Sygn. akt: KIO 1285/23

POSTANOWIENIE
z dnia 22 maja 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Małgorzata Matecka

Agata Mikołajczyk

Beata Pakulska – Banach

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 22 maja 2023 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 maja 2023 roku przez odwołującego: wykonawcę Bielskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Spółka Akcyjna z siedzibą w Bielsku – Białej w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania – Łódź spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi

przy udziale wykonawców zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego:

A.Budimex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie,

B.PORR Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie

postanawia:

1.umarza postępowanie odwoławcze;

2.nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego: wykonawcy Bielskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Spółka Akcyjna z siedzibą w Bielsku – Białej kwoty20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710, ze zm.) na niniejsze postanowienie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:……

……

……

Sygn. akt: KIO 1285/23

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania – Łódź spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest zaprojektowanie oraz budowa Łódzkiego Centrum Recyklingu w Łodzi przy ulicy Zamiejskiej (nr ref. ZP/14/2023). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 25 kwietnia 2023 r. pod numerem 2023/S 081-243422.

W dniu 5 maja 2023 r. wykonawca Bielskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Spółka Akcyjna z siedzibą w Bielsku – Białej wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec treści dokumentów zamówienia w zakresie:

- postanowień zawartych w rozdziale 9 ust. 1 pkt 3) Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej jako „SWZ"),
- postanowień zawartych w rozdziale 9 ust. 1 pkt 4) lit. a) tiret drugie SWZ,
- postanowień zawartych w rozdz. 9 ust. 1 pkt 4 lit. b) SWZ,
- postanowień zawartych w rozdziale 9 ust. 2 lit. g) tiret czwarte SWZ,
- postanowień zawartych w ust. 38.3 wzoru umowy,
- postanowień zawartych w ust. 7.1.2 wzoru umowy.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

2.1.art. 16 pkt 1) i 3) w zw. z art. 112 ust. 1 i ust. 2 pkt 3) i 4) ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp", poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu, dotyczących sytuacji ekonomicznej lub finansowej oraz zdolności technicznej lub zawodowej, w tym wymaganego personelu (warunki określone w rozdz. 9 ust. 1 pkt 3 i 4 lit. a) tiret drugie SWZ oraz ust. 2 lit. g SWZ) - w sposób ograniczający dostęp do zamówienia wykonawcom dającym rękojmię jego

należytego wykonania, co nie jest uzasadnione przedmiotem zamówienia i zasadą proporcjonalności do przedmiotu zamówienia,

2.2. art. 16 pkt 1) i 3) w zw. z art. 117 ust. 1 ustawy Pzp poprzez określenie szczególnego sposobu spełnienia warunku udziału w Postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej lub finansowej oraz zdolności technicznej lub zawodowej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (warunki określone w rozdz. 9 ust. 1 pkt 3 oraz pkt 4 lit. b SWZ), z ograniczeniem możliwości łącznego wykazania spełnienia ww. warunków, podczas gdy wprowadzony przez zamawiającego wymóg, aby warunki te zostały spełnione w całości przez co najmniej jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie - nie jest uzasadniony charakterem zamówienia oraz nie jest proporcjonalny do przedmiotu zamówienia,

2.3. art. 16 pkt 3) w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353^1 KC, art. 471 KC, art. 483 § 1 KC i art. 484 KC, poprzez określenie projektowanych postanowień umownych – w zakresie maksymalnych limitów kar umownych (ust. 38.3 wzoru umowy) - w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, z przekroczeniem granicy dopuszczanej swobody umów, a w szczególności poprzez ich określenie w warunkach nadużycia prawa podmiotowego zamawiającego do samodzielnego kształtowania warunków umowy w sprawie zamówienia,

2.4. art. 16 pkt 1) i 3) w zw. z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp poprzez takie skonstruowanie projektowanych postanowień umownych, dotyczących zakresu przedmiotu zamówienia (ust. 7.1.2 wzoru umowy), które przenosi na wykonawcę pełne ryzyko ewentualnych nieprawidłowości i niespójności w zakresie opisu przedmiotu zamówienia (PFU) oraz w zakresie decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach, za który to opis odpowiada zamawiający, co uniemożliwia wykonawcy rzetelną wycenę ryzyk kontraktowych.

