



Warszawa, 13 kwietnia 2018 r.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa

Zamawiający:

Gmina Kraków
Zarząd Inwestycji Miejskich
ul. Reymonta 20, 30-059 Kraków
e-mail: zp@zim.krakow.pl

Odwołujący:

Budimex S.A.
ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa
reprezentowany przez:
r.pr. Wojciecha Iwańczyka,
adres do doręczeń:
BUDIMEX S.A.
ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa
e-mail: wojciech.iwanczyk@budimex.pl

Dotyczy: postępowania prowadzonego w trybie dialogu konkurencyjnego pn. „Budowa, utrzymanie i zarządzanie obiektem Centrum Obsługi Inwestora w Krakowie w formule partnerstwa publiczno-prywatnego. Numer referencyjny: ZIM.ZP.271.2.11.2018” (dalej jako „**Postępowanie**”)

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 4 kwietnia 2018 r. pod nr 2018/S 065-144854.

ODWOŁANIE

Działając w imieniu Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej jako „**Odwołujący**”) na podstawie art. 180 ust. 1 w zw. z art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (dalej jako „**ustawa Pzp**”) w związku z art. 4 ust. 2 ustawy z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym (dalej jako „**ustawa PPP**”), wnoszę odwołanie od czynności dokonanych przez Zamawiającego polegającej na ustaleniu treści ogłoszenia o zamówieniu (dalej jako: „**Ogłoszenie**”), w sposób naruszający przepisy ustawy Pzp.

Niniejszym zarzucam Zamawiającemu, iż naruszył w szczególności następujące przepisy:

- 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 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,
- 2) art. 48 ust. 2 pkt 8a ustawy Pzp w zw. z art. 60c ustawy o 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.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wnosi o:

- 1) uwzględnienie odwołania,
- 2) nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści Ogłoszenia w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania,
- 3) nakazanie Zamawiającemu odpowiedniej zmiany terminu składania ofert, jeśli okaże się to niezbędne.

Interes i szkoda

W wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych przepisów ustawy Pzp interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, ponieważ Odwołujący jest wykonawcą zainteresowanym pozyskaniem przedmiotowego zamówienia i może ponieść szkodę na skutek naruszenia przepisów ustawy Pzp przez Zamawiającego. Szkoda ta polega na wyłączeniu możliwości pozyskania zamówienia, a w konsekwencji osiągnięcia zysku w związku z jego realizacją. Powyższe dowodzi naruszenia interesu w uzyskaniu zamówienia, co czyni zadość wymaganiom określonym w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp do wniesienia niniejszego odwołania.

Zachowanie terminu i wymogów formalnych

Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu, gdyż ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 4 kwietnia 2018 r. W związku z tym, 10-dniowy termin na wniesienia odwołania został zachowany.

Odwołujący uścił wpis od niniejszego odwołania w wymaganej wysokości oraz przekazał kopię niniejszego odwołania wraz z załącznikami Zamawiającemu.

UZASADNIENIE

I. Stan faktyczny

1. Zamawiający w przedmiotowym Ogłoszeniu w sekcji II.2.9) wskazał sposób wyboru maksymalnie trzech wykonawców zaproszonych do dialogu konkurencyjnego z pośród wykonawców, którzy złożyli wnioski i spełniających kryteria udziału, i którzy otrzymali największą ilość punktów m.in. zgodnie z kryterium opisanym w punkcie (b) za każdy zrealizowany lub realizowany, 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, projekt (przedsięwzięcie), którego przedmiotem były lub są co najmniej finansowanie, budowa (w rozumieniu art. 3 pkt 6 ustawy Prawo budowlane) lub przebudowa (w rozumieniu art. 3 pkt 7a ustawy Prawo budowlane) oraz usługa eksploatacji (rozumiana co najmniej jako utrzymanie i zarządzanie) przez wykonawcę budynku użyteczności publicznej lub zamieszkania zbiorowego o całkowitej wartości inwestycji co najmniej 100 000 000,00 PLN brutto i o powierzchni całkowitej minimum 10 000 m², przy czym budynek został wykonany, a usługa eksploatacji jest lub była



świadczona przez okres co najmniej 12 miesięcy następujących po sobie, wykonawca otrzyma 1 punkt jednak nie więcej niż 10 punktów łącznie.

