

Kraków, dnia 29 kwietnia 2019 r.

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

Wykonawca: Control Process Spółka Akcyjna
ul. Obrońców Modlina 16
30-733 Kraków
fax.: 12 25 58 416, email: nm@controlprocess.pl

Zamawiający: Bialskie Wodociągi i Kanalizacja Wod-Kan Sp. z o.o.
ul. Narutowicza 35A
21-500 Biała Podlaska
Osoba do kontaktów: Grażyna Ruszczuk
Tel.: +48 833426071
E-mail: g.ruszczuk@bwikwodkan.pl
Faks: +48 833422913

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na roboty budowlane o nazwie: Przebudowa i modernizacja gospodarki ściekowej i gospodarki osadowej na Oczyszczalni Ścieków w Białej Podlaskiej Numer referencyjny: OCZ-PRZ/ 1 /2019 (Ogłoszenie w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej TED z dnia 19.04.2010 r., 2019/S 078-188191).

ODWOŁANIE

Control Process Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie (30-733) przy ul. Obrońców Modlina 16, zarejestrowany w rejestrze przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego przez Sąd Rejonowy w Krakowie, XI Wydział Gospodarczy KRS pod numerem KRS 0000285783, posiadający NIP 873-28-98-418 (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 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ), w sposób niezgodny z przepisami Ustawy.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów Ustawy:

1. **art. 22 ust. 1a, 1b pkt 3 Pzp w zw. z art. 22a Pzp, art. 7 Pzp** poprzez sformułowanie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w kontekście wymaganego doświadczenia w zakresie robót budowlanych w sposób nieadekwatny do przedmiotu zamówienia, a nadto w sposób nieprecyzyjny co stwarza

- możliwość dowolnej oceny ich spełniania przez Zamawiającego, a co za tym idzie w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji;
2. **art. 91 ust. 2 Pzp** poprzez ustanowienie kryterium oceny ofert nieodnoszącego się do przedmiotu zamówienia,
 3. **art. 29 ust. 1 Pzp w zw. z art. 31 ust 2 Pzp** poprzez niejednoznaczne określenie zakresu dokumentacji projektowej która ma być dostarczona w terminie określonym jako termin uzyskania pozwolenia na budowę,
 4. **art. 29 ust. 1 Pzp** poprzez określenie terminu na wykonanie kompletnej dokumentacji projektowej wraz z uzyskaniem prawomocnego pozwolenia na budowę – jako termin zbyt krótki, nieuwzględniających wszystkich okoliczności koniecznych do jego realizacji,
 5. **art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 649² k.c.** poprzez ograniczenie prawa wykonawcy do żądania od inwestora gwarancji zapłaty,
 6. **art. 29 ust. 3a Pzp w zw. z art. 29 ust. 1 Pzp** poprzez brak jednoznacznego określenia przez Zamawiającego i wskazania czynności, których wykonywanie objęte jest obowiązkiem zatrudnienia na podstawie umowy o pracę,
 7. **art. 484 kc, art. 353¹ kc w zw. art. 139 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 29 ust. 1 ustawy Pzp** – poprzez zastrzeżenie we wzorze umowy, klauzul obejmujących obowiązek uiszczania kar umownych, określonych we wzorze umowy w wysokości rażąco wysokiej względem sankcjonowanego naruszenia, oderwanej od wartości potencjalnej szkody zamawiającego, co może prowadzić do wystąpienia znacznej straty Wykonawcy pomimo niewielkich i nieistotnych naruszeń, co w konsekwencji wykracza poza dopuszczalne granice swobody umów,
 8. **art. 353¹ kc w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp** – poprzez zastrzeżenie we wzorze umowy klauzul uprawniających zamawiającego do odstąpienia od umowy (i nałożenia z tego tytułu kary umownej) w licznych przypadkach nieznacznych i niezawinionych przez wykonawcę naruszeń umowy, a tym samym obarczając wykonawcę zbyt dużym ryzykiem poniesienia straty, co stanowi nadużycie pozycji zamawiającego jako strony konstruującej stosunek prawny i wskazuje na przekroczenie przez zamawiającego granicy swobody umów,
 9. **art. 353¹ kc w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 150 ust. 2 ustawy Pzp** – poprzez ukształtowanie płatności wynagrodzenia w sposób powodujący przekroczenie ustawowej wysokości wartości zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

