

Świnoujście, dnia 2007-04-04

WIM/MW/ZP/340/21/PROT-2/1271/2007

1. **Diagnos Sp. z o.o.**
ul. Łączyny 4
02-820 Warszawa
(wnoszący protest)
2. **PROMED Sp. z o.o.**
ul. Krajewskiego 1B
01-520 Warszawa
(wykonawca, który przystąpił do protestu)
3. **Strona internetowa Zamawiającego, na której umieszczono ogłoszenie o zamówieniu i udostępniono SIWZ/WIM/ZP/340/21/2007**

Dotyczy: rozstrzygnięcia protestu wniesionego w dniu 21.03.2007 roku dotyczącego postępowania WIM/ZP/340/21/2007 o zamówienie publiczne pn. „Dostawa aparatury i urządzeń medycznych dla Szpitala Miejskiego im. Alfreda Sokołowskiego przy ul. Mieszka I 7 w Świnoujściu.”

Na podstawie art. 183 ust. 1 i ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 roku (Tekst jednolity Dz. U. z 2006 r. nr 164, poz. 1163 z późn. zm.), po zapoznaniu się z treścią protestu wniesionego w dniu 23 marca 2007 r. roku przez Diagnos Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Łączyny 4, reprezentowaną przez Prezesa Pana Zbigniewa Kidawa postanawiam:

- **oddalić protest w części dotyczącej następujących żądań wykonawcy:**
 - 1) nakazanie Zamawiającemu sprostowania treści ogłoszenia oraz dokonania modyfikacji treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie opisu warunków udziału w postępowaniu oraz określeniu dokumentów wymaganych na potwierdzenie spełniania warunków w sposób zgodny z przepisami Ustawy,
 - 2) w przypadku braku możliwości dokonania sprostowania treści ogłoszenia o zamówieniu oraz modyfikacji treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i usunięcia uchybień w tych dokumentach z uwagi na przepis art. 38 ust. 5 Ustawy, tj. zakaz modyfikacji treści specyfikacji w części dotyczącej warunków udziału w postępowaniu - uwzględnienie protestu i unieważnienie postępowania.
- **uwzględnić protest w części dotyczącej następujących żądań wykonawcy:**
 - 3) usunięcia zapisu o możliwości składania ofert równoważnych na podstawie art. 29 ust. 3 Ustawy.

UZASADNIENIE

Odnosząc się do zawartych w proteście zarzutów firmy Diagnos Sp. z o.o. należy stwierdzić co następuje:

I. Przepis art. 36 ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 roku (Tekst jednolity Dz. U. z 2006 r. nr 164, poz. 1163 z późn. zm.) określa istotnie, co winna zawierać specyfikacja istotnych warunków zamówienia, natomiast Rozporządzenie Komisji Wspólnot Europejskich NR 1564/2005 z dnia 7 września 2005 r. ustanawiające standardowe formularze do publikacji ogłoszeń w ramach procedur zamówień publicznych zgodnie z dyrektywami 2004/17/WE i 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady (Tekst mający znaczenie dla EOG) (Dz.U.UE L z dnia 1 października 2005 r.) określa w załączniku II wzór ogłoszenia o zamówieniu.

Protestujący podnosi, że Zamawiający sporządził specyfikację istotnych warunków zamówienia o treści niezgodnej z ogłoszeniem i wnosi o nakazanie Zamawiającemu sprostowania treści ogłoszenia oraz dokonania modyfikacji treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie opisu warunków udziału w postępowaniu oraz określeniu dokumentów wymaganych na potwierdzenie spełniania warunków w sposób zgodny z przepisami Ustawy.

Należy stwierdzić, że wzór ogłoszenia jest drukiem uniwersalnym przystosowanym do publikacji ogłoszeń o różnych rodzajach i trybach zamówień publicznych. Natomiast trzeba wyraźnie rozróżnić następstwo czynności dokonywanych przez Zamawiającego: najpierw sporządza się specyfikację istotnych warunków zamówienia, a następnie informacje w niej zawarte translokują do druku ogłoszenia.

