

**Kancelaria Radcy Prawnego**  
**dr Andrzej T. Stenkiewicz**  
ul. Koszykowa 31 lok.1; 00-553 Warszawa; tel. 626 84 36; fax. 626 84 38

---

Warszawa, dnia 08.07.2013r.

AT  
8 VII 13  
M

Prezes  
Krajowej Izby Odwoławczej  
przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych  
ul. Postępu 17a  
02-676 Warszawa

**Zamawiający:**

**Wojewódzki Inspektorat Ochrony Środowiska**

**w Warszawie**

ul. Bartycka 110A

00-716 Warszawa

TEL 226510660

E-MAIL [warszawa@wios.warszawa.pl](mailto:warszawa@wios.warszawa.pl)

FAX 226510676

**Odwołujący :**

**Marcin JANIK**

prowadzący działalność gospodarczą

pod firmą MARCIN JANIK ENVI- SYSTEM

Osiedle Sienkiewicz 6 lok.1

32-080 Zabierzów

ZŁOŻONO OSOBIŚCIE

DNIA 08.07.2013

Wojewódzki Inspektorat Ochrony Środowiska w Warszawie  
**KANCELARIA**

Wpłynęło dnia: 2013 -07- 08

L. dz. 5766

PODPIS

TEL 519-193-10

FAX 12 378-40-53

E-MAIL: envisystem@gmail.com

**reprezentowany przez radcę prawnego**

**dr Andrzeja T. Stenkiewicza**

Adres do doręczeń:

Kancelaria Radcy Prawnego

ul. Koszykowa 31 lok. 00-553 Warszawa

## **ODWOŁANIE**

od niezgodnej z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U z 2010 roku nr 113, poz. 759 z późn. zm.) czynności Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę aparatury kontrolno-pomiarowej oraz sprzętu pomocniczego dla WIOŚ w Warszawie ,podzieloną na 6 zadań obejmujących: analizatory tlenków azotu i ozonu, kalibratory z generatorami powietrza zerowego, pyłomierze automatyczne PM10/PM2,5 i PM10, system kontroli pracy manualnych poborników pyłu, zestawy zasilaczy UPS, wagę analityczną, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego z dopuszczeniem ofert częściowych , numer ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2013/S 124-212469, ogłoszenie opublikowane dnia 28.06.2013r., które to naruszenie może mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Na podstawie udzielonego i załączonego do odwołania pełnomocnictwa oraz art. 180 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. – Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U z 2010 roku nr 113, poz. 759 z późn. zm.) oraz przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. nr 48, poz. 280) w imieniu Odwołującego **składam odwołanie wobec treści ogłoszenia** o zamówieniu opublikowanego dnia 28 czerwca 2013r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2013/S 124-212469 **oraz wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia** opublikowanych na stronie internetowej Zamawiającego na dostawę aparatury kontrolno-pomiarowej oraz sprzętu pomocniczego dla Wojewódzkiego Inspektoratu Ochrony Środowiska w Warszawie ,podzieloną na 6 zadań obejmujących: analizatory tlenków azotu i ozonu, kalibratory z generatorami powietrza zerowego, pyłomierze automatyczne PM10/PM2,5 i PM10, system kontroli pracy manualnych poborników pyłu, zestawy zasilaczy

UPS, wagę analityczną, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego z dopuszczeniem ofert częściowych.

