

**STRABAG**

Pruszków, dnia 09 września 2011 roku

Zamawiający:

**Międzygminne Przedsiębiorstwo Gospodarki Odpadami
i Energetyki Odnawialnej „Master” Sp. z o.o.**
ul. Grota Roweckiego 44
43-100 Tychy
faks: + 48 (0-32) 219-84-27 wew. 29
e-mail: przetargi@master.tychy.pl

Dotyczy: Postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Projektowanie i budowa międzygminnego zakładu kompleksowego zagospodarowania odpadów komunalnych w Tychach”.
(nr referencyjny postępowania BZ/06/2011)
Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowych Unii Europejskiej w dniu 23/06/2011 roku nr 2011/S 119-196289

Przekazanie kopii odwołania

Na podstawie art. 180 ust. 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U z 2010r. Nr 113 poz. 759 ze zm.) przekazuję kopię treści odwołania, wniesionego przez Strabag Sp. z o.o. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 09 września 2011 roku w postępowaniu pod nazwą: „Projektowanie i budowa międzygminnego zakładu kompleksowego zagospodarowania odpadów komunalnych w Tychach”.

Załączniki:

- Kopia odwołania

Radca prawny


Andrzej Rybicki

Proszę o zwrotne potwierdzenie otrzymania pisma faksem na nr 022-71-44-908

STRABAG

Pruszków, dn. 09 września 2011r.

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

Zamawiający:
Międzygminne Przedsiębiorstwo Gospodarki Odpadami
i Energetyki Odnawialnej „Master” Sp. z o.o.
ul. Grota Roweckiego 44
43-100 Tychy
faks: + 48 (0-32) 219-84-27 wew. 29
e-mail: przetargi@master.tychy.pl

Odwołujący:
Strabag Sp. z o.o.
ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków

reprezentowany przez:
radcę prawnego Andrzeja Rybickiego
adres do korespondencji:
Strabag Sp. z o.o.
ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków
telefon: + 48 (22) 714 43 89
fax: + 48 (22) 714 49 08
mail: andrzej.rybicki@bauholding.com

Kopie odwołania przekazano Zamawiającemu w dniu 09 września 2011 roku faxem na wskazany powyżej numer fax.

Dotyczy: Postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Projektowanie i budowa międzygminnego zakładu kompleksowego zagospodarowania odpadów komunalnych w Tychach”. (nr referencyjny postępowania BZ/06/2011)
Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowych Unii Europejskiej w dniu 23/06/2011 roku nr 2011/S 119-196289

ODWOŁANIE

Niniejszym działając w imieniu Strabag Sp. z o.o. pełnomocnictwo w załączeniu do odwołania, na podstawie art. 179, art. 180 ust. 1 i 182 ust. 1 pkt. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U z 2010r. Nr 113 poz. 759 ze zm.), zwaną w dalszej części w „PZP” wnoszę odwołanie od czynności Zamawiającego podjętej w postępowaniu pn. „Projektowanie i budowa międzygminnego zakładu kompleksowego zagospodarowania odpadów komunalnych w Tychach” (dalej: Postępowanie).

I. Termin.

02 września 2011r. - Zamawiający przekazał informację o odrzuceniu oferty Odwołującego oraz o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust.1 pkt 4 PZP.

Oznacza to, że składając odwołanie w dniu 09 września 2011r. Odwołujący czyni zadość wymaganiom art. 182 ust 1 pkt 1 PZP tj. wnosi odwołanie w ustawowo wymaganym terminie.

II. Informacje wymagane.

Strona internetowa Zamawiającego:

www.master.tychy.pl

Mail:

przetargi@master.tychy.pl

Miejsce publikacji ogłoszenia:

Suplement do Dziennika Urzędowego UE
23/06/2011 roku nr 2011/S 119-196289

III. Zarzuty

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu, iż ten bezpodstawnie odrzucił jego ofertę, a w konsekwencji dokonał obciążonej wadą prawną czynności unieważnienia postępowania. Zamawiający zaniechał obowiązku dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, pomimo iż oferta ta nie podlegała odrzuceniu. Odwołujący zarzuca zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 PZP w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP poprzez pozbawione podstaw, nieuprawnione i błędne uznanie przez Zamawiającego, iż wprowadzone przez Odwołującego w załącznikach nr 7 (wzorach kart formularzy) dot. elementów Zakładu Kompleksowego Zagospodarowania Odpadów Komunalnych, znajdujących się załączeniu do oferty, dodatkowych uwag, „które powodują, iż oferta nie jest zgodna z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, bowiem pozwala Wykonawcy zastosować przy realizacji zamówienia urządzenia inne niż wskazał w ofercie”.
2. art. 93 ust.1 pkt 4 PZP, podczas gdy oferta Odwołującego, jako niepodlegająca odrzuceniu i jednocześnie najkorzystniejsza - przedstawiała cenę niższą od kwoty jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, co przesądza o możliwości udzielenia zamówienia za kwotę jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć i przeznaczył na jego sfinansowanie.

