

Kraków, dnia 10 sierpnia 2020 r.

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

Wykonawca: Control Process Silesia Sp. z o.o.

al. Aleja Walentego Roździeńskiego, nr 188, lok. 302,
40-203, Katowice
E-mail: nm@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 pn.: *Uporządkowanie gospodarki wodno-ściekowej na terenie aglomeracji Międzyrzecz z zapewnieniem wysokiej efektywności eksploatacyjnej systemu wodno-ściekowego oraz jego adaptacyjności do zmian klimatu, 19/ZP5/DEOŚ/POIIŚ/2020* (Ogłoszenie w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej TED z dnia 11. 05. 2020 r., 2020/S 091-218142).

ODWOŁANIE

Wykonawca, Control Process Silesia Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach (40-203) przy al. Aleja Walentego Roździeńskiego, nr 188, lok. 302, zarejestrowany w rejestrze przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego pod numerem KRS 0000694270, posiadający 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:**

- a) wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu,
- b) unieważnienia postępowania.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów Ustawy:

art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 PZP w zw. z art. 7 PZP poprzez uznanie, że Odwołujący w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia,

art. 92 ust. 1 PZP poprzez brak wskazania precyzyjnej podstawy prawnej wykluczenia Odwołującego z postępowania,

art. 93 ust. 1 PZP poprzez unieważnienie postępowania pomimo, że w postępowaniu złożono ofertę niepodlegającą odrzuceniu,

art. 24aa PZP w zw. z art. 7 ust. 1 i 2 PZP, art. 87 ust. 1 PZP poprzez

- a) prowadzenie procedury niezgodnie z regułami określonymi w art. 24aa PZP oraz pkt 2.14 SIWZ – tj. badanie najpierw oferty Odwołującego, pomimo że na podstawie treści oferty oraz dokumentów składanych wraz z ofertą w pierwszym rzędzie winna być badana oferta drugiego wykonawcy,
- b) prowadzenie procedury niezgodnie z regułami określonymi w art. 87 ust. 1 PZP – tj. kierowanie wniosków o wyjaśnienie treści ofert do podmiotów trzecich z pominięciem Odwołującego,
- c) prowadzenie procedury niezgodnie z regułami określonymi w art. 7 ust. 1 i 2 – tj. dążenie do wykluczenia Odwołującego z postępowania – „czy nie da się znaleźć czegoś żeby z tego Wykonawcy zrezygnować”.

II. W zakresie części II postępowania:

- **art. 93 ust. 1 pkt 6 PZP** – wobec przedwczesności uznania, że nastąpiła istotna zmiana okoliczności, tj. że nie dojdzie do skutecznego wyboru wykonawcy zadania nr 1.

W związku z powyższym Odwołujący wnosi o uwzględnienie niniejszego odwołania oraz o nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności unieważnienia postępowania,
- unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania,
- dokonania oceny oferty Odwołującego.

Odwołujący ma prawo do skorzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 Ustawy. Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia. Odwołujący ubiega się o przedmiotowe zamówienie, konkurując w niniejszym postępowaniu jedynie z Konsorcjum firm WUPRINŻ Spółka Akcyjna, ul. Straży Ludowej 35, 60-465 Poznań – Lider konsorcjum, HYDRO-MARKO SP. z o.o., ul. Wojska Polskiego 139, 63-200 Jarocin – I partner konsorcjum, PROCOROL Sp. z o.o., Janikowo, ul. Gnieźnieńska 67/69, 62-006 Kobylnica – II partner konsorcjum – dalej jako „Konsorcjum WUPRINŻ”, które mocą zaskarżonej decyzji (w części nieobjętej odwołaniem) zostało wykluczone z postępowania. Tym samym Odwołujący ma interes prawny w domaganiu się uchylecia decyzji o unieważnieniu postępowania oraz

wykluczenia go z udziału w postępowaniu, gdyż w wyniku uwzględnienia odwołania jego oferta będzie ofertą najkorzystniejszą, co umożliwi Odwołującemu pozyskanie zamówienia.

Jak bowiem wynika z publicznej wypowiedzi prezesa Zamawiającego z dnia 23 czerwca 2020 r. na XXIV Sesji Rady Miejskiej w Międzyrzeczu Zamawiający może zwiększyć kwotę, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (minuta 9:37 – „*Realnie mieszczą się te kwoty w możliwości ...*”) – zatem Odwołujący po uwzględnieniu niniejszego odwołania i przeprowadzeniu przez Zamawiającego dalszego toku postępowania zgodnie z regulami PZP powinien pozyskać zamówienie objęte niniejszym postępowaniem.

Odwołujący wskazuje, że nawet przy przyjęciu (wbrew treści zacytowanej powyżej publicznej wypowiedzi prezesa Zamawiającego) że Zamawiający nie może zwiększyć kwoty, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia do ceny oferty Odwołującego, w interesie Odwołującego leży uwzględnienie niniejszego odwołania, gdyż w takim przypadku ewentualne unieważnienie będzie oparte na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 PZP a nie na aktualnie przyjętej podstawie, która umożliwiła Zamawiającemu udzielenie zamówienia z wolnej ręki i z pewnością można przyjąć, że Zamawiający nie będzie uwzględniał możliwości udzielenia tego zamówienia Odwołującemu biorąc pod uwagę wypowiedzi prezesa Zamawiającego na XXIV Sesji Rady Miejskiej w Międzyrzeczu.

Tym samym niewątpliwie Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania, gdyż sprzeczna z Ustawą czynność Zamawiającego w sposób negatywny oddziałuje na interes Odwołującego w postępowaniu oraz ma istotny wpływ na wynik przedmiotowego postępowania w rozumieniu art. 192 ust. 2 Ustawy.

Odwołujący powziął wiadomość o zaskarżonych czynnościach Zamawiającego w toku przedmiotowego postępowania z treści pisma „Informacja o unieważnieniu postępowania” z dnia 31 lipca 2020 r. (znak: MPWiK/1490/PW 101/ZP5/DEOŚ/POIIS/07/2020). 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 co Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu.**

Uzasadnienie

Odwołujący wskazuje, że Zamawiający niemal od otwarcia ofert prowadził postępowanie w sposób niezgodny z podstawowymi zasadami prawa zamówień publicznych – z naruszeniem zasad bezstronności, równego traktowania jak również nie w celu wyboru oferty najkorzystniejszej wg. ustanowionych w dokumentacji postępowania kryteriów.

W dniu 23 czerwca 2020 r. (a zatem w 3 dni po otwarciu ofert), podczas XXIV Sesji Rady Miejskiej w Międzyrzeczu prezes zarządu Zamawiającego informując radnych o przebiegu postępowania stwierdził m.in.:

„Kontrol Procesor ma złą opinie raczej jest to firma, która patrzy żeby komuś zerwać kontrakt i brać odszkodowanie.

Z resztą w ofercie głównych wykonawców, podwykonawców pokazuje z Moskwy, więc to też jest prawie potem nie do wygrania procesy, niestety dał dwa miliony mniej **więc teraz musimy weryfikować czy nie da się znaleźć czegoś żeby z tego wykonawcy zrezygnować**, no niestety, ale zaufania do tej firmy nie mamy z resztą w poprzednim przetargu też nam z chęcią bruździli tu nam też termin przesunęli, tak jest to firma która głównie się opiera na prawnikach nie na robocie.”

zaś odnośnie konsorcjum WUPRINŻ prezes Zamawiającego stwierdził, że jest to „poważny kandydat”.

Dowód:

nagranie sesji – „XXIV Sesja Rady Miejskiej w Międzyrzeczu, 23 czerwca 2020 r., godz. 9.00”, https://bip.miedzyrzecz.pl/300/Transmisja_obra_d_Rady_Miejskiej_w_Miedzyrzeczu/

transkrypcja wypowiedzi prezesa Zamawiającego w zakresie przetargu.

Tezy wygłaszane przez prezesa Zamawiającego są dla Odwołującego krzywdzące i nie mają oparcia w rzeczywistości. Odwołujący jest spółką z grupy kapitałowej Control Process – firmy rdzennie polskiej, funkcjonującej na rynku od 1991 roku i prowadzącej projekty budownictwa przemysłowego. Spółki grupy posiadają w swoim portfolio realizację w systemie Generalnego Wykonawstwa szeregu projektów, we wszystkich najważniejszych gałęziach gospodarki:

- kopalnie ropy naftowej i gazu ziemnego, tłocznie oraz magazyny gazu,
- elektrociepłownie, stacje i linie przesyłowe energii elektrycznej,
- oczyszczalnie ścieków i zakłady zagospodarowania odpadów,
- obiekty przemysłowe, infrastrukturę obiektów użyteczności publicznej.

Działania Zamawiającego w toku postępowania jednoznacznie wskazują, że nakreślony przez prezesa plan był realizowany.

Zamawiający określił bowiem w pkt 2.14 SIWZ, że: „Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu zastosuje procedurę opisaną w art. 24 aa tj. najpierw dokona oceny ofert, a następnie zbada, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu.” Zatem – biorąc po uwagę ustanowione kryteria oceny ofert (cena 60%, doświadczenie personelu 40%) i treść złożonych ofert – ocena ofert bezpośrednio po otwarciu wygląda następująco:

Część I		Odwołujący		WUPRINŻ
Kryteria				
Cena	60	51090503,18		52179540,60
Personel:	40	32,00		40,00
Kierownik bud	24	16,00		24,00

Projektant technolog	16	16,00	16,00
SUMA pkt		92	98,74774204

a więc to oferta konsorcjum WUPRINŻ winna zostać (na tym etapie) oceniona jako najkorzystniejsza i to tą ofertę powinien w pierwszej kolejności badać Zamawiający.

