

Kraków, dnia 16 grudnia 2021 r.

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

Wykonawca: CONTROL PROCESS S.A.

ul. Obrońców Modlina 16
30-733 Kraków
reprezentowany przez adwokata Norberta Stachurę
e-mail: nm@controlprocess.pl

Zamawiający: Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o.

ul. Lipowa 76A
64-100 Leszno
Osoba do kontaktów: Paweł Wrzesiński
e-mail: zamowienia@mpwik-leszno.pl

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na roboty budowlane o nazwie: „Przetarg nieograniczony na wykonanie robót budowlanych pn. „Modernizacja i rozbudowa oczyszczalni ścieków w Henrykowie (Etap II)”
Numer referencyjny: JRP-P-Z/0010/2021”
Ogłoszenie w TED nr 2021/S 236-622713 z dnia 6 grudnia 2021 roku.

ODWOŁANIE

CONTROL PROCESS S.A. z siedzibą w Krakowie (30-733) przy ul. Obrońców Modlina 16, zarejestrowana w rejestrze przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego pod numerem KRS: 0000285783, dla której numer NIP: 8732898418 (dalej: „Odwołujący”), na podstawie art. 513 pkt 1, 514 ust. 1, 515 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (zwanej dalej „Ustawą” lub „PZP”), w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego,

wnosi niniejszym odwołanie od:

- czynności Zamawiającego, podjętej w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, polegającej na sporządzeniu dokumentacji postępowania w tym SWZ, OPZ oraz ogłoszenia o zamówieniu z naruszeniem przepisów ustawy.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów Ustawy:

1. **art. 112 ust. 1 PZP w zw. z art. 16 PZP** poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, nadmierny i przekraczający minimalne poziomy zdolności, a co za tym idzie niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji,
2. **art. 112 ust. 1 PZP w zw. z art. 16 PZP oraz art. 240 ust. 1 i 2 PZP** poprzez:
 - a) określenie warunków udziału w postępowaniu (w zakresie dotyczącym Kierownika Budowy) w sposób niejasny oraz
 - b) określenie kryterium oceny ofert (Kryterium nr 2, w zakresie dotyczącym Kierownika Budowy) w sposób niejednoznaczny oraz prowadzący do naruszenia uczciwej konkurencji
3. **art. 60 PZP** poprzez określenie obowiązku osobistego wykonania w sposób nieprzewidziany ustawą.

W związku z powyższym Odwołujący wnosi o uwzględnienie niniejszego odwołania i:

Ad. 1. nakazanie Zamawiającemu zmiany brzmienia SWZ - pkt II.7., ust. 1 ppkt 4 („zdolności technicznej lub zawodowej”, str. 17) poprzez:

Usunięcie zapisu „w tym co najmniej jedno z powyższych zadań musi obejmować budowę/przebudowę zbiornika żelbetowego/komory o kubaturze min. 3000 m3 wraz z wykonaniem wewnętrznych powłok chemoodpornych”

lub

zmniejszenie wskazanej w tym zapisie kubatury zbiornika żelbetowego/komory do 500 m3

lub

zamianę kubatury zbiornika na powierzchnię ścian żelbetowych, na których w ramach jednego zadania wykonano powłoki chemoodporne o powierzchni 4000 m2

Ad. 2. o nakazanie Zamawiającemu:

- a) zmiany brzmienia SWZ - pkt II.7., ust. 1 ppkt 4v („dysponuje lub będzie dysponować osobami, które skieruje do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności”, str. 18) w zakresie Kierownika Budowy w zakresie doświadczenia zawodowego na poniższe:

„- doświadczenie zawodowe obejmujące sprawowanie funkcji kierownika budowy, kierownika robót lub inspektora nadzoru przez okres co najmniej 12 miesięcy przypadających w okresie trwania prac, przy realizacji co najmniej 1 zadania poprzez odpowiednio:

- 1) dla funkcji kierownika budowy – kierowanie budową,
- 2) dla funkcji kierownika robót kierowanie robotami w zakresie co najmniej robót konstrukcyjno-budowlanych lub instalacyjnych
- 3) dla funkcji inspektora nadzoru – prowadzenie nadzoru w zakresie co najmniej robót konstrukcyjno-budowlanych lub instalacyjnych

przy realizacji zadania obejmującego budowę (w rozumieniu art. 3 pkt 6 ustawy – Prawo budowlane) lub przebudowę (w rozumieniu art. 3 pkt 7a ustawy – Prawo budowlane) oczyszczalni ścieków o wartości robót równej lub przekraczającej kwotę 10.000.000 PLN netto i wydajności średniodobowej co najmniej $Q_{d\acute{s}r} = 10.000 \text{ m}^3/\text{d}$.

- b) zmianę brzmienia zapisu pkt III.4 („Opis kryteriów oceny ofert wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert” – str. 35 – 36) ust. 1 ppkt 2 SWZ „Kryterium nr 2 - Doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia” na poniższe:

„a) doświadczenie KIEROWNIKA BUDOWY

- W przypadku gdy Wykonawca wykaże, że osoba wskazana na stanowisko KIEROWNIKA BUDOWY posiada doświadczenie zawodowe obejmujące sprawowanie funkcji kierownika budowy, kierownika robót lub inspektora nadzoru w zakresie opisanym jako warunek udziału w postępowaniu (tj. przy realizacji 1 zadania) - otrzyma 0 pkt,

- W przypadku gdy Wykonawca wykaże, że osoba wskazana na stanowisko KIEROWNIKA BUDOWY posiada doświadczenie zawodowe obejmujące sprawowanie funkcji kierownika budowy, kierownika robót lub inspektora nadzoru w zakresie opisanym jako warunek udziału w postępowaniu przy realizacji większej liczby zadań - otrzyma 10 pkt za każde dodatkowe zadanie spełniające warunki,

Wykonawca maksymalnie może otrzymać łącznie 20 pkt. W celu otrzymania 20 pkt, Wykonawca powinien wykazać, iż osoba wskazana na stanowisko KIEROWNIKA BUDOWY posiada doświadczenie zawodowe obejmujące sprawowanie funkcji kierownika budowy, kierownika robót lub inspektora nadzoru (zgodnie z zapisami określającymi warunki udziału w postępowaniu) na dodatkowo 2 zadaniach spełniających warunki udziału w postępowaniu, tj.:

- 1 budowa – 0 pkt,

- 2 budowy – 10 pkt, 3 budowy – 20 pkt.

Wykonawca w Kryterium nr 2 - Doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia może otrzymać max. 20 pkt.”

Ad. 3 – o nakazanie Zamawiającemu usunięcia zapisu w SWZ - pkt I.1, ust. 6 („Podwykonawstwo”) o treści:

„UWAGA: Zamawiający zastrzega, iż powierzenie wykonania zamówienia podwykonawcom może dotyczyć maksymalnie 70% zatwierdzonej kwoty kontraktowej.”

Interes prawny Wykonawcy:

Odwołujący, jako podmiot zainteresowany udziałem w przedmiotowym postępowaniu posiada interes prawny w złożeniu odwołania, albowiem czynności Zamawiającego polegające na określeniu warunków udziału w postępowaniu uniemożliwiają w sposób skuteczny Odwołującemu (jak również innym podmiotom działającym w branży ochrony środowiska) udział w postępowaniu, a tym samym – uniemożliwiają uzyskanie przedmiotowego zamówienia. W sytuacji oddalenia niniejszego odwołania przez organ rozpatrujący Odwołujący poniesie szkodę w postaci utraty możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Ponadto, należy podkreślić, że wymienione wyżej naruszenia Zamawiającego mogą mieć istotny wpływ na wynik przedmiotowego postępowania – w szczególności konsekwencją takiego naruszenia może być uniemożliwienie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Termin na wniesienie odwołania

Zgodnie z art. 515 ust. 2 pkt 1 PZP „**Odwołanie** wobec treści ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia lub konkurs lub **wobec treści dokumentów**

zamówienia wnosi się w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia dokumentów zamówienia na stronie internetowej, w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne;”

Odwołujący powziął wiadomość o czynności Zamawiającego w toku przedmiotowego postępowania z treści Ogłoszenia o zamówieniu oraz Specyfikacji Warunków Zamówienia, które to dokumenty zostały opublikowane w dniu 6 grudnia 2021 r. W związku z powyższym termin na wykonanie czynności w postaci złożenia odwołania przypada na dzień 16 grudnia 2021 r. W konsekwencji, termin na wniesienie odwołania został dochowany.

Odwołujący przekazał kopię odwołania Zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania (dowód w załączeniu).

W przypadku uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu (art. 522 Ustawy) Odwołujący żąda od Zamawiającego: jak wyżej tego o co Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu.

Uzasadnienie

Zamawiający wszczął w dniu 6 grudnia 2021 r. postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na roboty budowlane o nazwie: „Przetarg nieograniczony na wykonanie robót budowlanych pn. „Modernizacja i rozbudowa oczyszczalni ścieków w Henrykowie (Etap II)” Numer referencyjny: JRP-P-Z/0010/2021.

W ramach niniejszego postępowania zostały określone warunki udziału w postępowaniu, kryteria oceny ofert oraz reguły w zakresie podwykonawstwa w sposób niezgodny z prawem.

Ad. 1 – zarzut dot. zbiornika żelbetowego.

1. Zamawiający postawił warunek, zgodnie z którym w skład co najmniej jednego z zadań referencyjnych „w tym co najmniej jedno z powyższych zadań musi obejmować budowę/przebudowę zbiornika żelbetowego/komory o kubaturze min. 3000 m³ wraz z wykonaniem wewnętrznych powłok chemoodpornych”.
2. W ocenie Odwołującego warunek taki jest nieproporcjonalny, nieuzasadniony i nadmierny. Zgodnie z przepisem art. 112 PZP warunek udziału musi być przede wszystkim proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Jak wskazuje ugruntowana linia

orzecznicza Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów, proporcjonalność należy odnosić do przedmiotu zamówienia:

- wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 stycznia 2021 r. **KIO 3489/20**: „*Warunki określone przez zamawiającego **muszą być z jednej strony ustalone w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia**, umożliwiające ocenę zdolności wykonawcy do należytej realizacji zamówienia, co oznacza także, że warunki udziału w postępowaniu nie mogą być postawione w taki sposób, aby stanowiły barierę dostępu do postępowania dla wykonawców zdolnych do jego realizacji. **Z drugiej strony oceniając zasadność warunku bierze się pod uwagę zakres, charakterystykę, stopień złożoności, specyfikę lub też sposób realizacji danego zamówienia.***”
 - wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 grudnia 2019 r. **KIO 2433/19**: „*Oceny warunku udziału w postępowaniu **należy dokonać przez pryzmat przedmiotu zamówienia**, a nie indywidualnych możliwości konkretnego wykonawcy zainteresowanego realizacją usługi.*”
 - wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie - XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy z dnia 2 lipca 2021 r. **XXIII Zs 44/21**: „*Przez proporcjonalność warunku w stosunku do przedmiotu zamówienia **należy rozumieć zachowanie właściwej proporcji, brak nadmierności**. Zamawiający zobowiązany jest określić warunki udziału w taki sposób, aby do realizacji zamówienia został dopuszczony wyłącznie wykonawca posiadający doświadczenie w realizacji zadań zapewniające należyte wykonanie zamówienia, przy czym określenie warunku jest obowiązkiem i uprawnieniem zamawiającego, który dokonując tej czynności, **zobowiązany jest brać pod uwagę przedmiot zamówienia, cel przedsięwzięcia oraz zapewnienie równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.***”
3. Przede wszystkim należy zauważyć, iż **zakres przedmiotowego zamówienia nie obejmuje budowy zbiornika żelbetowego lub komory** o kubaturze zbliżonej do wymogu referencyjnego tj. min. 3.000 m³ – w ramach przedmiotu Umowy z istotnych elementów z analogicznego zakresu jest wykonanie robót naprawczych betonów i wykonanie powłok chemoodpornych pompowni głównej o pojemności ok. 500 m³ i powierzchni ścian i dna ok. 300 m² oraz naprawy betonów i wykonanie powłok chemoodpornych reaktora biologicznego o przewidywanej powierzchni ścian ok. 7000 m². Tym samym – wobec braku elementu podobnego w zakresie zamówienia, uznać należy że wymaganie jest nieproporcjonalne wobec przedmiotu zamówienia.
4. Odwołujący wskazuje, że w przypadku warunku w brzmieniu zawartym w dokumentacji w istocie brak jest wskazania wykonania jakiej powierzchni powłok chemoodpornych w zadaniu referencyjnym oczekuje Zamawiający – gdyż podana jest wyłącznie kubatura obiektu, nie zaś powierzchnia wymaganych powłok.

5. Powyższa nieproporcjonalność w pełni uzasadnia żądanie Odwołującego i usunięcie tego warunku udziału z dokumentów postępowania lub wprowadzenie warunku w tym zakresie w sposób, który jest proporcjonalny wobec przedmiotu zamówienia.

Ad. 2 – zarzut w zakresie określenia warunku udziału oraz kryterium oceny ofert w zakresie Kierownika Budowy.

1. Zamawiający określił jako warunek udziału w postępowaniu, aby Wykonawca dysponował kandydatem na stanowisko Kierownika Budowy, który będzie posiadał m.in.:

„doświadczenie zawodowe obejmujące sprawowanie funkcji kierownika budowy, kierownika robót lub inspektora nadzoru od rozpoczęcia robót do wykonania zadania (definicja wykonania zadania: protokół odbioru lub równoważny dokument), przy realizacji co najmniej 1 zadania polegającego w kierowaniu minimum jedną budową (w rozumieniu art. 3 pkt. 6 ustawy Prawo budowlane) lub przebudową (w rozumieniu art. 3 pkt. 7a ustawy Prawo budowlane) oczyszczalni ścieków o wartości robót równej lub przekraczającej kwotę 20 000 000 PLN netto i wydajności średniodobowej co najmniej $Q_{d\acute{s}r} = 10.000 \text{ m}^3/\text{d}$.”

2. Analizując treść ww. warunku samo jego brzmienie wskazuje, że jest ono całkowicie niespójne. Wskazuje bowiem na możliwość wykazania się doświadczeniem wynikającym ze sprawowania trzech funkcji:

- kierownika budowy,
- kierownika robót,
- inspektora nadzoru

przy czym w dalszej części wskazuje że **zadanie ma polegać na kierowaniu minimum jedną budową lub przebudową oczyszczalni ścieków**. W takiej sytuacji dochodzi do wewnętrznej niespójności warunku, gdyż obowiązki na budowie przypisane do każdej z ww. funkcji są inne:

- a) Kierownik budowy kieruje budową (co wynika z przepisów ustawy – Prawo budowlane, w szczególności art. 18 ust. 1 pkt 2, art. 22 i nast.),
- b) Kierownik robót kieruje zakresem robót budowlanych leżących w jego specjalności (arg. ex. art. 42 ust. 4 oraz art. 24 ust. 2 ustawy – Prawo budowlane),
- c) Inspektor nadzoru nadzoruje prawidłowość realizacji budowy (art. 25 i nast. ustawy – Prawo budowlane).

3. Tym samym, odrębność zadań wynikających z funkcji kierownika robót oraz inspektora nadzoru od zakresu opisanego jako „realizacji co najmniej 1 zadania polegającego w kierowaniu minimum jedną budową (w rozumieniu art. 3 pkt. 6 ustawy Prawo budowlane) lub przebudową (w rozumieniu art. 3 pkt. 7a ustawy Prawo budowlane) oczyszczalni ścieków” prowadzi do wniosku, że w istocie nie jest możliwe wykazanie się dla potrzeb spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu uprzednim pełnieniem funkcji kierownika robót lub inspektora nadzoru i zapis SWZ rzekomo to dopuszczający jest zapisem wprowadzającym Wykonawców w błąd. Dla faktycznego umożliwienia wykazania się takim doświadczeniem konieczna jest modyfikacja zapisu w sposób zaproponowany przez Odwołującego.
4. Zamawiający w rozdziale III.4 SWZ ustanowił kryterium oceny ofert dotyczące doświadczenia Kierownika Budowy o znacznej wadze (20%). Dla uzyskania maksymalnej punktacji wymaga wykazania się realizacją co najmniej 5 zadań o parametrach takich jak określone jako warunek udziału w postępowaniu.
5. Biorąc pod uwagę wskazaną wyżej niespójność parametrów określonych jako warunek udziału w postępowaniu, ma ona istotny wpływ na ocenę ofert. W istocie, biorąc pod uwagę aktualne brzmienie zapisów SWZ wykładane językowo przyjąć należy, że dla uzyskania maksymalnej punktacji należy wskazać jako kandydata na kierownika budowy osobę, która w swej karierze zawodowej kierowała co najmniej pięcioma budowlami/przebudowlami oczyszczalni ścieków o określonych parametrach (wartość pow. 20 mln PLN, wydajność średniodobowa co najmniej Qdśr = 10.000 m³/d) od początku do końca.
6. Odwołujący – aktywnie działając na rynku oczyszczalni ścieków – zidentyfikował, że w Polsce są dwie osoby – tj. pan Henryk Młynarczyk - zatrudniony w firmie Instal Kraków S.A. oraz pan Tomasz Litwicki – zatrudniony w firmie Inżynieria Rzeszów S.A., które dysponują doświadczeniem zawodowym dającym maksymalną punktację w „Kryterium nr 2 – Doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia”. Taka sytuacja powoduje, że jedynie jedna z tych firm jest w stanie pozyskać przedmiotowe zamówienie.
7. Nie jest bowiem możliwe „zrównoważenie” uzyskania zmniejszonej punktacji w Kryterium nr 2 poprzez obniżenie ceny. Prosta matematyka - uzyskanie przez Wykonawcę 5 pkt mniej w Kryterium 2 powoduje konieczność obniżenia ceny o ponad 6,25% (kryterium cena to 80% oceny). Uwzględniając rentowność branży budowlano – montażowej kształtującej się na poziomie pomiędzy 1,8, a 6,5% (źródło: <https://inzynerbudownictwa.pl/rentownosc-firm-budowlanych-z-gpw-w-2020-r/>) obniżenie ceny o więcej niż 6,25% (a w przypadku dysponowania kierownikiem budowy z mniejszym doświadczeniem – odpowiednio więcej) prowadziłoby do konieczności realizacji zamówienia ze stratą.

8. Wobec powyższego, wprowadzenie wnioskowanych przez Odwołującego zmian będzie prowadzić do urzeczywistnienia w postępowaniu zasady uczciwej konkurencji, gdyż konkurencja ta będzie mogła się odbywać także pomiędzy innymi podmiotami niż Instal Kraków S.A. i Inżynieria Rzeszów S.A.

Ad. 3. – zarzut w zakresie podwykonawstwa.

1. Zamawiający określił w pkt I.1. ust. 6 SWZ („Podwykonawstwo”, str. 5) ograniczenie podwykonawstwa poprzez zastrzeżenie, *„iż powierzenie wykonania zamówienia podwykonawcom może dotyczyć maksymalnie 70% zatwierdzonej kwoty kontraktowej.”*
2. W ocenie Odwołującego zastrzeżenie takie nie ma podstaw prawnych. Zamawiający zamieścił to zastrzeżenie jako „uwagę” w sekcji „Podwykonawstwo” po stwierdzeniu, że *„Zamawiający nie zastrzega obowiązku osobistego wykonania przedmiotu zamówienia przez Wykonawcę, z zastrzeżeniem patrz UWAGA.”*
3. Tym samym Zamawiający dokonał w istocie zastrzeżenia obowiązku osobistego wykonania w sposób nieznanym ustawie, tj. wartościowy. Ustawa w art. 60 przewiduje możliwość zastrzeżenia osobistego wykonania przez poszczególnych wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia kluczowych zadań dotyczących zamówień na roboty budowlane lub usługi. Zapis ustawowy wymaga więc określenia rodzaju zadań, których wykonanie jest zastrzeżone do osobistego wykonania jak również zadania te muszą być zadaniami kluczowymi.
4. Mając na uwadze fakt, że regułą jest możliwość korzystania z podwykonawców (art. 462 PZP), a zastrzeżenie obowiązku osobistego wykonania ma charakter wyjątku – którego zgodnie z powszechnie przyjętymi zasadami – nie należy wyklądać rozszerzająco (*exceptiones non sunt extendendae*), uznać należy że dokonane przez Zamawiającego „wartościowe” zastrzeżenie obowiązku osobistego wykonania nie ma umocowania w przepisach prawa.

W tym stanie rzeczy odwołanie jest zasadne i winno zostać uwzględnione.

Załączniki:

- 1) *odpis z KRS Odwołującego;*
- 2) *pełnomocnictwo wraz z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej;*
- 3) *dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu;*
- 4) *dowód uiszczenia wpisu.*