



Miejski Ośrodek Sportu i Rekreacji w Mikołowie

43 - 190 Mikołów, ul. Konstytucji 3 Maja 22, adres korespondencyjny: 43 - 190 Mikołów, ul. Kolejowa 2
tel. (0-32) 324 26 03, fax. (0-32) 324 26 88, e-mail: mosirmikolow@interia.eu, NIP: 635-177-49-54

Mikołów, dnia 10 grudnia 2009 roku

SZ-3432-13-/09

Fiber Polska
ul. Żwirki i Wigury 56
43-190 Mikołów

Dyrektor Miejskiego Ośrodka Sportu i Rekreacji w Mikołowie działając na podstawie art. 180 ust. 7 ustawy prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 roku (Dz. U z 2007 roku Nr 223 poz. 1655 z późn. zm.), po rozpatrzeniu protestu wniesionego dnia 04 grudnia 2009 roku dotyczącego postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem zamówienia jest *„Dostawa środków do uzdatniania wody basenowej, środków czyszczących, dezynfekujących oraz środków do pomiaru wody basenowej”* postanawia odrzuć protest w całości jako wniesiony przez osobę nieuprawnioną

UZASADNIENIE

W dniu 4 grudnia 2009 roku w formie pisemnej do Zamawiającego wpłynął protest dotyczący treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ). Protestujący zarzucił Zamawiającemu:

1. naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 oraz art. 30 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który wskazuje na konkretnego producenta oraz konkretny produkt, a tym samym zasad równego traktowania wykonawców oraz zachowanie uczciwej konkurencji (dot. chloru nieorganicznego w pastylkach 7g oraz środka korygującego pH i koagulacyjnego)

Protestujący zażądał modyfikacji SIWZ na podstawie art. 38 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez:

1. wykreślenie z treści dot. zamawianych pastylek chloru nieorganicznego ich wagi 7g, a jedynym kryterium artykułu może być: podanie składu chemicznego tabletki, norm DIN określającej skład i jakość tych pastylek lub podania zakresu wagi jednej pastylki np. od 7 g do 10 g lub od 5 g – 20g – tak aby nie były zbyt duże,
2. wykreślenie a treści dot. środka korygującego pH wody i koagulacyjnego zawartości kwasu siarkowego, gęstości, ich wartość pH. Jedynym kryterium powinno być przeznaczenie danego środka oraz norma określająca ich skład. Skład chemiczny

może być tylko przykładem.

Protest został podpisany przez Pana Tomasza Kura.

Do protestu nie załączono żadnego dokumentu potwierdzającego prawo do reprezentacji Protestującego (odpis KRS lub pełnomocnictwo). W treści protestu brak jest również informacji o załączeniu do protestu odpisu lub pełnomocnictwa.

Zgodnie z zapisem art. 180 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, zamawiający odrzuca protest wniesiony po terminie, wniesiony przez podmiot nieuprawniony lub protest niedopuszczalny na podstawie art. 181 ust. 6.

Zgodnie z wyrokiem Zespołu Arbitrów przy UZP 2007-03-07, UZP/ZO/0-214/07 „(...) Zamawiający nie jest zobowiązany do „dochodzenia”, czy osoba podpisująca się pod dokumentami jest osobą należycie umocowaną do dokonywania danej czynności. To obowiązkiem wykonawców jest by złożyć w toku postępowania prawidłowe dokumenty(...)”.

Zarówno w doktrynie jak i w bogatej linii orzeczniczej Zespołu Arbitrów panuje pogląd, że protest podpisany przez osobą nieuprawnioną do reprezentacji Wykonawcy należy traktować jako protest złożony przez podmiot nieuprawniony, o którym mowa w art. 180 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych(Pzp).

Dokonanie czynności wniesienia protestu z naruszeniem prawidłowej reprezentacji należy kwalifikować jako czynność dokonaną przez podmiot nieuprawniony. W ustawie Pzp nie ma bowiem definicji podmiotu nieuprawnionego, które to określenie użyte jest w art. 180 ust.7. Pojęcie podmiotu nieuprawnionego należy jednak interpretować szeroko. Nieuprawnionym jest zarówno ten podmiot, który nie ma interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia, jak i ten, który jest nienależycie reprezentowany przy wnoszeniu protestu. Jednocześnie zdaniem arbitrów, ustawodawca nie dał możliwości uzupełnienia braków formalnych protestu.

Zgodnie z art. 89 §1 Kodeksu Postępowania Cywilnego osoba działająca za podmiot, który reprezentuje zobowiązana jest załączyć pełnomocnictwo mocodawcy lub wierzitelny odpis tego pełnomocnictwa.

Do skutecznego wniesienia protestu, oprócz dochowania ustawowego terminu na jego wniesienie, konieczne jest podpisanie protestu przez osobę uprawnioną do reprezentacji firmy. Osobą taką jest osoba, której upoważnienie do reprezentowania protestującego wynika z odpowiedniego rejestru (np. KRS) albo ewidencji działalności gospodarczej. Osobą taką jest również właściwie ustanowiony pełnomocnik, przy czym dla podpisania protestu wystarczające jest podpisanie pełnomocnictwa rodzajowego. *Istotnym jest, aby dokumenty potwierdzające prawo do reprezentacji protestującego były dołączone do protestu* (postanowienie Zespołu Arbitrów z 07.07.2004r. UZP/ZO/0-1014/04; z 12.08.2004r.

UZP/ZO/0-1253/04; z 30.12.2004r. UZP/ZO/0-2266/04).

Ponadto Zamawiający z ostrożności procesowej podnosi także argumenty merytoryczne dotyczące niezasadności protestu.

W odniesieniu do zarzutów należy stwierdzić, że w SIWZ, Zamawiający podał, w opisie części I przedmiotu zamówienia (środki do uzdatniania wody basenowej w pastylkach), że zamawia „*środek biobójczy kat I, gr. 2 pastylki o właściwościach bakteriobójczych, przeznaczone do dezynfekcji wody basenowej oraz wody przeznaczonej do spożycia. Bezbarwny granulak o ostrym zapachu chloru, rozkładający się w podwyższonej temperaturze (> 175°C), gęstość 0.8g/cm³ w 20°C, pH 10.5 – 11.5 (roztwór o stężeniu 10g/l, 20 g/l, 20°C). Pastylki 7g*”, oraz w opisie części II przedmiotu zamówienia (środki do uzdatniania wody w płynie), że zamawia „*preparat do uzdatniania wody, środek korygujący pH w płynie o zawartości kwasu siarkowego ponad 51%, gęstość 1.42g/cm³ w 20°C, pH<0.5 w 20°C*”.

Zamawiający posiada na wyposażeniu dozownik, w którym należy stosować środki w tej konkretnej aparaturze, a nie w jakiegokolwiek innej. Dozownik jest przeznaczony do stosowania tylko i wyłącznie ściśle określonych środków chemicznych, gdyż według producenta aparatury poszczególne elementy dozownika, średnice przewodów i sposób rozpuszczania, zostały tak zaprojektowane by zapewnić bezawaryjne działanie z zastosowaniem środków, które mają ściśle określony kształt, twardość i wagę. Urządzenia były testowane z użyciem tylko tego środka i w przypadku stosowania innych środków chemicznych praca urządzenia może okazać się nieprawidłowa, a tym samym zagrażać zdrowiu kąpiących się. Zamawiający jako podmiot odpowiedzialny za pływalnię, więc jednocześnie za właściwe uzdatnianie wody basenowej, a tym samym za bezpieczeństwo i komfort korzystających z publicznej pływalni nie może ryzykować, że na skutek użycia niewłaściwych środków narazi na szwank zdrowie osób kąpiących się. W związku z tym, że Zamawiający posiada już konkretne urządzenie to opisanie przedmiotu zamówienia - środków do uzdatniania wody basenowej do tej aparatury, przy zastosowaniu takich wymogów, które zapewniają prawidłowe działanie urządzenia jest w pełni uzasadnione.

Zamawiający podkreśla, że podał w specyfikacji istotnych warunków zamówienia skład chemiczny oraz opis środków do uzdatniania wody jako użytkownik a nie producent.

Działanie Zamawiającego ma swoje niekwestionowane uzasadnienie w orzecznictwie Zespołu Arbitrów przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych (wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 7 marca 2007 roku sygn. Akt UZP/ZO/0-207/07). Zgodnie z ukształtowaną i konsekwentną linią orzecznictwa „*Zamawiający ma prawo określić przedmiot zamówienia oraz warunki udziału w postępowaniu w sposób odpowiadający jego indywidualnym potrzebom. Fakt, iż wymogi określone zostały w sposób, który nie pozwala wziąć udziału*

w postępowaniu wszystkim działający w danej branży na rynku podmiotom, nie przesądza, iż doszło do naruszenia zasad uczciwej konkurencji.

Nie można mówić o naruszeniu zasad uczciwej konkurencji w sytuacji, gdy zdolnych do realizacji zamówienia jest większa, choć wąska grupa podmiotów”.

Znamienny jest jednak pogląd wyrażony w wyroku Zespołu Arbitrów z dnia 7 lutego 2005 roku (sygn. Akt UZP/ZO/0-175/05), zgodnie z którym *„Wskazanie w SIWZ wymogów technicznych dotyczących przedmiotu zamówienia trudnych do spełnienia przez Odwołującego lub innego oferenta nie stanowi dostatecznych podstaw do uznania, że przedmiot zamówienia określony został w sposób naruszający zasady wynikające z art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 2 oraz art. 29 ust 2 ustawy Prawo Zamówień Publicznych”.*

Analogiczne stanowisko prezentowały Zespoły Arbitrów także w nowszych orzeczeniach. W wyroku z dnia 2 października 2007 roku (sygn. akt UZP/ZO/0-1177/07) wskazano, iż *„Określenie przedmiotu zamówienia w sposób obiektywny nie musi oznaczać konieczności zdolności realizacji zamówienia przez wszystkie podmioty ubiegające się o zamówienie”.*, zaś w wyroku z dnia 26 kwietnia 2007 roku (sygn. akt UZP/ZO/0-484/07), że *„Zamawiający jest uprawniony do opisanie przedmiotu zamówienia w sposób uwzględniający jego potrzeby, o ile jest to zgodne z prawnie chronionymi interesami wykonawców/dostawców i nie ma obowiązku takiego formułowania wymogów, aby zapewnić możliwość zrealizowania zamówienia przez wszystkie podmioty działające na rynku w danej branży i w odniesieniu do wszystkich produktów oferowanych na rynku”.*

Mając na uwadze powyższe zarzut stawiany przez protestującego zamawiającemu należy uznać jako chybiony.

Pouczenie o terminie i sposobie wniesienia środka odwoławczego:

Zamawiający informuje, iż odwołanie przysługuje wyłącznie od rozstrzygnięcia protestu dotyczącego:

1. opisu sposobu oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu,
 2. wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego,
 3. odrzucenia oferty
- co nie ma zastosowania w przedmiotowej sprawie

.....
(kierownik Zamawiającego)



BASENY * UZDATNIANIE WODY



Mikołów dn. 3.12.2009

MOSiR
ul. Konstytucji 3 Maja 22
43-190 Mikołów
tel 032-324-26-03
fax 032-324-26-88

Protestujący: FIBER-POLSKA, ul. Wierzbowa 17, 43-170 Łaziska Górne
ul. Żwirki i Wigury 56, 43-190 Mikołów tel.032-7383603 fax 032-7383609

Zamawiający: MOSiR Mikołów

PROTEST

wobec treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia sformułowanych przez Zamawiającego w toku postępowania o zamówienie publiczne na dostawę środków chemicznych do uzdatniania wody basenowej, środków czyszczących, dezynfekujących oraz środków do pomiaru wody basenowej na potrzeby MOSiR Mikołów.

Protestujący powziął wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę do wniesienia protestu w dniu 2.12.2009r., z treści siwz. Niniejszy protest jest wnoszony do Zamawiającego w dniu 3.12.2009r., co czyni zadość wymaganiom art. 180 ust. 2 Pzp.

Na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r., Prawo zamówień publicznych zwanej dalej „Pzp”, wnoszę protest na czynności Zamawiającego, polegającego na sporządzeniu specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz) nie zgodnie z przepisami Pzp, w szczególności zarzucam Zamawiającemu:

1. naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 Pzp, oraz art. 30 ust. 1, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia publicznego w sposób, który wskazuje na konkretnego producenta oraz konkretny produkt, a tym samym naruszenie zasad równego traktowania wykonawców oraz zachowania uczciwej konkurencji (dot. Chloru nieorganicznego w pastylkach 7g oraz środka korygującego pH i koagulacyjnego).

Powyższe niezbitcie dowodzi naruszenia interesu prawnego Protestującego w uzyskaniu zamówienia i stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania ze środków ochrony prawnej, o których mowa w art. 179 Pzp.

W związku z tym żądam dokonania modyfikacji siwz na podstawie art. 38 ust. 4 Pzp poprzez:

1. wykreślenie z treści dot. zamawianych pastylek chloru nieorganicznego ich wagi 7g, a jedynym kryterium artykułu może być: podanie składu chemicznego tabletki, normy DIN określającej skład i jakość tych pastylek lub podania zakresu wagi jednej pastylki np. od 7g do 10g lub od 5g – 20g – tak aby nie były zbyt duże.

2. wykreślenie z treści dot. środka korygującego pH wody i koagulacyjnego zawartości kwasu siarkowego, gęstości, ich wartości pH. Jedynym kryterium powinno być przeznaczenie danego środka oraz norma określająca ich skład. Skład chemiczny może być tylko przykładem.

UZASADNIENIE

Ad 1. Wykonawca po zapoznaniu się ze sporządzoną przez Zamawiającego Siwz, powziął uzasadniona wątpliwość odnośnie prawidłowości jej sporządzenia w zakresie określenia parametrów tabletek chloru nieorganicznego. Aby zapobiec niepożądanym konkurencji Zamawiający wprowadził zapis, iż tabletki powinny mieć wagę 7g. Określenie takiego wymogu zdaniem Protestującego wykracza poza funkcjonalne i jakościowe określenie przedmiotu zamówienia na które wskazuje i pozwala ustawa.

Kluczowym jest fakt, iż jest tylko jeden producent produkujący pastylki o takiej wadze: firma HTH Arch Chemical oraz fakt, iż waga tabletki nie ma żadnego znaczenia przy stosowaniu podchlorynu wapnia w urządzeniach przepływowych, a tylko jej skład chemiczny (patrz obiekty gdzie stosowane są tabletki 10g: MOSiR Jastrzębie Zdrój Pływalnia „Laguna” tel. 032 47 52 500, Pływalnia Miejska OSiR w Kętach, Pływalnia szkolna: Sportowa Szkoła Podstawowa Nr 19 w Tychach, tel. 032 227 68 25, Zespół Szkół Ogólnokształcących Nr 7 w Katowicach, tel. 032 254 03 71).

W związku z tym inni producenci, którzy produkują pastylki o tym samym składzie lecz innej wadze zostali pozbawieni możliwości złożenia oferty.

Firma HTH nie ma prawa wymagać pod rygorem utraty gwarancji na urządzenie dozujące stosowania tabletek jej produkcji. Na terenie UE taki proceder jest niedozwolony. Może jedynie zalecać ich stosowanie. Jednak taki proceder na terenie Polski próbuje stosować polski dystrybutor HTH czym łamie praw o zachowaniu konkurencji.

Trzeba zaznaczyć, iż cały mechanizm sprzedaży dozowników HTH polega na montażu stosunkowo tanich i prostych dozowników, a później wymuszaniu na Użytkownikach kupowania drogich tabletek 7g. Jest to obecnie najdroższy system chlorowania wody basenowej. Dodatkowo jest zawodny i kłopotliwy ze względu na częste zatykanie się przewodów wapnem zawartym w tych tabletkach. Obecnie w Niemczech system ten jest wycofywany. W Polsce wiele basenów przechodzi na dozowanie cieczą.

Biorąc pod uwagę powyższe opisanie przedmiotu zamówienia publicznego w sposób zawarty w siwz jest niezgodne z przepisami Pzp, w szczególności z art. 7 ust. 1 oraz z art. 29 ust. 2 Pzp.

Ma to również potwierdzenie w piśmiennictwie i orzecznictwie.

1. Przykładowo: „.....z pośrednią dyskryminacją lub uprzywilejowaniem sensu stricto stykamy się wtedy, gdy Zamawiający wprawdzie nie opisuje przedmiotu zamówienia przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, ale posługuje się parametrami wskazującymi na konkretnego producenta (dostawcę) lub konkretny produkt. Dlatego zgodnie z utrwaloną linią orzeczniczą zespołów arbitrów zamawiający przy opisie przedmiotu zamówienia powinien unikać wszelkich parametrów, które wskazywałyby na konkretny wyrób lub konkretnego wykonawcę. Przykładem może być uznanie przez ZA w wyroku z 12 kwietnia 2005r., sygn. UZP/ZO/0-65/05, że: „Zamawiający powinien unikać wszelkich parametrów, które wskazywałyby na konkretny wyrób albo na konkretnego wykonawcę. Brak podstaw do twierdzenia o zachowaniu zasady uczciwej konkurencji w sytuacji, gdy przedmiot zamówienia określony jest w sposób wskazujący na konkretny produkt, przy czym nie musi on być nazwany przez zamawiającego, wystarczy, że wymogi i parametry dla przedmiotu zamówienia określone są tak, że aby je spełnić oferent musi dostarczyć ten jeden konkretny produkt” (zob. G. Wicik, P. Wiśniewski, „Prawo zamówień publicznych”, CH Beck, Warszawa 2007, str. 215 i 216).

Ad 2 Określenie zawartości kwasu siarkowego w preparacie pH minus jako większe niż 51% oznacza, iż możliwe jest dostarczenie preparatu o zawartości kwasu siarkowego w ilości 100% a więc czystego kwasu siarkowego co jest zabójcze dla instalacji i urządzeń automatyki pracujących na pływalni. Zawartość kwasu nie ma decydującego znaczenia na jakość środka. Oprócz kwasu siarkowego w tym preparacie mogą znajdować się inne kwasy oraz tzw. inhibitory korozji co czyni go środkiem o wyższej jakości.

Wymóg gęstości (dla pH= 1,42 g/cm³ czy 1,16 g/cm³ dla koagulanta) nie ma żadnego znaczenia a powoduje jedynie to, iż inny dostawca, który ma środek o gęstości np. 1,5 g/cm³ zostaje pozbawiony możliwości złożenia oferty.

Mając na uwadze powyższe wnosimy o uwzględnienie naszego protestu i takie sformułowanie Siwz, które zagwarantuje zachowanie zasad uczciwej konkurencji.

Z poważaniem

Tomáš Kura



INSTALACJE BAZENOWE - UZDATNIANIE WODY
FIBER - POLSKA
Biuro techniczno-handlowe
43-190 Mikołów, ul. Żwirki i Wigury 56
www.fiber-polska.pl biuro@fiber-polska.pl
NIP 635-100-15-02 Regon 272302240
tel. 032/7383603, tel./fax 032/7383609, tel. kom. 0502380417