2. W odniesieniu do dodatkowych robót budowlanych i usług wskazanych w punkcie (b) sekcji II.2.9) Ogłoszenia stanowiących dodatkowe kryterium wyboru wykonawców zaproszonych do dialogu konkurencyjnego Zamawiający nie wskazał czy przy ocenie spełnienia będzie brał pod uwagę dodatkowe roboty i usługi podmiotów na których zdolnościach polega wykonawca.

II. Skonkretyzowanie zarzutów i wniosków Odwołującego

1. W kontekście zaistniałego stanu faktycznego w odniesieniu do zarzutu pierwszego jednoznacznie wynika, że Zamawiający preferuje wykonawców mających doświadczenie w partnerstwie publiczno-prywatnym polegającym na świadczeniu kompleksowych usług finansowania, budowy i utrzymania obiektów użyteczności publicznej o wskazanych minimalnych parametrach. Zgodnie z przepisem art. 48 ust. 2 pkt 8a ustawy Pzp kryteria i zasady winny być obiektywne i niedyskryminujące. Jednakże według danych publikowanych przez Ministerstwo Inwestycji i Rozwoju na portalu www.ppp.gov.pl w bazie projektów PPP z podpisanymi umowami (stan na grudzień 2017 r.) figurują 2 projekty dotyczące budynków użyteczności publicznej lub zamieszkania zbiorowego o parametrach wskazanych przez Zamawiającego:

1) Wybór partnera prywatnego dla przedsięwzięcia pn. "Budowa Szpitala Powiatowego w Żywcu" – o wartości 138 779,931,00 zł netto czyli ok. 170,7 mln zł brutto

2) Wybór partnera prywatnego do realizacji przedsięwzięcia polegającego na zaprojektowaniu i przebudowie Kompleksu budynków przy ulicy Badurskiego 13, 15, 17 i 19 w Krakowie Prokocimiu wraz z przyległym terenem i infrastrukturą (dalej „Obiekt”) oraz świadczeniu usług w zakresie zarządzania tymi obiektami. – o wartości 89 229 900,00 zł netto czyli ok. 109,8 mln zł brutto.

Jednocześnie pierwszy z wymienionych projektów nigdy nie wszedł w fazę operacyjną (jego status zgodnie z bazą projektów) to wciąż „Budowa”. Natomiast drugi projekt mimo iż wszedł w fazę operacyjną, to zgodnie z informacjami udostępnionymi przez zamawiającego nie obejmował w swym zakresie usługi zarządzania budynkami, a jedynie ich utrzymanie.

Dowód:

http://www.ppp.gov.pl/Aktualnosci/Documents/2018_03_19_baza_danych_umowy_PPP.xlsx

Oznacza to, że nie ma w Polsce wykonawcy i projektu, który spełniałby wymogi stawiane przez Zamawiającego, co implikuje preferowanie i zaproszenie do dialogu wykonawców zagranicznych, którzy zrealizowali lub realizują takie projekty wyłącznie za granicą Polski.

Wniosek:

Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe okoliczności, Odwołujący wnosi o modyfikację treści Ogłoszenia poprzez wykreślenie w sekcji II.2.9) punktu (b) lub alternatywnie wnosi jak poniżej.

2. Odnosnie zarzutu drugiego Odwołujący obok podniesionych wyżej zarzutów dyskryminacji i braku równego traktowania wykonawców wskazuje, że Zamawiający nie wskazał w Ogłoszeniu czy przy ocenie kryteriów wskazanych w sekcji II.2.9 punkt (b) Ogłoszenia będzie brał pod uwagę roboty i usługi podmiotów, na których zasoby powołuje się wykonawca. Obecny zapis uznać więc należy za nie spełniający zasad wskazanych w art. 29 Pzp.

budimex

Nadto taki ewentualny zapis niwelowałby w części dyskryminujące zapisy punktu (b) sekcji II.2.9 Ogłoszenia. Odwołujący podnosi, co uznać należy za notorium, że przy projektach w partnerstwie publiczno-prywatnym ze względu na specyfikę, w tym wieloletni okres zamówienia oraz możliwość uzyskania finansowania wykonawcy w celu udziału w postępowaniu powołują spółki celowe, które z zasady nie dysponują doświadczeniem, lecz bazują na doświadczeniu spółki dominującej czy innych spółkach z grupy. Fakt ten zauważyła także Rada Ministrów, gdzie w złożonym do Sejmu projekcie nowelizacji ustawy PPP w punkcie 16 i 17 przewiduje właśnie, że umowę może realizować spółka celowa wykonawcy, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą.

Dowód: druk sejmowy nr 2333

<http://www.sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/druk.xsp?nr=2333>

Odwołujący podnosi także, że ustawa Pzp, w szczególności jej przepis art. 48 ust. 2 pkt 8a, nie zawiera zakazu tak dla wykonawcy, jak i Zamawiającego wskazania sposobu i zasad obiektywnych i niedyskryminujących jakimi będzie się kierował przy ograniczeniu wyboru wykonawców zapraszanych do dialogu konkurencyjnego.

Wniosek:

Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe okoliczności, Odwołujący, alternatywnie w sytuacji nie uwzględnienia przez Izbę zarzutu i wniosku pierwszego powyżej, wnosi o zobowiązanie Zamawiającego do uzupełnienia sekcji II.2.9) Ogłoszenia na końcu o zdanie „Zamawiający dopuszcza możliwość polegania przez wykonawców na zdolnościach innych podmiotów (tzw. podmiotów trzecich) odnośnie warunku wyboru opisanego w punkcie (b).”

III. Podsumowanie

Reasumując w świetle powyżej wskazanych argumentów należy uznać, że postanowienia Ogłoszenia w zaskarżonej części nie można uznać za obiektywne i niedyskryminujące zapewniające równy udział wykonawców przez co nadmiernie i bezzasadnie zawężają krąg potencjalnych wykonawców, faktycznie pozbawiając dużą część wykonawców, którzy spełnią kryteria udziału, faktycznej możliwości uzyskania zamówienia.

W związku z przedstawioną powyżej argumentacją, skorzystanie ze środka ochrony prawnej przez Odwołującego i jego żądania są w pełni uzasadnione i konieczne.

Załączniki:

1. Pełnomocnictwo wraz z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej,
2. Odpis KRS Odwołującego,
3. Dowód przesłania kopii odwołania Zamawiającemu,
4. Dowód uiszczenia wpisu od odwołania.


RADCA PRAWNY
Wojciech Iwańczyk

Przelew

Kod	Zlecienniodawca	Kontrahent	Waluta	Kwota
0EPRO11	BUDIMEX SA STAWKI 40 WARSZAWA Id. banku 12401037 NRE 02 1240 1037 1111 0010 0480 4344 Szczegó³y p³atnoœci OPLATA SKARBOWA ODWOLANIE KIO W. IWANCZYK I P 0000000000-Z Informacja wewnętrzna	DZIELNICA MOKOTOW M.ST. WARSZAWY NRE 18 1030 1508 0000 0005 5002 3113 Informacje klient-bank	PLN	17,00
Zaawansowane / Historia				
Wprowadzenie	Uzytkownik	Data	Czas	
Akceptacja 1	EPRO	18-04-12	15:25	
Akceptacja 2			00:00	
Typ operacji		Liczba	Kwota	
Przelew		1	17,00	

Podsumowanie wymienionych poleceñ jednorazowych

Przelew		Specjalne
Liczba	1	0
Kwota	17,00	0,00
P³atnoœæ ZUS		Specjalne ZUS
Liczba	0	0
Kwota	0,00	0,00
Polecenie zap³aty		P³atn. (ISOBNET)
Liczba	0	0
Kwota	0,00	0,00
Polec. zap³. GOSI		P³atnoœæ podatku
Liczba	0	0
Kwota	0,00	0,00
P³atnoœæ MFS		Specjalne - podatek
Liczba	0	0
Kwota	0,00	0,00
Liczba razem	Kwota razem	
1	17,00	

BUDIMEX
Spółka Akcyjna

Przelew

Kod	Zleceñodawca	Kontrahent	Waluta	Kwota
OEPRO10	BUDIMEX SA STAWKI 40 WARSZAWA Id. banku 12401037 NRE 02 1240 1037 1111 0010 0480 4344 Szczegó³y p³atnoœci: ODWO³ANIE OG³OSZENIE 2018/S 065-144854 I P 0000000000-Z Informacja wewn³trza	URZAD ZAMOWIEN PUBLICZNYCH NRE 60 1010 1010 0081 3622 3100 0000 Informacje klient-bank	PLN	20 000,00
Typ operacji Przelew Rodzaj polecenia Jednorazowe P³atne dn. 18-04-13				
Zaawansowane / Historia				
Wprowadzenie		U¿ytkownik	Data	Czas
Akceptacja 1		EPRO	18-04-12	15:23
Akceptacja 2				00:00
Typ operacji		Liczba	Kwota	
Przelew		1	20 000,00	

Podsumowanie wymienionych poleceñ jednorazowych

Przelew		Specjalne	
Liczba	1	Liczba	0
Kwota	20 000,00	Kwota	0,00
P³atnoœæ ZUS		Specjalne ZUS	
Liczba	0	Liczba	0
Kwota	0,00	Kwota	0,00
Polecenie zap³aty		P³atn. (ISOPNET)	
Liczba	0	Liczba	0
Kwota	0,00	Kwota	0,00
Polec. zap³. GOS		P³atnoœæ podatku	
Liczba	0	Liczba	0
Kwota	0,00	Kwota	0,00
P³atnoœæ MFI		Specjalne - podatek	
Liczba	0	Liczba	0
Kwota	0,00	Kwota	0,00
Liczba razem		Kwota razem	
1	20 000,00		

BUDIMEX
Spółka Akcyjna

Budimex SA
ul. Stawki 40
01-040 Warszawa
tel. (48) 22 623 60 00
fax (48) 22 623 60 01

budimex

Warszawa, dnia 30 listopada 2009 r.

DP/Peł/ 857/2009

PEŁNOMOCNICTWO

Zarząd BUDIMEX Spółki Akcyjnej z siedzibą w Warszawie przy ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa, wpisanej do rejestru przedsiębiorców prowadzonego przez Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy w Warszawie XII Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego pod numerem KRS 0000001764, kapitał zakładowy 127.650.490 złotych – wpłacony w całości, (dalej też Spółka),
udziela niniejszym Panu

Wojciechowi Iwańczyk

radcy prawnemu wpisanemu na listę radców prawnych prowadzoną przez Radę Okręgowej Izby Radców Prawnych w Warszawie pod nr WA-3735, pełnomocnictwa procesowego ogólnego obejmującego umocowanie do czynności określonych w art. 91 Kpc. upoważniając Go do reprezentowania BUDIMEX SA przed wszystkimi sądami powszechnymi, administracyjnymi, polubownymi, Sądem Najwyższym oraz przed organami administracji rządowej i jednostek samorządu terytorialnego, organami egzekucyjnymi, syndykiem masy upadłości w postępowaniach upadłościowych, a także wnoszenia w imieniu Spółki środków odwoławczych w postępowaniach przetargowych oraz przewidzianych w ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163 z późn. zm.), w tym w szczególności składania protestów i przyłączania się do protestów złożonych przez innych wykonawców oraz składania odwołań i reprezentowania Spółki na posiedzeniach i rozprawach przed Krajową Izbą Odwoławczą przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych a także składania skarg do sądu w tych postępowaniach.

Niniejsze pełnomocnictwo obejmuje także upoważnienie do składania w trakcie postępowań oświadczeń materialnoprawnych o potrąceniu.

potwierdzam zgodność z oryginałem

Wojciech Iwańczyk

RADCA PRAWNY
WA-3735

PREZES ZARZĄDU
DYREKTOR GENERALNY

Dariusz Blocher