Zamawiającemu **zarzucam:**

1. Naruszenie art. 29 ust.1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez niejednoznacznie i niewyczerpujące opisanie przedmiotu zamówienia, tj. analizatora ozonu w sposób uniemożliwiający jednoznaczna ocenę, czy urządzenie musi być dwukomorowe, czy też powinno działać jako dwukomorowy analizator ozonu, które to naruszenie może mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.
2. Naruszenie art. 29 ust.2 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 7 ust.1 Prawa zamówień publicznych poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, tj. poprzez określenie wymogów technicznych, które muszą spełniać urządzenia objęte oferta potencjalnego Wykonawcy w sposób narzucający produkty firmy Thermo, która ma tylko jednego przedstawiciela na terenie Polski, które to urządzenia jako jedyne spełniają kryteria Zamawiającego przy jednoczesnym braku wskazania okoliczności uniemożliwiających zastosowanie urządzeń innych producentów, które to naruszenie może mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia
3. Naruszenie art. 36 ust.1 pkt.17 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 32 ust.4 Prawa zamówień publicznych i art. 180 ust.1 i ust.2 Prawa zamówień publicznych poprzez zawarcie w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz w ogłoszeniu opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pouczenia wprowadzającego w błąd co do ograniczonych możliwości wykorzystania środków ochrony prawnej przysługującej w toku postępowania o udzielenie zamówienia, które to naruszenie może mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.
4. Naruszenie art. 36 ust.1 pkt.3 ustawy Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 30 ust.4 Prawa zamówień publicznych poprzez niewskazanie w ogłoszeniu opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, że Zamawiający dopuszcza rozwiązania równoważne, które to naruszenie może mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Wytaczając powyżej wskazane zarzuty, **wnoszę o:**

1. uwzględnienie odwołania w całości,
2. nakazanie unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia objętego odwołaniem,
3. alternatywnie – nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności opublikowania SIWZ oraz ogłoszenia po dostosowaniu treści ww. dokumentów do obowiązującego prawa zamówień publicznych,

4. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania oraz zwrotu kosztów zastępstwa w postępowaniu odwoławczym w kwocie 3.600,00zł.

Nadto Odwołujący wnosi o **dopuszczenie dowodu**:

1. z dokumentu w postaci Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia opublikowanej na stronie internetowej Zamawiającego,
2. z dokumentu w postaci ogłoszenia opublikowanego w dniu 28 czerwca 2013r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2013/S 124-212469,
3. z ustnej opinii biegłego (przesłuchania) doktora Jacka Gębickiego pracownika naukowego na Wydziale Chemii Uniwersytetu Gdańskiego na okoliczność wskazania wyrobów w zadaniu nr 1 i 3 w sposób narzucający produkty konkretnych producentów, dystrybuujących urządzenia spełniające kryteria na rynku polskim na zasadzie wyłączności oraz braku uzasadnienia dla niedopuszczenia przez Zamawiającego alternatywnych rozwiązań innych producentów oraz opisanie przedmiotu zamówienia, tj. analizatora ozonu w sposób uniemożliwiający jednoznaczna ocenę, czy urządzenie to musi być dwukomorowe, czy też powinno działać jako dwukomorowe; wezwanie proszę kierować na adres: Gdańsk 80 - 034 ul. Wawelska 31/8,
4. z przesłuchania Odwołującego na okoliczności wskazane w zarzutach.

#### UZASADNIENIE

W dniu 28 czerwca 2013r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej na wniosek Zamawiającego – Wojewódzkiego Inspektoratu Ochrony Środowiska w Warszawie opublikowano ogłoszenie informujące o przetargu nieograniczonym z dopuszczeniem ofert częściowych na dostawę aparatury kontrolno-pomiarowej oraz sprzętu pomocniczego dla WIOŚ w Warszawie.

Nadto na stronie internetowej Zamawiającego opublikowano SIWZ. Zgodnie z art.36 ust.1 pkt.3 Pzp Specyfikacja istotnych warunków zamówienia powinna zawierać opis przedmiotu zamówienia. Kryteria jakim musi odpowiadać powołany zakres SIWZ został sprecyzowany przez ustawodawcę w art. 29 ust.1 i ust.2 Pzp. W treści powołanych przepisów ustawodawca wskazał, iż przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Wbrew przywołanym przepisom ustawy, Zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia w sposób niespełniający wskazanych powyżej kryteriów. W zadaniu nr 1 punkt B (str. 19 SIWZ) , w opisie tej części dostawy, Zamawiający wskazał, że: „, Analizator musi

spełniać wymagania normy EN 14625 i **działać jako analizator dwukomorowy ozonu.**” Natomiast na str. 21 SIWZ w formularzu cenowym zawarto stwierdzenie, że: „**Fabrycznie nowy dwukomorowy** analizator ozonu (spełniający wymagania normy EN 14625).

