

Zamawiający:

Gmina Myszyniec
ul. PL. Wolności 60 , 07-430 Myszyniec
e-mail: zamowienia@myszyniec.pl

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na usługi pn. „Zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Gminy Myszyniec w 2020 r.”, oznaczenie sprawy IN.271.20.2019.OŚ

**PISMO WYKONAWCY DOTYCZĄCE ZIDENTYFIKOWANYCH NIEPRAWIDŁOWOŚCI
W KRYTERIUM OCENY OFERT**

Działając w imieniu MPK PURE HOME Sp. z o.o. z siedzibą w Ostrołęce ("**Wykonawca**"), zwracam uwagę Zamawiającego na opisane w niniejszym piśmie nieprawidłowości w pozacenowym kryterium oceny ofert obowiązującym w Postępowaniu tj. kryterium kosztu eksploatacji zamówienia związanym z dojazdem do instalacji (odległość siedziby Zamawiającego od instalacji), któremu nadano wagę 40% możliwych do zdobycia punktów.

W ocenie Wykonawcy wspomniane kryterium jest niezgodne z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych¹ („PZP”), w szczególności **narusza zasady określania kryteriów oceny ofert w postępowaniu poprzez premiowanie cech podmiotowych wykonawcy, niezwiązanych z przedmiotem zamówienia**. W konsekwencji, taki sposób oceny ofert nie doprowadzi do wyboru najkorzystniejszej oferty z punktu widzenia Zamawiającego.

¹ Ustawa z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2019 r., poz. 1843, ze zm.).

W pierwszej kolejności należy wskazać, iż kryterium kosztu eksploatacji zamówienia związane z dojazdem do instalacji (odległość siedziby Zamawiającego od instalacji) **ma związek nie tyle z przedmiotem oferowanego świadczenia** (którym pozostaje usługa zagospodarowania odpadów) **co z cechami podmiotowymi wykonawcy, który za owe zagospodarowanie będzie odpowiedzialny.**

Z punktu widzenia obecnej treści SIWZ znaczenie ma miejsce wykonywania usługi (czyli innymi słowy: siedziba wykonawcy), co automatycznie **premiuje tych wykonawców, którzy swoje instalacje posiadają bliżej gminy Myszyniec.** W związku z powyższym, można mieć zastrzeżenia co do zgodności tego kryterium z art. 91 ust. 3 PZP. W artykule tym ustanowiono zasadę, wedle której kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, a w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej.

Pewną pomoc w interpretacji tego przepisu stanowi publikacja Urzędu Zamówień Publicznych², zgodnie z którą: *za niedopuszczalne uznaje się natomiast co do zasady posługiwanie się kryterium oceny ofert odnoszącym się do odległości siedziby wykonawcy od np. siedziby zamawiającego czy odnoszącym się do posiadania przez wykonawcę punktu serwisowego. W tym bowiem przypadku kryterium zostaje oderwane od przedmiotu zamówienia i dotyczy bezpośrednio podmiotowych właściwości wykonawcy.*

Ponadto, należy wskazać, że ustalone kryterium nie będzie prowadziło do wyboru najkorzystniejszej oferty w rozumieniu art. 2 pkt 5 PZP. Powyższe wynika z tego, że sam wybór oferty spełniającej w największym stopniu omawiane kryterium **niekoniecznie musi się wiązać z osiągnięciem przez Zamawiającego jakiegokolwiek korzyści.** Wprawdzie w tym konkretnym przypadku Zamawiający twierdzi inaczej tzn. że oferta oparta o instalację zlokalizowaną bliżej będzie stanowiła o konkretnych korzyściach dla Zamawiającego tj. mniejsze koszty eksploatacji a także kwestie środowiskowe (co zostało wskazane w odpowiedzi na pytanie dot. treści SIWZ z 15 października 2019 r.). Takie stanowisko wydaje się być jednak mało przekonujące, ponieważ łatwo sobie wyobrazić sytuację kiedy **odpady będą wożone do instalacji zlokalizowanej wprawdzie dużo bliżej jednak pojazdy transportujące te odpady będą emitowały znacznie więcej spalin.** To samo dotyczy ewentualnego kosztu takiego transportu – różna odległość transportu wcale **nie musi mieć bezpośredniego przełożenia na koszty tego transportu,** ponieważ możliwa jest sytuacja kiedy krótki odcinek drogi będzie generował większe koszty (silnik emitujący dużą ilość spalin) niż dłuższy (silnik zapewniający najniższe możliwe poziomy spalania, lub wręcz np. elektryczny).

Po trzecie, nawet przyjmując inaczej niż dotychczas (czyli, że kryterium nie ma charakteru podmiotowego i że ma ono znaczenie z punktu widzenia ewentualnych korzyści Zamawiającego) to i tak **omawiane kryterium będzie miało znaczenie, co najwyżej, dla innego zamówienia** (tj. tego na odbiór odpadów z terenu gminy Myszyniec). W związku z powyższym, owe korzyści nie mają jakiegokolwiek związku z

² Kryteria oceny ofert w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego – przykłady i zastosowanie, UZP 2011 r., opublikowano:

http://dzp.us.edu.pl/sites/dzp.us.edu.pl/files/imce/opinie/pozostale/kryteria_oceny_ofert_uzp.pdf

obecnym zamówieniem a tego wymaga art. 91 ust. 2 PZP wprost formułując nakaz tego, aby kryteria oceny ofert odnosiły się do przedmiotu zamówienia. W tym miejscu na poparcie prezentowanego stanowiska warto przywołać fragment z uzasadnienia wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 3 października 2013 r., sygn. KIO 2259/18: zgodnie z którym: z art. 2 ust. 5 ustawy wynika, że dobór kryteriów oceny ofert należy do zamawiającego i bezsporne jest, że ustawa przyznaje mu w tym zakresie swobodę, która jednak doznaje ograniczenia przede wszystkim ze względu na treść art. 7 ust. 1 ustawy oraz treść art. 91 ust. 2 ustawy nakazującą odnoszenie pozacenowych kryteriów oceny ofert do przedmiotu zamówienia.

