warto również nadmienić, że sam Zamawiający już w zdolnościach zawodowych (pkt III.1.3) ogłoszenia) w ppkt 8.1.4.3.1 i 8.1.4.3.2 wymaga, by wykonawca wykazał się dysponowaniem ekspertami technicznymi – projektantem w specjalności architektonicznej i kierownikiem budowy, którzy brali udział w realizacji obiektów nie biurowych, lecz użyteczności publicznej o powierzchni nie mniejszej niż 5 000 m<sup>2</sup>.

Dzięki proponowanej zmianie Zamawiający da możliwość uczestniczenia w postępowaniu większej liczbie doświadczonych Wykonawców, którzy będą mogli wykazać się doświadczeniem z większego pakietu zrealizowanych obiektów. W rezultacie Zamawiający uzyska bardziej konkurencyjne wnioski, a następnie oferty.

**Ze względu na powyższe Odwołujący domaga się, aby Zamawiający zmienił treść ogłoszenia o zamówieniu, oraz konsekwentnie treść OPW, poprzez ukształtowanie warunku udziału w postępowaniu proporcjonalnie do zamówienia tj. w następujący sposób:**

*„Zdolność techniczna i kwalifikacje zawodowe*

*Wykaz i krótki opis kryteriów kwalifikacji:*

*Warunki zdolności technicznej*

*w pkt 8.1.4.1.: Warunek zostanie uznany za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że wykonał należycie oraz zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończył **nie wcześniej niż w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania wniosków, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie – co najmniej dwie roboty budowlane (dwa kontrakty/umowy), których przedmiotem była budowa budynku użyteczności publicznej o***



**powierzchni użytkowej nie mniejszej niż 18 000 m<sup>2</sup> dla każdej z robót.**

*i dalej*

w pkt 8.1.4.2.: Warunek zostanie uznany za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że wykonał lub wykonuje należycie nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania Wniosków, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie - **usługę w zakresie utrzymania technicznego nieruchomości** (w ramach jednej umowy), **na której znajduje się budynek/budynki użyteczności publicznej o łącznej powierzchni użytkowej nie mniejszej niż 18 000 m<sup>2</sup>**, przez okres co najmniej 18 kolejnych miesięcy."

*i dalej*

w pkt II.2.9) ogłoszenia o zamówieniu Informacja o ograniczeniu zaproszonych kandydatów:

9.2. Jeżeli liczba wykonawców, którzy spełniają kryteria kwalifikacji oraz nie podlegają wykluczeniu z postępowania będzie większa niż 5, wówczas zamawiający zaprosi do udziału w postępowaniu 5 wykonawców, którzy spełniają kryteria selekcji oraz nie podlegają wykluczeniu z postępowania i którzy uzyskają największą liczbę punktów, obliczonych w sposób określony poniżej:

9.2.1. zamawiający przyzna wykonawcy punkty za wykonanie robót budowlanych i usług, powyżej progu minimalnego określonego w kryteriach kwalifikacji:

- 3 punkty za każdą wykazaną w Wykazie robót załącznik nr 4B do ogłoszenia, zrealizowaną (zakończoną) robotę budowlaną **w okresie ostatnich 10 lat** przed upływem terminu składania wniosków, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, której przedmiotem była **budowa budynku użyteczności publicznej o powierzchni użytkowej nie mniejszej niż 18 000 m<sup>2</sup>** dla każdej z robót, z tym zastrzeżeniem, że w przypadku wskazania więcej niż 5 takich robót budowlanych wykonawca otrzyma maksymalnie 15 punktów,
- 2 punkty za każdą wykazaną w Wykazie usług załącznik nr 5B do ogłoszenia, zrealizowaną lub realizowaną należycie usługę w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania wniosków, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie, **w zakresie utrzymania technicznego nieruchomości** w ramach jednej umowy, na której znajduje się budynek/budynki **użyteczności publicznej o łącznej powierzchni użytkowej nie mniejszej niż 18 000 m<sup>2</sup>**, przez okres co najmniej 18 kolejnych miesięcy, z tym zastrzeżeniem, że w przypadku wskazania więcej niż 5 takich usług wykonawca otrzyma maksymalnie 10 punktów. W tym celu wykonawca przedłoży wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, Wykaz robót załącznik nr 4B do ogłoszenia i Wykaz usług załącznik nr 5B do ogłoszenia;

Odwołujący podkreśla, że zaproponowana powyżej nowa treść warunku doświadczenia wykonawcy po pierwsze otworzy przetarg na konkurencję, czyli na przedsiębiorców, którzy są zdolni wykonać zamówienie, co z kolei wpłynie korzystnie na wysokość cen oferowanych przez wykonawców.

