

Warszawa, 16 września 2005 r.

inż. Andrzej Krysztofek  
ul. ZWM 16 m 19  
02-786 Warszawa  
Z-ca Dyrektora Administracyjnego  
ds. Technicznych Akademii Medycznej  
w Warszawie  
tel. 57 20 315  
e-mail: anel@rektorat.amwaw.edu.pl

Do Zarządu Ogólnopolskiego  
Stowarzyszenia Konsultantów  
Zamówień Publicznych

### **Wnioski z arbitraży**

Ostatnio miałem możliwość brania udziału w dwóch arbitrażach dotyczących odmiennie rozstrzygniętych odwołań wykonawców.

Różne składy zespołów arbitrów, różne podejścia i odmienne wyroki.

#### **Arbitraż 1.**

##### **I. Logistyka przygotowania zamówienia:**

Zamawiający (jednostka naukowa) prowadził postępowanie w sprawie dostawy aparatury do badań naukowych. Badania naukowe prowadzone przez jak już wspomniałem jednostkę naukową cechują się tym, że powinny spełniać szczególne wymagania określone przez przyszłego użytkownika tej aparatury a tak naprawdę naukowca, który ma jeden cel –prowadzić przy pomocy tej aparatury prace naukowo-badawcze a wyniki tych badań opisać w swojej pracy naukowej.

Ponieważ szacunkowa wartość tego zamówienia została ustalona na wartość powyżej 60 000 euro, Zamawiający zdecydował, że najkorzystniejszym trybem udzielenia zamówienia będzie tryb przetargu ograniczonego, mając świadomość, że wprawdzie aparatura, którą chce kupić rzadko spotykana, ale może ją dostarczyć nie tylko jeden wykonawca.

Przyznane środki przez jednostkę naukową Komitet Badań Naukowych mają określony termin ich realizacji, a więc również i ten czynnik zamawiający brał pod

uwagę kierując się wyborem trybu, że w trybie przetargu ograniczonego może wyznaczyć krótszy termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w przetargu ograniczonym jednak nie krótszy niż 15 dni [art. 49 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr 19, poz. 177, Nr 96, poz. 959, Nr 116, poz. 1207, Nr 145, poz. 1537 i Nr 273, poz. 2703 oraz z 2005 r. Nr 163, poz. 1362) zwanej dalej p.z.p.] oraz termin składania ofert jednak nie krótszy niż 10 dni (art. 52 ust. 4 u. p.z.p.) spełniając jedną przesłankę „*jeśli zachodzi pilna potrzeba udzielenia zamówienia, zamawiający może*”. A więc zamawiający mając na uwadze znany termin wydatkowania przyznanego środków ocenił, że spełnia tę przesłankę i w ogłoszeniu uwzględnił skrót tych obydwóch terminów. W ogłoszeniu o zamówieniu (Druk ZP-200) w sekcji III.2 „*Informacje dotyczące sytuacji wykonawcy oraz informacje i formalności niezbędne do oceny, czy spełnia on minimalne wymagania ekonomiczne, finansowe i techniczne*” zamawiający wymienił wszystkie potrzebne mu dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu (zgodnie z art. 26 ust. 1 ustawy p.z.p.) określone w Rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 7 kwietnia 2004 r. w sprawie rodzajów dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. z 2004 r. Nr 71, poz. 645). W odpowiedzi na publiczne ogłoszenie o zamówieniu, wnioski złożyło trzech wykonawców. Wszystkie trzy firmy zdaniem oceniającej powołanej do tych celów Komisji Przetargowej spełniły warunki udziału, a więc wszyscy wykonawcy zostali zaproszeni do składania oferty i wszyscy otrzymali specyfikację istotnych warunków zamówienia z wreszcie szczegółowo określonym „szczególnym dla zamawiającego” przedmiotem zamówienia.

## **II. Przebieg postępowania - protest:**

Jeden z wykonawców składa protest na opis przedmiotu zamówienia wskazując jednocześnie, że zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 ustawy p.z.p., gdyż przygotował zamówienie naruszając wskazany artykuł przez użycie w opisie przedmiotu zamówienia parametrów, które wskazują na jednego wykonawcę. Protest dotyczył parametrów ocenialnych zgodnie z przyjętymi w SIWZ i warunkach technicznych kryteriami oceny ofert.

Ponieważ wykonawca oprotestował opis przedmiotu zamówienia a konkretnie niektóre parametry oceniane wskazujące na jednego wykonawcę, zamawiający w ochronie swojego interesu prawnego oddalił protest a w uzasadnieniu wskazał inne firmy, które mogą zrealizować to zamówienie.

