

Poznań, dn. 09.03.2010 r

EZ/ 1488/1/2010

Wykonawcy biorący udział w postępowaniu o zamówienie publiczne.

Dotyczy przetargu nieograniczonego nr 10/2010 na okresowe przeglądy i konserwacja urządzeń wentylacji mechanicznej i klimatyzacji.

Wielkopolskie Centrum Onkologii, informuje, iż wpłynęło pismo Wykonawcy odnośnie specyfikacji istotnych warunków zamówienia, na które została udzielona odpowiedź:

**Treść pisma**

Składamy protest przeciwko treści załącznika nr 5 SIWZ przetargu nieograniczonego nr 10/2010 „Okresowe przeglądy i konserwacja urządzeń wentylacji mechanicznej i klimatyzacji”, w zakresie dotyczącym wymagania określonego na stronie 38/43, to jest wymagania w brzmieniu : „...Zamawiający wymaga od Wykonawców posiadania aktualnych autoryzacji producenta danego urządzenia do wykonywania prac serwisowych na tych urządzeniach. Kserokopię tego dokumentu należy załączyć do oferty ...”.

Zarzucamy , iż ten warunek dotyczy cech podmiotowych Wykonawcy i jako taki jest zakazany, albowiem godzi w zasady uczciwej konkurencji.

Dopuszczalność żądania od Wykonawców dokumentów potwierdzających ich zdolność do wykonania zamówienia oraz rodzaje tych dokumentów, zostały określone w treści przepisów wykonawczych do Prawa o Zamówieniach Publicznych.

Żądanie przedstawienia autoryzacji konkretnego producenta i to do konkretnych urządzeń, nie znajduje oparcia w treści tych przepisów – zwłaszcza wobec faktu, iż nie chodzi o wykonywanie serwisu gwarancyjnego , zatem posiadanie autoryzacji producenta nie jest w tym przypadku warunkiem korzystania przez właściciela urządzeń z jakichkolwiek roszczeń gwarancyjnych.

Wnosimy o uchylenie zakwestionowanego warunku z załącznika nr 5 SIWZ, albowiem jego treść zdaje się być z góry ukierunkowana na ograniczenie kręgu potencjalnych wykonawców

## Odpowiedź:

W imieniu Wielkopolskiego Centrum Onkologii im. Marii Skłodowskiej-Curie z siedzibą w Poznaniu, w odpowiedzi na Państwo pismo z dnia 03 marca 2010 roku zatytułowane „protest do SIWZ przetargu nieograniczonego 10/2010” pragnę poinformować, iż na skutek nowelizacji Ustawy – Prawo zamówień publicznych, dokonanej na podstawie Ustawy z dnia 2 grudnia 2009 roku o zmianie Ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, która weszła w życie dnia 29 stycznia 2010 roku, uchylona została podstawa prawna do wnoszenia protestu jako środka ochrony prawnej przysługującego wykonawcom. Zgodnie z aktualnym brzmieniem Ustawy – Prawo zamówień publicznych – we wszystkich postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego wszczętych po dniu 29 stycznia 2010 roku od czynności podjętych przez zamawiającego wykonawcom przysługuje jeden środek ochrony prawnej jakim jest odwołanie, uregulowane w art. 180-198 Ustawy – Prawo zamówień publicznych.

Jednocześnie wskazuję, iż na podstawie art. 180 ust. 2 Ustawy – Prawo zamówień publicznych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego wartość niższa jest niż kwoty określone w Rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2009 roku w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności:

- 1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę;
- 2) opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu;
- 3) wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia;
- 4) odrzucenia oferty odwołującego,

a zatem biorąc pod uwagę, iż w wartość zamówienia w postępowaniu 10/2010 jest niższa niż 193.000 euro (§ 1 pkt 2) lit. a) przywołanego rozporządzenia) na postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (z wyłączeniem postanowień dotyczących opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu) w niniejszym postępowaniu nie przysługuje Państwu odwołanie.

W związku z powyższym wniesione przez Państwa pismo zamawiający traktuje jako złożoną przez wykonawcę na podstawie art. 181 ust. 1 Ustawy – Prawo zamówień publicznych informację o niezgodnej z przepisami ustawy czynności, na którą nie przysługuje odwołanie.