Po drugie, będzie stanowił wystarczającą gwarancję, że o zamówienie będą się ubiegać wykonawcy faktycznie zdolni do jego należytego wykonania.

Po trzecie, warunek postulowany przez Odwołującego, inaczej niż warunek określony aktualnie w Ogłoszeniu o zamówieniu oraz OPW, nie będzie nikogo dyskryminować.

Zamawiający oczywiście może, jako gospodarz postępowania, formułować szczegółowe warunki udziału w postępowaniu odzwierciedlające jego oczekiwania, pamiętając jednakże o naczelnej zasadzie ich związku i proporcjonalności do przedmiotu zamówienia, zachowując zasady niedyskryminacji i równego traktowania wykonawców, przejrzystości postępowania i unikając sztucznego zawężania konkurencyjności.

Z kolei według art. 58 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE *„Instytucje zamawiające mogą nakładać na wykonawców kryteria, o których mowa w ust 2, 3 i 4, wyłącznie jako wymogi dotyczące udziału. Ograniczają wymogi do tych, które są odpowiednie do zapewnienia, że kandydat lub oferent posiadają zdolność prawną, finansową, techniczną i zawodową niezbędną do realizacji udzielanego zamówienia. Wszystkie wymagania muszą być związane z przedmiotem zamówienia i proporcjonalne do tego przedmiotu”*. Przepis art. 78 ust. 1 dyrektywy 2014/25/UE wymaga, aby kryteria te były obiektywne.

Ochrona konkurencji w rozumieniu traktatu i dyrektywy 2014/24/UE, obejmująca zakaz dyskryminacji ze względu na narodowość czy miejsce prowadzenia działalności, skutkuje także - według Odwołującego - zakazem takiego kształtowania warunku doświadczenia, aby mogli go spełnić wyłącznie wykonawcy, którzy wykonali tożsamy przedmiot zamówienia.

Za poglądami z doktryny, stwierdzić w tym miejscu należy, że zasada proporcjonalności wymaga dwustopniowej oceny wprowadzanego środka. Po pierwsze należy ocenić, czy przyjmowany środek jest właściwy dla osiągnięcia zakładanego celu. Jeśli środek jest właściwy i nadaje się do realizacji zakładanego celu, to w drugiej kolejności należy się zastanowić, czy nie wykracza poza to, co jest niezbędne, a tym samym czy nie jest on nadmierny, czy inne środki nie byłyby wystarczające do osiągnięcia planowanego efektu, a także czy założonego celu nie można osiągnąć za pomocą innych, mniej szkodliwych lub mniej ingerujących środków. Stosowanie w praktyce zasady proporcjonalności wymaga od zamawiającego doboru odpowiednich środków i metod pozwalających na jednoczesne urzeczywistnienie wartości, pozostających wobec siebie w opozycji. Osiągnięcie tej równowagi oznacza, że musi się on zaangażować w prowadzoną procedurę, znać relacje panujące na rynku, znać przedmiot zamówienia oraz rynek właściwy dla danego typu dostaw, usług lub robót budowlanych - tak, aby zastosowane metody i środki zmierzające do osiągnięcia zakładanych celów nie skutkowały zaburzeniem wymaganej w postępowaniu o udzielenie zamówienia równowagi.

Odwołujący zwraca uwagę, że na etapie przygotowania postępowania zasada proporcjonalności przekłada się na obowiązek takiego opisu przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu, by były one uzasadnione: wartością zamówienia, charakterystyką, zakresem, stopniem złożoności lub warunkami realizacji zamówienia, a także by nie ograniczały dostępu do zamówienia wykonawcom dającym rękojmię należytego jego wykonania.