### III. Stanowisko zamawiającego:

Zamawiający opisując przedmiot zamówienia w specyfikacji istotnych warunków zamówienia podzielił opis przedmiotu na dwie części: na opis granicznych parametrów technicznych zamawianej aparatury do badań naukowych i opis parametrów technicznych ocenialnych, oferowanych przez wykonawcę, ocenianych przez zamawiającego w kryterium pn. warunki techniczne.

Każdy wykonawca oferujący sprzęt spełniający warunki techniczne określone przez zamawiającego w części - graniczne mógł złożyć ofertę niepodlegającą odrzuceniu.

Zamawiający w warunkach technicznych przyjął bardzo prosty sposób oceny parametrów ocenianych, to jest gdy ten dodatkowy parametr był zaoferowany przez wykonawcę otrzymywał on dodatkową liczbę punktów, w przypadku gdy tego parametru nie zaoferował otrzymywał zero punktów (logika 0 - 1).

### IV. Odwołanie

Wykonawca złożył odwołanie od rozstrzygnięcia protestu przez zamawiającego.

W odwołaniu złożonym do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych utrzymywał swoje zarzuty podniesione w proteście. Doszło do rozprawy arbitrażowej.

### V. Rozprawa.

Zdaniem zespołu arbitrów z powodu braku właściwego pełnomocnictwa zamawiający został wyłączony z arbitrażu. Przy braku przeciwstawności wypowiedzi ( zamawiający nie został dopuszczony do głosu ) zespół arbitrów, w komfortowej sytuacji przyjął sposób myślenia wykonawcy i uwzględnił odwołanie w części.

1. W wyroku zespół arbitrów oddalił odwołanie w kwestii zarzutów dotyczących naruszenia przez zamawiającego art.7.1. ustawy Prawo zamówień publicznych.

*( bardzo ważne rozstrzygnięcie wskazujące na możliwość oddalenia protestu wykonawcy na zarzuty wynikające z przesłanek art. 7 .1 w kontekście zamówienia na dostawę wyrafinowanego technologicznie sprzętu, wyposażenia czy aparatury, które*

*wykonać mogą tylko wykonawcy spełniający precyzyjnie przygotowany przez zamawiającego przedmiot zamówienia ).*

2. W wyroku zespół arbitrów uwzględnił odwołanie w części dotyczącej niespójności parametrów ocenianych przez zamawiającego.

## **VI. Wnioski wynikające z rozprawy na skutek wniesionego odwołania:**

1. Zamawiający w kwestii niekorzystnego wyroku arbitrów zgodnie z art.146 nie może zawrzeć ważnej umowy przed ostatecznym rozstrzygnięciem protestu.

2. Zamawiający w omawianym postępowaniu nie może złożyć skargi na wyrok arbitrów, ponieważ będąc jednostką sektora finansów publicznych zobowiązany jest do wydatkowania przyznanych środków finansowych w terminie.

W związku z powyższym zamawiający zmuszony jest przeprowadzić nowe postępowanie uwzględniające wykonanie unieważniającego postępowanie wyroku zespołu arbitrów.

3. Ewentualna skarga zamawiającego na wyrok arbitrów w omawianym postępowaniu dotyczyłaby następujących zarzutów ( stosownie do argumentów przedstawionych w ust. 2 pozostaje bezprzedmiotowa ):

a) Brak jednoznacznego uzasadnienia dla wyłączenia zamawiającego z arbitrażu; zespół arbitrów podjął decyzję na podstawie wniosku wykonawcy podważającego pełnomocnictwo zamawiającego, bez rozpoznania instrukcji wewnętrznych regulujących zasady reprezentacji zamawiającego.

Zamawiający przy arbitralnej decyzji składu zespołu arbitrów i przy wyłączeniu zamawiającego z rozprawy swoje opinie w tej kwestii mógł przedstawić w formie repliki ustnej po zakończeniu rozprawy.

b) Brak rozpoznania przez zespół arbitrów merytorycznych podstaw oceny parametrów ocenianych przedstawionych przez zamawiającego w SIWZ w kontekście zarzutów przedstawionych w proteście przez wykonawcę.

Postrzegalny jest brak kompetencji zespołu arbitrów do oceny arbitraży dotyczących zamówień na wyjątkowo wyrafinowany technologicznie sprzęt, kiedy zdecydowanie niezbędny jest ekspert, który wyda odpowiednie opinie.

Zarówno wykonawca jak również zespół arbitrów w rozpatrywanej rozprawie do końca nie byli pewni logiki przedstawionych w SIWZ warunków technicznych oceny ofert.

d) Zamawiający biorąc pod uwagę praktykę stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych ocenia, że w przypadku warunków dostępnych dla zamawiającego ( z zastrzeżeniem ust.2 ) skarga kończąca postępowanie odwoławcze jw. złożona do sądu na bezprzykładne nierozpoznanie procesowe odwołania przez zespół arbitrów mogłaby być skutecznie uwzględniona przez sąd.

c) Na podstawie decyzji arbitrów zamawiający ( instytucja sektora finansów publicznych ) musi powtórzyć postępowanie, traci czas ok. 3-ch m-cy, zmuszony jest wliczyć w działalność dodatkowe koszty wynikające z przedstawionej sytuacji.

