

Wykonawcy biorący udział w postępowaniu

dot. postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane projektowane przez Wykonawcę przeprowadzanego zgodnie z postanowieniami ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2015 poz. 2164 z późn. zm.) pn. „Projektowanie i budowa hermetycznej kompostowni w Zakładzie Utylizacyjnym w Gdańsku, Roboty budowlano-montażowe.”, sygn. akt 7/PN/2017

W związku z wniesionym odwołaniem w dniu 8.03.2017r. Zamawiający działając na podstawie Art. 185 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2015 poz. 2164 z późn. zm.) zamieszcza treść wniesionego odwołania oraz wzywa Wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego. Jednocześnie Zamawiający informuje, iż na podstawie Art. 185 ust. 2 Wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego, wskazując stronę, do której przystępuje i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Strony, do której przystępuje.

Załącznik:

1. Kopia odwołania wniesiona przez Zakład Techniki Ochrony Środowiska Foleko Sp. z o.o.

GŁÓWNY KSIĘGOWY
CZŁONEK ZARZĄDU
Barbara Rajtar

Członek Zarządu
Z-ca Dyrektora ds. technicznych
Maciej Jakubek

Z poważaniem

Zakład Utylizacyjny Sp. z o.o.

2017 -03- 09

L.dz.703.....

Świdnica, dnia 8 marca 2017 r.

2 08.03.2017.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej

ul. Postępu 17a

02-676 Warszawa

Zamawiający:

Zakład Utylizacji Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością

ul. Jabłoniowa 55, 80-180 Gdańsk

tel. (58) 326 01 00

faks (58) 322 15 76

e-mail: zut@zut.com.pl

Odwolujący:

Zakład Techniki Ochrony Środowiska Foleko Sp. z o. o.

ul. Spacerowa 3,

58-100 Świdnica,

tel. (74) 852 04 44

faks (74) 853 54 75

e-mail: foleko@foleko.com.pl

reprezentowany przez

Prezesa Zarządu Henryka Karpińskiego.

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na zadanie pn.: „Projektowanie i budowa hermetycznej kompostowni w Zakładzie Utylizacyjnym w Gdańsku, Roboty budowlano-montażowe”, o wartości zamówienia przekraczającej kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, opublikowanego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2017/S 042-077444 w dniu 1.3.2017 r.



ODWOŁANIE

Zakład Techniki Ochrony Środowiska Foleko Sp. z o.o. z/s w Świdnicy, zwany dalej „Odwołującym” na podstawie art. 179 ust. 1, art. 180 ust. 1 oraz art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 z późn. zm.) (dalej jako „ustawa Pzp”), wnosi odwołanie wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej jako „SIWZ”) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na zadanie pod nazwą: „Projektowanie i budowa hermetycznej kompostowni w Zakładzie Utylizacyjnym w Gdańsku, Roboty budowlano-montażowe”, o wartości zamówienia przekraczającej kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, opublikowanego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2017/S 042-077444 w dniu 1.3.2017 r.

Zamawiającemu zarzucam naruszenie art. 91 ust. 1 i 2d ustawy Pzp w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez określenie sposobu oceny ofert w zakresie kryterium pn. „Koncepcja rozwiązań technicznych i technologicznych”, w sposób uniemożliwiający obiektywną ocenę ofert:

to jest w **pkt 26.4. SIWZ**, Zamawiający określił, co następuje:

„Zamawiający dokona wyliczenia punktacji za kryterium „Koncepcja rozwiązań technicznych i technologicznych” na podstawie sporządzonej przez wykonawcę Koncepcji, wykonanej zgodnie z zaproponowanym wzorem załącznika nr 4. Zamawiający oczekuje, że w koncepcji zostaną zaprezentowane wszystkie rozwiązania i wykonawca odniesie się do wszelkich wymagań, jakie określono w PFU. Ponadto Zamawiający oceniając koncepcję w **szczególności** weźmie pod uwagę i przydzieli punkty za zaproponowane poniżej rozwiązania:

1. Rozwiązania technologiczne kompostowania (stabilizacji tlenowej) **ze szczególnym** uwzględnieniem:

a) przebudowy istniejącego systemu przenośników w hali sortowni – ob. nr 304 (węzeł przekierowania materiału do kompostowania i węzeł przekierowania frakcji 0 – 80 mm), max liczba punktów **2 (2 pkt - znacznie przewyższa wymagania minimalne, 1 – spełnia wymagania minimalne, 0 - nie spełnia wymagań minimalnych)**.

b) sposobu przygotowania materiału do kompostowania dynamicznego oraz załadunku, przerzucania i wyładunku, max liczba punktów - **6 (6 pkt - znacznie przewyższa**

wymagania minimalne, 2 – spełnia wymagania minimalne, 0 - nie spełnia wymagań minimalnych).

c) przyjętego systemu pomiaru wilgotności i temperatury materiału wewnątrz komór uwzględniającego wymagania PFU, max liczba punktów – 6 (6 pkt -znacznie przewyższa wymagania minimalne, 2 – spełnia wymagania minimalne, 0 - nie spełnia wymagań minimalnych).

2. Rozwiązania i wyposażenie zintegrowanego systemu wentylacji komór dynamicznego kompostowania i wentylacji hal przygotowania i obróbki ze szczególnym uwzględnieniem:

a) sposobu zapewnienia pewności hermetyzacji wszystkich obiektów (również w czasie otwarcia bram hali) oraz utrzymania w halach temperatury powietrza min. +50C w okresie zimowym, max liczba punktów - 2. (2-znacznie przewyższa wymagania minimalne, 1 – spełnia wymagania minimalne, 0 - nie spełnia wymagań minimalnych)

b) przyjętego systemu napowietrzania materiału wewnątrz komór gwarantującego maksymalnie 2,5 % spadek ciśnienia powietrza na wylocie z systemu napowietrzania, pomiędzy początkiem a końcem komory max liczba punktów – 3 (3 pkt – spadek ciśnienia 0 - 0,99%, 2 pkt – spadek ciśnienia 1 - 1,99%, 1 pkt – spadek ciśnienia 2 - 2,5%, 0 - spadek ciśnienia powyżej 2,5%).

3. Rozwiązania systemu oczyszczania powietrza przed emisją do atmosfery ze szczególnym uwzględnieniem:

a) oczyszczania powietrza (minimum odpylanie, płuczki, biofiltr), maksymalna liczba punktów 6 (6 pkt - znacznie przewyższa wymagania minimalne, 1 – spełnia wymagania minimalne, 0 - nie spełnia wymagań minimalnych),

b) zapewnienia ograniczenia emisji odorów na wylocie z komina oraz pewności działania, maksymalna liczba punktów 3 (3 pkt - znacznie przewyższa wymagania minimalne, 1 – spełnia wymagania minimalne, 0 - nie spełnia wymagań minimalnych).”;

w sytuacji, gdy:

- określenie otwartego katalogu rozwiązań technicznych i technologicznych, za które będą przyznawane punkty przez wskazanie, że Zamawiający w szczególności weźmie pod uwagę i przydzieli punkty za zaproponowane rozwiązania określone w ppkt 1- 3,

- brak określenia minimalnych wymagań oraz brak doprecyzowania pojęć: „znacznie przewyższa wymagania minimalne” „spełnia wymagania minimalne”, „nie spełnia minimalnych wymagań”,

skutkuje przyjęciem, że określone przez Zamawiającego w pkt 26.4 SIWZ kryterium oceny ofert dotyczące „Koncepcji rozwiązań technicznych i technologicznych” jest niezrozumiałe oraz niejednoznaczne, a przez to stwarza możliwość subiektywnej, uznaniowej i dowolnej oceny ofert.

Wskazując na powyższe naruszenie, wnoszę o:

- 1) uwzględnienie odwołania w całości.
- 2) nakazanie Zamawiającemu zmianę postanowień SIWZ w pkt 26.4 przez:
 - określenie rozwiązań technicznych i technologicznych, za które będą przyznawane punkty w sposób enumeratywny, tworząc ich katalog zamknięty,
 - określenie sposobu przyznawania punktów za dane rozwiązanie w sposób wymierny, to jest przez zastosowanie formuł matematycznych, a w zakresie rozwiązań niemierzalnych przez opisanie za pomocą wyrazów wartościujących warunków pozwalających na ustalenie wymagań minimalnych lub innych wymagań granicznych, a następnie dla tak ustalonych wymagań dokonanie kwantyfikacji przez stopniowanie ich spełnienia przez wykonawców za pomocą wyrazów wartościujących oraz opisu umożliwiającego wykazanie różnic pomiędzy przyjętymi stopniami, nadając przyjętym stopniom określoną wartość punktową.