Oznacza to, iż granicą dla określenia przez Zamawiającego wymogów, jakie spełnić muszą wykonawcy ubiegający się o dany rodzaj zamówienia jest najniższe z możliwych wymagań pozwalające na wykonanie zamówienia na odpowiednim poziomie jakości.

*„Ustawodawca ogranicza (...) swobodę zamawiającego i dowolność w kształtowaniu warunków udziału, z uwagi na fakt, że każdy taki warunek prowadzi do ograniczenia dostępu do udziału w postępowaniu oraz do ograniczenia konkurencji. Ograniczenia takie są dopuszczalne zatem jedynie wyjątkowo (z uwagi na fakt, że jednak jako nadrzędne zasady systemu zamówień publicznych przyjęto zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców - art 7 ust. 1 Pzp), wyłącznie w przypadku, gdy jest to uzasadnione koniecznością oceny zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Wykonanie niektórych zamówień nie będzie wymagało posiadania jakiś szczególnych kompetencji, doświadczenia czy innego rodzaju potencjału. W wielu jednak przypadkach, zamawiający, aby uchronić się przed nienależytym wykonaniem, muszą mieć możliwość ustalenia, czy wykonawcy zgłaszający zainteresowanie realizacją, będą w stanie faktycznie wykonać takie zamówienie zgodnie z oczekiwaniami zamawiającego. Dlatego też godząc naczelne zasady zamówień publicznych oraz interesy zamawiających, dopuszcza się badanie zdolności wykonawcy, ale wyłącznie w zakresie w jakim jest to uzasadnione przedmiotem zamówienia. Podsumowując, zamawiający mogą określić wyłącznie takie warunki *udziału w postępowaniu*, które są proporcjonalne do przedmiotu zamówienia, a zatem dotyczą zdolności niezbędnych do należytego wykonania zamówienia. (...) Od dawna podkreśla się również, że proporcjonalność warunków udziału w postępowaniu do przedmiotu zamówienia oznacza, że zamawiający dobierając i określając te warunki powinien się ograniczyć do wymagań minimalnych, *gwarantujących jednakże osiągnięcie pełnych celów prowadzonego postępowania, zaś ich opis należy uzależnić od rodzaju zamówienia, stopnia jego złożoności i rozmiaru, zakresu wiadomości i umiejętności specjalnych (tak m.in. wyr. KIO z 12.11.2013 r., KIO 2516/13, Legalis).**

Powyższy pogląd zachowuje aktualność także obecnie, tak więc zasada proporcjonalności warunków udziału dotyczy przede wszystkim sposobu określenia tych warunków. Może się bowiem okazać, że zamawiający słusznie wymagał posiadania doświadczenia w realizacji zamówień o określonej specyfice, jednakże określił ten warunek w sposób nieadekwatny do przedmiotu zamówienia. Proporcjonalność warunku przejawia się nie tylko we właściwym doborze rodzaju zdolności, która będzie podlegała badaniu, ale też we właściwym określeniu minimalnego poziomu tej zdolności, tj. w określeniu minimalnego sposobu spełnienia warunku (np. minimalny zakres przedmiotowy oraz liczba dotychczas zrealizowanych zamówień)". (Marzena Jaworska (red.), Prawo zamówień publicznych, Komentarz, Legalis 2019).

Podkreślić zatem należy, że każdy nadmiarowy, nieproporcjonalny i nieuzasadniony przedmiotem zamówienia warunek jest niezgodny z przepisami ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe, zdaniem Odwołującego określone przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności zawodowych wykonawcy w zakwestionowanym zakresie, nie spełniają kryteriów ustalonych w Pzp, a to z uwagi na fakt, że ograniczają dostęp do przedmiotowego zamówienia mimo, iż ograniczenie to nie jest niezbędne

do zapewnienia prawidłowej realizacji tego zamówienia. Konsekwencją tego stwierdzenia jest uznanie, że ww. warunki określone zostały z naruszeniem zasady proporcjonalności i nakazu równego traktowania wykonawców.

Mając powyższe na uwadze wnoszę jak na wstępie.

Z poważaniem

r.pr. Dariusz Ziemiński

Załączniki:

1. dowód uiszczenia wpisu od odwołania w wymaganej wysokości,
2. dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu,
3. odpis z KRS dla Odwołującego,
4. pełnomocnictwo do wniesienia odwołania.