

Kraków, dnia 17 lutego 2022 r.

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

Wykonawca: CONTROL PROCESS Silesia

Aleja W. Roździeńskiego 188/222
40-203 Katowice

Zamawiający: Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania Sp. z o.o.

ul. Nowohucka 1
31-580 Kraków
Osoba do kontaktów: Beata Wolnik
E-mail: zp@mpo.krakow.pl

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na roboty budowlane o nazwie: Centrum Recyklingu Odpadów Komunalnych w Krakowie - budowa Zakładu Recyklingu Tworzyw Sztucznych - Numer referencyjny: TZ/EG/1/2022
Ogłoszenie w TED nr 2022/S 026-065096 z dnia 7 lutego 2022 roku.

ODWOŁANIE

CONTROL PROCESS Silesia sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach (40-203) przy Al. W. Roździeńskiego 188/222 zarejestrowany w rejestrze przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego przez Sąd Rejonowy Katowice-Wschód w Katowicach, VIII Wydział Gospodarczy KRS pod numerem KRS 0000694270, posiadający NIP 634-29-05-196, (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, wzoru umowy 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. 116 PZP oraz art. 16 PZP** poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu w sposób przekraczający minimalne poziomy zdolności, nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, a co za tym idzie naruszającym zasadę uczciwej konkurencji,
2. **art. 439 PZP** poprzez:
 - a) pozorne wprowadzenie postanowień dotyczących zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy – poprzez limitację zmiany wynagrodzenia do 1%,
 - b) wprowadzenie zasad waloryzacji będących w istocie złamaniem zasady waloryzacji wskaźnikowej – tj. ograniczenie możliwości waloryzacji poprzez dopuszczenie pierwszej waloryzacji po okresie 12 m-cy oraz przyjęciu średniej arytmetycznej wskaźników za poprzednie miesiące.

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

- o nakazanie Zamawiającemu:
 - I. **zmiany zapisów** SWZ dotyczących warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganych parametrów hali – (SWZ, pkt VIII.1.4 lit. a) – z wymaganej rozpiętości 50 m na 40 m oraz powierzchni z 7.000 m² na 4.500 m²,
analogicznie w zakresie wymagań dla doświadczenia projektanta branży konstrukcyjnej oraz kierownika budowy (SWZ, pkt VIII.1.4 lit. b) - z wymaganej rozpiętości 50 m na 40 m oraz powierzchni z 7.000 m² na 4.500 m²,
 - II. **a) zmiany** zapisu § 13 ust. 10 wzoru umowy poprzez nadanie mu brzmienia:
„Pierwsza waloryzacja wynagrodzenia, o której mowa w ust. 6, może nastąpić nie wcześniej niż po 6 miesiącach od podpisania Umowy i będzie wyliczona poprzez narastające uwzględnienie wskaźników za miesiące od daty podpisania umowy do momentu waloryzacji (zwanej w dalszej treści Umowy „stawką waloryzacji”). W przypadku kolejnych waloryzacji będą uwzględniane wskaźniki za miesiące od daty poprzedniej waloryzacji do momentu kolejnej waloryzacji.”
 - b) zmiany** zapisu § 13 ust. 11 wzoru umowy poprzez nadanie mu brzmienia:
„Wynagrodzenie może zostać waloryzowane do wysokości 30 % ceny oferty, o której o mowa w § 8 ust. 1 Umowy, co oznacza, że zmiana wynagrodzenia na skutek zastosowania waloryzacji wynagrodzenia nie może przekroczyć wartości tego wskaźnika.”

Interes prawny Wykonawcy:

Odwołujący, jako podmiot zainteresowany udziałem w przedmiotowym postępowaniu posiada interes prawny w złożeniu odwołania, albowiem czynności Zamawiającego polegające na określeniu obowiązku osobistego wykonania oraz wymogu eksploatacji instalacji po odbiorze uniemożliwiają w sposób skuteczny Odwołującemu 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 7 lutego 2022 r. W związku z powyższym termin na wykonanie czynności w postaci złożenia odwołania przypada na dzień 17 lutego 2022 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

1. Zamawiający ustanowił w niniejszym postępowaniu warunki udziału, pośród których wprowadził konieczność wykazania się – przez Wykonawcę jako podmiot oraz osoby którymi Wykonawca dysponuje (na stanowisko projektanta branży konstrukcyjnej oraz kierownika budowy) wcześniejszą realizacją projektu obejmującego halę jednonawową o minimalnej rozpiętości 50 m i powierzchni co najmniej 7.000 m².

2. Odwołujący zwraca uwagę, że zgodnie z brzmieniem art. 112 PZP, jak również konsekwentnymi poglądami doktryny oraz linią orzecniczą, warunki udziału w postępowaniu winny zostać określone na poziomie minimalnym, co oznacza że zamawiający powinien się ograniczyć do wymagań minimalnych – gwarantujących jednakże osiągnięcie pełnych celów prowadzonego postępowania.

3. Taki pogląd znajduje poparcie w orzecznictwie KIO – np.:

wyrok KIO z 1. 08.2019 r., **KIO 1342/19**: „Warunki udziału w postępowaniu powinny być określone na minimalnym poziomie, tj. nie powinny ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom dającym rękojmię jego należytego wykonania, a tym samym nie mogą być określone ponad poziom niezbędny do osiągnięcia celu, jakim jest wyłonienie wykonawcy, który będzie zdolny prawidłowo zrealizować zamówienie, tj. w sposób zgodny z wymaganiami zamawiającego określonymi w SIWZ”

wyrok KIO 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, umożliwiając 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.”

4. Odwołujący wskazuje, że warunek w zakresie parametrów hali jest warunkiem nadmiernym. W praktyce bardzo rzadko występują hale jednonawowe o rozpiętości równej lub większej niż 50 m, przy czym parametr ten ma charakter skalowalny. Projektowanie oraz wykonanie hal stalowych o rozpiętości 40 m nie różni się technicznie i technologicznie od hal o rozpiętości 50 m. Projektant i wykonawca posiadający doświadczenie w wykonaniu hal jednoprzęsłowych 40 m ma odpowiednie doświadczenie aby wykonywać hale o większej rozpiętości.

5. Wobec powyższego, parametry techniczne jednoznacznie wskazują, że ustanowiony przez Zamawiającego warunek udziału jest nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, nadmierny i w efekcie ograniczający uczciwą konkurencję. Jediną bowiem trudnością w jego spełnieniu jest fakt, że obiekty o takich parametrach są rzadko budowane (na co nie mają wpływu Wykonawcy gdyż to jaki obiekt jest budowany pozostaje w gestii inwestora), a nie fakt szczególnej trudności inżynierskiej, czy konieczności stosowania wyjątkowych rozwiązań.

6. Mając na uwadze ww. warunek istotą udziału w niniejszym postępowaniu nie jest przygotowanie najkorzystniejszej ekonomicznie oferty, lecz znalezienie i pozyskanie do współpracy podmiotu, który posiada w swoim dotychczasowym portfolio realizacji zrealizowaną halę o parametrach wskazanych przez Zamawiającego. Biorąc pod uwagę

wysokość tego wymagania, znalezienie takiego podmiotu niemalże gwarantuje pozyskanie zamówienia.

7. Odwołujący wskazuje, że budowa hali jest standardowym zadaniem inżynierskim i z dużą pewnością można przyjąć, że podmiot który zrealizował halę o zaproponowanych parametrach zrealizuje halę przewidzianą w niniejszym zamówieniu. Są to obiekty skalowalne i dokonanie odpowiednich obliczeń pozwala na prawidłowe zaprojektowanie a następnie zrealizowanie obiektu.
8. W zakresie zarzutu dotyczącego zapisu § 13 ust. 10 i 11 wzoru umowy, Odwołujący wskazuje, że zapis ten wypacza całkowicie ideę waloryzacji wynagrodzenia umownego. Odwołujący wskazuje, że waloryzacja nie jest wymierzona przeciwko Zamawiającemu, a wręcz przeciwnie – leży w jego interesie. W przypadku jej faktycznego braku (jak w niniejszym postępowaniu) każdy z Wykonawców składających ofertę będzie zmuszony wliczyć w cenę wszelkie ryzyka związane z wzrostem swoich kosztów – zatem Zamawiający poniesie te ryzyka, niezależnie od tego czy i w jakim stopniu one wystąpią. W przypadku zachowania zgodnego z intencją przepisu – Zamawiający poniesie wyłącznie realne koszty. Tezę tą potwierdzają także głosy doktryny:

*„co może mniej oczywiste – **stosowanie klauzul waloryzacyjnych jest również korzystne dla zamawiających**, pozwala bowiem na ponoszenie rzeczywistych kosztów wykonania zamówienia, nieobarczonych narzutem związanym z koniecznością ujęcia w cenie ryzyka ich wzrostu.”* – Komentarz do art. 439 PZP red. Jaworska 2021, wyd. 2/M. Jaworska, Legalis.

Uzasadnienie projektu ustawy – *„Wyraźnie wskazuje się, że przez zmianę cen materiałów lub kosztów rozumie się jej wzrost jak i jej obniżenie, co za tym idzie zastosowanie klauzuli waloryzacyjnej będzie powodowało odpowiednie zwiększenie lub zmniejszenie wynagrodzenia. Takie rozwiązanie powoduje równe rozłożenie ryzyk pomiędzy strony w zakresie kierunków możliwej waloryzacji.”* (druk sejmowy nr 3624).

9. Odnosząc się szczegółowo do zapisów wzoru umowy, Odwołujący wskazuje że brzmienie § 13 ust. 10 wzoru umowy jest fundamentalnie sprzeczny z ideą waloryzacji wskaźnikowej. Jakkolwiek fakt waloryzacji po 12 miesiącach jest wyłącznie kwestią przeniesienia na wykonawcę kosztów finansowania tego wzrostu przez 12 m-cy, tak przyjęcie średniej arytmetycznej wskaźników miesięcznych jest w istocie ograniczeniem wskaźnika do 1/12 jego wartości. Wskaźnik miesięczny bowiem wskazuje narastający wzrost cen – tym samym wskaźnik roczny jest bliski sumy wskaźników miesięcznych a nie jej średniej arytmetycznej.
10. W zakresie zarzutu dotyczącego zapisu § 13 ust. 11 wzoru umowy, Odwołujący wskazuje że samo jego brzmienie jest wystarczające do uznania, że Zamawiający jedynie pozornie

zrealizował obowiązek wynikający z przepisu art. 439 PZP. Zaskarżony zapis bowiem brzmi:

*„Wynagrodzenie może zostać waloryzowane **do wysokości 1 % ceny oferty**, o której o mowa w § 8 ust. 1 Umowy, co oznacza, że zmiana wynagrodzenia na skutek zastosowania waloryzacji wynagrodzenia nie może przekroczyć wartości tego wskaźnika.”*

Biorąc pod uwagę fakt, że aktualnie wskaźniki wzrostu cen produkcji budowlano-montażowej **wynoszą miesięcznie ok. 1%**, wprowadzony przez Zamawiającego mechanizm „waloryzacji” jest oczywiście pozorny.

11. Podejście Zamawiającego do waloryzacji – faktyczne jej uniemożliwienie – jest także w ocenie Odwołującego całkowicie nieracjonalne i sprzeczne z ratio legis przepisu art. 439 PZP i podejściem do umowy o realizację zamówienia publicznego jako partnerskiej współpracy obu stron a nie siłowego wymuszania jej realizacji przez stronę silniejszą (Zamawiającego) pomimo zmiany warunków. Waloryzacja bowiem wprowadzana jest w interesie obu stron, a szczególnie Zamawiającego.

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

Załączniki:

- 1) *odpis z KRS Odwołującego;*
- 2) *dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu;*
- 4) *dowód uiszczenia wpisu.*