Już pobieżne zapoznanie się z treścią art. 36 ustawy Prawo zamówień publicznych i wzorem ogłoszenia określonym w zał. II Rozporządzenie Komisji Wspólnot Europejskich NR 1564/2005 z dnia 7 września 2005 r. pozwala stwierdzić, że układ ogłoszenia nie odpowiada ściśle treści przepisu art. 36. Nie znaczy to, że treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie jest niezgodna z treścią ogłoszenia. Otóż jej treść jest zgodna w punktach: 8 i 9, z treścią ogłoszenia w punktach: III.2.1, III.2.2, III.2.3, natomiast z racji formy druku ogłoszenia szyk w jakim w ogłoszeniu znajdują się odpowiednie zapisy specyfikacji istotnych warunków zamówienia jest inny. Nie może to jednak stanowić podstawy do stwierdzenia, że sporządzono specyfikację istotnych warunków zamówienia o treści niezgodnej z treścią ogłoszenia, jak również, że ogłoszenie zawiera informacje inne niż specyfikacja.

Co za tym idzie zarzut sporządzenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia niezgodnie z treścią ogłoszenia o zamówieniu, jak również żądanie modyfikacji treści ogłoszenia nie znajduje uzasadnienia w stanie faktycznym i w tym zakresie Zamawiający uznaje protest za bezzasadny.

II. Odnosząc się do zarzutu sporządzenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego w sposób naruszający przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. jak określa protestujący:

a) stwierdzenie w punkcie 8.1.3. Specyfikacji istotnych warunków zamówienia, że w postępowaniu mogą wziąć udział wykonawcy, którzy złożą ofertę zgodnie z wymaganiami Zamawiającego określonymi w treści SIWZ.

Należy stwierdzić, że przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych stwierdza jednoznacznie, że „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.”

Art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych określa, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu z

postępowania o udzielenie zamówienia, a art. 24 ust. 4 tejże ustawy mówi, że ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą. Ergo odrzucenie oferty jest tożsame z wykluczeniem wykonawcy określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Co za tym idzie również art. 89 ust. 1 pkt 2 określa warunek udziału w postępowaniu i ubiegania się o udzielenie zamówienia, a zamieszczenie zapisu w specyfikacji istotnych warunków zamówienia o treści tożsamej z odpowiednim przepisem ustawy Prawo zamówień publicznych nie może być uznane za naruszenie przepisów ustawy.

W związku z powyższym Zamawiający uznaje protest w tym zakresie za bezzasadny.

b) wymienienia w punkcie 9 i 8 Specyfikacji istotnych warunków zamówienia dokumentów innych niż określone w Rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605) takich jak odpowiednio w punktach SIWZ:

9.1. Wypełniony formularz „Wykaz oferowanych towarów i usług związanych”

9.2. Harmonogram Realizacji dostaw.

9.3. Projekt umowy zaakceptowany przez podpisanie każdej strony formułą „AKCEPTUJĘ” plus podpis osoby upoważnionej do składania w imieniu Wykonawcy oświadczeń woli.

9.5. Dokument lub dokumenty identyfikujące Wykonawcę w obrocie prawnym (...) pełnomocnictwo do reprezentowania podmiotów występujących wspólnie w postępowaniu przez jednego z nich.

9.14. Oryginał upoważnienia osoby podpisującej ofertę (gdy nie wynika ono z treści dokumentów, o których mowa w pkt 9.5 SIWZ).

