



DZ

Radom dnia 23.07.2019r.

Wszyscy Wykonawcy

Dotyczy: Kontrakt nr 65 pn.: „Optymalizacja gospodarki osadowej wraz z modernizacją automatyki, sterowania pracą i zakupem niezbędnego wyposażenia na terenie oczyszczalni ścieków”

Zamawiający, Wodociągi Miejskie w Radomiu Sp. z o.o., działając w trybie art. 185 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zamieszcza kopie odwołania wniesionego w postępowaniu jw. wzywając jednocześnie Wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Z poważaniem


PREZES ZARZĄDU
mgr inż. Leszek Trzeciak

Załączniki

1. Kopia odwołania

Kraków, dnia 22 lipca 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: Wodociągi Miejskie w Radomiu Sp. z o.o.

ul. Filtrowa 4
26-600 Radom
Osoba do kontaktów: Bartłomiej Gauze
E-mail: bartlomiej.gauze@woda.radom.pl
Faks: +48 483831601

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie zadania pn.: Kontrakt nr 65 pn.: „Optymalizacja gospodarki osadowej wraz z modernizacją automatyki, sterowania pracą i zakupem niezbędnego wyposażenia na terenie oczyszczalni ścieków” Numer referencyjny: DZ/76/2019 (Ogłoszenie w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej TED z dnia 12. lipca 2019 r., 2019/S 133-328085).

ODWOŁANIE

CONTROL PROCESS Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie (30-733) przy ul. Obrońców Modlina 16, zarejestrowana w rejestrze przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego przez Sąd Rejonowy w Krakowie, XI Wydział Gospodarczy KRS pod numerem KRS 0000285783, posiadająca 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 szczególności wzoru umowy, w sposób niezgodny z przepisami Ustawy.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów Ustawy:

1. **art. 22 ust. 1a PZP** – poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i przekraczający wymiar oceny zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, tj.

- określenie, że „(...) instalacja krat i piaskownika była wykonana na komunalnej oczyszczalni ścieków o przepustowości co najmniej 250 000 RLM”. Pkt 10b.1c)1.a SIWZ, CZĘŚĆ I – INSTRUKCJA DLA WYKONAWCÓW (IDW),

2. **art. 483, 484 kc, art. 353¹ kc w zw. art. 139 ust. 1, art. 140 ustawy PZP oraz art. 29 ust. 1 ustawy PZP** – poprzez zastrzeżenie kar umownych:

- w klauzuli 11.13 – „Kara za niedotrzymanie wartości gwarantowanej ubytku substancji organicznej na węźle dezintegracji i hydrolizy” – w sytuacji, gdy Zamawiający przyjął parametr wyższy niż wynikający z projektu,

- w klauzuli 11.14 – „Kara za zwiększenie wskaźnika zużycia energii cieplnej przy spalaniu gazu ziemnego” – w sytuacji, gdy dotyczy ona parametrów pracy suszarni, nie objętej przedmiotem niniejszego zamówienia

Jak również (dla obu klauzul) w sytuacji, gdy Wykonawca nie ma wpływu na sposób eksploatacji ww. instalacji przez Zamawiającego, a który to sposób może prowadzić do przekroczenia wskazanych parametrów

3. **art. 353¹ kc w zw. art. 139 ust. 1, art. 140 ustawy PZP oraz art. 29 ust. 3b ustawy PZP** – poprzez zawarcie w klauzuli 1.10.1 wzoru umowy wymogów:

a) przekazania „oprogramowania aplikacyjnego sterowników w czytelnej wersji źródłowej”,

b) przekazania „praw autorskich do modyfikowania oprogramowania aplikacyjnego sterowników”,

c) przekazania „praw autorskich do modyfikowania oprogramowania aplikacyjnego/konfiguracji modułów telemetrycznych”,

d) przekazania „kodów źródłowych, haseł administratorów oraz praw autorskich do modyfikowania oprogramowania aplikacyjnego/konfiguracji dla wszystkich dostarczonych stanowisk komputerowych i serwerów systemu SMiS”

jako wymogów nadmiernych, przekraczających standardy rynkowe w zakresie licencjonowania oprogramowania lub nawet niemożliwych do wykonania – w skład dostarczonych stanowisk komputerowych i serwerów wchodzi bowiem systemy operacyjne i oprogramowanie typu firmware, którego producenci nie zezwalają na jego modyfikację.