### **VI.1. Epilog**

Zamawiający stosownie do ust.2 w pkt.V przeprowadził kolejne postępowanie.

Zamawiający na bazie uzyskanych doświadczeń uściślił SIWZ. Zamawiający przedstawił ten sam przedmiot zamówienia. Zamawiający uruchamiając przetarg ograniczony uściślił tylko warunki udziału w postępowaniu.

**Okazało się, że firma która oprotestowała poprzednie postępowanie nie złożyła wniosku o dopuszczenie do przetargu.**

Wnioskując do epilogu dotyczącego przedstawionej historii postępowania zachęcam do jednoznacznego eliminowania wykonawców składających ofertę niezgodną z przedmiotem zamówienia realizowaną poza ewentualnymi nieścisłościami zawartymi w SIWZ.

W przedstawionym opisie realizacja zamówienia zgodnie z zamierzeniem firmy protestującej doprowadziłaby zamawiającego do zakupu sprzętu absolutnie nieprzydatnego dla zamawiającego.

Nawet powtórzenie postępowania z określonymi wymiennie dodatkowymi kosztami skutkuje efektem uzyskania zamówienia zamierzonego przez zamawiającego w przedmiocie zamówienia.

## **Arbitraż II.**

Drugi arbitraż odbył się kilka tygodni później.

### **I. Logistyka przygotowania zamówienia:**

W tym przypadku zamawiający ogłosił postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego o wartości szacunkowej do 60 000 euro na dostawę wraz z instalacją i szkoleniem badawczego mikroskopu stereoskopowego wraz z aparatem cyfrowym z oprogramowaniem i źródłem światła ze światłowodem dwuramiennym.

Zamawiający określił przeznaczenie przedmiotu zamówienia do badań naukowych, nie zaś do badań medycznych, co wskazywałoby, że mikroskop ten ma być określony zgodnie z ustawą z dnia 27 lipca 2001 r. o wyrobach medycznych jako wyrób medyczny.

Zamawiający podobnie jak w poprzednim przetargu określił przedmiot zamówienia przez opis parametrów technicznych granicznych i parametrów dodatkowych ocenianych.

### **II. Przebieg postępowania - protest:**

W wyznaczonym dniu wpłynęły dwie oferty - wykonawca X i wykonawca Y .

Zamawiający zbadał te oferty i wybrał najkorzystniejszą ofertę wykonawcy X.

Wykonawca Y poprosił zamawiającego o wgląd w ofertę wykonawcy X.

Wykonawca Y złożył protest, w którym zarzucił zamawiającemu, że nie odrzucił oferty wykonawcy X, który nie złożył certyfikatu CE lub deklaracji zgodności CE (zgodnie z ustawą z dnia 30 sierpnia 2002 r. o systemie zgodności) na aparat fotograficzny cyfrowy z oprogramowaniem.

W tym samym czasie wykonawca X poprosił o wgląd w ofertę wykonawcy Y.

Wykonawca X złożył protest zarzucając zamawiającemu, że nie odrzucił oferty Y, gdyż w ofercie nie było wymaganego certyfikatu CE lub deklaracji zgodności CE na mikroskop.

Protest wykonawcy X zarzucał wykonawcy Y przedstawienie deklaracji zgodności tylko na podstawie świetlną z podaniem trzech symboli podstaw, lecz żaden z

przedstawionych symboli w deklaracji zgodności CE nie pokrywał się z symbolem zaoferowanej podstawy świetlnej mikroskopu w ofercie.

### III. Stanowisko zamawiającego:

Zamawiający uznał obydwie oferty i odrzucił obie oferty oraz powiadomił obu wykonawców, że postępowanie unieważnił.

### IV. Odwołanie i decyzje zamawiającego

Wykonawca Y złożył protest na czynność zamawiającego odrzucenia jego oferty. W swoim proteście zarzucił zamawiającemu, że naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. przez odrzucenie oferty, która zdaniem protestującego była zgodna z ofertą. W uzasadnieniu protestujący podniósł sprawę prawidłowości dokumentu załączonego do jego oferty. Dokument ten, to właśnie załączona do oferty deklaracja zgodności CE na podstawie świetlną. Przedmiotowa deklaracja zgodności była wystawiona na trzy modele podstawy świetlnej. Protestujący twierdził w swoim uzasadnieniu, że podstawa świetlna jest wyrobem medycznym używanym do diagnozy *in vitro*, w związku z tym podlega ustawie z dnia 20 kwietnia 2004 r. o wyrobach medycznych (Dz. U. Nr 93 poz. 896).

Protestujący po przywołaniu przepisu artykułu 17 ust. 3 wymienionej ustawy stwierdził, że deklaracja zgodności załączona do oferty protestującego jest wystawiona zgodnie z przepisami na wyrób medyczny. Wszystkie inne elementy mikroskopu protestujący potraktował jako wyposażenie dodatkowe, a więc nie będące wyrobem medycznym, lecz przez wytwórcę przeznaczone do stosowania razem z wyrobem posiadającym deklarację zgodności.

Zamawiający oddalił protest, gdyż zdecydowanie stwierdził, że w żadnym miejscu specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie określił, że zamawia mikroskop do celów medycznych.

Przedmiotem zamówienia był mikroskop do zadań badawczo-naukowych, a więc niepodlegający przepisom ustawy o wyrobach medycznych.

Wykonawcę obowiązują wymagania dotyczące SIWZ związane z przedstawieniem certyfikatu CE lub deklaracji zgodności CE na wyrób dopuszczony do obrotu zgodnie z art. 9 ust. 1 ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. o systemie oceny zgodności (Dz. U. Nr 166, poz. 1360 oraz z 2003 r. Nr 80, poz. 718).

Ponadto deklaracja zgodności załączona do oferty nie dotyczy produktu oferowanego.

Wykonawca odwołał się od tej decyzji do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

#### **V. Rozprawa.**

Przedstawiciel wykonawcy podtrzymał wszystkie zarzuty wymienione w odwołaniu twierdząc, że załączoną deklarację zgodności CE składa do wszystkich postępowań przetargowych.

Zamawiający udowodnił, że deklaracja zgodności powinna być wystawiona na oferowany mikroskop do celów badawczo-naukowych i deklaracja zgodności CE na podstawie mikroskopu do celów medycznych pozostaje poza wymaganiami SIWZ określonymi przez zamawiającego.

Ponadto drugi wykonawca załączył do swojej oferty odpowiednią deklarację zgodności CE na mikroskop do celów badawczo-naukowych.

W wyniku przedstawionych przez zamawiającego argumentów zespół arbitrów oddalił w całości odwołanie wykonawcy.

#### **VI. Wnioski wynikające z rozprawy na skutek wniesionego odwołania:**

W przypadku przedstawionego postępowania zamawiający był dopuszczony do głosu i mógł udowodnić, że dokument, którego zażądał jest dokumentem ważnym i właściwym z punktu widzenia celów, które zamierza zrealizować.

Wykonawca świadomie załączył deklarację zgodności na produkt zakwalifikowany, jako wyrób medyczny.

Na wyrób medyczny naliczona jest stawka podatku od towarów i usług w wysokości 7%, a nie 22%, co stanowi istotny argument konkurencyjny w każdym postępowaniu przetargowym – 15% różnicy w cenie.

W tym przypadku zamawiający pokonał poważną barierę związaną z uprzywilejowanym wchodzeniem przez firmy z tzw., „dołem” tj. poniżej rynkowych kosztów oferowanego sprzętu niezgodnego z założonymi przez zamawiającego wymaganiami technologicznymi określonymi w przedmiocie zamówienia.

Jeszcze raz, nawet w kontekście przedstawionych dwóch arbitraży wypływa jeden podstawowy wniosek – skuteczność postępowania musi uwzględniać precyzję przygotowania SIWZ.

Ochronę przed arbitrażem i skutkami niejednokrotnie bezprzedmiotowych protestów wykonawców stanowi odpowiednio przygotowana specyfikacja.

Dlatego jako wniosek z tych postępowań arbitrażowych proponowałbym spowodować dokonanie zmian w przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych, polegających na dodaniu do art. 188 ustępu 7 o treści:

**7. W trakcie rozprawy dozwolone jest:**

- 1) kontaktowanie się upoważnionego przedstawiciela strony z osobami trzecimi, o ile jest to konieczne i nie wpływa w sposób istotny na przedłużenie toku rozprawy celem uzupełnienia dokumentacji,**
- 2) zakwestionowanie przez upoważnionego przedstawiciela strony rozpoznania przez zespół arbitrów dokumentów potwierdzających prawidłowość wystawienia upoważnienia do reprezentowania strony,**
- 3) zakwestionowanie przez rozpoznania przez zespół arbitrów merytorycznych aspektów przedmiotu zamówienia,**
- 4) upoważnionemu przedstawicielowi strony stosownie do postanowień pkt.2 i pkt.3 przysługuje prawo do złożenia wniosku do zespołu arbitrów o powołanie eksperta.**

Andrzej Krysztofek.