Ponadto, Odwołujący wnosi o obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

Stosownie do przepisu art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu, a jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, także wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wnosi się w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej - jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2017/S 042-077444 w dniu 1.3.2017 r. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Zgodnie z powyższym, aby wykonawca był legitymowany do wniesienia środków ochrony prawnej muszą łącznie wystąpić dwie przesłanki materialno-prawne wskazane w w/w przepisie:

- wykonawca musi posiadać interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz
- wykonawca poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, ponieważ jest przedsiębiorcą świadczącym usługi w branży budowlanej na potrzeby gospodarki odpadami. Odwołujący jest zainteresowany pozyskaniem zamówienia i ma zamiar złożyć ofertę, jednak sformułowane przez Zamawiającego niezgodnie z prawem postanowienia SIWZ, uniemożliwiają obiektywną ocenę ofert, powodując uzasadnione wątpliwości co do tego jakie rozwiązania techniczne i technologiczne, będzie oceniał Zamawiający i na jakich zasadach będzie przyznawał punktację. Powyższe znajduje potwierdzenie w treści wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia z dnia 19.12.2007 r. sygn. akt V Ca 2506/07, w którym wskazano, że: *„Interes prawny w uzyskaniu zamówienia należy rozumieć w ten sposób, że wykonawca ma prawo oczekiwać, że sam proces udzielenia zamówienia będzie odbywał się w sposób prawidłowy i z tego wynika jego interes we wnoszeniu środków ochrony prawnej”*.

Odwołujący może ponieść szkodę w postaci nieuzyskania niniejszego zamówienia, a tym samym nieosiągnięcia spodziewanego zysku z jego realizacji. Zgodnie z przyjętym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej (dalej jako „KIO”), na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przed otwarciem ofert, każdy wykonawca deklarujący zainteresowanie uzyskaniem danego zamówienia, co do zasady, posiada jednocześnie interes w jego uzyskaniu. Jak wskazano w wyroku KIO z dnia 22 lutego 2012 r. (sygn. akt KIO 282/12): *„Na etapie postępowania, przed otwarciem ofert, krąg podmiotów mogących skutecznie bronić swoich interesów w uzyskaniu zamówienia obejmuje każdego potencjalnego wykonawcę mogącego samodzielnie zrealizować zamówienie lub wykonawcy mogącego wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia. Nie można na tym etapie oceniać interesu wykonawców bądź możliwości poniesienia szkody w kontekście zdarzenia przyszłego i niepewnego, jakim jest złożenie oferty w postępowaniu czy też wybór oferty najkorzystniejszej.*

Prowadziłoby to w każdym przypadku do niezasadnego ograniczenia prawa wnoszenia środków ochrony prawnej”.

UZASADNIENIE

Zgodnie z art. 91 ust. 2d ustawy Pzp, Zamawiający określa kryteria oceny ofert w sposób jednoznaczny i zrozumiały, umożliwiający sprawdzenie informacji przedstawianych przez wykonawców. Skutkiem naruszeniem przedmiotowego obowiązku jest brak zachowania w postępowaniu zasady przejrzystości oraz uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców zgodnie z art. 7 ust. 1.

Mając powyższe na uwadze, należy stwierdzić, że określenie kryteriów oceny ofert powinno być w taki sposób skonstruowane, aby nie stwarzało wątpliwości interpretacyjnych. Osiągnięcie takiego stanu rzeczy dla określenia pozacenowych kryteriów oceny ofert wymaga zatem, aby ich opis był kompletny i jednoznaczny, wyłączając dowolność i uznaniowość ocen. Takie określenie kryteriów zapewnia stan obiektywnej porównywalności ofert, stwarzając jednakowe warunki konkurencji na zrozumiałych i jednakowych zasadach dla wszystkich wykonawców.