Jednocześnie informuję, iż zamawiający nie podziela stanowiska wyrażonego w piśmie z dnia 03 marca 2010 roku. Ustosunkowując się do zawartych w nim zarzutów w pierwszej kolejności wskazać należy, że określenie przedmiotu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego należy wyłącznie do Zamawiającego. Jego prawem a zarazem obowiązkiem jest ocena własnych potrzeb i dokonanie zamówienia zgodnie z tymi potrzebami. Podobne stanowisko zajęła Krajowa Izba Odwoławcza przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych w wyroku z dnia 13 sierpnia 2008 roku (sygn. KIO/UZP 782/08). W tym miejscu pragnę wskazać, że Zamawiający korzysta ze środków publicznych, toteż zobowiązany jest do szczególnej gospodarności i dbałości podczas wydatkowania tych środków. Podkreślenia wymaga przy tym, że urządzenia klimatyzacyjne wskazane w pakietach I – VIII siwz objęte są gwarancją. W związku z powyższym, aby nie dopuścić do utraty uprawnień przysługujących z tytułu gwarancji Zamawiający postawił wymóg posiadania przez wykonawców przystępujących do postępowania autoryzacji od producenta przedmiotowego sprzętu. Wprowadzenie tego wymogu uwarunkowane jest koniecznością uwzględnienia interesów zamawiającego a nie preferencyjnym traktowaniem pewnej grupy wykonawców. Podkreślenia wymaga, że zgodnie z posiadaną przez zamawiającego wiedzą autoryzację producenta urządzeń posiada więcej niż jeden podmiot, a zatem stawiane w Państwa zarzuty uznać wypada za bezpodstawne.

Zaznaczyć także trzeba, że Zamawiający nie jest zobowiązany do takiego określenia przedmiotu zamówienia aby zapewnić możliwość jego realizacji przez wszystkie podmioty z danej branży, przy czym, co należy podkreślić, takie działanie nie ma znamion czynu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej sam fakt, iż opis przedmiotu zamówienia uniemożliwia niektórym wykonawcom wzięcie udziału w przetargu nie może być *per se* uznawany za ograniczający konkurencję. Jak trafnie stwierdziła KIO w wyroku z dnia 12 listopada 2008 roku (sygn. akt: KIO/UZP 1155/08) „Skoro wymagane parametry mogą spełnić produkty kilku wykonawców, fakt, iż opis przedmiotu zamówienia uniemożliwia złożenie oferty odwołującemu, nie powoduje naruszenia podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych”. Podobne stanowisko zajęła KIO w wyroku z dnia 09 października 2008 roku (sygn. akt: KIO/UZP 1024/08) uznając m. in. iż

„1. Okoliczność o charakterze notoryjnym, że nie wszyscy wykonawcy dysponują produktem spełniającym wymagania zamawiającego opisane w SIWZ i mogą go zaoferować oraz że wymagania techniczne są trudne do spełnienia przez niektórych wykonawców, nie oznacza, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone w sposób utrudniający zachowanie uczciwej konkurencji.

2. Nie w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego mogą zaoferować żądany przedmiot zamówienia wszyscy wykonawcy działający w danej branży, co nie jest równoznaczne z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji. Ograniczona liczba wykonawców mogących uczestniczyć w postępowaniu, z uwagi na określony przedmiot zamówienia, nie jest naruszeniem zasady uczciwej konkurencji.”

W tym miejscu podkreślić wypada, że to zamawiający jest podmiotem, któremu przysługuje prawo do opisanego przedmiotu zamówienia w taki sposób, aby odzwierciedlał on jego rzeczywiste potrzeby. Jest przy tym oczywiste, że opis ten winien spełniać wymogi stawiane przez ustawodawcę, w szczególności w przepisach Ustawy – Prawo zamówień publicznych, jednakże w ocenie zamawiającego siwz została sporządzona w sposób prawidłowy, z poszanowaniem wszelkich obowiązujących w tym zakresie regulacji prawnych. Za bezsporne należy uznać, że zamawiający może dostosować opis przedmiotu zamówienia do wymagań, które winien on spełniać, tak aby był on najbardziej przydatny z uwagi na cel, któremu ma służyć. Stanowisko powyższe znajduje uzasadnienie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej przy prezesie Urzędu Zamówień Publicznych, która w wyroku z dnia 20 sierpnia 2008 roku (sygn. akt: KIO/UZP 807/08) uznała, że „Na Zamawiającym ciąży obowiązek obiektywnego opisu przedmiotu zamówienia, z którym sprzężone jest uprawnienia do opisywania przedmiotu zamówienia w sposób zapewniający realizację potrzeb Zamawiającego. Nie oznacza to, że Zamawiający ma obowiązek zapewnienia możliwości realizacji przedmiotu zamówienia przez wszystkie podmioty działające na rynku w danej branży, zaś fakt, że na rynku istnieją inne produkty, nie przesądza o obowiązku dopuszczenia każdego z nich.”, który to pogląd zamawiający w pełni podziela i akceptuje (por. także wyroki KIO z dnia 18 sierpnia 2008 roku, sygn. akt: KIO/UZP 799/08 i z dnia 13 sierpnia 2008 roku, sygn. akt: KIO/UZP 782/08).

W związku z powyższym zawarte w Państwa piśmie z dnia 03 marca 2010 roku zarzuty zamawiający uznaje za nieuzasadnione i nie widzi konieczności powtórzenia czynności na podstawie art. 181 ust. 2 Ustawy – Prawo zamówień publicznych.

Z poważaniem

Z-ca Dyrektora ds. ekonomiczno-eksploatacyjnych

inż. Małgorzata Kołodziej-Sarna