



ADWOKAT AGNIESZKA KOCUJ

Katowice, dnia 17 maja 2023 r.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej

ul. Postępu 17A

02-676 Warszawa

Odwołujący:

**Zakład Instalacji Budowlanych II Spółka
z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą
w Gliwicach, ul. Stanisława Konarskiego 25B, 44
– 100 Gliwice**

Tel. +48 600430089

Mail: biuro@zibmail.pl

NIP: 6310103602

KRS: 0000989545

Reprezentowana przez:

adwokata Agnieszkę Kocuj, Kancelaria Adwokacka
AKA LEX Adwokat Agnieszka Kocuj, ul. Katowicka
19/5a, 40 – 174 Katowice, tel. 698 651 895, email:
adwokat.a.kocuj@gmail.com

Zamawiający:

**Zarząd Dróg Miejskich w Gliwicach, ul. Płowiecka
31, 44-121 Gliwice, email:
zachara_m@zdm.gliwice.eu,
zdm@zdm.gliwice.eu, tel. +48 32/300-86-36**

Dotyczy:

Postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą Utrzymanie dróg wewnętrznych na terenie miasta Gliwice w latach 2023 – 2025, oznaczenie sprawy/numer referencyjny: ZDM-ZPU.26.14.2023 MZ; przedmiotem zamówienia są roboty budowlane.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem Dz.Urz.UE: 2023/S 080-240945 dnia 24.04.2023 r., modyfikacja SWZ i innych dokumentów w dniu 12 maja 2023 r.

Odwołanie

Działając jako pełnomocnik odwołującego, który ma interes w uzyskaniu zamówienia jako Wykonawca oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2022.1710, z późn. zm., dalej jako: „pzp”), na podstawie pełnomocnictwa którego uwierzytelnioną kopię przedkładam w załączeniu, na podstawie przepisów art. 513 pkt 1) pzp w zw. z art. 514 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 pzp w zw. z art. 515 ust. 1 pkt 1) a) pzp i art. 515 ust. 2 pkt 1) pzp w zw. z art. 516 ust. 1 i ust. 2 pzp oraz w zw. z art. 505 ust. 1 pzp, w zw. z art. 513 pkt 2) pzp wnoszę odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy czynności Zamawiającego, podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w tym na projektowane postanowienia umowy podjęte w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, **wobec treści zmodyfikowania i umieszczenia na platformie eZamówienia w dniu 12 maja 2023 r.** SWZ i innych dokumentów w tym ogłoszenia wszczynającego postępowanie o ogłoszenie zamówienia oraz wobec treści dokumentów zamówienia prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą „Utrzymanie dróg wewnętrznych na terenie miasta Gliwice w latach 2023-2025”, oznaczenie sprawy/numer referencyjny: ZDM-ZPU.26.14.2023 MZ; przedmiotem zamówienia są roboty budowlane, którego ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem Dz.Urz.UE: 2023/S 080-240945 dnia 24.04.2023 r., polegających na dokonaniu takich zapisów, które utrudniają lub uniemożliwiają uczciwą konkurencję, naruszają zasadę równego traktowania wykonawców, zasadę prowadzenia postępowania w sposób przejrzysty, a także zasadę proporcjonalności oraz rzetelnego doboru parametrów liczbowych (wartości wyrażonych liczbowo) przy wykazaniu doświadczenia Wykonawcy, co jest niezgodne z przepisami pzp, tj.:

1. Sformułowanie treści wymogów dotyczących zdolności technicznej i zawodowej Wykonawcy (warunki udziału w postępowaniu) poprzez konieczność wykazania wykonania wszystkich określonych przez Zamawiającego robót (SWZ pkt 9 ust. 4, Ogłoszenie III.1.3) część pierwsza pkt a)-f), w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, tj. zbyt duże wymogi w zakresie przyjętych parametrów wyrażonych w liczbach w stosunku do realnych i istniejących w przetargach prowadzonych przez miasta ościenne, o porównywalnej wielkości, co finalnie prowadzi do nie uzasadnionego zawężenia kręgu Wykonawców.
2. Sformułowanie treści Wzoru umowy w § 1 ust. 4 pkt 5, § 3 ust. 2 pkt 1) w sposób wiążący dla obowiązywania zapisów z SWZ i jego załączników w treści, na którą odwołujący wskazuje w nin. odwołaniu.

