

Kraków, dnia 24 lipca 2020 r.

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

Wykonawca: Control Process Spółka Akcyjna

ul. Obrońców Modlina 16
30-733 Kraków
e-mail do korespondencji: nm@controlprocess.pl

Zamawiający: Teatr im. Stefana Żeromskiego w Kielcach

ul. Sienkiewicza 32
25-507 Kielce
Osoba do kontaktów: Alojzy Jakóbiak
e-mail: przetargi@kancelariajiz.pl

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie zadania pn.: „Przebudowa, rozbudowa i nadbudowa zabytkowego obiektu Teatru im. Stefana Żeromskiego w Kielcach zlokalizowanego przy ulicy Sienkiewicza 32 w Kielcach” Numer referencyjny: DN 499/2020, (Ogłoszenie w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej TED z dnia 14. 07. 2020 r., 2020/S 134-328374).

ODWOŁANIE

Wykonawca, 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. 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 dokumentacji postępowania - treści Ogłoszenia o zamówieniu oraz Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia

(SIWZ), w zakresie określenia kryteriów oceny ofert w sposób niezgodny z przepisami Ustawy.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów Ustawy:

Art. 15 ust. 1, 2, 4 PZP, art. 91 ust. 2d PZP – poprzez:

- a) określenie kryterium „Plan organizacja terenu budowy i logistyka transportu” w sposób niejednoznaczny, dający pełną dowolność Zamawiającemu w przyznaniu punktów w tym kryterium,
- b) określenie, że oceny ofert będzie dokonywał nieznan podmiot – „grupa niezależnych ekspertów z dużym doświadczeniem”.

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

- Usunięcie kryterium „Plan organizacja terenu budowy i logistyka transportu” i odpowiednio przeniesienie możliwości uzyskania:
 - a) 10 pkt do kryterium „Doświadczenie kierownika budowy” – proporcjonalnie, tj.
 - dla 1 zakończonej inwestycji – 2 pkt,
 - dla 2 zakończonych inwestycji – 9 pkt,
 - dla 3 zakończonych inwestycji – 16 pkt,
 - dla 4 zakończonych inwestycji – 23 pkt,
 - dla 5 zakończonych inwestycji – 30 pkt,
 - b) 5 pkt do kryterium „Cena brutto”.

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 powodują że oferta Odwołującego nie zostanie oceniona zgodnie z zasadami ustawy – prawo zamówień publicznych, co może prowadzić do braku możliwości wyboru jego oferty i uzyskania przedmiotowego 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.

Odwołujący powziął wiadomość o czynnościach Zamawiającego w toku przedmiotowego postępowania z treści ogłoszenia nr 2020/S 134-328374 z dnia 14 lipca 2020 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. 186 ust. 2 Ustawy) Odwołujący żąda od Zamawiającego: **jak wyżej tego co Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu.**

Uzasadnienie

Odwołujący stwierdza, że Zamawiający naruszył ww. przepisy Ustawy dokonując określenia kryteriów oceny ofert. W ramach kryterium pozacenowego, określonego – zgodnie z treścią ogłoszenia - jako „Kryterium jakości - Nazwa: Plan organizacja terenu budowy i logistyka transportu” Zamawiający ustalił, że w ramach tego kryterium zostanie przyznane łącznie 15 punktów przez „grupę niezależnych ekspertów z dużym doświadczeniem” jak również że „Przyznane punkty przez grupę ekspertów będą wiążące dla komisji przetargowej”.

W pierwszym rzędzie wskazać należy, że proceduralnie niedopuszczalne jest przekazanie dokonywania czynności oceny ofert innym podmiotom niż Zamawiający. Zgodnie bowiem z treścią art. 91 ust. 1 PZP to Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert, a zgodnie z art. 15 PZP postępowanie o udzielenie zamówienia przygotowuje i przeprowadza zamawiający, zaś osobom trzecim mogą zostać powierzone pomocnicze działania zakupowe określone w art. 15 ust. 4 PZP – pośród których nie wymieniono możliwości dokonywania oceny ofert. Dodatkowo wskazać także należy na enigmatyczność stwierdzenia „grupa niezależnych ekspertów z dużym doświadczeniem” – w istocie nie wskazującą na to jak liczne będzie to gremium (domniemywać jedynie z wykładni językowej pojęcia „grupa” można że będą to co najmniej 3 osoby), w jakim zakresie będą ekspertami oraz co oznacza pojęcie „duże doświadczenie”. Tym samym uznać należy, że Zamawiający odda w ręce nieokreślonego, nieznanego podmiotu kluczową dla postępowania czynność oceny ofert. Przepisy PZP nie przewidują takiej możliwości, zatem już tego powodu uznać należy ustanowienie takiego kryterium za niedopuszczalne.

Wykonawca wskazuje także, że w aktualnym brzmieniu SIWZ kryterium „Kryterium jakości - Nazwa: Plan organizacja terenu budowy i logistyka transportu” nie spełnia wymagań wynikających z przepisu art. 91 ust. 2d PZP. Przepis ten wymaga aby kryteria były określone w sposób jednoznaczny i zrozumiały. W zakresie kryteriów pozacenowych – w szczególności kryterium jakości – doktryna wskazuje, że kryteria takie były określone i przewidywalne – jak wskazano w opracowaniu Urzędu Zamówień pt. „Kryteria oceny ofert w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego – przykłady i zastosowanie pod redakcją Jacka Sadowego”

*„Prawidłowe posłużenie się kryterium jakości wymaga od zamawiającego nie tylko zamieszczenia w ogłoszeniu i SIWZ informacji, że przewiduje on zastosowanie takiego kryterium oraz przypisania mu określonej wagi, **ale przede wszystkim opisania, jakie cechy przedmiotu oferty oraz w jakim zakresie będą brane pod uwagę przy przyznawaniu punktacji w tym kryterium.***

Nie będzie prawidłowe przyznanie zamawiającemu albo komisji przetargowej uprawnienia do doprecyzowania cech przedmiotu zamówienia, w oparciu o które punktowane będzie w zakresie kryterium jakości, na etapie badania i oceny ofert.

Zapewnienie przejrzystości prowadzonego postępowania oraz równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji pomiędzy nimi wymaga, **aby na podstawie wiedzy uzyskanej na podstawie lektury ogłoszenia i SIWZ oferenci byli w stanie**

samodzielnie i w miarę precyzyjnie określić liczbę punktów, którą może otrzymać ich oferta w kryterium jakości.”

Urząd Zamówień Publicznych także w opracowaniu „POZACENOWE KRYTERIA OCENY OFERT Poradnik z katalogiem dobrych praktyk” (Opracowanie: Dariusz Koba) zawarł stwierdzenie:

*„Opis kryteriów powinien komunikować wykonawcom preferencje zamawiającego i być na tyle jednoznaczny, aby umożliwić wykonawcy maksymalne dostosowanie oferty do tych preferencji. Wykonawca nie może zgadywać, na czym i jak bardzo zamawiającemu zależy. (...) Chodzi o to, że **nie wystarczy poinformować wykonawców o stosowanych kryteriach (podkryteriach i subkryteriach) oraz o maksymalnej liczbie punktów, jakie oferty mogą otrzymać w ramach każdego z nich.** Należy również poinformować wykonawców, za jaki poziom jakościowy oferty, jaki zakres informacji, jak dobry sposób realizacji oferta otrzyma określone liczby punktów”.*

Zamawiający w niniejszym postępowaniu postąpił dokładnie tak, jak stwierdzono że jest to niedopuszczalne w powyższych opracowaniach. Powierzono swobodną ocenę punktową bliżej nieokreślonemu gronu osób, nie wskazano jakie elementy opracowania są przez Zamawiającego (a może bardziej „grupę ekspertów”) pożądane – co powoduje uzasadnione przekonanie, że kryteria te będą się kształtować już po otwarciu ofert oraz wprost poinformowano wykonawców wyłącznie o maksymalnej liczbie punktów jaką oferta może otrzymać w ramach podkryteriów dla kryterium „Kryterium jakości - Nazwa: Plan organizacja terenu budowy i logistyka transportu”.

Wskazane wyżej poglądy Urzędu Zamówień Publicznych są także aprobowane przez Krajową Izbę Odwoławczą – tytułem przykładu można wskazać wyrok z dnia 27 października 2017 r. **KIO 2178/17** w którym Izba podkreśliła, że *„Określony przez zamawiającego sposób oceny ofert powinien być tak skonstruowany, **aby wynik oceny był dla wykonawców przewidywalny**”* .

Analizując przedstawiony przez Zamawiającego w dokumentacji postępowania opis kryterium „Kryterium jakości - Nazwa: Plan organizacja terenu budowy i logistyka transportu” nie sposób odnaleźć żadnych wskazówek co do tego kto i wg. jakich zasad będzie przyznawał punkty w tym kryterium.

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.*