4. **art. 353¹ kc w zw. art. 139 ust. 1, art. 140 ustawy PZP oraz art. 29 ust. 1 ustawy PZP** – poprzez zawarcie w klauzuli:

a) **4.1.** odpowiedzialności za „uzyskanie gwarantowanych parametrów określonych w Kontrakcie pod rygorem uznania Kontraktu za wykonany nienależycie” – poprzez brak ograniczenia parametrów do parametrów na które ma wpływ Wykonawca i sytuacji wprowadzenia przez Wykonawcę rozwiązań zamiennych,

b) **4.2.** dodatkowych, szczegółowych wymogów dla Zabezpieczenia należytego wykonania składanego w formie gwarancji – wobec braku uprawnienia w PZP do ustanawiania takich warunków, jak również poprzez pełną dowolność Zamawiającego do uznania że „osoba wystawiająca gwarancję nie jest zdolna do dotrzymania swoich zobowiązań” co może prowadzić do rozwiązania umowy,

c) **4.4.** dodatkowych, szczegółowych wymogów w zakresie umów o podwykonawstwo – tj. pkt. 4.4.C.4 nakładającego obowiązek załączenia w umowie podwykonawczej

kosztorysu dotyczącego wykonania robót określonych w Umowie podwykonawczej z wyszczególnieniem:

- 1) ceny materiału,
- 2) ceny sprzętu,
- 3) robocizny

co narusza zasadę swobody umów pomiędzy podwykonawcą a wykonawcą w sposób nieuzasadniony i uniemożliwia zawarcie umów ryczałtowych.

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

- o nakazanie Zamawiającemu modyfikację treści SIWZ poprzez:

1. Zmianę w warunku udziału w postępowaniu poprzez określenie, że koniecznym jest aby instalacja krat i piaskownika była wykonana na komunalnej oczyszczalni ścieków o przepustowości co najmniej **80 000 RLM**,

2. Usunięcie kar umownych zawartych w klauzulach 11.13 i 11.14,

3. Zmianę wymogów zawartych w klauzuli 1.10.1 (lit. a, b, d, e) i nadanie im brzmienia:

a) Wykonawca przekaze oprogramowanie aplikacyjne sterowników oraz narzędzia do programowania sterowników wraz z licencją na ich wykorzystanie,

b) Wykonawca przekaze na rzecz Zamawiającego licencję uprawniającą Zamawiającego do modyfikowania oprogramowania aplikacyjnego sterowników na własny użytek, z zastrzeżeniem niemożliwości dalszego zbywania tej modyfikacji oraz wyłączeniem odpowiedzialności autora oprogramowania za zmodyfikowane oprogramowanie,

d) Wykonawca przekaze na rzecz Zamawiającego licencję uprawniającą Zamawiającego do modyfikowania oprogramowania aplikacyjnego/konfiguracji modułów telemetrycznych na własny użytek, z zastrzeżeniem niemożliwości dalszego zbywania tej modyfikacji oraz wyłączeniem odpowiedzialności autora oprogramowania za zmodyfikowane oprogramowanie,

e) Wykonawca przekaze na rzecz Zamawiającego hasła administratorów do modyfikowania oprogramowania aplikacyjnego/konfiguracji dla wszystkich dostarczonych stanowisk komputerowych i serwerów systemu SMiS,

4. Zmianę w klauzuli:

a) **4.1.** poprzez określenie, że Wykonawca ponosi odpowiedzialność za „za uzyskanie gwarantowanych parametrów określonych w Kontrakcie wyłącznie w sytuacji stosowania rozwiązań zamiennych i w ich zakresie pod rygorem uznania Kontraktu za wykonany nienależycie”

b) **4.2.** - usunięcie zapisów:

„(b) Postanowienie, iż żadna zmiana czy uzupełnienie lub inna modyfikacja warunków Kontraktu lub Robót, które mogą zostać przeprowadzone na podstawie tego Kontraktu lub w jakichkolwiek dokumentach kontraktowych, jakie mogą zostać sporządzone między Zamawiającym a Wykonawcą, nie uwalniają poręczyciela lub gwaranta od odpowiedzialności wynikającej z niniejszej gwarancji,

(c) Oświadczenie, że poręczyciel lub gwarant zrzeka się obowiązku notyfikacji o takiej zmianie, uzupełnieniu czy modyfikacji.