Co istotne, pozacenowe kryteria oceny ofert powinny wyrażać nie jakiekolwiek cechy, a jedynie te **najbardziej pożądane, istotne walory z punktu widzenia realizacji przedmiotu zamówienia**. Z uwagi na powyższe, każdorazowo określenie kryteriów oceny ofert jak i przyznanie im wag powinno się odbywać przez pryzmat obiektywnych i uzasadnionych potrzeb Zamawiającego (por. wyrok KIO z dnia 19 września 2016 r., sygn. akt KIO 1580/16). **Promowanie danego rozwiązania nie może być wynikiem wyłącznie subiektywnego przekonania Zamawiającego o wyższości danego rozwiązania nad innym i musi znajdować uzasadnienie w obiektywnych potrzebach** (por. wyrok KIO z dnia 22 sierpnia 2016 r., sygn. akt KIO 1443/16). W przeciwnym wypadku, punktowanie konkretnej cechy, która ma tylko pozorny związek z zamówieniem, może w konsekwencji zostać uznane za preferowanie konkretnego wykonawcy i sprzeczne z naczelną zasadą zamówień publicznych tj. zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Wprowadzenie kryterium odległościowego w Postępowaniu przy braku realnego powiązania tego kryterium z realizacją zamówienia (którego przedmiotem jest jedynie zagospodarowanie odpadów, a nie ich odbiór) **bezpośrednio preferuje wykonawców posiadających siedzibę bliżej siedziby Zamawiającego**. Stanowi to realną barierę dla udziału innych wykonawców w Postępowaniu (z uwagi iż kryterium to stanowi aż 40% możliwych do uzyskania punktów w ramach oceny), która jak wyżej wskazano nie jest podyktowana uzasadnionymi potrzebami Zamawiającego.

Na koniec należy wyraźnie podkreślić, że kryteria oceny ofert mają zasadnicze znaczenie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, ponieważ w praktyce decydują o jego ostatecznym wyniku. Z uwagi na powyższe, należy każdorazowo formułować je w sposób precyzyjny i z najwyższą starannością, co powinno skutkować eliminowaniem wszelkich możliwych wątpliwości dotyczących ich zgodności z przepisami PZP. Konsekwentnie należy przyjąć, że kryteria ustalone w Postępowaniu wskazanych wymagań wydają się nie spełniać i jako takie powinny być zmienione.

Z uwagi na powyższe proszę o dokonanie zmiany, w której Zamawiający ustali kryteria oceny ofert, które będą bezpośrednio związane z przedmiotem zamówienia i nie będą nadmiernie ograniczały konkurencji w postępowaniu, pozwoli Zamawiającemu uzyskać bardziej konkurencyjne oferty. Skutkiem tego będzie również uzyskanie potencjalnych oszczędności przez płatnika publicznego.

Brak dokonania przedmiotowych zmian, utrzymanie Postępowania w obecnej formie i wybór oferty najkorzystniejszej może okazać się nie tylko **niekorzystne dla budżetu płatnika, ale również może budzić wątpliwości w kontekście podstawowych zasad wydatkowania środków publicznych**, w szczególności zasady uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów.

Niezależnie bowiem od samej odpowiedzialności na podstawie przepisów PZP, nie można zapominać o **konsekwencjach prawnych wynikających z ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych**, zgodnie z którą niezgodne z przepisami o zamówieniach publicznych określenie kryteriów oceny ofert stanowi zgodnie z art. 17 ust. 1 pkt 4 też czyn sankcjonowany przez przywołaną ustawę (skutkujący zaistnieniem odpowiedzialności o charakterze osobistym).

Należy także zwrócić uwagę, że **Zamawiający ma obowiązek badania ewentualnych nieprawidłowości w prowadzonym przez siebie Postępowaniu**, niezależnie od tego z jakiego źródła powźmie o nich stosowną wiedzę. W takim bowiem przypadku wskazanym byłoby rzetelne ustosunkowanie się do takiej sytuacji i zweryfikowanie podanych przez wykonawcę informacji. To bowiem Zamawiający, będący gospodarzem Postępowania, powinien dokonać wnikliwej oceny prawidłowości podejmowanych przez siebie czynności, ponieważ każdorazowo zobowiązany jest dochować należytej staranności i prawidłowo ocenić wszelkie okoliczności mogące rzutować na dalszy bieg Postępowania. Tym bardziej nie istnieją jakiegokolwiek przeszkody, aby **Zamawiający w ramach samokontroli swoich decyzji zmienił nieprawidłowo przygotowane Postępowanie, unikając tym samym zawarcia umowy mogącej następnie być unieważnioną czy też innych konsekwencji³**.

Mając na uwadze powyższe okoliczności należy zakładać, że Zamawiający dokładnie zbada i oceni nieprawidłowości przywołane w treści niniejszego pisma.

³ Por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 20 listopada 2012 r., sygn. KIO 2428/12.