Zamawiający jednak badanie ofert rozpoczął od badania oferty Odwołującego – a zatem z naruszeniem art. 24aa PZP, jak również dopuścił się naruszenia art. 8 ust. 3 PZP – ujawniając konsorcjum WUPRINŻ całą treść oferty Odwołującego bez wydania decyzji o „odtajnieniu” części zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Zamawiający w kolejnym kroku naruszył przepis art. 87 ust. 1 PZP – gdyż zaniechał zwrócenia się o wyjaśnienia w zakresie dysponowania osobą Tomasza Matczaka do Odwołującego (pomimo wyraźnego brzmienia przepisu „*zamawiający może zgdać od wykonawców wyjaśnić*”) i wystąpił o te wyjaśnienia do innego pomiotu, tj. Tomasza Matczaka. Przepisy PZP nie uprawniają Zamawiającego do żądania wyjaśnień od innych osób/podmiotów – tym samym na podstawie tak pozyskanych informacji, Zamawiający nie powinien podejmować żadnych działań ani decyzji w postępowaniu.

Dopiero po pozyskaniu informacji od Tomasza Matczaka, Zamawiający zwrócił się z wnioskiem o udzielenie wyjaśnień do Odwołującego. Odwołujący udzielił Zamawiającemu wyjaśnień, wskazując że dysponuje osobą Tomasza Matczaka na podstawie umowy z firmą E.Corax sp. z o.o., która działając w imieniu Tomasza Matczaka wyraziła zgodę na wskazanie go w ofercie Odwołującego. Firma E.Corax sp. z o.o. jest biurem projektowym, które od lat zajmuje się projektowaniem obiektów ochrony środowiska i inżynierii sanitarnej i współpracuje z podmiotami z grupy kapitałowej Odwołującego (m.in. przy realizacji Zakładu Unieszkodliwiania Odpadów Komunalnych w Olsztynie, czy realizacji części projektowej modernizacji oczyszczalni ścieków w Cielczy). Udostępnienie - wskazanie osoby Tomasza Matczaka jako projektanta branży technologicznej jest elementem współpracy E.Corax sp. z o.o. z Odwołującym, przy uwzględnieniu okoliczności, że w trakcie realizacji kontraktu projektant będzie związany umową cywilnoprawną bezpośrednio z Odwołującym. Podczas przygotowywania oferty w postępowaniu była także prowadzona korespondencja pomiędzy panem Tomaszem Matczakiem a osobami zaangażowanymi w ten proces ze strony Odwołującego.

Wykazana wyżej okoliczność potwierdza, że Zamawiający błędnie i bezpodstawnie przyjął, że Odwołujący wprowadził go w błąd co do dysponowania osobą projektanta. Zamawiający po otrzymaniu wyjaśnień Odwołującego nie podjął w tym zakresie żadnych dodatkowych czynności – co wskazuje, że wezwanie Odwołującego do wyjaśnień było wyłącznie pro forma i Zamawiający nie miał zamiaru ich analizować, a realizował nakreślony przez prezesa plan – tj. szukał „czegoś żeby z tego wykonawcy zrezygnować”. Takie działanie nie może zostać ocenione jako zgodne z przepisami prawa zamówień publicznych.

Marginalnie jedynie wskazać należy, że w przypadku wątpliwości co do oferty konsorcjum WUPRINŻ Zamawiający postąpił odmiennie niż w stosunku do Odwołującego – zgodnie z treścią art. 87 ust. 1 PZP zwrócił się do Wykonawcy o udzielenie wyjaśnień, a Wykonawca (oceniony przez Zamawiającego jako „*poważny kandydat*”) przyznał, że przedstawił Zamawiającemu nieprawdziwe informacje w zakresie dotyczącym kryterium oceny ofert.

W zakresie części II podjęta przez Zamawiającego decyzja jest przedwczesna, gdyż Zamawiający w istocie przesądził, że do skutecznego wyboru wykonawcy części I nie dojdzie, nie biorąc pod uwagę możliwości skutecznego zaskarżenia decyzji w tym zakresie przez któregokolwiek z Wykonawców. Wobec zaskarżenia czynności wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu, konieczne jest zaskarżenie unieważnienia części II, gdyż w przypadku uwzględnienia odwołania w zakresie wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu brak jest przesłanki, która legła u podstaw unieważnienia części II.

W tym stanie rzeczy odwołanie jest konieczne i uzasadnione.

Załączniki:

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