

Kraków, dnia 1 lipca 2022 r.

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

Odwołujący:

CONTROL PROCESS Spółka Akcyjna

ul. Obrońców Modlina 16

30-733 Kraków

E-mail do korespondencji: nm@controlprocess.pl

Zamawiający:

Gmina Miejska Kraków

Pl. Wszystkich Świętych 3-4

31 – 004 Kraków

Agencja Rozwoju Miasta Krakowa Sp. z o.o.

ul. Królewska 57

30-081 Kraków

Osoba do kontaktów: Wojciech Kochan

E-mail: wojciech.kochan@armk.pl

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na roboty budowlane o nazwie: wyłonienie Wykonawcy robót budowlanych w zakresie realizacji inwestycji pn.: Budowa budynku usługowego „Krakowskie Centrum Muzyki” przy ul. Piastowskiej w Krakowie

Numer referencyjny: Postępowanie nr 3/2022

Ogłoszenie w TED nr 2022/S 084-223207 z dnia 29 kwietnia 2022 roku.

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. 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**, podjętych w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, polegających na:

- zaniechaniu odpowiedniego przedłużenia terminu składania ofert w sytuacji dokonania zmian w dokumentacji postępowania,
- wprowadzenia kryterium oceny ofert niezgodnego z przepisami PZP.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów Ustawy:

1. **art. 90 ust. 2 PZP** w zw. z **art. 16 ust. 3 PZP** poprzez zaniechanie odpowiedniego przedłużenia terminu składania ofert po dokonaniu zmian w zakresie kryterium oceny ofert oraz innych zmian w dokumentacji postępowania,
2. **art. 240 i 241 PZP** z **art. 16 ust. 3 PZP** poprzez określenie kryterium oceny ofert („Doświadczenie Kierownika Robót”) w sposób nieadekwatny do wagi czynności oraz powodujący że staje się ono w istocie warunkiem udziału w postępowaniu i daje możliwości realnej rywalizacji w postępowaniu,

W związku z powyższym Odwołujący wnosi o uwzględnienie niniejszego odwołania i o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmian:

1. W zakresie terminu składania ofert – o przedłużenie go w taki sposób, aby przypadał na datę przypadającą na co najmniej 14 dni od daty rozstrzygnięcia niniejszego postępowania odwoławczego,
2. Zmniejszenia wagi kryterium „Doświadczenie Kierownika Robót” do 10% lub usunięcia tego kryterium

Interes prawny Wykonawcy:

Odwołujący, jako podmiot zainteresowany udziałem w przedmiotowym postępowaniu posiada interes prawny w złożeniu odwołania, albowiem czynności Zamawiającego polegające na zaniechaniu odpowiedniego przedłużenia terminu składania ofert oraz wprowadzeniu do dokumentacji zaskarżonych zapisów przez co uniemożliwiają złożenie oferty, a co za tym idzie w sposób skuteczny eliminują Odwołującego z udziału 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. 1 pkt 1 PZP „*Odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia*”.

Odwołujący powziął wiadomość o czynności Zamawiającego w toku przedmiotowego postępowania z treści pism:

- „PYTANIA I ODPOWIEDZI, MODYFIKACJE DO TREŚCI SWZ” z dnia 24 czerwca 2022 r.,

- „PYTANIA I ODPOWIEDZI, MODYFIKACJE DO TREŚCI SWZ” z dnia 28 czerwca 2022 r.,

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 prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, obejmującego realizację obiektu - Budowa budynku usługowego „Krakowskie Centrum Muzyki” przy ul. Piastowskiej w Krakowie. W wyniku m.in. rozstrzygnięcia postępowania odwoławczego prowadzonego przed Izbą pod sygn. KIO 1256/22 dokonał zmiany kryteriów oceny ofert, wprowadzając modyfikacją z dnia 24 czerwca kryterium „Doświadczenie Kierownika Robót” z wagą 20% oraz odpowiednią definicją za jakie doświadczenie będzie przyznawana punktacja.

Uznać należy, że zmiana kryterium oceny ofert jest zmianą o kluczowym znaczeniu dla wykonawców zamierzających złożyć ofertę w postępowaniu. Istotą postępowania jest bowiem pozyskanie zamówienia i w tym celu każdy Wykonawca dąży do maksymalizacji uzyskanej punktacji w ramach kryteriów oceny ofert. Szczególnie istotne są kryteria poza cenowe – gdyż w ramach takich kryteriów wykonawca jest w stanie podjąć działania dające mu pewność uzyskania maksymalnej możliwej do uzyskania ilości punktów. Okres niewiele ponad tygodnia nie może być uznany za wystarczający do zapewnienia wykonawcy odpowiedniego czasu do wyselekcjonowania odpowiedniego kandydata na stanowisko Kierownika Robót, zweryfikowania jego kwalifikacji doświadczenia i uzgodnienia warunków współpracy. Odwołujący zwraca uwagę, że waga tego kryterium wynosi 20% - zatem biorąc pod uwagę wagę kryterium cena 80% - kryterium to jest kluczowe i faktycznie nie ma możliwości pozyskania zamówienia konkurując ceną – gdyż musiałoby prowadzić do znacznego zaniżenia cen. Co warto podkreślić Zamawiający podczas trwającej procedury kilkakrotnie dokonywał zmian w ramach Kryterium oceny ofert, co obrazują poniższe zapisy:

Pierwotne ogłoszenie z dnia 29 kwietnia 2022 r.