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

- o nakazanie Zamawiającemu modyfikację treści SIWZ (oraz odpowiednio ogłoszenia) poprzez:
 1. Zmianę warunków udziału w postępowaniu poprzez zastąpienie warunku określonego w pkt 9.3.2)a)(iv) SIWZ i odpowiednio w Ogłoszeniu o zamówieniu i nadanie mu brzmienia:

(iv) zrealizował co najmniej jedną inwestycję budowlaną dot. zaprojektowania i budowy oczyszczalni ścieków komunalnych, których wartość robót wyniosła minimum 20 000 000,00 PLN brutto (dwadzieścia milionów złotych)

2. Usunięcie kryterium określonego w części 20 pkt 2 lp. 3 SIWZ „Roczny koszt serwisu w okresie 3 lat po Okresie Gwarancji Jakości i/lub Okresie Rękojmi za Wady (RKSG3).
3. Szczegółowe określenie zakresu dokumentów (poza wymaganymi zgodnie z prawem do uzyskania pozwolenia na budowę), których będzie wymagał Zamawiający, ewentualnie usunięcie w pkt B.1.1.1. PFU określenia dopełniającego „co najmniej” oraz szczegółowe określenie zakresu dokumentów, których będzie wymagał Zamawiający dla Koncepcji przebudowy i modernizacji Oczyszczalni Ścieków w Białej Podlaskiej poprzez wskazanie, iż w ramach wykonania Koncepcji przebudowy i modernizacji Oczyszczalni Ścieków Wykonawca zobowiązany jest przedłożyć:
 - a) Opis techniczny (ogólny zakres przebudowy i modernizacji oczyszczalni ścieków, opis przyjętych rozwiązań)
 - b) Obliczenia technologiczne,
 - c) Schemat technologiczny całej oczyszczalni,
 - d) Plan sytuacyjny całej oczyszczalni ścieków.
4. Określenie terminu na wykonanie kompletnej dokumentacji projektowej wraz z uzyskaniem prawomocnego pozwolenia na budowę na 270 dni od Daty Rozpoczęcia, a w przypadku konieczności uzyskania zmiany decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach zgody na realizację przedsięwzięcia, o wydłużeniu tego terminu o czas niezbędny na uzyskanie zmiany decyzji środowiskowej ale, nie krótszy niż 60 dni.
5. Usunięcie zapisu dodawanego do Klauzuli 2.4 wzoru umowy,
6. Jednoznaczne określenie (poprzez wskazanie stanowisk, wykonywanych czynności) których wykonywanie objęte jest obowiązkiem zatrudnienia na podstawie umowy o pracę
7. Zmianę treści modyfikacji Klauzuli 2.5 lit. a, b, c, d i e wzoru umowy, poprzez:
 - 1) zastąpienie w pkt a) sformułowania „opóźnienia” określeniem „zwłoki”
 - 2) zastąpienie w pkt a) wartości „0,5%” wartością „0,1%”
 - 3) zastąpienie w pkt b) wartości „0,5% Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej” wartością „10.000 zł”
 - 4) zastąpienie w pkt c) wartości „0,5% Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej” wartością „10.000 zł”
 - 5) zastąpienie w pkt d) wartości „0,5% Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej” wartością „10.000 zł”
 - 6) zastąpienie w pkt e) wartości „0,5% Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej” wartością „10.000 zł”
8. Zmianę treści modyfikacji Klauzuli 2.5 in principio wzoru umowy poprzez wykreślenie opisanego tam prawa do odstąpienia od umowy ze skutkiem natychmiastowym. /Klauzula 2.5 zd. 1/
9. Zmianę treści modyfikacji Klauzuli 14.4 wzoru umowy poprzez zastąpienie w pkt (II) wartości do 80% wartością do 90%, a w pkt (III) i (IV) wartości 10% wartościami 5%.

10. Wykreślenie w treści Klauzuli 17.7. wzoru umowy sformułowania o treści „W przypadku przekroczenia wskazanego w Ofercie Wykonawcy Roczno kosztu serwisu w okresie każdego z 3 lat po Okresie Gwarancji Jakości i/lub Okresie Rękojmi za Wady, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu odszkodowanie z tego tytułu w wysokości 0,2 % Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej za każdy przekroczony 1 % Roczno kosztu serwisu w Okresie Gwarancji Jakości i Okresie Rękojmi za Wady”

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 oraz Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, opublikowanych w dniu 19. 04. 2018 r. na stronie internetowej Zamawiającego oraz na stronie TED. 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 SIWZ.

1.

Zamawiający sformułował warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w kontekście wymaganego doświadczenia w zakresie robót budowlanych w sposób nieadekwatny do przedmiotu zamówienia, a przez to naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W cz. 9 pkt 3 ppkt 2 lit. a (iv) SIWZ wymaga się od wykonawcy aby:

„zrealizował w formule zaprojektuj i wybuduj, co najmniej jedną inwestycję budowlaną zawierającą roboty branży wodno-kanalizacyjnej sanitarnej i deszczowej, o wartości minimum 20.000.000,00 PLN (słownie: dwadzieścia milionów złotych) brutto.”

Przed wszystkim, Zamawiający wymaga realizacji w formule zaprojektuj i wybuduj roboty budowlanej w branży wodno-kanalizacyjnej sanitarnej i deszczowej co radykalnie, w sposób nieuzasadniony, zawęży krąg potencjalnych wykonawców – poprzez wykluczenie z postępowania tych wykonawców, którzy zaprojektowali tego typu roboty, a także je wykonali – jednakże, wbrew wymaganiom Zamawiającego, nie zrealizowali prac projektowych i robót budowlanych w ramach jednego zadania „zaprojektuj i wybuduj”. W takim przypadku, Zamawiający w sposób nieuprawniony wyklucza z postępowania te podmioty, które dają rękojmię należytej realizacji prac objętych postępowaniem w branży wodno-kanalizacyjnej sanitarnej i deszczowej, posiadając stosowne doświadczenie, poparte referencjami w zakresie projektowym i wykonawczym.

Dodatkowo, wadliwość tak sformułowanego przez Zamawiającego warunku udziału w zakresie objętym odwołaniem polega też i na tym, że jest on opisany w sposób nieprecyzyjny, co stwarza możliwość dowolnej jego oceny przez Zamawiającego.

W ocenie odwołującego, nie jest bowiem jasne czy wymagana minimalna wartość 20.000.000,00 PLN inwestycji budowlanej dotyczy tylko i wyłącznie wartości prac projektowych i robót budowlanych w branży wodno-kanalizacyjnej sanitarnej i deszczowej, czy też wymóg wartości 20.000.000,00 PLN odnosi się do całości inwestycji budowlanej, w ramach której realizowano prace w branży wodno-kanalizacyjnej sanitarnej i deszczowej, natomiast sama wartość prac w tej branży nie jest już dla Zamawiającego istotna.

Wątpliwości w tym zakresie są tym bardziej uzasadnione, że przedmiotem zamówienia jest przebudowa i modernizacja oczyszczalni ścieków w Białej Podlaskiej, dla której wartość prac projektowych i robót budowlanych w branży wodno-kanalizacyjnej sanitarnej i deszczowej jest stosunkowo niewielka i wedle szacunków odwołującego nie przekroczy 1 miliona złotych. Zatem, wymagania w tym zakresie – jeżeli odnosić je należy wyłącznie do wartości prac projektowych i robót budowlanych w branży wodno-kanalizacyjnej sanitarnej i deszczowej - co najmniej 4 krotnie przekraczające wartość robót objętych przedmiotem niniejszego zamówienia, uznać należy za nadmierne, utrudniające uczciwą konkurencję.

Stanowisko odwołującego zaprezentowane w niniejszym odwołaniu znajduje szerokie oparcie w orzecznictwie Izby.

W tym, w szczególności:

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 stycznia 2018 r. KIO 83/18

„Ukształtowanie wymogów na poziomie mogącym skutkować ograniczeniem liczby wykonawców dopuszczonych do postępowania należy uznać za dopuszczalne w takim zakresie, w jakim usprawiedliwione jest dbałością o jakość i rzetelność wykonania przedmiotu zamówienia. Konieczne jest zatem zachowanie równowagi pomiędzy interesem zamawiającego w uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia a interesem wykonawców, którzy poprzez sformułowanie nadmiernych wymagań mogą zostać wyeliminowani z postępowania. Nieproporcjonalność warunku zachodzi w sytuacji, gdy równowaga ta zostanie zachwiana, powodując uniemożliwienie ubiegania się o zamówienie wykonawcom mającym potencjał dający rękojmię jego prawidłowej realizacji”

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 maja 2017 r. KIO 714/17

„Zasada proporcjonalności oznacza, że opisane przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu muszą być uzasadnione wartością zamówienia, charakterystyką, zakresem, stopniem złożoności lub warunkami realizacji zamówienia. Nie powinny ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom dającym rękojmię należytego jego wykonania.”

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 września 2017 r. KIO 1776/17

„Zamawiający powinien tak konstruować warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, by do udziału w postępowaniu był dopuszczony każdy wykonawca, który obiektywnie rzecz biorąc zdolny jest wykonać przedmiotowe zamówienie. Zapewnienie uczciwej konkurencji oznacza bowiem wyznaczenie takiego poziomu wymaganego potencjału, wiedzy i doświadczenia, który uwzględni przedmiot zamówienia, jego zakres czy wartość nie wykraczając ponad wymagane i niezbędne minimum. Zamawiający nie może stawiać wymagań ponad obiektywnie uzasadnione potrzeby. Dlatego też Zamawiający jest zobowiązany zachować niezbędną równowagę między interesem własnym, polegającym na uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia, a interesem potencjalnych wykonawców, by wykonawca dający taką rękojmię nie był pozbawiany prawa złożenia oferty.”

2.

W cz. 20 pkt 2 lp. 3 SIWZ zamawiający postanowił, iż przy wyborze oferty będzie się kierował m.in. kryterium - : Roczny koszt serwisu w okresie 3 lat po Okresie Gwarancji Jakości i/lub Okresie Rękojmi za Wady (RKSG3) - dotyczy urządzeń do odwodniania, zagęszczania, pomp i stacji polielektrolitu – Waga 25%.

Przy czym, wedle Zamawiającego - Przez koszt serwisu należy rozumieć koszty przeglądów, materiałów m in. oleje, smary, łożyska, filtry, przekładnie, robociznę, dojazdy itp.

Ocena w ramach przedmiotowego kryterium będzie wykonywana przy zastosowaniu wzoru wskazanego w cz. 20 pkt 5 SIWZ.

W ocenie odwołującego, zastosowane przez Zamawiającego kryterium oceny ofert w zakresie w jakim odnosi się do kosztu serwisu w okresie pogwarancyjnym jest sprzeczny z przepisami ustawy Pzp jako, że odnosi się do zakresu który nie jest przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia. Podkreślenia bowiem wymaga, iż niniejsze zamówienie nie obejmuje świadczenia usług pogwarancyjnych tj. świadczenia usług serwisu po upływie Okresu Gwarancji Jakości i/lub Okresie Rękojmi za Wady. W konsekwencji, odwołujący nie ma żadnego wpływu na przyszłe koszty serwisu pogwarancyjnego, albowiem nie są jeszcze na tym etapie znane podmioty, które ewentualnie świadczyć będą tego rodzaju usługi. Nie wiadomo m.in. jaka zostanie przyjęta stawka za robociznę czy dojazdy przez podmiot,

który będzie świadczył usługi serwisowe w okresie pogwarancyjnym. W konsekwencji, tak określone kryterium oceny ofert jest wadliwie skonstruowane, bowiem nie odnosi się do przedmiotu zamówienia, a przedmiotem oceny są objęte okoliczności na które potencjalny wykonawca nie ma wpływu.

Zatem ze względu na fakt, że w zakres niniejszego zamówienia nie wchodzi serwis pogwarancyjny, Wykonawca nie jest stroną umowy serwisowej i nie ma żadnego wpływu na koszt tego serwisu.