IV. Żądania

Mając na uwadze powyższe zarzuty naruszenia przepisów, Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności odrzucenia jego oferty, a w konsekwencji,
2. dokonania wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej, a w konsekwencji,
3. unieważnienia czynności unieważnienia postępowania

UZASADNIENIE

Pismem z dnia 02 września 2011 roku Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP, uzasadniając podstawę wykluczenia zamieszczeniem przez Odwołującego w załącznikach nr 7 (wzorach kart formularzy) w ofercie na str. nr od 274 do 489 dodatkowej uwagi o treści:

„WSZYSTKIE DANE ZAWARTE W NINIEJSZEJ KARCIE KATALOGOWEJ ZOSTAŁY PRZYGOTOWANE NA ETAPIE PROJEKTU WSTĘPNEGO, DLATEGO MAJĄ CHARAKTER PRZYBLIŻONY I WSTĘPNY ORAZ ZOSTANĄ ZWERYFIKOWANE POD KĄTEM OPTIMALIZACJI TECHNOLOGICZNO-TECHNICZNEJ NA ETAPIE PRZYGOTOWANIA PROJEKTU TECHNOLOGICZNEGO I WYKONAWCZEGO.

OZNACZA TO, IŻ W TYM CELU MOGĄ ZOSTAĆ DODANE, WYCOFANE LUB ZAMIENIONE POSZCZEGÓLNE POZYCJE W WYKAZIE MASZYN URZĄDZEŃ I WYPOSAŻENIA A PONADTO ZASTRZEGAMY MOŻLIWOŚĆ ZMIANY POSZCZEGÓLNYCH PARAMETRÓW TECHNICZNYCH MASZINY / URZĄDZENIA PRZEDSTAWIONYCH W POWYŻSZEJ KARCIE KATALOGOWEJ / FORMULARZU MASZINY / URZĄDZENIA, CO OZNACZA, ŻE OSTATECZNE DANE MOGĄ RÓŻNIĆ SIĘ OD POWYŻEJ WYSPECYFIKOWANYCH - JEDNAKŻE PRZY ZACHOWANIU I SPEŁNIENIU WSZELKICH WYMAGAŃ FUNKCJONALNYCH INSTALACJI ZAMAWIAJĄCEGO OKREŚLONYCH W SIWZ ORAZ PFU.”, zwanej dalej „Dodatkowym Wyjaśnieniem”, które w ocenie Zamawiającego powoduje, iż oferta Odwołującego nie jest zgodna z treścią SIWZ „bowiem pozwala Wykonawcy zastosować przy realizacji zamówienia urządzenia inne niż wskazał w ofercie”.

Odwołujący wskazuje, iż sformułowany wobec jego oferty zarzut niezgodności z treścią SIWZ jest chybiony i pozostaje w oderwaniu od treści oferty w zestawieniu z całą treścią SIWZ. Odwołujący wskazuje, iż sporządził swoją ofertę z należytą starannością w oparciu o treść SIWZ, a w szczególności o wchodzący w jej skład Program Funkcjonalno Użytkowy.

1.

Jak wynika z treści informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego, Zamawiający nie przedstawił żadnych uwag do treści wypełnionych tabel w załącznikach nr 7 (wzory kart formularzy) dotyczących elementów (obiektów /części /węzłów /systemów /instalacji/urządzeń) Zakładu Kompleksowego Zagospodarowania Odpadów Komunalnych, zwanych dalej „Tabelami Sprzętu”. Zatem pomiędzy Zamawiającym a Odwołującym nie jest sporne, iż oferta Odwołującego skonkretyzowana w postaci wypełnionych tabel sprzętu jest zgodna z treścią SIWZ i odpowiada oczekiwaniom Zamawiającego określonym w cz. II SIWZ tj. Programie Funkcjonalno – Użytkowym (PFU).

2.