Powyżej przytoczone zapisy są niejasne i niejednoznaczne, nie sposób bowiem w oparciu o ich treść rozstrzygnąć, czy intencją Zamawiającego jest zawarcie umowy dostawy analizatora ozonu działającego jako analizator dwukomorowy i potrzeby Zamawiającego spełni analizator z jedną celą pomiarową, ale z przełącznikiem naprzemiennie przepuszczającym strumień z powietrzem mierzonym oraz strumień z gazem referencyjnym, czyli spełniający wszystkie funkcje miernika dwukomorowego, czy też zamierzenia Zamawiającego ograniczają się do miernika dwukomorowego, co wynika wprost z formularza cenowego, ale pozostaje w sprzeczności z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w SIWZ.

W konsekwencji powyższego uchybienia, także ogłoszenie opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej jest niejasne, albowiem w Sekcji II Części nr 1 pkt.1) ppkt. B zawarto opis przedmiotu zamówienia poprzez odwołanie się do treści rozdziału II SIWZ, który jest wewnętrznie sprzeczny.

Teza ta znajduje potwierdzenie w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 23 czerwca 2008r. (sygn. akt XIX Ga 214/08), który wyjaśnił, że z przepisu art. 29 ust. 1 ustawy Pzp wypływa wniosek, że obowiązkiem Zamawiającego jest dokonanie opisu w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, a więc taki, który zapewnia, że **wykonawcy będą w stanie, bez dokonywania dodatkowych interpretacji, zidentyfikować, co jest przedmiotem zamówienia** i że wszystkie elementy istotne dla wykonania zamówienia będą w nim uwzględnione.

Obowiązki określone w art. 29 ust.1 Pzp Zamawiający nie sprostął, naruszając jednocześnie przywołaną podstawę prawną. Uchybienie to mogło mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, albowiem potencjalni Wykonawcy, którzy złożyliby ofertę odbiegającą od rzeczywistych intencji Zamawiającego pozbawieni zostaliby możliwości skutecznego zaskarżenia wyniku postępowania wobec nieprecyzyjnego i wymagającego interpretacji opisu przedmiotu zamówienia utrudniającego sformułowanie i podniesienie zarzutów odmiennych od zawartych w niniejszym postępowaniu, które to zarzuty w postępowaniu odwoławczym wszczętym po udzieleniu zamówienia mogłyby zostać uznane za spóźnione.

Należy także podkreślić, iż na rynku standardowych mierników do pomiarów jakości powietrza atmosferycznego funkcjonują w przeważającej mierze jednokanałowe mierniki ozonu. Jedynym producentem mierników dwukanałowych jest firma THERMO. Tym samym opisanie przedmiotu zamówienia w sposób implikujący obowiązek dostarczenia urządzenia produkowanego tylko przez jednego wykonawcę, przy braku wskazania okoliczności uzasadniających potrzebę zastosowania dwukomorowego analizatora ozonu stanowi naruszenie art. 29 ust.2 Pzp oraz art. 7 Pzp i utrudnia uczciwą konkurencję.

Powyższy zarzut znajduje także uzasadnienie w wyroku z dnia 24 stycznia 2012r. w treści, którego Sąd Apelacyjny w Warszawie (sygn. akt VIACa 965/11) wyjaśnił, że przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia musi odbyć się z poszanowaniem zasad określonych w art. 7 i 29 Pzp. Oznacza to konieczność eliminacji z opisu przedmiotu zamówienia wszelkich sformułowań, które mogłyby wskazywać na konkretnego wykonawcę, bądź też które eliminowałyby konkretnych wykonawców uniemożliwiając im złożenie oferty lub powodowałyby sytuację, w której jeden z zainteresowanych wykonawców byłby bardziej uprzywilejowany od pozostałych. **Określenie przedmiotu zamówienia w sposób, który wskazywałby na konkretnego producenta, nie stanowi naruszenia zasad uczciwej konkurencji tylko wówczas, jeżeli wynika to z braku możliwości zrealizowania potrzeb zamawiającego przez inne podmioty. Zakaz, o którym mowa w art. 29 ust. 2 Pzp zostanie naruszony, gdy przy opisie przedmiotu zamówienia zamawiający użyje oznaczeń czy parametrów wskazujących konkretnego producenta (dostawcę) lub konkretny produkt, działając w ten sposób wbrew zasadzie obiektywizmu i równego traktowania wszystkich podmiotów ubiegających się o zamówienie publiczne.**