Równocześnie, w części II SIWZ – wzór umowy w klauzuli 17.7 zamawiający nałożył na wykonawcę karę umowną w przypadku przekroczenia wskazanego w Ofercie Wykonawcy Roczno kosztu serwisu w okresie każdego z 3 lat po Okresie Gwarancji Jakości i/lub Okresie Rękojmi za Wady, w wysokości 0,2% Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej za każdy przekroczony 1 % Roczno kosztu serwisu w Okresie Gwarancji Jakości i Okresie Rękojmi za Wady, co z przyczyn wskazanych powyżej także uznać należy za niedopuszczalne.

3.

W pkt B.1.1.1. „Projektowanie” Programu Funkcjonalno-Użytkowego – część III SIWZ – Zamawiający nakłada na Wykonawcę obowiązek opracowania i przedłożenia do zatwierdzenia Zamawiającemu oraz (jeśli będzie to wymagane) upoważnionym organom administracji, kompletne Dokumenty Wykonawcy obejmujące bez wskazania zakresu tych opracowań poprzez posłużeniem się niepełnym, przykładowym wyliczeniem i użyciem określenia „co najmniej”.

Nadto, wymagając od wykonawcy w ppkt 1 sporządzenia „Koncepcji przebudowy i modernizacji Oczyszczalni Ścieków w Białej Podlaskiej – 1 oryginał + 3 kopie” nie precyzuje jakie opracowania mają wchodzić w skład tejże koncepcji, co w praktyce skutkuje dowolnością po stronie Zamawiającego w żądaniu od Wykonawcy opracowań projektowych na etapie koncepcyjnym.

W takiej sytuacji, w ocenie odwołującego, przedmiot zamówienia nie został opisany przez Zamawiającego w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, co narusza postanowienia ustawy.

4.

W cz. 5 pkt 1 ppkt 2 SIWZ – IDW, zamawiający określił, że termin wykonania kompletnej dokumentacji projektowej wraz z uzyskaniem prawomocnego pozwolenia na budowę (jeżeli wymagane) lub zgłoszenia Robót budowlanych (jeżeli pozwolenie na budowę nie wymagane), i wszelkich wymaganych decyzji, uzgodnień, pozwoleń i innych wymaganych, nie przekroczy 180 dni liczonych od Daty Rozpoczęcia,

Termin dla tego zakresu prac został określony w ocenie Odwołującego w sposób nie uwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mających wpływ na czas niezbędny do realizacji tego zakresu przedmiotu zamówienia – tj. jako termin zbyt krótki, naruszający zasady uczciwej konkurencji, faktycznie uniemożliwiający realizację tego zakresu w wyznaczonym terminie.

Wskazać należy, iż zgodnie z zapisami wzoru umowy – CZ. II SIWZ oraz PFU – CZ. III SIWZ:

- Wykonawca w terminie 30 dni od Daty Rozpoczęcia opracuje i przedłoży do zatwierdzenia Zamawiającemu Koncepcję przebudowy i modernizacji Oczyszczalni Ścieków w Białej Podlaskiej (PFU, B.1.1, str. 33)
- termin na zatwierdzenie przez Zamawiającego jakiegokolwiek opracowania wynosi 21 dni (FIDIC, klauzula 5.2), a to oznacza 21 dni dla Koncepcji i 21 dni dla Projektu Budowlanego
- stosownie do treści art. 35 KPA w sprawach skomplikowanych organ administracji winien wydać decyzję w sprawie pozwolenia na budowę nie później niż w ciągu dwóch miesięcy od dnia wszczęcia postępowania,
- Decyzja o pozwoleniu na budowę staje się ostateczna, gdy żadna ze stron nie wniesie odwołania w ciągu 14 dni od daty jej otrzymania. Jednakże decyzja taka nie w każdym przypadku staje się prawomocna. Stosownie do brzmienia art. 16 § 3 KPA dopiero decyzje ostateczne, których nie można zaskarżyć do sądu, stają się prawomocne. Zatem decyzja staje się prawomocna gdy żadna ze stron nie wniosła odwołania lub wszystkie strony zrzekły się prawa do odwołania lub gdy skarga do sądu została oddalona prawomocnym wyrokiem sądu bądź skarga do sądu nie została wniesiona w terminie i termin ten nie został przywrócony.

Mając powyższe na uwadze, nawet w przypadku gdy żadna ze stron nie wniesie odwołania od wydanej decyzji o pozwoleniu na budowę lub wszystkie strony zrzekną się prawa do odwołania na opracowanie Projektu Budowlanego pozostaje 29 dni co jest terminem niemożliwym do dotrzymania ze względu na szeroki zakres prac niezbędnych do wykonania dla tego typu dokumentacji (uzyskanie odpowiednich uzgodnień, dokumentów i opracowań, wykonanie projektów architektoniczno-budowlanych, wykonanie obliczeń konstrukcyjnych etc.).

Równocześnie podkreślenia wymaga, iż Zamawiający w terminie tym obliguje również Wykonawcę do uzyskania w razie potrzeby aktualizacji decyzji środowiskowej /dokonania jej zmiany/. Uzyskanie takiej decyzji może zająć od 2 do 6 miesięcy, w związku z tym wymaganie jej aktualizacji /zmiany/ w ramach terminu podstawowego 180 dni, jest niemożliwe do realizacji.

W związku z powyższym odwołujący wnosi o:

- 1) Wydłużenie czasu na projektowanie wraz z uzyskaniem prawomocnego pozwolenia na budowę o 90 dni tj. łącznie 270 dni od Daty Rozpoczęcia.
- 2) W przypadku konieczności uzyskania aktualizacji /zmiany/ decyzji środowiskowej o wydłużenie terminu z pkt. 1 o czas niezbędny na uzyskanie aktualizacji /zmiany/ decyzji środowiskowej, lecz nie krótszy niż 60 dni.

Stanowisko odwołującego zaprezentowane w niniejszym odwołaniu znajduje szerokie oparcie w orzecznictwie Izby.

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

„W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ustalenie krótkiego okresu realizacji tego zamówienia może spowodować, że tylko bardzo nieliczna grupa wykonawców, bądź tylko jeden z nich będzie skłonny złożyć ofertę, co w sposób zasadniczy może doprowadzić do złożenia wygórowanej cenowo oferty i tym samym doprowadzić do naruszenia zasady racjonalnego i efektywnego wydatkowania środków publicznych”.

5.

Postanowienie wzoru umowy – cz. II SIWZ – 2.4. w zakresie jakim uzupełnia Klauzulę 2.4. o zapis mocą którego, to Zamawiający będzie mógł wpływać na formę i wysokość gwarancji zapłaty za roboty budowlane zgodnie z art. 649¹KC w swej istocie narusza postanowienia art. 649² § 1 KC, który uznaje takie zapisy umowne za niedopuszczalne.

W związku z powyższym odwołujący wnosi o wykreślenie przedmiotowej regulacji.

6.

W cz. 4 pkt 5 SIWZ – IDW, Zamawiający określił wymogi w zakresie obowiązku zatrudnienia na umowę o pracę w następujący sposób:

„5. Personel Wykonawcy i personel każdego podwykonawcy wykonujący wszystkie czynności związane z wykonywaniem robót budowlanych, realizowanych na Terenie budowy, jeżeli wykonanie tych czynności polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy (tekst jedn. Dz. U. z 2018 r. poz. 917 z późn. zm.), będzie zatrudniony na podstawie umowy o pracę.

Wymóg zatrudnienia, o którym mowa powyżej, nie dotyczy osób pełniących samodzielne funkcje techniczne w budownictwie lub osób posiadających uprawnienia wydane na podstawie innych przepisów, które upoważniają do samodzielnego wykonywania prac bez nadzoru, w tym:

- projektantów,*
- kierownika budowy,*
- kierowników robót,*
- geodetów.”*

W ocenie odwołującego tego rodzaju sformułowanie SIWZ nie spełnia wymogów art. 29 ust. 3a ustawy Pzp w zw. z art. 29 ust. 1 Pzp, który nakłada na Zamawiającego obowiązek wskazania przez Zamawiającego konkretnych stanowisk i wykonywanych czynności, dla osób których dotyczy obowiązek zatrudnienia na podstawie umowy o pracę. Posłużenie się przez Zamawiającego określeniem „wszystkie czynności związane z wykonywaniem robót budowlanych, realizowanych na Terenie budowy, jeżeli wykonanie tych czynności polega na wykonywaniu pracy” nie spełnia tych wymogów i stwarza Zamawiającemu dowolność w ocenie tego wymogu na etapie realizacji zamówienia.