„Niezgodność treści oferty z treścią SIW należy oceniać z uwzględnieniem pojęcia oferty zdefiniowanego w art. 66 kodeksu cywilnego, czyli niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami zamawiającego w odniesieniu do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia”, jak wskazała w uzasadnieniu wyroku z dnia 28 czerwca 2011 roku Krajowa Izba Odwoławcza w sprawie Sygn. akt KIO 1263/11. Zamawiający bezspornie dokonał mylnej i nieuprawnionej interpretacji „Dodatkowych Wyjaśnień” Odwołującego umieszczonych w ofercie przy „Tabelach Sprzętu”. W żaden sposób przedmiotowe „dodatkowe wyjaśnienie” nie może być odczytane jako uprawnienie do samowolnego

zastosowania przy realizacji zamówienia urządzeń innych niż wskazane w ofercie, jak faktycznie interpretuje to Zamawiający.

Jedynym celem wprowadzenia „dodatkowych wyjaśnień” było oczywiście potwierdzenie gotowości Odwołującego, zgodnie z wyrażoną w treści SIWZ wolą Zamawiającego, do dostosowania danych zawartych w ofercie wykonawcy, a więc także i do ewentualnej zamiany zaoferowanych urządzeń, w celu osiągnięcia wymagań wskazanych w PFU. W szczególności na istnienie narzuconego przez Zamawiającego ewentualnego obowiązku zmiany w stosunku do zawartych w ofercie danych w „Tabelach Sprzętu” na etapie realizacji zamówienia wskazują zapisy:

- PFU – str. 109, pkt 2.1 – „Wykonawca przed rozpoczęciem prac projektowych dokona potwierdzenia bądź weryfikacji danych wyjściowych do projektowania przygotowanych przez Zamawiającego (założeń bilansowych i jakościowych) i w uzasadnionych przypadkach dostosuje je tak, aby zagwarantować osiągnięcie wymagań zawartych w PFU”.
- PFU – str. 109 pkt 2.2.1.1 Wykonawca opracuje Dokumentację Projektową obejmującą m.in. Projekt wstępny „określający podstawowe dane dla inwestycji, ze wskazaniem wybranych technologii oraz wyszczególnieniem głównych urządzeń i instalacji oraz wskazaniem Dostawców (w celach informacyjnych i dla potrzeb zgodności z wymaganiami programu funkcjonalno-użytkowego)”

Mając powyższe na uwadze należy jeszcze raz podkreślić, iż sam Zamawiający nie tylko nie wyłączył możliwości wprowadzenia zmian na etapie realizacji umowy w stosunku do danych ujawnionych w ofercie w „tabelach sprzętu” ale wręcz na mocy w/w zapisów PFU zmian tych w razie konieczności oczekiwał.

3.

Odwołujący wskazuje, iż Zamawiający w załączonym do SIWZ wzorze umowy, stanowiącym jej integralną część wprowadził wiążącą potencjalnego wykonawcę zamówienia hierarchię dokumentów określających prawa i obowiązki jej stron. Hierarchia ta została określona w § 28 pkt 1 wzoru umowy i wskazuje, że na pierwszym miejscu znajduje się „Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia dla Kontraktu nr 1 Projektowanie i Budowa Międzygminnego Zakładu Kompleksowego Zagospodarowania Odpadów Komunalnych w Tychach” natomiast dopiero na ostatnim miejscu oferta Wykonawcy. Zawarty w punkcie nr 3 tego paragrafu zapis „W przypadku sprzeczności postanowień poszczególnych integralnych części niniejszej umowy określonych w pkt. 1 rozstrzygające są postanowienie tej części, która w hierarchii ustalonej w pkt. 1 znajduje się wyżej” przyznaje nadrzędną pozycję wymagań odnośnie przedmiotu zamówienia określonych w SIWZ (a w szczególności w PFU) w stosunku do oferty wykonawcy.

Odwołujący ponadto wskazuje, iż Zamawiający w § 4 pkt 2 wzoru umowy zobowiązał Wykonawcę do sporządzenia dokumentacji projektowej w zakresie przewidzianym w przekazanym przez Zamawiającego PFU. Ponadto jak wynika z zapisu § 5 pkt 3 wzoru umowy Zamawiający oczekuje przedstawienia mu do sprawdzenia i akceptacji wniosku o wydanie pozwolenia na budowę, zawierającego sprawdzony i zaakceptowany przez niego pod kątem zgodności z wymaganiami PFU projekt budowlany. Co więcej jak wynika z § 6 ust. 1 wzoru umowy Zamawiający wymaga przedstawienia mu do akceptacji całej dokumentacji projektowej.

Zamawiający w §13, §14 i §16 wzoru umowy zastrzegł iż rozruch, próby końcowe jak i odbiory również będą przeprowadzane pod kątem zgodności z PFU.

Na marginesie jedynie Odwołujący wskazuje, iż w przypadku wykrycia przez Zamawiającego, iż przekazana mu przez Wykonawcę dokumentacja projektowa ma wady, w szczególności, gdy pozostaje ona niezgodna z wymaganiami PFU lub bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa może m.in. żądać usunięcia tych wad, o czym mówi § 8 ust. 2 wzoru umowy.

Jak wynika ze wskazanych powyżej zapisów treści SIWZ zawartych we wzorze umowy, nie ma możliwości aby Odwołujący w przypadku uzyskania zamówienia na podstawie złożonej przez siebie oferty przystąpił do realizacji umowy stosując urządzenia i rozwiązania inne niż wskazane w swojej ofercie a zarazem odbiegające od wymagań Części nr II SIWZ tj. PFU. Ustanowiona przez Zamawiającego hierarchia dokumentów we wzorze umowy nie tylko wyklucza możliwość samowolnej zmiany urządzeń wskazanych w ofercie w stosunku do wymogów Zamawiającego określonych w SIWZ, ale także narzuca obowiązek dostosowania w projekcie i realizacji urządzeń i rozwiązań zapewniających zgodność przedmiotu zamówienia z PFU, pozostawiając bez znaczenia fakt, iż wymusza to zmianę urządzeń i rozwiązań pierwotnie wskazanych w ofercie w „tabelach sprzętu”, które Zamawiający ocenił jako odpowiadające treści SIWZ.

4.

Nie ulega wątpliwości, iż żądanie Odwołującego unieważnienia czynności unieważnienia postępowania w trybie art. 93 ust.1 pkt 4 PZP jest zasadne i celowe. Jak już powyżej Odwołujący wykazał jego oferta nie powinna podlegać odrzuceniu, a co więcej z uwagi na zastosowanie jedynego kryterium oceny ofert w postaci kryterium ceny, jego oferta przedstawiając cenę 116.513.073,27zł jest ofertą najkorzystniejszą. Biorąc pod uwagę fakt, iż Zamawiający poinformował na otwarciu ofert w trybie art. 86 ust. 3 PZP iż zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę 117.643.671,00zł (oczywiście wyższą niż cena oferty Odwołującego), przesłanka do unieważnienia postępowania w trybie art. 93 ust.1 pkt 4 PZP nie zachodzi, co uzasadnia unieważnienie tej czynności.

Reasumując, w oparciu o wskazane w uzasadnieniu odwołania zapisy treści SIWZ nie sposób uznać, iż Zamawiający wyłączył możliwość dokonania zmian zaoferowanych urządzeń i rozwiązań w „tabelach sprzętu”. Co więcej jak również wynika treści SIWZ, w tym w szczególności PFU oraz wzoru umowy Zamawiający zmian takich oczekuje i zapewnił sobie narzędzia do ich egzekucji. Odwołujący wprowadzając do swojej oferty „dodatkowe wyjaśnienie” kierując się wieloletnim doświadczeniem i rzetelnością de facto jedynie wyraził gotowość i podkreślił konieczność każdorazowego dostosowywania zaoferowanych urządzeń i rozwiązań w „tabelach sprzętu” w stosunku do wymagań PFU celem należytej realizacji przedmiotu zamówienia.

V. Interes we wniesieniu odwołania:

Interes prawny Odwołującego we wniesieniu niniejszego środka ochrony prawnej nie może budzić wątpliwości, bowiem oferta odwołującego została bezpodstawnie odrzucona w wyniku czego Odwołujący utracił możliwość ubiegania się o udzielenie przedmiotowego zamówienia.

Jedynie unieważnienie niezgodnej z prawem decyzji Zamawiającego, polegającej zarówno na odrzuceniu oferty Odwołującego, jak również unieważnieniu postępowania umożliwi wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej a w konsekwencji zawarcie umowy i realizację przez niego zamówienia, o które w tym postępowaniu Odwołujący się ubiega.

Mając powyższe na uwadze przystąpienie jest w pełni uzasadnione i konieczne.

Radca prawny

Andrzej Rybicki

W załączeniu:

1. Dowód przesłania kopii odwołania Zamawiającemu,
2. Potwierdzenie uiszczenia wpisu od odwołania,
3. Pełnomocnictwo wraz z potwierdzeniem uiszczenia opłaty skarbowej,
4. KRS Odwołującego