W związku z podniesionymi zarzutami odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany zaskarżonych postanowień dokumentacji postępowania:

3.1. rozdział 9 ust. 1 pkt 3 SWZ - zmiana warunku w następujący sposób:

Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że:

a) posiada roczny przychód z tytułu prowadzonej działalności, za okres nie dłuższy niż ostatnie 3 lata obrotowe, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - za ten okres, średnie - roczne przychody netto ze sprzedaży w zakresie realizacji prac budowlanych oraz montażowych w kwocie minimum 120 000 000 złotych netto;

oraz

b) posiada środki finansowe lub zdolność kredytową w wysokości co najmniej ~~100 000 000~~ 50 000 000 złotych,

oraz

c) jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną min. ~~100 000 000~~ 50 000 000 złotych.

W przypadku ubiegania się o zamówienie wspólnie przez dwa lub więcej podmioty (w ramach np. konsorcjum), Zamawiający wymaga, aby w/w warunek w całości został spełniony przez co najmniej jeden podmiot.

3.2. ewentualnie wobec wniosku z pkt 3.1.:

Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że:

a) posiada roczny przychód z tytułu prowadzonej działalności, za okres nie dłuższy niż ostatnie 3 lata obrotowe, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - za ten okres, średnie - roczne przychody netto ze sprzedaży w zakresie realizacji prac budowlanych oraz montażowych w kwocie minimum 120 000 000 złotych netto;

oraz

b) posiada środki finansowe lub zdolność kredytową w wysokości co najmniej 100 000 000 złotych,

oraz

c) jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną min. 100 000 000 złotych.

W przypadku ubiegania się o zamówienie wspólnie przez dwa lub więcej podmioty (w ramach np. konsorcjum),

Zamawiający ~~wymaga, aby w/w warunek w całości został spełniony przez co najmniej jeden podmiot~~ zezwala, aby w/w warunek został spełniony - zarówno w zakresie każdego podpunktu, jak i łącznie - przez te podmioty łącznie.

3.3.postanowienia zawarte w rozdz. 9 ust. 1 pkt 4) lit. a) tiret drugie SWZ w zakresie warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej - zmiana warunku w następujący sposób:

Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że (...) w okresie ostatnich 15 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał co najmniej: (...) jako Generalny Wykonawca (...) jedną robotę budowlaną polegającą na zaprojektowaniu i wykonaniu obiektu z zakresu ochrony środowiska (tj. zakładu zagospodarowania odpadów lub zakładu termicznego przekształcania odpadów lub oczyszczania ścieków lub stacji uzdatniania wody) lub obiektu służącego wytwarzaniu energii, obejmującego zespół powiązanych ze sobą obiektów technologicznych o wartości inwestycji nie mniejszej niż 150 000 000,00 zł netto

3.4.postanowienia zawarte w rozdz. 9 ust. 1 pkt 4 lit. b) SWZw zakresie warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej - zmiana warunku w następujący sposób:

Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że (...) w okresie ostatnich 15 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał co najmniej: (...) po dwie z każdej z niżej wymienionych instalacji:

- *instalacja sortowania zmieszanych odpadów komunalnych o wydajności min. 80 000 Mg/rok każda, obejmujących co najmniej następujące urządzenia: 3 separatory optyczne, sito bębnowe, separator balistyczny, rozrywarkę worków, każda inwestycja obejmująca podwójny system załadunku,*
- *instalacja sortowania tworzyw sztucznych z selektywnej zbiórki odpadów o wydajności min. 20 000 Mg/rok każda, obejmujących co najmniej następujące urządzenia: 3 separatory optyczne, separator balistyczny, rozrywarka worków,*
- *instalacja sortowania szkła z selektywnej zbiórki odpadów o wydajności min. 10 000 Mg/rok każda z automatycznym rozdziałem na kolory,*
- *instalacja sortowania papieru z selektywnej zbiórki odpadów o wydajności min. 20 000 Mg/rok każda,*
- *instalacja wytwarzania RDF z odpadów komunalnych o wydajności min. 40 000 Mg/rok każda,*
- *instalacja obejmująca biosuszenie, biostabilizację lub kompostowanie o wydajności min. 80 000 Mg/rok każda z automatycznym załadunkiem,*
- *instalacja fermentacji odpadów komunalnych (frakcji 0-80 mm lub bioodpadów) o wydajności min. 15 000 Mg/rok każda wraz z węzłem przeróbki biogazu, w tym co najmniej jedna w technologii fermentacji przepływowej (...)*

W przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, ~~co najmniej jeden z tych wykonawców musi spełniać przedmiotowy warunek opisany w ppkt b) w całości.~~ Zamawiający dopuszcza łączne wykazanie spełnienia ww. warunków udziału w postępowaniu;

3.5.Postanowienia zawarte w rozdz. 9 ust. 2 lit. g) tiret czwarte SWZ w zakresie warunków udziału w postępowaniu dotyczących wymaganego personelu wykonawcy, tj. kierownika robót konstrukcyjno - budowlanych - zmiana warunku w następujący sposób:

Kierownik robót konstrukcyjno - budowlanych (...) - posiada doświadczenie na stanowisku kierownika budowy i/lub kierownika robót konstrukcyjno - budowlanych, zdobyte w okresie ostatnich 15 lat przed dniem składania ofert na co najmniej dwóch (2) inwestycjach, obejmujących budowę hali przemysłowej, w której zostały zamontowane urządzenia technologiczne wraz z wykonaniem robót ziemnych, w tym co najmniej jedna hala o powierzchni zabudowy min. 3 000m^2 i wartości inwestycji min. 80 000 000,00 zł

3.6.Postanowienia zawarte w ust. 38.3 wzoru umowy, odnoszące się do maksymalnych limitów wartości kar umownych - zmiana w następujący sposób:

Wysokość Kar Umownych do zapłacenia przez Generalnego Wykonawcę Zamawiającemu za nieosiągnięcie etapu Zakończenia Realizacji w Terminie Realizacji nie przekroczy ~~30% (trzydziestu procent)~~ 15% (piętnaście procent) Ceny, a łączna kwota wszystkich Kar Umownych do zapłacenia przez Generalnego Wykonawcę nie przekroczy ~~40% (czterdziestu procent)~~ 20% (dwadzieścia procent) Ceny.

3.7. Postanowienia zawarte w ust. 7.1.2 wzoru umowy, odnoszące się do opisu przedmiotu zamówienia - tj. zakresu obowiązków wykonawcy związanych ze zmianą decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach - poprzez wykreślenie tego postanowienia w całości.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zgłosili następujący wykonawcy:

- Budimex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie (w zakresie zarzutów wskazanych w przystąpieniu),
- PORR Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie.

W dniu 19 maja 2023 r. do akt sprawy wpłynęło pismo zamawiającego stanowiące odpowiedź na odwołanie. Zamawiający oświadczył, że uwzględnia w całości zarzut oznaczony nr 2.1 w zakresie wskazanym w pkt 1.4 oraz zarzut oznaczony nr 2.3 w zakresie wskazanym w pkt 1.5 i dokonuje modyfikacji SWZ zgodnie z żądaniami odwołującego odnoszącymi się do tych zarzutów. Ponadto, zamawiający oświadczył, że uwzględnia w części zarzut oznaczony nr 2.2 w zakresie wskazanym w pkt 1.3. i w związku z tym dokonuje następującej modyfikacji postanowienia zawartego w rozdz. 9 ust. 1 pkt 4 lit. b) SWZ:

W okresie ostatnich 15 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał co najmniej:

(…)

b) po dwie z każdej niżej wymienionych z instalacji:

- *instalacja sortowania zmieszanych odpadów komunalnych o wydajności min. 80 000 Mg/rok każda, obejmująca, co najmniej następujące urządzenia: 3 separatory optyczne, sito bębnowe, separator balistyczny, rozrywarkę worków (budowa lub modernizacja obejmująca dostawę i montaż powyższych urządzeń) ~~każda inwestycja obejmująca podwójny system załadunku~~*
- *instalacja sortowania tworzyw sztucznych z selektywnej zbiórki odpadów o wydajności min. 20 000 Mg/rok każda, obejmujących co najmniej następujące urządzenia: 3 separatory optyczne, separator balistyczny, rozrywarkę worków (budowa lub modernizacja obejmująca dostawę i montaż powyższych urządzeń)*
- *instalacja sortowania szkła z selektywnej zbiórki odpadów ~~o wydajności min. 10 000 Mg/rok każda~~ z automatycznym rozdziałem na kolory*
- *instalacja sortowania papieru z selektywnej zbiórki odpadów o wydajności min. 20 000 Mg/rok każda*
- *instalacja wytwarzania RDF z odpadów komunalnych o wydajności min 40 000 Mg/rok każda*
- *instalacja obejmująca biosuszenie, biostabilizację lub kompostowanie o wydajności min. 80 000 Mg/rok każda, ~~z automatycznym załadunkiem~~*
- *instalacja automatycznego załadunku komór biologicznego przetwarzania o wydajności min. 80 000 Mg/rok*
- *instalacja fermentacji odpadów komunalnych (frakcji 0-80 mm lub bioodpadów) o wydajności min. 15 000 Mg/rok każda wraz z węzłem przeróbki biogazu, w tym co najmniej jedna w technologii fermentacji przepływowej*

Powyższy warunek zostanie spełniony również w przypadku, gdy wymagane wyżej instalacje zostały zrealizowane w ramach różnych inwestycji.

W przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, Zamawiający wymaga, aby, co najmniej jeden wykonawca spełniał warunek dotyczący instalacji mechanicznego przetwarzania w całości (instalacja przetwarzania odpadów komunalnych zmieszanych, odpadów tworzyw sztucznych zbieranych selektywnie, instalacji sortowania papieru, instalacji wytwarzania RDF).

c) *jedną robotę budowlaną polegającą na wykonaniu budowy, przekładki lub przebudowy rurociągu ściekowego o średnicy min. 2,0 m i o długości min. 500 m.*

Dodatkowo Zamawiający wyjaśnia że, Wykonawca może posługiwać się doświadczeniem tj. realizacją instalacji opisanych powyżej, których lokalizacja znajdowała się poza terenem Polski.

Zamawiający dopuszcza, aby na instalacji referencyjnej spełniającej określony warunek były przetwarzane inne frakcje odpadów. Niemniej, musi zostać spełniony warunek wydajności rocznej dla wymaganej frakcji. Np. jeżeli na instalacji referencyjnej są przetwarzane odpady tworzyw sztucznych (wydajność roczna > 20 000Mg/rok dla tworzyw sztucznych) oraz papieru (wydajność dla papieru >20 000Mg/rok) Wykonawca może posłużyć się taką instalacją, jako spełniającą oba warunki.

W dniu 21 maja 2023 r. do akt sprawy wpłynęło pismo odwołującego zawierające oświadczenie o wycofaniu zarzutów w części nieuwzględnionej przez zamawiającego.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, że zachodzi podstawa do umorzenia postępowania odwoławczego, o której mowa w art. 522 ust. 3 ustawy Pzp. Zgodnie z treścią tego przepisu w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu i wycofania pozostałych zarzutów przez odwołującego, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia części zarzutów. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów.

Mając na uwadze powyższe, Izba postanowiła jak w punkcie pierwszym sentencji, na podstawie art. 522 ust. 3 w związku z art. 568 pkt 3 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 9 ust. 1 pkt 2 lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), nakazując dokonanie na rzecz odwołującego zwrotu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

Przewodniczący:……

……

……