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający w pkt 26.4 SIWZ opisał zasady oceny kryterium dotyczącego „Koncepcji rozwiązań technicznych i technologicznych” w sposób naruszający przepisy ustawy Pzp w powołanym zakresie. Uzasadniając powyższe wskazać należy, co następuje.

Zamawiający wskazał w pkt 26.4 (s. 33 SIWZ), że oceniając powyższe kryterium będzie brał pod uwagę „w szczególności” rozwiązania określone w pkt 26.4.1 - 3 SIWZ, czym pozostawił otwarty katalog przyjmowanych do oceny rozwiązań technicznych oraz technologicznych i wykonawcy nie są w stanie na podstawie treści SIWZ ustalić, jakie inne rozwiązania poza przyjętymi w pkt 26.4.1 - 3 będą oceniane przez zamawiającego oraz jaka jest ich punktacja; a także, czy Zamawiający będzie brał pod uwagę rozwiązania wymienione w załączniku nr 4 do SIWZ w pkt 1 - 6 oraz 1 - 5, inne niż określone w SIWZ (pkt 26.4.1 -3), a jeżeli tak, to jak przedstawia się ich punktacja.

W zakresie, w jakim Zamawiający określa przykładowe rozwiązania techniczne i technologiczne - to jest w pkt 26.4.1 -3 SIWZ, Zamawiający w żadnej mierze nie określa, co należy rozumieć przez wymagania minimalne, to jest jakie niezbędne warunki musi spełniać oferowane rozwiązanie, aby móc uznać je za spełniające wymagania minimalne. Zamawiający nie odsyła w tym zakresie do innych postanowień SIWZ, bowiem te także nie określają wymagań minimalnych. Taki stan rzeczy powoduje, że ocena stopnia spełnienia kryterium jest niemożliwa. Nie znając bowiem punktu odniesienia, to jest minimalnych wymagań, nie jest możliwe ocenienie, czy są one spełnione, a jeżeli tak, to w jakim stopniu.

Mając powyższe na uwadze, Odwołujący wskazuje, że art. 91 ust. 2d ustawy Pzp wszedł w życie w dniu 28.7.2016 r. Pomimo jednak względnie niedługiego okresu jego obowiązywania, stanowi on odpowiedź na potrzeby obrotu i wielokrotnie podkreślane w orzecznictwie KIO zasady określania kryteriów oceny ofert, które to orzecznictwo w tym zakresie pozostają aktualne także po dniu 28.7.2016 r.

W tym stanie rzeczy należy stwierdzić, że porównywalność ofert w zakresie poszczególnych kryteriów ich oceny jest bezwzględny warunkiem zachowania zasady przejrzystości, uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, której uszczegółowienie znajduje wyraz w treści art. 91 ust. 2d ustawy Pzp oraz art. 36 ust.1 pkt 13 ustawy Pzp. W orzecznictwie wskazuje się, że wymóg porównywalności ofert zostaje spełniony wówczas, gdy istnieje możliwość odtworzenia procesu decyzyjnego zamawiającego przy ocenie ofert. Jak bowiem wskazała KIO w wyroku z dnia 21.7.2014 r., w sprawie o sygn. akt KIO 1389/14: *„W sytuacji, gdy zamawiający decydują się na wprowadzenie w ramach kryterium oceny ofert, kryteriów innych niż cena, kryteria takie muszą być szczegółowo opisane wraz z podaniem w jaki sposób nastąpi ocena treści oferty przy ich zastosowaniu. Sposób oceny ofert powinien być tak skonstruowany, aby zapewniał obiektywną ocenę złożonych ofert. Oznacza to, iż powinna zostać wyłączona możliwość subiektywnej, uznaniowej i dowolnej oceny dokonanej przez członków komisji przetargowej lub inne osoby wykonujące czynności w tym zakresie z ramienia zamawiającego. Konieczne jest bowiem zapewnienie weryfikacji prawidłowości oceny ofert w szczególności przez wykonawców oraz organy uprawnione do orzekania o zgodności z prawem przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Osiągnąć można to wyłącznie wtedy, gdy szczegółowość, kompletność i jednoznaczność opisu kryteriów oceny ofert umożliwi każdemu znającemu*

treść ofert dokonanie ich właściwej i obiektywnie uzasadnionej oceny i hierarchizacji w rankingu ofert najkorzystniejszych”.