ZWIĘŻŁE PRZEDSTAWIENIE ZARZUTÓW

Mając powyższe na uwadze, Zamawiającemu **zarzucam**:

1. Naruszeniu przepisu art. 16 pkt 1 pzp polegające na przygotowaniu i przeprowadzeniu przez Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia w sposób nie zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowanie wykonawców, poprzez uprzywilejowanie w procedurze przetargowej dotychczasowego Wykonawcy.
2. Naruszeniu przepisu art. 16 pkt 3 pzp polegające na przygotowaniu i przeprowadzeniu przez Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia w sposób nie proporcjonalny, poprzez postawienie przez Zamawiającego warunku konieczności wykazania się przez Wykonawcę doświadczeniem o parametrach znacznie przekraczających realne zapotrzebowanie do realizacji przedmiotowego zamówienia, które Zamawiający sam szacunkowo określił w Tabeli Elementów Rozliczeniowych;
3. Naruszeniu przepisu art. 16 pkt 3 pzp polegające na przygotowaniu i przeprowadzeniu przez Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia w sposób nie proporcjonalny, poprzez postawienie przez Zamawiającego warunku konieczności wykazania wykonania robót w konkretnej ilości o którym mowa w pkt III 1.3) ogłoszenia oraz w pkt 9 ust. 4 SWZ pkt a)-f);
4. Naruszenie przepisu art. 21 ust. 1 pkt 4) pzp polegające na podjęciu przez Zamawiającego działań nie uwzględniających upowszechniania dobrych praktyk i narzędzi zakupowych, poprzez uprzywilejowanie w procedurze przetargowej dotychczasowego Wykonawcy.
5. Naruszenie przepisu art. 83 ust. 1 pzp polegające na nie dokonaniu przez Zamawiającego analizy potrzeb i wymagań, uwzględniających rodzaj i wartość zamówienia, a uwzględniających w głównej mierze interes dotychczasowego Wykonawcy, co finalnie prowadzi do nie uzasadnionego zawężenia kręgu Wykonawców.
6. Naruszenie przepisu art. 99 ust. 2 pzp polegające na określeniu przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia wymaganych cechy dostaw, usług oraz robót budowlanych, w sposób nieproporcjonalny do wartości i celów Zamówienia.
7. Naruszenia przepisu art. 112 ust. 1 pzp polegające na określeniu przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, w szczególności poprzez określenie warunków zdolności technicznej lub zawodowej o parametrach wyrażonych w liczbach.
8. Naruszenie przepisu art. 116 ust. 1 pzp polegające na określeniu warunków potencjału technicznego Wykonawcy w sposób nieproporcjonalny do odpowiedniego poziomu jakości dla tego rodzaju zamówienia.

ŻĄDANIE CO DO SPOSOBU ROZSTRZYGNIĘCIA ODWOŁANIA

Wskazując na powyższe zarzuty wnoszę o uwzględnienie odwołania i:

1. Zgodnie z art. 554 ust. 3 pkt 1 c) nakazanie Zamawiającemu zmianę projektowanego postanowienia umowy albo jego usunięcie jeżeli jest niezgodne z obowiązującymi przepisami w sposób zapewniający zachowanie zasad określonych w art. 99 pzp i innych.

Przy czym jeżeli parametry nie zostaną usunięte to ich zmiana powinna nastąpić w nie większych parametrach niż poniżej wskazane:

- a) układanie nawierzchni z betonu asfaltowego min. 4 000 m²; zmiana na 1000 m² lub nie więcej niż 1500 m²
- b) wykonanie nawierzchni z kostki betonowej min. 4 000 m²; zmiana na 1000 m² lub nie więcej niż 1500 m²
- c) wykonanie podbudów z kruszywa łamanego min. 4 000 m²; zmiana na 1000 m² lub nie więcej niż 1500 m²
- d) frezowanie nawierzchni asfaltobetonowych min. 2000 m²; zmiana na 500 m² lub mniej
- e) odwodnienie drogi (kanalizacja deszczowa) min. 40 mb.; zmiana na 15 mb lub mniej
- f) wykonanie lub remont przepustów rurowych w ilości min. 20 mb.; zmiana na 5 mb lub mniej

