

Tarnowskie Góry, 15 kwietnia 2010 r.

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

Do wiadomości:

Zamawiający:

Urząd Miejski w Żywcu, Rynek 2, 34-300 Żywiec

Odwolujący:

„SOLVER” Sp. z o.o., ul. Zagórska 167, 42-600 Tarnowskie Góry, tel.
(32) 768 31 56, fax (32) 768 31 38; e-mail
solver@solver.katowice.pl

Zamawiający:

Urząd Miejski w Żywcu, Rynek 2, 34-300 Żywiec tel. (33) 475 42,
fax (33) 475 42 02; email: sekretariat@zywiec.pl

Przedmiot zamówienia:

dostawa instalacji solarnej do Pływalni Miejskiej w
Żywcu w ramach zadania pn. „Modernizacja i
rozbudowa Pływalni Miejskiej w Żywcu + Solary”

Tryb udzielenia zamówienia: przetarg nieograniczony

Nr ogłoszenia Biuletynie Zamówień Publicznych: 101366-2010

Strona internetowa, na której została zamieszczona SIWZ: www.bip.zywiec.pl

Nr postępowania: IM-3411-15-2/10

Wspólny słownik zamówień: CPV 09331100-9 – kolektory słoneczne do produkcji
ciepła.

Odwołanie

Czynność, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustaw:

Na podstawie art. 180 ust. 1; 180 ust 2 pkt 2) i 182 ust 2 pkt 2 ustawy z dnia 29
stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2007 Nr 223, poz. 1655 z późn.

„SOLVER” Sp. z o.o.
42-600 TARNOWSKIE GÓRY
ul. Zagórska 167
NIP 622-47 94 722
PREZES KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
Katarzyna Karczał
Katarzyna Karczał

zm.) zwanej dalej ustawą, Odwołujący wnosi odwołanie wobec treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego oznaczonego sygnaturą IM-3411-15-2/10 dostawę instalacji solarnej do Pływalni Miejskiej w Żywcu w ramach zadania pn. "Modernizacja i rozbudowa Pływalni Miejskiej w Żywcu + Solary"

Przedstawienie zarzutów:

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 p.z.p. tj. zasady równego traktowania wykonawców oraz prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję w szczególności poprzez opis przedmiotu zamówienia, określenie opisu warunków udziału w postępowaniu przez wymaganie zrealizowania zamówienia o wartości nie mniejszej niż 400.000 zł oraz wprowadzenie pozornego kryterium oceny ofert w postaci „terminu rękojmi”.
2. art. 29 ust. 1, 2 i 3 p.z.p. przez określenie opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję.
3. art. 30 ust. 1 poprzez opisanie przedmiotu zamówienia za pomocą innych cech niż techniczne i jakościowe.
4. art. 25 pzp w zw. z § 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane poprzez wymaganie od dostawców, aby wykazali się zrealizowaniem określonych w SIWZ dostaw z dodatkowym warunkiem, że zadanie powinno być wykonane za kwotę nie mniejszą niż 400.000 zł brutto.
5. art. 36 ust. 1 pkt 11 pzp poprzez wskazanie dwóch terminów otwarcia ofert tj. 20.04.2010 i 19.04.2010 r.

Żądanie

Odwołujący żąda:

1. na podstawie art. 192 Pzp nakazać Zamawiającemu dokonanie modyfikacji siwz w taki sposób, by kryteria oceny ofert umożliwiły dokonywanie wyboru najkorzystniejszej oferty z zachowaniem zasad udzielania zamówień publicznych.
2. na podstawie art. 192 Pzp nakazać Zamawiającemu dokonanie modyfikacji opisu warunków udziału w postępowaniu poprzez usunięcie wskazania minimalnej kwoty wartości zrealizowanego zamówienia jako warunku udziału w postępowaniu oraz zmianę kryterium oceny ofert poprzez usunięcie kryterium „Termin rękojmi”
3. na podstawie art. 12 a Pzp nakazać Zamawiającemu przedłużenie terminu składania ofert.
4. Ustalenie jednakowych przesłanek dla warunków udziału w postępowaniu oraz jednego terminu otwarcia ofert dla całej treści siwz.

Okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania

Odwołujący wskazuje na następujący stan faktyczny:

PREZES 2
JOLVER Sp. z o.o. PREZES 2 A
2-600 TARNOWSKIE GÓRY
ul. Zagórska 167 Katarzyna
NIP 632.17.04-722 Katarzyna Ka...

W dniu 12 kwietnia 2010 r. Zamawiający zamieścił na stronie www.bip.zywiec.pl ogłoszenie o zamówieniu, a w dniu 13 kwietnia 2010r. zamieścił na tej stronie specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”).

Treść specyfikacji uzasadnia wniesienie odwołania przez Odwołującego. Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia, ale warunki wskazane w treści SIWZ skazują ewentualną ofertę Odwołującego na odrzucenie.

Pierwszy zarzut dotyczy opisu przedmiotu zamówienia przez Zamawiającego. Zamawiający domaga się dostarczenia kolektorów słonecznych płaskich o łącznej powierzchni 255,6 m², sprawności optycznej nie mniejszej niż 82 % oraz współczynnika strat ciepła absorbera a1 w odniesieniu do powierzchni absorbera nie większej niż 3.0 W/m²K oraz w odniesieniu do absorbera a2 nie większy niż 0,02 W/m²K². Zamawiający dopuszcza zastosowanie kolektorów słonecznych o innych gabarytach niż określone w dokumentacji projektowej pod warunkiem zachowania parametrów nie gorszych niż wyżej przedstawiono.

Wskazać na początku należy, że Zamawiający prowadził już w tym zakresie postępowanie, gdzie na skutek protestu Odwołującego zmieniono treść specyfikacji.

Dowód: protest MPM Projekt Paweł Mech z dnia 18 grudnia 2009
protest z dnia 21 grudnia 2009 r.
rozstrzygnięcie protestu z dnia 28 grudnia 2009r.

Obecnie Zamawiający powrócił do poprzednio przyjętego sposobu opisu przedmiotu zamówienia, który już uprzednio uznał za wadliwy.

Przejawem naruszenia zasady uczciwej konkurencji jest nie tylko opisanie przedmiotu zamówienia z użyciem oznaczeń wskazujących na konkretnego producenta lub konkretny produkt albo z użyciem parametrów wskazujących na konkretnego producenta, dostawcę albo konkretny wyrób, ale także określenie na tyle rygorystycznych wymagań co do parametrów technicznych, które nie są uzasadnione obiektywnymi potrzebami zamawiającego i które uniemożliwiają udział niektórym wykonawcom w postępowaniu, ograniczając w ten sposób krąg podmiotów zdolnych do wykonania zamówienia (tak też KIO Wyrok z dnia 27 lipca 2009 r.; KIO/UZP 872/09). Nie można przygotować opisu przedmiotu zamówienia w taki sposób, aby stanowił on barierę dostępu do postępowania, ale wyłącznie dla wykonawców, którzy są zdolni wykonać zamówienie, w sposób wynikający z uzasadnionych potrzeb zamawiającego.

Dyskryminacja wykonawców może wynikać z użycia przy opisie przedmiotu zamówienia oznaczeń konkretnego producenta lub konkretnego produktu (dyskryminacja bezpośrednia) lub posługiwania się parametrami wskazującymi na konkretnego producenta lub konkretny produkt (dyskryminacja pośrednia). Jako formę dyskryminacji pośredniej przyjmuje się również ustalanie wymagań na tyle rygorystycznych, że nie jest to uzasadnione potrzebami zamawiającego, a jednocześnie ograniczający krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia (tak. KIO w wyroku z dnia 13 stycznia 2009r.; KIO/UZP 1502/08).

Tymczasem przywołany w projekcie budowlano-wykonawczym stanowiącym załącznik

„SOLAR” Sp. z o.o.
42-600 TARNOWSKIE GÓRY
ul. Zagórska 167
tel. 632-17-94-722

PREZES
PREZES ZARZĄDU
Katarzyna Kachel

do SIWZ kolektor SOLARPOL MAX 1.0 posiada właściwości techniczne niemal identyczne jak żądane przez Zamawiającego (współczynnik A1-2.83; współczynnik A2-0,014).

Dla kolektora (instalacji solarnej) najistotniejsza jest moc użyteczna, która obliczana jest na podstawie współczynników a_1 , a_2 , sprawności optycznej i powierzchni absorpcji, a nie jednostkowy układ współczynników. Stąd wskazanie ograniczeń przez Zamawiającego polegających na konieczności zachowania poszczególnych wartości minimalnych lub maksymalnych dla danych parametrów, w sytuacji gdy dla właściwości kolektora istotny jest wynik jaki jest uzyskany na podstawie tych parametrów w określonym układzie nie ma cech obiektywnych, uzasadniających zastosowanie takich ograniczeń.

Na poparcie tych twierdzeń przedstawiam wykonane przez Odwołującego porównanie kolektora przyjętego w projekcie oraz kolektora oferowanego przez Odwołującego.

Dowód: porównanie kolektorów

Dalszym ograniczeniem zachowania uczciwej konkurencji jest opis przedmiotu zamówienia poprzez powołanie cech nie mających charakteru technicznego czy też jakościowego w rozumieniu przepisu art. 30 pzp oraz w sposób niejasny i niejednoznaczny.