7.

W części II SIWZ – wzór umowy - Klauzula 2.5. w lit. a, b, c, d i e Zamawiający ustalił kary umowne należne Zamawiającemu, w wysokości nadmiernie wygórowanej, przy czym dodatkowo w zakresie lit. a treściowo wewnętrznie sprzecznej.

Przy szacowanej wartości kontraktu wedle odwołującego na kwotę 86 mln brutto 0,5% wartości kontraktu o której mowa w lit. a-e klauzuli 2.5. to kwota 430 000 zł brutto. Standardowy zysk w branży budowlanej to około 5%, a zatem 4,3 mln zł brutto, przy wyżej wskazanej wartości kontraktu. W związku z tym, przy wskazanej przez Zamawiającego wysokości kary za zwłokę/opóźnienie zysk Wykonawcy jest w stanie pokryć zaledwie 10 dni zwłoki co wskazuje na rażąco naruszenie równowagi stron umowy.

Wedle doświadczenia odwołującego, typowe kary umowne dla tego typu kontraktów kształtowane są na poziomie 0,1% wartości kontraktu za każdy dzień zwłoki, a za inne naruszenia kwota ryczałtowa na poziomie około 10 000 – 20 000 zł. W związku z powyższym poziom kar umownych w SIWZ uznać należy za rażąco wygórowany.

Nadto, Zamawiające określając karę umowną w lit. a posługuje się zamiennie terminem zwłoka i opóźnienie co jest nieprawidłowe.

8.

W części II SIWZ – wzór umowy - Klauzula 2.5. in principio Zamawiający zawarł prawo do odstąpienia od umowy także dla przypadków nieistotnego naruszenia postanowień umownych przez Wykonawcę zastrzegając sobie prawo do odstąpienia od umowy w przypadku zwłoki w wykonaniu „któregokolwiek z obowiązków wynikających z niniejszych Warunków Kontraktowych”. Zapisy o odstąpieniu zawarte są w klauzuli 15.2 i stanowią typowe rozwiązania dla tego rodzaju kontraktu i zdaniem odwołującego w pełni zabezpieczają interesy Zamawiającego przy zachowaniu zasady równowagi kontraktowej stron.

W ocenie odwołującego wyżej wskazane postanowienia SIWZ w zakresie kar umownych i prawa odstąpienia Zamawiającego od kontraktu przekraczają granicę swobody umów i obarczają wykonawcę zbyt dużym ryzykiem kontraktowym, sprzecznym z zasadami współżycia społecznego oraz prowadzą do prowadzenia postępowania w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

9.

Wedle art. 150 ust. 2 ustawy Pzp zabezpieczenie ustala się w wysokości do 10% ceny całkowitej podanej w ofercie albo maksymalnej wartości nominalnej zobowiązania zamawiającego wynikającego z umowy.

Postanowienia części II SIWZ – wzór umowy – KONTRAKT – w Klauzuli 14.4 prowadzą do przekroczenia maksymalnej wartości zabezpieczenia, albowiem po dokonaniu odbioru końcowego – tj. po zakończeniu Prób Końcowych w dyspozycji Zamawiającego pozostaje 10 % wynagrodzenia, przy równoczesnym posiadaniu wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy w wysokości 10% wartości kontraktu.

W związku z powyższym odwołujący wnosi o zmianę treści modyfikacji Klauzuli 14.4 poprzez zastąpienie w pkt (II) wartości do 80% wartością do 90% a w pkt (III) i (IV) wartości 10% wartościami 5%.

W tym stanie rzeczy niniejsze odwołanie jest konieczne i uzasadnione.

CONTROL PROCESS S.A.
ul. Obrońców Modlina 16, 30-733 Kraków
NIP 873-28-98-418 REGON 850359556

Specjalista
ds. Organizacji Projektów
Anna Kurek
Anna Kurek

Załączniki:

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