Kryterium jakości - Nazwa: Doświadczenie Kierownika Budowy / Waga: 40

Cena - Waga: 60

Modyfikacja z dnia 20 maja 2022 r.

Modyfikacja 3.

Zamawiający informuje, iż w kryteriach oceny i porównania ofert, treść zapisów pkt 18) SWZ otrzymuje nowe poniższe brzmienie:

„(...)18) Opis kryteriów oceny ofert wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert.

1. Kryteria oceny ofert i ich znaczenie:	
1.1 Cena za całość zamówienia	80%
1.2 Doświadczenie Kierownika Budowy	20%

Modyfikacja z dnia 27 maja 2022 r.

Modyfikacja 7.

Zamawiający informuje, iż opis treści warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania osobami zdolnymi do realizacji zamówienia, wskazany w pkt 8) ppkt 2.4.1.2 SWZ, odnoszący się do funkcji Kierownika Budowy, zostaje złagodzony poprzez wykreślenie słów „użyteczności publicznej”, a w konsekwencji otrzymuje nowe poniższe brzmienie:

„(...)

2.4.1.2 osobą przeznaczoną do pełnienia funkcji Kierownika Budowy w branży konstrukcyjno-budowlanej, posiadającą uprawnienia budowlane w specjalności konstrukcyjno-budowlanej w zakresie niezbędnym do realizacji zamówienia, posiadającą 5-letnie doświadczenie zawodowe w pełnieniu obowiązków Kierownika Budowy i doświadczenie w realizacji obowiązków kierownika budowy co najmniej dwóch zakończonych robót budowlanych w zakresie budowy/przebudowy/remontu obiektów wraz z zagospodarowaniem terenu o wartości łącznej wykazanych dwóch robót nie mniejszej niż 100.000.000,00 zł brutto (słownie: sto milionów złotych brutto) oraz o łącznej kubaturze dwóch wykazanych obiektów nie mniejszej niż 100.000 m³, w zakresie odpowiadającym posiadanym uprawnieniom, (...)”.

Modyfikacja 7 czerwca 2022 r.

Modyfikacja 12.

Zamawiający informuje, iż w kryteriach oceny i porównania ofert, treść zapisów pkt 18) SWZ otrzymuje nowe poniższe brzmienie:

„(...)18) Opis kryteriów oceny ofert wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert.

1. Kryteria oceny ofert i ich znaczenie:	
1.1 Cena za całość zamówienia	80%
1.2 Doświadczenie Kierownika Budowy	10%
1.3 Doświadczenie Kierownika Robót	10%

Modyfikacja z dnia 24 czerwca 2022 r.

Modyfikacja 17.

Zamawiający informuje, iż w kryteriach oceny i porównania ofert, treść zapisów pkt 18) SWZ otrzymuje nowe poniższe brzmienie:

„(...)18) Opis kryteriów oceny ofert wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert.

1. Kryteria oceny ofert i ich znaczenie:	
1.1 Cena za całość zamówienia	80%
1.2 Doświadczenie Kierownika Robót	20%

Powyższe jednoznacznie wskazuje, iż sam Zamawiający opracowując dokumentację postępowania nie dołożył należytej staranności w konstruowaniu kryteriów oceny ofert, co spowodowało iż dla wydawałoby się prostego zamówienia budowlanego wprowadził niezgodne z ustawą zapisy SWZ. Odwołujący wskazuje, iż w ramach pierwotnego kryterium oceny ofert, Zamawiający otrzymał szereg pytań z wnioskiem o modyfikację zapisów. W tym miejscu wskazać należy, iż Zamawiający również na tamtym etapie postępowania otrzymał, aż 4 (cztery) odwołania w zakresie niezgodności zapisów SWZ z ustawą PZP.

Zamawiający także dopiero w dniu 28 czerwca udostępnił prawidłową, uspołnioną z pozostałą (zmienioną) częścią dokumentacji wersję dokumentów koniecznych do wypełnienia i złożenia wraz z ofertą. Biorąc pod uwagę obszerność tych dokumentów oraz wartość oferty ich wypełnienie wymaga szczegółowej i precyzyjnej pracy – na którą Zamawiający wyznaczył mniej niż tydzień. Nie należy także pomijać okoliczności dokonania obszernych wyjaśnień (13 stron odpowiedzi na pytania Wykonawców) w dniu 28 czerwca – które to odpowiedzi wymagają przeanalizowania i uwzględnienia przy opracowywaniu oferty.

Powyższe okoliczności powodują zasadność zarzutu w zakresie braku odpowiedniego przesunięcia terminu składania ofert.

Zamawiający w dniu 24 czerwca określił – wykonując wyrok KIO w sprawie KIO 1256/22 – poza cenowe kryterium oceny ofert w postaci „Doświadczenie Kierownika Robót” z wagą 20%. Dla uzyskania maksymalnej punktacji, kierownik robót musi wykazać się doświadczeniem obejmującym łącznie (4) cztery zadania:

- 2 zadania w celu spełnienie warunków udziału w postępowaniu:
pełnienie funkcji kierownika robót konstrukcyjno-budowlanych robót co najmniej dwóch zakończonych robót budowlanych w zakresie budowy / przebudowy / remontu obiektów użyteczności publicznej, w zakresie odpowiadającym posiadanym uprawnieniom,
- 2 zadania stanowiące kryterium oceny ofert:
pełnienie funkcji kierownika robót konstrukcyjno-budowlanych polegającej na kierowaniu zakończonymi robotami obejmującymi swoim zakresem wykonanie budowy obiektu zawierającego ścianki szczelinowe o kubaturze obiektu nie mniejszej niż 50.000 m³, przy czym osoba pełniła wskazaną funkcję na danej budowie przez co najmniej cały okres realizacji ścian szczelinowych,

Nowo wprowadzone kryterium oceny ofert, zostało zdefiniowane w sposób niemający bezpośredniego odniesienia do dotychczasowego brzmienia warunków udziału w postępowaniu (doświadczenie związane z budową na której mają występować ścianki szczelinowe na obiekcie o kubaturze 50.000 m³ nie występuje w kryteriach „Zdolności technicznej lub zawodowej” zarówno w odniesieniu do doświadczenia oferenta jak i osób zdolnych do realizacji zamówienia). Okoliczność ta budzi poważne wątpliwości czy zakres ten ma na tyle istotne znaczenie w całości przedmiotu umowy, że uzasadnia oparcie na nim

kryterium oceny ofert w sytuacji gdy Zamawiający nie odnosił się do niego ani w pierwotnym brzmieniu dokumentacji ani w toku postępowania. Mając na uwadze czas trwania postępowania – ponad 2 miesiące – podczas którego poszczególni oferenci przygotowywali swoją ofertę, kalkulując cenę i optymalizując ofertę, wprowadzanie takiego kryterium 6 dni roboczych przed terminem składania ofert zaburza możliwość konkurencji pomiędzy oferentami i w sposób dość przypadkowy zwiększa szansę tego wykonawcy, który akurat dysponuje kierownikiem robót posiadającym doświadczenie, które stało się kryterium oceny ofert.

Waga kryterium cena to 80%. Prosta matematyka wskazuje, że różnica doświadczenia Kierownika robót o 1 budowę daje stratę 10 pkt w ocenie oferty – zatem dla zrównoważenia takiej różnicy należałoby zaoferować cenę o co najmniej 12,5% niższą, 2 budowy spełniające kryteria to 25%. Zatem oferent który dysponuje odpowiednim kierownikiem robót w terminie 6 dni roboczych przed złożeniem oferty, osiąga 25% przewagę cenową (może złożyć ofertę wyższą o 25%) nad oferentem który takiego kierownika robót nie posiada i musi go pozyskać z rynku, pomimo iż obydwaj przygotowywali i optymalizowali swoją wycenę przez okres ponad 2 miesięcy.

Już samo „zrównoważenie” pomiędzy doświadczeniem minimalnym, a maksymalnym dla potrzeb oceny powodowałoby zbliżenie się do 30% różnicy w cenie – którą to różnicę art. 224 PZP wskazuje jako wystarczającą do przyjęcia poważnego podejrzenia, że jest to cena rażąco niska. Tym samym uznać należy, że nie ma możliwości realnego konkurowania w tym kryterium – gdyż wskazując jako kandydata na stanowisko kierownika robót konstrukcyjno-budowlanych osobę o doświadczeniu mniejszym niż maksymalne punktowane należałoby zaoferować cenę z dużym prawdopodobieństwem rażąco niską. Również racjonalność i zasadność takiego kryterium budzi wątpliwości – czy doświadczenie jednej osoby w dość wąskim zakresie prac (ścianki szczelinowe) ma wartość ok. 12 mln PLN za 1 budowę? W szczególności należy uwzględnić okoliczność, że wartość prac adekwatnych do ocenianego doświadczenia stanowi mniej niż 10% wartości przedmiotu umowy, a ich zakres jest typowym rozwiązaniem budowlanym, które należy wykonać zgodnie z projektem. W ocenie Odwołującego nie sposób tego pogodzić z zasadami PZP – w szczególności z zasadą proporcjonalności i uczciwej konkurencji.

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.*