2. Zgodnie z art. 554 ust. 1 i ust. 2 pzp uwzględnienie odwołania w całości z uwagi na stwierdzenie naruszeń, które miały lub mogły mieć istotny wpływ na wynik postępowania, stwierdzenia niezgodności projektowanego postanowienia umowy z wymaganiami wynikającymi z przepisów pzp.

Ponadto wnoszę o:

3. Zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów nin. postępowania odwoławczego, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika na podstawie przedłożonych rachunków lub spisu kosztów złożonych do akt sprawy przed zamknięciem rozprawy w tym koszty związane z dojazdem na wyznaczone posiedzenie lub rozprawę, wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika w kwocie 3.600 zł inne uzasadnione wydatki, w tym koszty przeprowadzenia innych dowodów

ŻĄDANIE W ZAKRESIE DOWODÓW

Wnoszę o:

1. Dopuszczenie i przeprowadzenie następujących dowodów:

- wszystkich dokumentów, w tym ogłoszeń będących częścią lub które są przywołane w postępowaniu w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą „*Utrzymanie dróg wewnętrznych na terenie miasta Gliwice w latach 2023-2025*” (w tym m.in. Ogłoszenie, SWZ wraz z załącznikami, wzór umowy, STWiORB) znakujących się na stronie internetowej: <https://ezamowienia.gov.pl/mp-client/search/list/ocds-148610-cf1c5b4a-ddbe-11ed-9355-06954b8c6cb9> wraz z modyfikacjami umieszczonymi w z dnia 12 maja 2023 r. na platformie eZamówienia na okoliczność wykazania ich treści i potwierdzenia zapisów oraz wymogów na które powołuje się w odwołaniu Odwołujący;
- wydruk aktualnego odpisu KRS Odwołującego na okoliczność wykazania, iż Odwołujący jest osobą prawną oferującą na rynku wykonywanie robót związanych z utrzymaniem dróg i ulic, chodników, obiektów inżynierskich oraz innych urządzeń i budowli związanych z siecią dróg

- porównanie wymogów w miastach ościennych i o porównywalnej wielkości w tym dopuszczenie ogłoszeń z postępowań oraz SWZ:
 - ogłoszenie o zamówieniu roboty budowlanej Remonty częściowe nawierzchni dróg oraz ciągów pieszych na terenie miasta, Zamawiający Miasto Zabrze – Prezydent Miasta
 - ogłoszenie o zamówieniu roboty budowlanej Bieżące utrzymywanie jezdni, chodników, pobocza i urządzeń odwadniających dróg powiatowych oraz dróg wojewódzkich na terenie Powiatu Częstochowskiego
 - Ogłoszenie o zamówieniu roboty budowlanej Remont częściowy drogi wewnętrznej na terenie miasta Bielsko -Białej w 2022 roku, z podziałem na dwie części
 - Ogłoszenie o zamówieniu roboty budowlanej Remonty nawierzchni bitumicznej dróg i ulic na terenie miasta Tychy w 2023 r.
 - Ogłoszenie o zamówieniu roboty budowlanej Remonty i bieżące utrzymanie dróg, w zakresie robót polegających na utrzymaniu i remontach dróg na terenie miasta Opola
 - SWZ na roboty budowlanej Remont nawierzchni asfaltowych dróg na terenie Miasta Rybnikna okoliczność wykazania adekwatnych kryteriów kwalifikacji a tym samym przyjęcia że w niniejszym postępowaniu te kryteria nie spełniają wymogów z pzp.
- Tabela elementów rozliczeniowych ZDM Gliwice

2. Na podstawie przepisu art. 536 pzp wnoszę o:

- zobowiązanie Zamawiającego do przedstawienia zestawienia wygranych przez Przedsiębiorstwo Remontów Ulic i Mostów S.A. (lub poprzednika prawnego w innej formie spółki) przetargów na Utrzymanie dróg publicznych/wewnętrznych na terenie miasta Gliwice przez ostatnie 10 lat wstecz, w tym dokumentów tj. ogłoszenia, SWZ wraz z załącznikami z postępowania ZDM.26.19.2020.JL, o wynikach postępowania Postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą: "Utrzymanie dróg publicznych na terenie Miasta Gliwice" tj. przetargu podobnego.