Zamawiający domaga się dostawy kolektora o jednej węzownicy oraz meandrycznej strukturze. Po pierwsze zupełnie niejasne jest pojęcie meandrycznej struktury, bowiem nie jest to cecha techniczna ani jakościowa kolektora. Odnosi się do pewnego „opisu” sposobu ułożenia węzownicy, który kojarzy się z pojęciem meander. Tym samym jest to dokonanie opisu poprzez użycie opisu budowy wewnętrznej urządzenia w sposób obrazowy, a nie techniczny czy też jakościowy. Budowę taką ma zastosowany w projekcie kolektor SOLARPOL MAX 1.0 i Zamawiający domaga się spełnienia przez ewentualne urządzenie równoważne takich samych warunków, co jest ograniczeniem konkurencji. Na budowę meandryczną nie wskazuje jednak jakikolwiek dokument techniczny dotyczący kolektorów, bowiem jak wskazano jest to obrazowe określenie pewnych właściwości, układu wewnętrznego urządzenia. Urządzenie zastosowane w projekcie ma również jedną węzownicę i takiego urządzenia domaga się Zamawiający eliminując automatycznie z możliwości o skuteczne ubieganie się o udzielenie zamówienia wykonawców, których kolektory mają inny układ wewnętrznej budowy, a właściwość kolektora jest lepsza niż tego, który został użyty w projekcie.

Na okoliczność, że inny układ rurek nie przesądza o właściwościach kolektora przedkładamy opinię.

W konsekwencji opis przedmiotu zamówienia dokonany bez jakichkolwiek obiektywnych przesłanek uzasadniających stawianie dostawcom wymogów eliminujących ich z możliwości ubiegania się o zamówienie, tak poprzez określenie parametrów technicznych urządzenia w sposób niemal identyczny jak urządzenie przyjęte w projekcie jak i poprzez obrazowe opisywanie wyglądu poszczególnych części urządzenia, które nie determinuje jego mocy i wydajności w sposób unikatowy, a stanowi barierę dla dostawców mogących zapewnić takie same lub lepsze efekty docelowe, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, uzasadniający żądanie odwołania.

PREZES DZARZADU

„SOLVER” Sp. z o.o.

42-600 TARNOWSKIE GORY

ul. Zagórska 167

NIP 632-17-94-722

Katarzyna Kachel

Wymogiem udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia jest wykazanie „wykonania w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie, co najmniej dwóch zadań obejmujących zakresem m.in. dostawę urządzeń instalacji solarnych o powierzchni minimum 250 m². **Całe zadanie powinno być wykonane za kwotę nie mniejszą niż 400.000 zł brutto.**”

Przepis art. 25 pzp oraz przepisy Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, nie dają Zamawiającemu prawa do żądania i wprowadzania kryterium udziału w postępowaniu w postaci określenia kwoty, za jaką wcześniej wykonał podobne prace. Zamawiający może żądać wyłącznie informacji o wartości robót, a nie uzależniać od tej wartości warunki udziału w postępowaniu dostawców. Tym samym treść SIWZ w tym zakresie jako niezgodna z przepisami prawa musi ulec zmianie. Na marginesie należy wskazać również na niespójność siwz w tym zakresie, który wymaga wykazania dwóch zadań, a w załączniku nr 5 do siwz dotyczącym wykonanych dostaw napisano, że „Dostawca musi przedstawić co najmniej 1 dostawę ...”.

Zamawiający dokonując opisu kryteriów oceny oferty naruszył przepis art. 7 pzp poprzez usunięcie zasady konkurencyjności. Zamawiający podał dwa kryteria oceny ofert. Pierwsze cena, drugie „termin rękojmi”. Drugie kryterium zostało w sposób istotny ograniczone w zakresie możliwości konkurowania dostawców, a tym samym narusza przepis art. 7 pzp. Zamawiający przyjął, że w przypadku podania dłuższego okresu obowiązywania rękojmi niż 72 miesiące, dla oceny i porównania ofert zostanie przyjęty okres 72 miesiące, niezależnie od wskazanego przez dostawcę terminu, przy czym umowa będzie wiązała strony w terminie wskazanym przez dostawcę. Taki sposób oceny ofert ogranicza konkurencję w tym kryterium powodując naliczenie dostawcy takiej samej wartości punktów, niezależnie od okresu związania jaki poda, jeżeli przekroczy 72 miesiące.

W treści siwz Zamawiający wskazał dwa terminy otwarcia ofert. Raz jest to 20 kwietnia 2010 r. a innym razem 19 kwietnia 2010 r. co stanowi naruszenie przepisu art. 36 ust 1 pkt 11) pzp.

Mając na uwadze wskazane zarzuty wniesienie odwołania jest konieczne i zasadne.

Załączniki:

- dowód uiszczenia wpisu od odwołania
- dowód przek. kopii
- odpis z KRS
- zezn. uiszczone - tytuł odwołania

„SOLVER” Sp. z o.o.
42-600 TARNOWSKIE GÓRY
ul. Zagórska 167
NIP 632-17-94-722

PREZES ZARZĄDU

Katarzyna Kachel
Katarzyna Kachel
podpis odwołującego

„SOLVER” Sp. z o.o.
42-600 TARNOWSKIE GÓRY
ul. Zagórska 167
NIP 632-17-94-722

PREZES ZARZĄDU

Katarzyna Kachel