

Katowice, dnia 17 kwietnia 2020 r.

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

**Wykonawca:** *Control Process Silesia Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością*  
al. Walentego Roździeńskiego 188/302  
40-203 Katowice  
email: nm@controlprocess.pl  
arkadiusz.wilczynski@controlprocess.pl

**Zamawiający:** *Międzyrzeckie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o.*  
*Święty Wojciech 46*  
*66-300 Międzyrzecz*  
*Osoba do kontaktów: Zdzisława Marzec*  
*E-mail: oczyszczalnia@mpwik.org*

**Dotyczy:** postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie zadania pn.: Uporządkowanie gospodarki wodno-ściekowej na terenie aglomeracji Międzyrzecz z zapewnieniem wysokiej efektywności eksploatacyjnej systemu wodno-ściekowego oraz jego adaptacyjności do zmian klimatu  
Numer referencyjny: 19/ZP5/DEOŚ/POIIS/2020 (Ogłoszenie w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej TED z dnia 7.04.2020 r., 2020/S 069-165258).

## **ODWOŁANIE**

**Control Process Silesia Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Katowicach (40-203) przy al. Walentego Roździeńskiego 188/302, zarejestrowana w rejestrze przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego pod numerem KRS 0000694270, posiadająca NIP 6342905196 (dalej „**Odwołujący**”), na podstawie art. 179 ust. 1 oraz art. 180 ust. 1 i ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 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: ogłoszenia o zamówieniu, Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) wraz z załącznikami, w tym Opiszem Przedmiotu Zamówienia, wzorem umowy, w sposób niezgodny z przepisami Ustawy.

### **Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów Ustawy:**

1. **art. 22 ust. 1a PZP w zw. z art. 7 PZP** poprzez określenie warunków udziału w zakresie:
  - a) sytuacji ekonomicznej lub finansowej,
  - b) zdolności technicznej lub zawodowejw sposób nadmiernie wygórowany, nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, a co za tym idzie naruszający zasady uczciwej konkurencji, jak również w sposób niejednoznaczny uniemożliwiający równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.
2. **art. 29 ust. 1, 3a PZP w zw. z art. 140 PZP, art. 139 ust. 1 PZP w zw. z art. 353<sup>1</sup> k.c. oraz art. 33 ustawy – Prawo budowlane** poprzez
  - a) zawarcie we wzorze umowy rażąco wysokiej kary umownej w pkt 5A.7
  - b) określenie zbyt szerokiego i nieprecyzyjnego zakresu wymagania zatrudnienia na podstawie umowy o pracę,
  - c) nieprawidłowe określenie momentu płatności i przejścia praw do dokumentacji projektowej, uniemożliwiający dokonanie prawidłowego złożenie wniosku o pozwolenie na budowę,
3. **art. 43 ust 1 PZP** – poprzez wyznaczenie terminu składania ofert formalnie jako niewiele dłuższego niż minimalny dopuszczalnego przez przepisy ustawy, zaś faktycznie z naruszeniem przepisów ustawy bez uwzględnienia okoliczności, że:
  - ogłoszenie w TED zostało opublikowane w dniu 7.04., zatem faktyczny termin składania ofert to 38 dni kalendarzowych, przy czym w trakcie tego okresu przypadają święta wielkanocne, jak również święta 1 i 3 maja – zatem faktyczna ilość dni roboczych jest znacznie mniejsza,
  - w Polsce został wprowadzony stan epidemii - rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 20 marca 2020 r. w sprawie ogłoszenia na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej stanu epidemii, a w kolejnych dniach wprowadzane są dalsze zakazy, w tym zakaz przemieszczania się, co w znacznym stopniu utrudnia i spowalnia prace nad ofertą,
  - zadanie jest złożone i wymaga dokonania wyceny wielu elementów z różnych branż i dziedzin, co w aktualnej sytuacji jest znacznie utrudnione poprzez ograniczoną działalność firm w Polsce i za granicą.