Poręczyciel lub gwarant winien bezzwłocznie wypłacić te kwoty na żądanie Zamawiającego i nie może wnieść jakiegokolwiek sprzeciwu niezależnie od powodu. Jeśli w czasie wykonania Kontraktu osoba wystawiająca gwarancję nie jest zdolna do dotrzymania swoich zobowiązań, Zamawiający wystosuje do Wykonawcy oficjalne powiadomienie, aby przedstawił nową gwarancję na tych samych warunkach co poprzednia. Jeśli Wykonawca nie przedstawi nowej gwarancji, Zamawiający może odstąpić od Kontraktu.”

5. **4.4.** – nadanie pkt. 4.4.C.4 brzmienia:

„W przypadku wykonywania robót przez Podwykonawcę lub dalszego Podwykonawcę, w Umowie podwykonawczej należy wskazać ceny dla wykonywanych zakresów robót, przy czym nie powinny być one wyższe od kwoty lub kwot wskazanych w Wycenionym Przedmiarze Robót Wykonawcy odpowiadających zakresowi robót przewidzianych w Umowie podwykonawczej.”

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 opublikowanego w dniu 12. lipca 2019 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej TED, 2019/S 133-328085, 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 SIWZ.

Ad. 1.

Zamawiający określił jako jeden z warunków udziału w postępowaniu posiadanie doświadczenia opisanego (po zmianie w dniu 22. lipca 2019 r.) jako:

*„wykonał co najmniej jedną robotę budowlaną, której przedmiotem była budowa i/lub rozbudowa i/lub modernizacja komunalnej oczyszczalni ścieków o przepustowości co najmniej **250 000 RLM** obejmującej roboty konstrukcyjno – budowlane, technologiczne, sanitarne, elektryczne i AKPiA wraz z rozruchem związane z budynkiem krat mechanicznych, piaskownikiem, oraz wykonaniem co najmniej jednej instalacji hydrolizy termicznej komunalnego osadu ściekowego na komunalnej oczyszczalni ścieków o przepustowości co najmniej **80 000 RLM**.”*

*Referencje dla instalacji krat, piaskownika i hydrolizy mogą być spełnione w ramach 1, 2 lub 3 zadań, z zastrzeżeniem, że instalacja krat i piaskownika była wykonana na komunalnej oczyszczalni ścieków o przepustowości co najmniej **250 000 RLM**, a instalacja hydrolizy była wykonana na komunalnej oczyszczalni ścieków o przepustowości co najmniej **80 000 RLM**.”*

Analiza ww. zapisu, jak i zapisów dot. ekspertów prowadzi do wniosków o znacznej niespójności wymagań Zamawiającego i pozostawieniu nadmiernego wymagania w zakresie instalacji krat i piaskownika. Prace te są typowymi pracami budowlanymi, realizowanymi na podstawie projektu budowanego i projektów wykonawczych (dostarczanych przez Zamawiającego) o skalowalnym charakterze. Tym samym uznać należy, że podmiot posiadający doświadczenie w instalacji krat i piaskownika na oczyszczalni o mniejszej przepustowości jest w stanie wykonać te prace na oczyszczalni o większej przepustowości, szczególnie gdy prace te nie wymagają wcześniejszego projektowania. Dziwi niekonsekwencja Zamawiającego, który w dniu 22. lipca dokonał zmian w warunku udziału poprzez zmniejszenie wymagań w zakresie przepustowości dla instalacji hydrolizy (**z 250.000 RLM do 80.000 RLM**) w sytuacji gdy jest to znacznie bardziej skomplikowana instalacja technologiczna i niekoniecznie skalowalna – tj. wykonawca mógł nabyć doświadczenie przy instalacji hydrolizy producenta/typu/rodzaju, który nadaje się do zastosowania w oczyszczalni o przepustowości ok. 80.000 RLM, a nie umożliwia zastosowania w oczyszczalni o znacznie większej przepustowości. Obniżenie wymagań w zakresie instalacji krat i piaskownika prowadzić będzie do spójności wymagań co do warunku doświadczenia Wykonawcy.