8.1.1. Ankieta – kwalifikacji do wykonania zamówienia.

Należy stwierdzić, że punkt 9 Specyfikacji istotnych warunków zamówienia istotnie posiada tytuł „OŚWIADCZENIA I DOKUMENTY POTWIERDZAJĄCE SPEŁNIENIE WARUNKÓW UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU.” Natomiast już wnoszący protest na jego 6 stronie cytuje wstęp do powyższego punktu określający:

„Poprawnie przygotowana i złożona oferta (Zamawiający wymaga złożenia oferty na formularzu oferty stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ) zawiera wypełniony formularz oferty i następujące załączniki, w tym oświadczenia i dokumenty potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu:”

Tak, więc punkt 9 określa, co winna zawierać **cała** oferta **w tym** oświadczenia i dokumenty potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu, ale nie tylko. Co za tym idzie:

- Oczywiście jest, że oferta powinna zawierać określony w punkcie 9.1 wykaz oferowanych przez wykonawcę w ramach zamówienia towarów i usług, gdyż inaczej nie wiadomo by było co wykonawca oferuje.
- Oczywiście jest, że oferta powinna zawierać określony w punkcie 9.2 Harmonogram Realizacji dostaw, gdyż inaczej nie wiadomo by było kiedy wykonawca zamierza dostaw dokonać.
- Oczywiście jest, że oferta powinna zawierać określony w punkcie 9.3 projekt umowy by wykonawca biorący udział w postępowaniu mógł się z nim zapoznać i go zaakceptować.
- Oczywiście jest, że w wypadku wykonawców występujących wspólnie oferta powinna zawierać określone w punkcie 9.5. b) odpowiednie pełnomocnictwo gdyż regulują to przepisy Kodeksu cywilnego, do których odwołanie znajduje się w art. 14 ustawy Prawo zamówień publicznych.

- Oczywiście jest, że oferta powinna zawierać określony w punkcie 9.14. oryginał upoważnienia osoby podpisującej ofertę, jeżeli nie jest to osoba wymieniona w dokumentach identyfikujących wykonawcę w obrocie prawnym wymienionych w punkcie 9.5 a), co również regulują przepisy Kodeksu cywilnego.
- Oczywiście jest, że oferta winna zawierać określoną punkcie 8.1.1 Ankietę (będącą w istocie formularzem a nie dokumentem), która pozwoli Zamawiającemu zweryfikować czy wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu jak określa to przepis art. 22 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Aby usunąć wszelkie niejasności, jakie może budzić tytuł punktu 9, Zamawiający w dniu 04.04.2007 r. dokona modyfikacji Specyfikacji istotnych warunków zamówienia w tym zakresie i określi jednoznacznie, że punkt 9 określa zawartość oferty.

W związku z powyższym Zamawiający uznaje protest w tym zakresie za bezzasadny.

- c) żądania przez Zamawiającego na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu następujących dokumentów określonych w punktach:

9.8. Sprawozdanie finansowe albo jego część, a jeżeli podlega ono badaniu przez biegłego rewidenta zgodnie z przepisami o rachunkowości również z opinią o badanym sprawozdaniu albo jego części, a w przypadku wykonawców nie zobowiązanych do sporządzania sprawozdania finansowego, innych dokumentów określających obroty, zysk oraz zobowiązania i należności – za ostatnie 3 lata obrotowe, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - za ten okres.

9.12. Polisa, a w przypadku jej braku inny dokument potwierdzający, że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności

Protestujący podnosi, że Zamawiający żąda powyższych dokumentów sposób nieuprawniony gdyż wg protestującego nie potwierdzają one żadnego z warunków postawionych przez Zamawiającego. Zamawiający, bowiem wg protestującego nie doprecyzował warunków udziału w postępowaniu w odniesieniu do informacji, które potwierdzone mogą być sprawozdaniem finansowym, czy polisą dokumentującą zawarcie umowy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej. W odniesieniu do zdolności ekonomicznej i finansowej zamawiający wymaga jedynie jak wskazuje protestujący, wykazania się posiadaniem przez wykonawców środków finansowych lub zdolności kredytowej dla wykonania zamówienia w wysokości minimum 2 500 000 zł brutto. Jak wskazuje protestujący warunek ten weryfikowany będzie w oparciu o informację z banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo - kredytowej.

Należy stwierdzić, co następuje: przepis § 1 ust. 3 punkt 1 Rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605) określa, że zamawiający może żądać w celu potwierdzenia opisanego przez zamawiającego warunku znajdowania się przez wykonawcę w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia, sprawozdania finansowego albo jego części, a jeżeli podlega ono badaniu przez biegłego rewidenta zgodnie z przepisami o rachunkowości również z opinią odpowiednio o badanym sprawozdaniu albo jego części, a w przypadku wykonawców niezobowiązanych do sporządzania sprawozdania finansowego innych dokumentów określających obroty oraz zobowiązania i należności - za okres nie dłuższy niż ostatnie trzy lata obrotowe, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - za ten okres.

Przepis powyższy nie określa, czy warunek ten ma być określony w sposób stricte matematyczny czy też wywiedziony z przepisu art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, który określa, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy znajdują się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia, nie precyzując przy tym, co ustawodawca miał na myśli pod stwierdzeniem „sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia.”

Przedłożenie przez wykonawcę dokumentów określonych w punkcie 9.8 i 9.12 w obligatoryjnym trybie określonym dla zamówień o wartości równej lub przekraczającej kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8. jak nakazuje art. 26 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, pozwala Zamawiającemu zweryfikować oświadczenie Wykonawcy, że nie podlega on wykluczeniu z postępowania z powodu przesłanek określonych w art. 24 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz umożliwia mu, w wypadku powzięcia wątpliwości w tym zakresie po analizie przedstawionych dokumentów, zażądania od wykonawcy wyjaśnień w trybie określonym w art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W powyższym zakresie Zamawiający uznaje protest za nie mający podstaw i sprzeczny z przepisem art. 26 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

- d) naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 w związku z art. 29 ust. 3 oraz art. 30 ust. 4 Ustawy, poprzez nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w związku ze sporządzeniem specyfikacji istotnych warunków zamówienia z naruszeniem przepisów Ustawy i dopuszczenie składania ofert równoważnych w sposób niezgodny z Ustawą, ponieważ w przedmiotowym postępowaniu zamawiający nie opisał przedmiotu zamówienia w sposób przewidziany art. 30 ust. 1-3 Ustawy. Brak jest zatem podstaw do dopuszczenia możliwości złożenia ofert równoważnych.

Zamawiający uznaje w powyższym zakresie protest za zasadny i dokona odpowiedniej modyfikacji Specyfikacji istotnych warunków zamówienia w tym zakresie poprzez usunięcie podpunktu 1 w punkcie 1.2. na stronie 24 w części III rozdział A dział I SIWZ o treści: „Wszystkie wskazania z nazwy urządzeń, armatury i aparatury kontrolno-pomiarowej należy rozumieć jako określenie wymaganych parametrów technicznych lub standardów jakościowych. Oznacza to, że zgodnie z art. 29 ust.3 Prawa z p Zamawiający dopuszcza składanie ofert równoważnych.”

W związku z powyższym orzeczono jak na wstępie.

Pouczenie

Zgodnie z art. 184 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 roku (Tekst jednolity Dz. U. z 2006 r. nr 164, poz. 1163 z późn. zm.) od niniejszego rozstrzygnięcia protestu przysługuje odwołanie. Odwołanie wnosi się do Prezesa Urzędu w terminie 5 dni od dnia doręczenia rozstrzygnięcia protestu lub upływu terminu do rozstrzygnięcia protestu, jednocześnie informując o wniesieniu odwołania Zamawiającego. Złożenie odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego jest równoznaczne z wniesieniem go do Prezesa Urzędu.

Na podstawie art. 27 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr 19, poz. 177 z późn. zm.) wzywam do potwierdzenia otrzymania niniejszego pisma poprzez fax na numer faxu Zamawiającego 091-327-06-29.