Oświadczam:

1. Termin do wniesienia odwołania został zachowany bowiem zostało wniesione w terminie określonym w przepisie art. 515 pzp (postępowanie o wartości szacunkowej równej lub przekraczającej 5.382.000,00 euro tj. przekraczającej progi unijne), a termin ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem Dz.Urz.UE: 2023/S 080-240945 nastąpił w dniu 24.04.2023 r. natomiast modyfikacja SWZ i innych dokumentów nastąpiła **w dniu 12 maja 2023 r. na platformie e Zmówienia (drogą elektroniczną).**
2. Zgodnie z dyspozycją przepisu art. 514 ust. 1 pzp elektroniczne odwołanie zostało przesłane Zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania, aby Zamawiający mógł zapoznać się z treścią odwołania przed upływem terminu do wniesienia odwołania

Wnoszę o:

Jednocześnie wnoszę prośbę o wybór składu orzekającego w niniejszej sprawie w osobie tożsamej, która została powołana do sprawy toczącej się pod sygn. akt sprawa KIO 1207/23. Niniejsze wynika z tożsamości przedmiotu postępowania dot. zamówienia publicznego oraz jego Stron. Niniejsze będzie miało również wpływ na czas rozpatrzenia nin. odwołania poprzez znajomość obecnego składu przedmiotu odwołania i znacznej części dowodów. Przy czym nie zachodzi konieczność łącznego rozpoznania odwołania przez Izbę.

Uzasadnienie

Ogłoszeniem znak: ZDM-ZPU.26.14.2023 MZ Zarząd Dróg Miejskich w Gliwicach wszczęła postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą Utrzymanie dróg wewnętrznych na terenie miasta Gliwice w latach 2023-2025. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem Dz. Urz. UE: 2023/S 080-240945 dnia 24.04.2023 r. (dalej jako: „postępowanie”), a następnie zmodyfikował SWZ i pozostałe dokumenty poprzez umieszczenie ich do publicznego wglądu na platformie eZamówienia w dniu 12 maja 2023 r., a Odwołujący zamierza/zamierzał złożyć w niniejszym postępowaniu ofertę.

WYKAZANIE OKOLICZNOŚCI FAKTYCZNYCH I PRAWNYCH UZASADNIAJĄCYCH WNIESIENIE ODWOŁANIA ORAZ DOWODÓW NA POPATRZCIE PRZYTOCZNYCH OKOLICZNOŚCI

INTERES ODWOŁUJĄCEGO W UZYSKANIU ZAMÓWIENIA

Zgodnie z przepisem art. 505 ust. 1 pzp Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują **wykonawcy**, uczestnikowi konkursu oraz **innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia** lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub **może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy**. Natomiast w myśl definicji z art. 7 pkt 30 pzp przez Wykonawcę należy rozumieć osobę fizyczną, **osobę prawną** albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, **która oferuje na rynku wykonanie robót budowlanych lub obiektu budowlanego, dostawę produktów lub świadczenie usług** lub ubiega się o udzielenie zamówienia, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego.

Przedkładając powyższe na grunt niniejszej sprawy wskazać należy iż Odwołujący prowadzi działalność w formie Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością tj. podmiot ten jest osobą prawną oferującą na rynku wykonywanie robót związanych z utrzymaniem dróg i ulic, chodników, obiektów inżynierskich oraz innych urządzeń i budowli związanych z siecią dróg. Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia będącego przedmiotem postępowania i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy w rozumieniu art. 505 ust. 1 pzp. Tym samym Odwołujący jest podmiotem zainteresowanym

w uzyskaniu zamówienia. Podkreślenia przy tym wymaga, iż w orzecznictwie KIO wskazuje się, że krąg podmiotów które mogą korzystać z odwołań od treści SWZ oraz innych jest szeroki. Na tym etapie wystarczające jest wykazanie jedynie hipotetycznej szkody polegającej na niewłaściwym sformowaniu treści SWZ i innych, które może utrudniać wykonawcy dostęp do zamówienia, a interes wykonawcy jest interesem faktycznym w szerokim tego słowa znaczeniu¹.