Ad. 2.

Zamawiający zastrzegł kary umowne w klauzulach 11.13 i 11.14. Zwrócić należy uwagę, że postępowanie niniejsze dotyczy robót budowlanych wykonywanych na podstawie projektu budowanego i wykonawczego, który został wykonany na zlecenie Zamawiającego. Tym samym pełna odpowiedzialność za prawidłowość tego projektu spoczywa na projektancie, co wynika zarówno z przepisów prawa budowlanego (art. 20) jak i kodeksu cywilnego, zatem Wykonawca nie może ponosić odpowiedzialności w sytuacji, gdy wykona prace zgodnie z projektem a instalacja nie osiągnie wymaganych parametrów – gdyż w tej sytuacji przejmowałby odpowiedzialność za prace projektowe, których nie realizował. Wykonawca dopuszcza sytuację, w której ponosi odpowiedzialność za sytuację, w której

zapropował i wykorzystał rozwiązania zamiennie/równoważne. Jest to sytuacja o tyle odmienna, że nie są to rozwiązania zawarte w projekcie i ich „równoważność” może się negatywnie zweryfikować w toku rozruchów lub eksploatacji.

W zakresie klauzuli 11.13 Wykonawca wskazuje, że Zamawiający przyjął wskaźnik inny (wyższy) niż określony w projekcie, co powoduje, że Wykonawca który wykonał prace zgodnie z projektem, a instalacja pracuje zgodnie z założeniami projektanta jest karany za zaistniałą sytuację.

W zakresie klauzuli 11.13 Wykonawca wskazuje, że suszarnia nie jest budowana ani modernizowana w ramach niniejszego zamówienia. Nie jest także eksploatowana przez Wykonawcę, zatem całkowicie niezrozumiałym jest obciążanie go karami za zwiększenie zużycia energii cieplnej. Takie zwiększenie może bowiem wynikać z wielu okoliczności (np. niewłaściwa eksploatacja, awaria, inne parametry pogodowe, wsadu, itp...) które są całkowicie niezależne od Wykonawcy, a prowadziłyby do obciążania go karami z tego tytułu.

Ad. 3.

Zamawiający postawił szczegółowe wymagania w zakresie praw autorskich do oprogramowania, pomijając jednak przy tym całkowicie praktykę rynkową i faktyczną możliwość zaoferowania takich uprawnień. Odwołujący wskazuje, że twórcy oprogramowania co do zasady nie przekazują kodów źródłowych, gdyż stanowią one podstawowe aktywo firm IT i ich przewagę konkurencyjną. Udostępnienie kodów źródłowych prowadzić może do ich niekontrolowanego kopiowania, a co za tym idzie utraty rynku – gdyż podmioty konkurencyjne na tej podstawie mogłyby tworzyć oprogramowanie. Również uznać należy, że kody źródłowe – jako element zrozumiały wyłącznie dla specjalistów IT będą Zamawiającemu w istocie zbędne, gdyż w ramach jego działalności nie wchodzi produkcja oprogramowania.

Analogiczna sytuacja ma miejsce jeśli chodzi o przekazanie praw autorskich do modyfikowania oprogramowania aplikacyjnego. Takie uprawnienie jest uprawnieniem zbyt szerokim, gdyż uprawniałoby Zamawiającego do wprowadzania na rynek (jako autora) modyfikacji lub zmodyfikowanego oprogramowania. Proponowany przez Odwołującego zapis w pełni zabezpiecza Zamawiającego – jest on bowiem uprawniony do modyfikacji oprogramowania na własne potrzeby, co nie zagraża interesom twórcy oprogramowania.

W zakresie żądania „*kodów źródłowych, haseł administratorów oraz praw autorskich do modyfikowania oprogramowania aplikacyjnego/konfiguracji dla wszystkich dostarczonych stanowisk komputerowych i serwerów systemu SMiS*” Odwołujący wskazuje, że językowa wykładnia tego zapisu prowadzi do wniosku o konieczności przekazania kodów źródłowych, haseł administratorów oraz praw autorskich w zakresie całości przekazanego sprzętu. W pierwszym rzędzie wskazać należy, że rozwiązanie takie w praktyce jest niemożliwe, producenci sprzętu nigdy nie przekazują praw w takim zakresie nabywcom, gdyż przekazanie praw autorskich do oprogramowania w istocie wymusiłoby zakończenie oferowania tych produktów na rynku (właścicielem praw autorskich stałby się Zamawiający, a zatem producent nie mógłby oferować nikomu kolejnych egzemplarzy produktu, gdyż nie posiadałby praw do oprogramowania). Wskazać także należy, że elementy konfiguracji sprzętu komputerowego zawarte są bądź to w firmware (oprogramowaniu producenta sprzętu, nierozdzielnie związanym ze sprzętem) bądź w systemach operacyjnych – a zatem jeśli w

ramach sprzętu byłoby dostarczone stanowisko z systemem MS Windows należałoby przekazać kody źródłowe, hasła administratorów oraz prawa autorskie do tego systemu.

Ad. 4.


W zakresie klauzuli określonej w pkt 4.1. Odwołujący wskazuje analogicznie jak w pkt 2, że postępowanie niniejsze dotyczy robót budowlanych wykonywanych na podstawie projektu budowlanego i wykonawczego, który został wykonany na zlecenie Zamawiającego. Tym samym brak jest podstaw do obciążania Wykonawcy skutkami ewentualnych błędów projektanta – gdyż jeśli nie zostaną osiągnięte parametry zawarte w projekcie w sytuacji, gdy roboty zostaną wykonane zgodnie z projektem, to za taki stan rzeczy odpowiada projektant.

W zakresie klauzuli określonej w pkt 4.2. Odwołujący wskazuje na brak podstaw prawnych w przepisach prawa zamówień publicznych do określania szczegółowych dodatkowych wymagań dla gwarancji. W szczególności dodany przez Zamawiającego zapis „*Jeśli w czasie wykonania Kontraktu osoba wystawiająca gwarancję nie jest zdolna do dotrzymania swoich zobowiązań*” w istocie powoduje pełną dowolność dla Zamawiającego, że do takiej sytuacji dochodzi – a co za tym idzie Zamawiający może żądać w każdym czasie zabezpieczenia wystawionego przez inny podmiot. Brak jest określonych przesłanek do uznania, że „*osoba wystawiająca gwarancję nie jest zdolna do dotrzymania swoich zobowiązań*”.

W zakresie klauzuli określonej w pkt 4.4. Odwołujący wskazuje, że prowadzi to do znacznego, nieuzasadnionego ograniczenia prawa Wykonawcy do kształtowania treści umów podwykonawczych. Wykonawca biorąc pod uwagę brzmienie zapisu zawartego w pkt 4.4.C.4 nie może zawrzeć umowy ryczałtowej na wykonanie określonego zakresu prac, czy umowy opartej na innej zasadzie rozliczeń niż przyjęta w umowie pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą. Takie ograniczenie swobody umów pomiędzy Wykonawcą a podwykonawcą nie znajduje oparcia ani w przepisach PZP ani kodeksu cywilnego.

Zmiana zapisów zgodnie z żądaniami Odwołującego w pełni zabezpiecza interesy Zamawiającego i czyni Wykonawcę w pełni odpowiedzialnym za swoje działania i zaniechania.

W tym stanie rzeczy odwołanie jest konieczne i uzasadnione.


Norbert Stachura
ADWOKAT

Załączniki:

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