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

- o nakazanie Zamawiającemu modyfikację treści SIWZ poprzez:

**1. Zmianę warunków udziału w postępowaniu**

- a) w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej na poniższe:

*„Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca składający ofertę na część I wykaże, iż:*

*a) osiągnął za ostatnie 3 lata obrotowe, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – za ten okres, minimalny roczny obrót w każdym roku obrotowym równy co najmniej wartości 30 000 000,00 PLN brutto*

- b) jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia, na kwotę nie mniejszą niż 5 000 000,00 PLN brutto*
- c) posiada środki finansowe lub zdolność kredytową w wysokości co najmniej 5 000 000,00 PLN brutto*

*Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca składający ofertę na część II wykaże, iż:*

- a) osiągnął za ostatnie 3 lata obrotowe, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – za ten okres, minimalny roczny obrót w każdym roku obrotowym równy co najmniej wartości 5 000 000,00 PLN brutto*
- b) jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia, na kwotę nie mniejszą niż 1 000 000,00 PLN brutto*
- c) posiada środki finansowe lub zdolność kredytową w wysokości co najmniej 1 000 000,00 PLN brutto*

b) w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej:

- dokona w zakresie pkt 4.2.3.1.1 doprecyzowania pojęcia „powinno być wykonane w systemie zaprojektuj i wybuduj,” poprzez uzupełnienie – „przy czym za wykonanie w systemie „zaprojektuj i wybuduj” uważa się wykonanie roboty budowlanej w ramach której Wykonawca wykonał co najmniej część projektów wykonawczych”,
- dokona w zakresie pkt 4.2.3.1.2 zmiany zapisu „...w tym okresie, co najmniej dwie dokumentacje projektowe budowy, przebudowy lub modernizacji oczyszczalni ścieków komunalnych ...” na „...w tym okresie, co najmniej jedną dokumentację projektową budowy, przebudowy lub modernizacji oczyszczalni ścieków komunalnych ...” oraz określi, że za taką dokumentację uznaje się co najmniej dokumentację wymaganą do uzyskania pozwolenia na budowę, lub kompletną dokumentację wykonawczą wykonaną na podstawie projektu budowlanego.

Odwołujący nie wnosi o dokonanie zmian w zakresie dysponowania osobami.

2. **Modyfikację zapisów wzoru umowy**, poprzez:

- a) Zmianę w klauzuli 5A.7 Kary umowne w pkt 1. wartości 1% na 0,1%
  - b) Zmianę w klauzuli 6.9 pkt 2 poprzez dodanie zapisu określającego, że wymaganie dotyczy wyłącznie osób wykonujących pracę w rozumieniu art. 22 kodeksu pracy oraz nie dotyczy osób pełniących samodzielne funkcje techniczne w budownictwie.
3. **Zmianę terminu składania ofert** w sposób uwzględniający czas niezbędny do przygotowania i złożenia oferty – tj. nie krótszy niż 35 dni od daty wykonania orzeczenia w sprawie niniejszej

Odwołujący ma prawo do skorzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 Ustawy. Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia. Odwołujący pragnie ubiegać się o przedmiotowe zamówienie. Objęte odwołaniem czynności Zamawiającego uniemożliwiają Odwołującemu złożenie oferty, a tym samym wybór jego oferty i uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Odwołujący wskazuje ponadto, iż objęte odwołaniem

czynności Zamawiającego prowadzą do możliwości poniesienia szkody przez Odwołującego – polegającej na uniemożliwieniu Odwołującemu złożenia oferty i uzyskaniu zamówienia. Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania, gdyż sprzeczne z Ustawą ww. czynności Zamawiającego w sposób negatywny oddziałują na możliwości udziału Odwołującego w postępowaniu.

Należy również stwierdzić, że wskazane w niniejszym odwołaniu naruszenia przez Zamawiającego przepisów Ustawy może mieć istotny wpływ na wynik przedmiotowego postępowania w rozumieniu art. 192 ust. 2 Ustawy. Efektem naruszenia przez Zamawiającego wyżej wskazanych przepisów Ustawy, może być uniemożliwienie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący powziął wiadomość o czynnościach Zamawiającego w toku przedmiotowego postępowania z treści Ogłoszenia o zamówieniu oraz Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia dotyczącej przedmiotowego postępowania, opublikowanej przez Zamawiającego na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 24. 03. 2020 r., zatem niniejsze odwołanie zostało złożone w terminie. 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. 186 ust. 2 Ustawy) Odwołujący żąda od Zamawiającego: jak wyżej tego o co Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu.**

## **Uzasadnienie**

Odwołujący stwierdził, że Zamawiający naruszył ww. przepisy Ustawy sporządzając Ogłoszenie o zamówieniu oraz SIWZ wraz z załącznikami.

### **I. Zarzuty w zakresie warunków udziału w postępowaniu.**

1. Zamawiający naruszył zasady proporcjonalności oraz zachowania uczciwej konkurencji określając warunki udziału w postępowaniu. Wskazać należy, że w podobnych postępowaniach prowadzonych w ostatnim czasie w Polsce, warunki te są powszechnie określone na znacznie niższym poziomie niż dokonał tego Zamawiający, co obrazuje poniższa tabela:

Ip	Nazwa	Warunki udziału			
		obrót	polisa	zdolność kredytowa	wiedza i doświadczenie - referencje
2	<b>Przebudowa i rozbudowa komunalnej oczyszczalni ścieków w Przeworsku – Część I – Gospodarka ściekowa</b>	minimalny roczny obrót w ostatnich trzech latach obrotowych przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, w wysokości co najmniej 20 000 000 PLN,	posiada ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia w wysokości co najmniej 20 000 000 PLN.	posiada środki finansowe lub zdolność kredytową w wysokości co najmniej 3 000 000 PLN,	Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał co najmniej: <ul style="list-style-type: none"> <li>• jedną robotę budowlaną polegającą na wykonaniu budowy, przebudowy lub rozbudowy oczyszczalni ścieków o wydajności min 50 000 RLM oraz w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał i prawidłowo ukończył co najmniej: jedną usługę związaną z wykonaniem dokumentacji projektowej dla budowy, przebudowy lub rozbudowy oczyszczalni ścieków o wydajności min 50 000 RLM lub <ul style="list-style-type: none"> <li>• w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończył, co najmniej: jedną robotę budowlaną w formule „zaprojektuj i wybuduj” obejmującą wykonanie projektu i budowę, przebudowę lub rozbudowę oczyszczalni ścieków o wydajności min 50 000 RLM,</li> </ul> </li> </ul>
3	<b>Modernizacja Miejskiej Oczyszczalni Ścieków w Jeleniej Górze – etap III, część 1</b>	minimalny roczny obrót w ostatnich trzech latach obrotowych przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, w wysokości co najmniej	Posiadają ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia;	posiadanie środków finansowych lub zdolności kredytowej w wysokości co najmniej 4 000 000,00 zł	Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał co najmniej: <ul style="list-style-type: none"> <li>• 1 (jedną) robotę budowlaną polegającą na budowie/przebudowie/rozbudowie oczyszczalni ścieków komunalnych o wartości co najmniej 20 mln PLN (netto)</li> </ul>



6	<p><b>Przebudowa i modernizacja Oczyszczalni ścieków wraz z przepompownią centralną oraz efektywnym zarządzaniem systemem wodociągowo-kanalizacyjnym w Białej Podlaskiej</b></p>	<p><i>minimalny roczny obrót w ostatnich trzech latach obrotowych przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, w wysokości co najmniej 30 000 000 PLN,</i></p>	<p><i>posiada ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia w wysokości co najmniej 10 000 000 PLN.</i></p>	<p><i>posiada środki finansowe lub zdolność kredytową w wys. min. 10 000 000 PLN</i></p>	<p><i>Wykonawca wykaże, że okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> <li><i>a) Zaprojektował co najmniej jedną oczyszczalnię ścieków komunalnych o przepustowości hydraulicznej co najmniej Q<sub>śrd</sub>=10 000 m<sup>3</sup>/d</i></li> <li><i>b) Wykonał w co najmniej jednej oczyszczalni ścieków o min. 100 000 RLM obliczenia technologiczne systemu napowietrzania, modelowanie przepływu w komorach biologicznych, dostawę, montaż i uruchomienie urządzeń systemu napowietrzania</i></li> <li><i>c) Wykonał roboty budowlane polegające na budowie zbiorników żelbetowych o kubaturze min. 5000m<sup>3</sup> służących na potrzeby zbiorników osadów, komór fermentacyjnych lub podobnych</i></li> <li><i>d) Zrealizował w formule zaprojektuj i wybuduj co najmniej jedną inwestycję budowlaną zawierającą roboty branży wodno-kanalizacyjnej sanitarnej i deszczowej o wartości ogólnej min. 20 000 000 PLN brutto</i></li> </ul>
---	--	--	--	--	--