Przedstawione powyżej stanowisko jeszcze dobitniej wyeksponowano w wyroku KIO z dnia 23.1.2012 r., w sprawie o sygn. akt KIO 51/12, w którym jednoznacznie podkreślono, że: *„Wykonawcy nie mogą pozostawać w niepewności co do kryteriów jakimi będzie kierował się zamawiający przy ocenie złożonych ofert. Ponadto wykonawcy winni wiedzieć jak zamawiający będzie oceniał oferowane przez nich zamówienie. Zamawiający po otwarciu ofert nie może ich oceniać w sposób dowolny, ale wyłącznie w taki sposób jak wynika to z treści SIWZ. Zamawiający nie może oceniać oferty w kategoriach zgodności lub niezgodności ze swoimi intencjami, które nie zostały w sposób jasny dookreślone w SIWZ. Opierając ocenę ofert wyłącznie o swoje intencje doprowadzić może do dowolności, która stoi w sprzeczności z zasadami zamówień publicznych wskazanymi w treści art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych”.*

W odniesieniu do kryteriów niewymiernym, w orzecznictwie panuje ugruntowany pogląd, że na potrzeby takich kryteriów zamawiający powinien dokonać kwantyfikacji polegającej na stopniowaniu zakresu spełnienia przez ofertę preferencji zamawiającego wyrażonej w postaci danego kryterium. Ponadto, każdy ze stopni w ramach kryterium (lub podkryterium) należy opisać za pomocą wyrazów wartościujących i nadać mu określoną wartość punktową (wyr. KIO z dnia 30.1.2014 r., sygn. akt KIO 36/14).


W konsekwencji powyższych ocen, o ile Odwołujący nie kwestionuje samego przyjęcia przez Zamawiającego rozwiązań technicznych i technologicznych jako kryterium oceny ofert, w tym kryteriów (podkryteriów) niewymiernych, to jednak należy stwierdzić, że przyjęte zasady oceny tego kryterium, w tym zasady przyznawania punktów w ramach jego spełnienia, naruszają przepisy ustawy Pzp i wymagają korekty. W realiach niniejszej sprawy prawidłowe określenie kryterium dotyczącego rozwiązań technicznych i technologicznych oraz zasad jego oceny, wymaga co najmniej:

- wskazania zamkniętego katalogu rozwiązań technicznych i technologicznych, za które będą przyznawane punkty,
- określenia sposobu przyznawania punktów w sposób mierzalny, to jest w postaci formuł matematycznych - analogicznie do rozwiązania przyjętego w pkt 26.4.2) lit. b) SIWZ - dla rozwiązań możliwych do wymiernej oceny,

- określenia za pomoc wyrazów wartościujących sposobu oceny warunków pozwalających na ustalenie wymagań granicznych, np. minimalnych, a następnie dla tak ustalonych wymagań dokonania kwantyfikacji przez stopniowanie ich spełnienia przez wykonawców za pomocą wyrazów wartościujących oraz opisu umożliwiającego wykazanie różnic pomiędzy przyjętymi stopniami, nadając przyjętym stopniom określoną wartość punktową - dla rozwiązań, które z natury nie podlegają wymiernej ocenie, jak np. walory estetyczne.

Mając powyższe na uwadze, niniejsze odwołanie jest zasadne i zasługuje w całości na uwzględnienie.

Zakład Techniki Ochrony Środowiska
FOLEKO® Sp. z o.o.
5B-100 Świczna, ul. Spacerowa 3
(1)

Podpis
PRZESZKARZĄDU

inż. Henryk Karpiński

Załączniki:

- 1) wydruk informacji odpowiadającej odpisowi aktualnemu z Rejestru Przedsiębiorców dotyczący Odwołującego;
- 2) dowód uiszczenia wpisu od odwołania w wysokości 20 000 zł;
- 3) dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu.