

Poznań, dnia 2 lipca 2009 roku

**Wojewódzki Szpital Specjalistyczny
im. św. Rafała w Czerwonej Górze**
Czerwona Góra 10
26-060 Chęciny

Dotyczy:

Przetargu nieograniczonego na „Dostawę odczynników i testów do mikrobiologii” ogłoszonego w na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 30 czerwca 2009 roku pod numerem 213508-2009

Oferent/Wykonawca:

Argenta sp. z o.o z siedzibą w Poznaniu,
ul. Przelot 24, 60-408 Poznań,

Numer sprawy: DZ-260-2009

PROTEST W POSTĘPOWANIU O UDZIELENIE ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO

Działając w imieniu spółki Argenta Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, legitymowany udzielonym pełnomocnictwem (w załączeniu), na zasadzie przepisu art. 180 ust. 1 w zw. z ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 07. 223. 1655 t.j. z późn. zm.), niniejszym składam protest na czynność podjętą przez Zamawiającego-treść Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej jako SIWZ), polegającą na opisie przedmiotu zamówienia z naruszeniem przepisu art. 7 ust. 1 i art. 22 ust. 2 oraz art. 29 ust. 2 i 3 Ustawy tj. polegającą na jednoczesnym i łącznym umieszczeniu w ramach jednego przedmiotu zamówienia (tj. bez wydzielenia zadań lub też dopuszczenia składania ofert częściowych) w Zadaniu nr 1 - Odczynniki i testy wraz z dzierżawą analizatora mikrobiologicznego i szafy chłodniczej, testów i podłoży do aparatu mikrobiologicznego mających zastosowanie wyłącznie przy użyciu ww. aparatu (poz. 8, 9, 13-15, 23, 28, 30, 32, 37, 38, 42-44, 47-52), wraz z odczynnikami do mikrobiologii manualnej (poz. od 1-7, 10-12, 16-22, 24-27, 29, 31, 33-36, 39-41, 45, 46),

które dla swego zastosowania nie wymagają użycia ww. aparatu, a więc mogą stanowić odrębny przedmiot zamówienia. Wskazać należy, iż łączne umieszczenie ww. produktów w ramach jednego zamówienia nie jest niezbędne dla prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia a nadto stanowi ograniczenie konkurencji i nierówne traktowanie oferentów-wykonawców. Wskazać, bowiem należy, iż ogranicza w zasadniczy sposób konkurencję pomiędzy podmiotami działającymi na rynku produktów objętych przedmiotem niniejszego zamówienia, w sposób całkowicie nieuzasadniony.

Powyższą specyfikację **zaskarżam i oprotestowuję** w części, w jakiej Zamawiający wymaga by Oferent-Wykonawca dokonał dostawy zarówno testów i podłoży do aparatu mikrobiologicznego (poz. 8, 9, 13-15, 23, 28, 30, 32, 37, 38, 42-44, 47-52), wraz z odczynnikami do mikrobiologii manualnej, które w żaden sposób nie są powiązane z ww. produktami i, które dla swego zastosowania nie wymagają użycia ww. aparatu, a więc mogą stanowić odrębny przedmiot zamówienia, przy czym jednocześnie ostatnie z ww. produktów są produkowane i dostarczane przez większą grupę podmiotów -, a nadto wymóg dostarczenia wszystkich tych substancji łącznie nie jest konieczny dla prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia. Nadto dostarczenie obydwu grup produktów przez różne podmioty nie wpłynie w jakikolwiek sposób, na jakość dostarczanych produktów, a już w szczególności nie spowoduje jej obniżenia, jak również nie wpłynie na szybkość wykonywanych testów i badań.

Podanym zapisom treści specyfikacji **zarzucam** naruszenie przepisu art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 2 oraz art. 29 ust. 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez nadanie specyfikacji treści, i dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, gdyż prowadzi do sytuacji, w której warunki przetargu jest w stanie spełnić tylko ograniczona liczba podmiotów, w zasadzie będących jednocześnie producentem ww. aparatu oraz testów i podłoży na nim pracujących. Nadto łączne zestawienie w jednym zadaniu ww. produktów oraz pozostałych produktów, które dla swego zastosowania nie wymagają użycia ww. aparatu nie jest konieczne do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia.

Mając powyższe na uwadze, **wnoszę** o zmianę treści specyfikacji poprzez usunięcie z niej postanowień (zapisów) niezgodnych z przepisami prawa tj. zmianę przedmiotu zamówienia w taki sposób, by odzwierciedlał wymagania Zamawiającego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie producentów i dostawców a w szczególności **poprzez wyodrębnienie do odrębnego zadania testów i podłoży do aparatu mikrobiologicznego wymienionych w poz. 8, 9, 13-15, 23, 28, 30, 32, 37, 38, 42-44, 47-52**, z uwagi na fakt, iż ww. produkty nie są w żaden sposób powiązane z pozostałymi odczynnikami do mikrobiologii manualnej umieszczonymi w Zadaniu nr 1. Nadto odczynniki do mikrobiologii manualnej może zaoferować większa ilość zainteresowanych udziałem w przetargu firm. Przy takim sformułowaniu przedmiotu zamówienia, Zamawiający w znaczny sposób ograniczył udział i konkurencyjność składanych ofert.

Uzasadnienie

I.

Interes prawny spółki Argenta Sp. z o.o. w złożeniu niniejszego protestu polega na tym, iż spółka ta jest podmiotem dokonującym dostaw przedmiotów wskazanych w treści specyfikacji, zamierza złożyć ofertę w opisanym wyżej postępowaniu i pobrała specyfikację.

II.

W toku przetargu nieograniczonego ogłoszonego na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 30 czerwca 2009 roku (nr ogłoszenia: 213508-2009), przez Zamawiającego – Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. Św. Rafała w Czerwonej Górze, na zadanie pn. „Dostawa odczynników i testów do mikrobiologii” prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego w Zadaniu nr 1 w SIWZ, Zamawiający umieścił w ramach jednego zamówienia –jednocześnie testy i podłoża, które mogą znaleźć jedynie zastosowanie przy użyciu aparatu mikrobiologicznego, (poz. 8, 9, 13-15, 23, 28, 30, 32, 37, 38, 42-44, 47-52), oraz odczynniki do mikrobiologii manualnej, które dla swego zastosowania nie wymagają użycia ww. aparatu i które mogą być używane niezależnie od niego, przy jednoczesnym zastrzeżeniu w Pkt. V SIWZ, iż „Zamawiający dopuszcza składanie ofert częściowych. Liczba zadań - 2” – co de facto oznacza niedopuszczalność częściowego wykonania przedmiotu zamówienia w ramach danego zadania. Powyższe powoduje sytuację, iż w sposób nieuzasadniony wymogami i potrzebami Zamawiającego poprzez takie określenie przedmiotu zamówienia Zamawiający doprowadził do ograniczenia konkurencji i spowodował, a praktycznie wyeliminował konkurencję w zakresie złożenia zamówienia na Zadanie nr 1.

III.

Odnosząc się do treści powyższych warunków bezspornie wskazać należy, iż łamią one zakaz określony w art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 2 oraz w art. 29 ust. 2 i 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 roku, nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), tj. postanowienie stanowiące, iż zamawiający nie może określać warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Zamawiający ma obowiązek przygotować i przeprowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Jednocześnie przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Obowiązek powyższy nakładają również przepisy ustawy z dnia 16 lutego 2007 roku o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. 07.50.331 z późn. zm.), zgodnie z którą zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności m.in. na ograniczaniu lub kontrolowaniu produkcji lub zbytu oraz postępu technicznego lub inwestycji, ograniczaniu dostępu do rynku lub eliminowaniu z rynku przedsiębiorców nieobjętych porozumieniem. Porozumienia, te z mocy ust. 2 ww. przepisu są w całości lub w odpowiedniej części nieważne, z zastrzeżeniem art. 7 i 8. Art. 9 ww. ustawy stanowi, iż zakazane jest nadużywanie pozycji dominującej na rynku właściwym przez jednego lub kilku przedsiębiorców. Nadużycie to może polegać w szczególności na: przeciwdziałaniu ukształtowaniu się warunków niezbędnych do

powstania bądź rozwoju konkurencji, narzucaniu przez przedsiębiorcę uciążliwych warunków umów, przynoszących mu nieuzasadnione korzyści, podziale rynku według kryteriów terytorialnych, asortymentowych lub podmiotowych. Jednocześnie czynności prawne będące przejawem nadużywania pozycji dominującej są w całości lub w odpowiedniej części nieważne. Nadto zgodnie z dyspozycją art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych to na Zamawiającym ciąży obowiązek zapewnienia przy przygotowaniu i przeprowadzeniu postępowania zachowania uczciwej konkurencji. Zamawiający nie może, zatem opisywać przedmiotu zamówienia w sposób ograniczający uczciwą konkurencję.

Nadto zgodnie z ustawą z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U.03.153.1503 j.t. z późn. zm.) czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Jednocześnie zgodnie z ust. 2 tegoż przepisu czynem nieuczciwej konkurencji jest m.in. utrudnianie dostępu do rynku, które może wyrażać się m.in. poprzez rzeczowo nieuzasadnione, zróżnicowane traktowanie niektórych klientów jak też działanie mające na celu wymuszenie na klientach wyboru jako kontrahenta określonego przedsiębiorcy lub stwarzanie warunków umożliwiających podmiotom trzecim wymuszanie zakupu towaru lub usługi u określonego przedsiębiorcy.

Obowiązkowi równego traktowania przez zamawiających wszystkich podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego odpowiada uprawnienie potencjalnych wykonawców do traktowania ich w toku postępowania w sposób zapewniający zachowanie zasad uczciwej konkurencji. W tym celu zamawiający obowiązany jest przy dołożeniu należytej staranności eliminować oferty stanowiące czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ww. ustawy (tak m.in. E. Norek, Komentarz do Prawa zamówień publicznych, LexisNexis, Warszawa 2005, s. 37). Tym bardziej na zamawiającym ciąży obowiązek takiego określenia warunków postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz dokonania takiego opisu przedmiotu zamówienia, aby w żaden sposób nie utrudniało to konkurencji między podmiotami biorącymi udział w przetargu.

Prowadzone przez Zamawiającego postępowanie nie spełnia stawianych mu przepisami warunków. Zamawiający, mimo iż co do zasady dokonał podziału całości zamówienia na części (zadania), to w ramach Zadania nr 1, umieścił testy i podłoża, które pracują wyłącznie na aparacie mikrobiologicznym łącznie z odczynnikami do mikrobiologii manualnej, które mogą zostać wykorzystane przy zastosowaniu każdego innego urządzenia, niż ww. aparat. Jednocześnie wskazać należy, iż korzystanie z jednych produktów nie wymaga użycia innych, jeśli zaś określone wyżej produkty, nie wymagają dla swego zastosowania istotnego aparatu, niezrozumiałym i nieuzasadnionym jest, zatem łączne umieszczanie ich w ramach jednego zadania, oraz obrona przez Zamawiającego strategia określenia i opisywania przedmiotu zamówienia. Takie, bowiem sformułowanie przedmiotu zamówienia powoduje naruszenie i utrudnienie uczciwej konkurencji i niewątpliwie narusza zasadę równości dotyczącą równego traktowania oferentów-wykonawców. Zasada ta zakłada, bowiem możliwie jak najszersze dopuszczenie wszystkich oferentów do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Łączne zaś umieszczenie w jednym zadaniu różnych grup produktów prowadzi do wykluczenia innych podmiotów z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, oraz do ograniczenia konkurencji. Takie określenie przedmiotu zamówienia, przy jednoczesnym zastrzeżeniu niedopuszczalności składania ofert częściowych w

obrębie danego zadania jest, niezgodne z art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 2 oraz ustawy Prawo zamówień publicznych.

Owszem, to Zamawiający decyduje, czy przedmiot zamówienia podzielić na części czy też nie. Granice tych decyzji wyznaczają jednakże zasady rządzące postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego tj. zasada uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i przejrzystości postępowania. W przypadku przedmiotowego zamówienia brak podziału zamówienia na części (w zakresie produktów wchodzących w skład Zadania nr 1 stanowi działanie niezgodne z zasadami równego traktowania wykonawców, uczciwej konkurencji oraz z samą specyfiką przedmiotu zamówienia, a także nie jest uzasadnione potrzebami Zamawiającego. To, co kwestionuje Protestujący, to fakt umieszczenia w jednym zadaniu łącznie produktów pracujących wyłącznie na analizatorze mikrobiologicznym z produktami, które nie wymagają dla swego zastosowania tegoż analizatora, przy czym jednoczesne umieszczenie ww. produktów w jednym zadaniu łącznie, nie jest konieczne dla prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia, i bynajmniej nie ma ono wpływu na uzyskanie wyższej jakości i kompatybilności tychże produktów, albowiem te mające zastosowanie w analizatorze, nie są w żaden sposób powiązane z tymi, które dla swego użycia takiego aparatu nie wymagają, lub działają także przy zastosowaniu innych urządzeń. Nadto, w przypadku ewentualnej dostawy ww. produktów przez różne podmioty nie spowoduje to w żaden sposób obniżenia, jakości dostarczonych produktów ani nie będzie miało żadnego wpływu na szybkość wykonywania badań przez Zamawiającego.

Powyższe stanowisko zgodne jest z linią orzecniczą Zespołu Arbitrów przy Urzędzie Zamówień Publicznych. I tak:

W wyroku z dnia 5 maja 2005 roku (wyrok Zespołu Arbitrów przy UZP z dnia 05.05.2005 roku, UZP/ZO/0-855/05 opublikowany w LEX pod numerem 176423) UZP uznał, iż „warunki udziału w postępowaniu nie mogą być ustalone w oderwaniu od specyfiki przedmiotu zamówienia. Nie można żądać od wykonawcy wypełnienia ostrzejszych kryteriów niż te, które są niezbędne do wykonania zamówienia.” Zgodzić się należy, iż to Zamawiający decyduje o tym, czy przedmiot zamówienia podzielić na części, i jaki asortyment w poszczególnych częściach powinien się znajdować (tak wyrok ZAUZP z dnia 28 czerwca 2006 roku, UZP/ZO/0-1809/06, opublikowany w LEX nr 199427) - **obowiązany jest on jednak respektować zasady uczciwej konkurencji będącej jedną z naczelných zasad systemu zamówień publicznych** (tak wyrok ZAUZP z dnia 10 maja 2006 roku, UZP/ZO/0-1306/06, opublikowany w Lex nr 202841). Zamawiający winien przedstawić przekonujące argumenty uzasadniające tego rodzaju grupowanie testów i podłożyć do aparatu mikrobiologicznego wraz z odczynnikami do mikrobiologii manualnej, które są produktami o *de facto* różnym przeznaczeniu i zastosowaniu.

Jednocześnie w wyroku z dnia 14 czerwca 2007 roku (wyrok ZAUZP z dnia 14.06.2007 roku, UZP/ZO/0-670/07, opublikowany w LEX nr 321727) Zespół Arbitrów wyraźnie stwierdził m.in. że:

1. Specyfikacja techniczna opisywana przez Zamawiającego określająca parametry równoważności powinna umożliwić oferentom jednakowy

dostęp do zamówienia i nie może powodować tworzenia nieuzasadnionych przeszkód w dostępie do zamówienia publicznego.

2. Realizując zamówienia w zakresie dostaw lub usług, które mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze lub z przyczyn wynikających z praw wyłącznych, Zamawiający nie może łączyć tych zamówień w całość z innymi częściami zamówienia, które mogą być realizowane przez nieograniczony krąg wykonawców na zasadach uczciwej konkurencji.

Zespół Arbitrów uznał, iż odwołanie od rozstrzygnięcia Zamawiającego, (którym oddalono protest) zasługuje na uwzględnienie. W uzasadnieniu wyroku wskazał, iż „rozumie złożoność przedmiotu zamówienia oraz jego niejednorodność, jednakże stoi na stanowisku, iż opisywanie przedmiotu zamówienia oraz łączenie jego elementów w całość nie może naruszać zasady uczciwej konkurencji oraz ograniczyć dostępu wykonawców do realizacji zamówienia. W ocenie Zespołu Arbitrów, pomimo że Zamawiający przewidział w SIWZ poszczególne fazy realizacji zamówienia, w tym również przygotowanie koncepcji do rozwiązań funkcjonalnych, to jednak przygotowując specyfikacje techniczne sprzętu niezbędnego do realizacji zamówienia, tak opisał przedmiot zamówienia, iż preferuje on jednych wykonawców, eliminując z zamówienia innych. Takie opisanie przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia stanowi naruszenie zasady określonej w art. 29 ust. 3 p.z.p. oraz zasady uczciwej konkurencji i równego dostępu do zamówienia publicznego, określonych w art. 7 ust. 1 p.z.p., utrudniając dostęp do udziału w postępowaniu (...).”

Podsumowując powyższe podnieść należy, iż dokonanie opisu przedmiotu zamówienia jest jedną z najistotniejszych czynności dokonywanych przez zamawiającego w celu przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia. Opisu należy dokonać za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń oraz uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Jednocześnie w art. 29 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych ustawodawca zawarł wyraźny zakaz dokonywania opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Zakazane jest, więc dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia nie tylko takiego, który utrudnia uczciwą konkurencję wskazując na konkretny produkt, ale i taki, który potencjalnie mógłby wpłynąć na konkurencję na rynku. Zakaz ten nie oznacza konieczności nabycia przez zamawiającego dostaw, usług czy robót budowlanych nieodpowiadających jego potrzebom, zarówno, co do jakości, funkcjonalności czy wymaganych parametrów technicznych, a jedynie nakazuje dopuszczyć konkurencję między wykonawcami mogącymi spełnić postawione wymogi w odniesieniu do przedmiotu zamówienia bez ograniczania dostępu do zamówienia. Wydaje się też, że rozpatrując możliwość ograniczenia uczciwej konkurencji przez dokonanie tendencyjnego opisu przedmiotu zamówienia, nie sposób abstrahować od warunków rynku właściwego dla danych dostaw, usług czy robót budowlanych. Dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia na podstawie katalogów jednego z producentów, podział na pakiety (części), tak, że wszystkie produkty w danym pakiecie może dostarczyć tylko jeden wykonawca, jest działaniem utrudniającym uczciwą konkurencję. Warto też podkreślić, że dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia przez wskazanie rygorystycznych wymagań, nieuzasadnionych potrzebami zamawiającego, będzie uprawdopodobniało naruszenie uczciwej konkurencji (tak w Komentarzu do art. 29

ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.07.223.1655 ze zm.), [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2007, wyd. III).

Podobnie w wyroku z dnia 09 kwietnia 2008 roku, KIO/UZP 270/08, opublikowany w LEX nr 395875 – teza 4 i 5, KIO stwierdziła, że: „Zamawiający nie może twierdzić, że nie ograniczył konkurencji, bo pomiędzy wykonawcami oferującymi produkt danej firmy istnieje konkurencja. Takie stanowisko jest sprzeczne z orzecnictwem ETS, który np. w sprawie oprogramowania komputerowego czy sprzętu komputerowego zakazał takiego określania warunków przedmiotowych, które ograniczałyby uczciwą konkurencję do jednego producenta”. **Nadto z opisu przedmiotu zamówienia nie może wynikać wybór konkretnego producenta i jedynie iluzoryczne dopuszczenie rozwiązań równoważnych.** Taki opis przedmiotu zamówienia pozostaje w sprzeczności z art. 29 ust. 1-3 ustawy w związku z art. 7 ust. 1 ustawy i skutkuje koniecznością unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy.

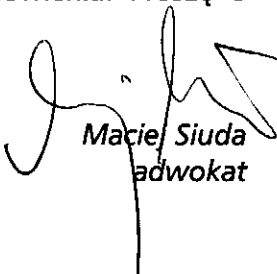
Tożsame stanowisko zajmuje UZP wskazując, iż **„nie można mówić o zachowaniu zasad uczciwej konkurencji w sytuacji, gdy warunki zamówienia są określone w sposób wskazujący albo wprost na konkretnego Wykonawcę, albo poprzez takie określenie wymogów i parametrów dla przedmiotu zamówienia, iż może je spełnić tylko określony oferent”** (wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 27 lipca 2007 roku, UZP/ZO/0-899/07, opublikowany w LEX pod numerem 342087).

V.

Podsumowując powyższe bezspornie stwierdzić należy, iż Zamawiający, wbrew uregulowaniom ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie opisu zamówienia niezgodnie, z art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 2 i art. 29 ust. 2 i 3, doprowadził do ograniczenia i utrudnienia uczciwej konkurencji.

Mając powyższe na uwadze, wnoszę o uchylenie zaskarżonej czynności i zmianę treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie Zadania nr 1 poprzez wyodrębnienie testów i podłoży umieszczonych w poz. 8, 9, 13-15, 23, 28, 30, 32, 37, 38, 42-44, 47-52 Zadania nr 1, do odrębnego zadania, ewentualnie o dopuszczenie możliwości składania oferty częściowej na poszczególne produkty wskazane w ww. Zadaniu.

Protestujący składa niniejszy protest zgodnie z pkt. XXXI. SIWZ w formie pisemnej na adres podany w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Proszę o niezwłoczne potwierdzenie otrzymania niniejszego dokumentu.



Maciej Siuda
adwokat

Załączniki:

1. pełnomocnictwo wraz z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej;
2. odpis z rejestru przedsiębiorców KRS spółki Argenta sp. z o.o.