Zestawienie to jednoznacznie wskazuje, że warunki udziału w niniejszym postępowaniu są znacznie wyższe niż w którymkolwiek ze wskazanych wyżej postępowania, a są to postępowania o podobnym zakresie przedmiotowym, często o znacznie większej wartości.

Wskazać także należy na całkowitą niespójność i nieadekwatność warunków w zakresie ekonomiczno – finansowym. Zamawiający bowiem określił na tym samym poziomie (30 mln PLN) trzy wskaźniki – obrotu, polisy OC oraz zdolności kredytowej. Samo ustalenie tych wskaźników na jednakowym poziomie jest całkowicie nieracjonalne, gdyż żaden podmiot określający zdolność kredytową nie przyzna jej na poziomie równym rocznym przychodom firmy. Tym samym określenie wymogu zdolności kredytowej na poziomie 30 mln PLN faktycznie podnosi wymagania w zakresie przychodu rocznego firmy w okolice poziomów nie mniejszych niż 200 mln PLN. Analogicznie ocenić należy wymaganie posiadania polisy OC o sumie ubezpieczenia 30 mln PLN – nie sposób przyjąć, aby racjonalnie działający Wykonawca zawierał polisę z sumą ubezpieczenia równą jego rocznemu przychodowi – zatem wymaganie określone jako warunek udziału służy wyłącznie ograniczeniu uczciwej konkurencji i tworzy iluzoryczne wrażenie szerokiego dopuszczenia do udziału (racjonalne określenie wymaganego przychodu rocznego), przy niewspółmiernych wymaganiach w zakresie polisy OC czy zdolności kredytowej.

Brak jest także uzasadnienia do wymagania tak wysokiej zdolności kredytowej – zapisy umowy nie wskazują na to aby konieczne było finansowanie projektu przez Wykonawcę w aż takim zakresie.

Odnosząc się do warunków udziału zakresie wiedzy i doświadczenia Odwołujący wskazuje, że Zamawiający posłużył się niezdefiniowanym w prawie polskim pojęciem „wykonane w systemie zaprojektuj i wybuduj” i nie dokonał sprecyzowania tego pojęcia. Tym samym wykonawca nie może mieć pewności, jakie jest to w istocie wymaganie. Pojęcie zaprojektowania może obejmować różny zakres projektowania – gdyż na zakres zaprojektowania obiektu budowlanego składają się różne projekty - w szczególności projekt budowlany, projekty wykonawcze, także projekty branżowe. Brak doprecyzowania takiego warunku może prowadzić także do arbitralnej oceny już po otwarciu ofert, w której Zamawiający uzna, że np. wykonanym w systemie zaprojektuj i wybuduj jest zadanie w którym Wykonawca opracował np. dokumentację projektową branżową techniczną lub odwrotnie – będzie wymagał opracowania całości dokumentacji projektowej zadania. Tym samym – bez szczegółowego doprecyzowania tego warunku - Wykonawca nie ma pewności, czy zostanie uznany za spełniającego warunek udziału, oraz czy będzie konkurował z podmiotami o analogicznym poziomie zdolności technicznych.

W ocenie Odwołującego również nadmiernym jest wymaganie wykonania w okresie 5 lat co najmniej 2 dokumentacji projektowych („w tym okresie, co najmniej dwie dokumentacje projektowe budowy, przebudowy lub modernizacji oczyszczalni ścieków komunalnych w tym przynajmniej jedna z nich posiadała przepustowość nie mniejszą niż 4000 m<sup>3</sup> /d, dla których uzyskano pozwolenie na budowę.”). Odwołujący wskazuje, że proces projektowania takiego zadania wraz z uzyskaniem pozwolenia na budowę może obejmować okres przekraczający 12 miesięcy, dodatkowo nie jest to zakres dla którego występuje duża ilość zleceń na rynku. Tym samym uznać należy, że wymaganie wykonania 1 dokumentacji projektowej będzie w pełni wystarczające dla potwierdzenia zdolności Wykonawcy w tym zakresie.

## **II. Zarzuty do wzoru umowy.**

Zamawiający zgodnie z przepisami prawa zamówień publicznych jest samodzielnym autorem zapisów umowy. Tym samym umowa ta nie podlega negocjacom, a zatem Zamawiający winien zapewnić, aby jej zapisy nie naruszały równości stron i nie wykraczały poza reguły kodeksu cywilnego.

W ramach niniejszego postępowania w ocenie Odwołującego rażącym zapisem jest zapis o wysokości kary umownej zamieszczony w klauzuli 5A.7, nakładający na Wykonawcę karę w wysokości 1% Zatwierdzonej Kwoty Kontraktowej za relatywnie niewielkie naruszenia umowy. Wykonawca może zostać ukarany karą w wysokości kilkuset tysięcy złotych nawet za jednodniowe opóźnienie w zapłacie wynagrodzenia podwykonawcy – niezależnie od jego wartości. Trudno uznać taką wysokość kary za racjonalną i współmierną do stopnia zawinienia.

Zamawiający także – działając na podstawie art. 29 ust. 3a PZP – dokonał określenia wymagań w zakresie zatrudnienia na podstawie umowy o pracę. Analiza zapisów wskazuje, że dla pewności spełnienia tych wymagań, 100% personelu Wykonawcy i podwykonawców winno być zatrudnione na podstawie umowy o pracę. Zamawiający nie dokonał nawet standardowego w zakresie budowlanym wyłączenia dla osób pełniących samodzielne funkcje techniczne w budownictwie. Praktyka rynkowa wskazuje że znaczna część personelu – w



szczegółności osoby pełniące samodzielne funkcje techniczne w budownictwie, specjaliści – wykonują swoją pracę jako osoby prowadzące jednoosobowe działalności gospodarcze, realizując konkretne zadania oparte na ich osobistej wiedzy i doświadczeniu dla różnych Wykonawców. Postawienie wymagania zatrudnienia ich na podstawie umowy o pracę uniemożliwia zaangażowanie takich osób, znacząco zawęża krąg możliwości dla Wykonawców, a w konsekwencji podnosi cenę realizacji Zamówienia.

### **III. Zarzut w zakresie terminu składania ofert.**

Zamawiający faktycznie ogłosił niniejsze postępowanie w dniu 7 kwietnia 2020 r. – w tym bowiem dniu ukazało się ogłoszenie w Dzienniku Urzędowym TED oraz dokumentacja postępowania na stronie internetowej Zamawiającego, zatem zainteresowani Wykonawcy dysponują faktycznie 38 dniami (przy czym w trakcie tych 38 dni przypadają zarówno święta wielkanocne, jak też okres 1-3 maja) na przygotowanie oferty. Takiego stanu rzeczy nie sposób uznać za zgodnego z normą prawną zawartą w przepisie art. 43 PZP („*zamawiający wyznacza termin składania ofert z uwzględnieniem czasu niezbędnego do przygotowania i złożenia oferty*”). Zamawiający ogłaszając postępowanie już w trakcie trwania epidemii koronawirusa winien uwzględnić, że aktualna sytuacja w Polsce uniemożliwia m.in. swobodne przemieszczanie się, organizację spotkań czy narad, współpracę zespołów w innym trybie niż praca zdalna, co zdecydowanie ma wpływ na czas niezbędny do przygotowania i złożenia oferty. Również należy uwzględnić, że złożenie oferty wiąże się z koniecznością pozyskania dokumentów formalnych, urzędowych – co w aktualnej sytuacji również jest znacznie utrudnione, jak też utrudniona jest współpraca z podmiotami zagranicznymi.

W tym stanie rzeczy odwołanie jest konieczne i uzasadnione.

### **Załączniki:**

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