Naruszenia pzp, jakich dopuścił się Zamawiający, polegające na niezgodnym z prawem sformułowaniu SWZ i opisu przedmiotu zamówienia uniemożliwią Odwołującemu ubieganie się o udzielenie zamówienia i wykluczają wybór jego oferty jako najkorzystniejszej wobec takiego skonstruowania kryteriów, które ograniczają konkurencję. Wyeliminowanie w ten sposób Odwołującego naraża go na szkodę wynikającą z braku uzyskania zamówienia, a tym samym braku osiągnięcia z tego tytułu określonego przychodu i zysku. Interes Odwołującego zatem nie powinien budzić wątpliwości.

OPIS ZARZUTÓW ODWOŁANIA

Odwołujący wskazuje, że warunki kontraktowe w postaci kryteriów kwalifikacji zdolności technicznej są nieadekwatne, znaczenie zawyżone i rozszerzone w stosunku do realnych potrzeb Zamawiającego na co wskazują warunki przetargów z miast ościennych o podobnej wielkości, strukturze i zapotrzebowaniu. Jednocześnie takie kwalifikacje spełnia dotychczasowy Wykonawca. Co więcej istnieje wewnętrzna sprzeczność SWZ, projektu Umowy oraz innych dokumentów z wartościami liczbowymi wskazanymi w typowych pracach pokazanych w tabeli elementów rozliczeniowych które przywołuje § 1 ust. 5 Umowy.

Z uwagi na powyższe niniejszy przetarg jest przygotowany pod wybór oferty dotychczasowego Wykonawcy, który co istotne jedynym jego akcjonariuszem jest Gmina Gliwice.

W konsekwencji, wnoszę jak w niniejszym *odwołaniu*.

Załączniki:

- Odpisy odwołania
- Pełnomocnictwo
- Potwierdzenia uiszczenia opłaty skarbowej od pełnomocnictwa 17 zł
- Potwierdzenie uiszczenia wpisu od odwołania w kwocie 20.000,00 zł
- Dowód przekazania odwołania Zamawiającemu
- Wydruk aktualnego odpisu KRS Odwołującego
- Pozostałe Dowody:
 - ogłoszenie o zamówieniu roboty budowlane Remonty częściowe nawierzchni dróg oraz ciągów pieszych na terenie miasta, Zamawiający Miasto Zabrze – Prezydent Miasta

¹ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 kwietnia 2016 r. KIO 443/16

- ogłoszenie o zamówieniu roboty budowlane Bieżące utrzymywanie jezdni, chodników, pobocza i urządzeń odwadniających dróg powiatowych oraz dróg wojewódzkich na terenie Powiatu Częstochowskiego
- Ogłoszenie o zamówieniu roboty budowlane Remont częściowej drogi wewnętrznej na terenie miasta Bielsko -Białej w 2022 roku, z podziałem na dwie części
- Ogłoszenie o zamówieniu roboty budowlane Remonty nawierzchni bitumicznej dróg i ulic na terenie miasta Tychy w 2023 r.
- Ogłoszenie o zamówieniu roboty budowlane Remonty i bieżące utrzymanie dróg, w zakresie robót polegających na utrzymaniu i remontach dróg na terenie miasta Opola
- SWZ na roboty budowlane Remont nawierzchni asfaltowych dróg na terenie Miasta Rybnik
- Zestawienie wymogów
- Oferta, SWZ, STWiORB, wzór umowy do postępowania ZDM-ZPU.26.14.2023 MZ Utrzymanie dróg wewnętrznych na terenie miasta Gliwice w latach 2023-2025 wraz ze zmodyfikowanym SWZ i innymi dokumentami
- Tabela elementów rozliczeniowych ZDM Gliwice