W zadaniu nr 3 w Specyfikacji przedmiotu zamówienia jako jedną za cech miernika wskazano „automatyczny niezależny pomiar frakcji lotnych i nielotnych składników zawartych w pyłe PM 10 i PM 25.” Przywołany wymóg jest nieuzasadniony, bowiem aktualnie obowiązujące dyrektywy i rozporządzenia Unii Europejskiej nie statuuje obowiązek pomiaru frakcji lotnych i nielotnych. Nadto na rynku funkcjonuje tylko jeden producent, który wykonuje urządzenie odpowiadające wymogom Zamawiającego – firma THERMO. Tym samym także w odniesieniu do przytoczonego opisu części przedmiotu zamówienia uzasadnione są zarzuty i argumenty merytoryczne podniesione powyżej i prowadzące do konkluzji, iż Zamawiający naruszył art. 29 ust.2 Pzp i art. 7 tej ustawy.

W ogłoszeniu opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w Sekcji II Przedmiot zamówienia punkt II.2.1. Całkowita wielkość lub zakres wskazano, iż **wartość zamówienia stanowi kwota 1 219 512,20 PLN netto**.

W Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w rozdziale I w pkt. 2 ppkt. 3 wyjaśniono, że **kwota wartości szacunkowej zamówienia przekracza próg ustalony na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp**

W Sekcji VI: Informacje uzupełniające ogłoszenia opublikowanego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w pkt. VI.4.2) Składanie odwołań wyjaśniono, że:

„W niniejszym postępowaniu odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności Zamawiającego:

1. opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu;
2. wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia;
3. odrzucenia oferty odwołującego.

W pozostałych przypadkach odwołanie nie przysługuje.”

Jednobrzmiący zapis zawarto na str. 15 w rozdziale I pkt.21 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Przytoczone powyżej pouczenia pozostają w sprzeczności z normą art. 180 ust.2 Pzp, który jednoznacznie stanowi, że ograniczenie dopuszczalności wniesienia odwołania do enumeratywnie wymienionych w ust.2 czynności odnosi się tylko do postępowań w których wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w art. 11 ust.8 Pzp.

Natomiast w pozostałych przypadkach zainteresowani mogą wnosić odwołanie na zasadach określonych w art. 180 ust.1 Pzp, czyli od każdej niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Tym samym Zamawiający naruszył art. 36 ust.1 pkt.17 Pzp poprzez wadliwe pouczenie o środkach ochrony prawnej przysługujących Wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, objętego odwołaniem.

Zawarcia przez Zamawiającego w SIWZ oraz w ogłoszeniu błędnego pouczenia o ograniczeniach co do możliwości skorzystania ze środków ochrony prawnej nie uzasadnia podzielenie zamówienia na części. Zgodnie bowiem z art. 32 ust.4 Pzp jeżeli zamawiający dopuszcza możliwość składania ofert częściowych albo udziela zamówienia w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania, **wartością zamówienia jest łączna wartość poszczególnych części zamówienia.** Artykuł 180 ust.2 Pzp w sposób jednoznaczny określa, iż to wartość zamówienia, czyli w myśl art. 32 ust.4 Pzp łączna wartość poszczególnych części zamówienia jest cezurą ewentualnie ograniczającą możliwość korzystania ze środków ochrony prawnej przewidzianych przez ustawę. Ponieważ wartość zamówienia przekraczała próg ustalony na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp zawarcie w przywołanych dokumentach informacji o ograniczonej możliwości skorzystania ze środków ochrony prawnej stanowi naruszenie przepisów tej ustawy.

Nadto Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 36 ust.1 pkt.3 Pzp w zw. z art. 30 ust.4 Pzp poprzez niewskazanie w ogłoszeniu opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, że Zamawiający dopuszcza rozwiązania równoważne. Zgodnie z treścią art. 41 pkt.4 Pzp ogłoszenie powinno określać przedmiot zamówienia. Natomiast art. 30 ust.4 Pzp statuuje obowiązek Zamawiającego, który opisuje przedmiot zamówienia za pomocą norm, aprobat, specyfikacji technicznych i systemów odniesienia do wskazania, że dopuszcza rozwiązania równoważne opisywanym. W Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia Zamawiający określił zadanie nr 1 poprzez odwołanie do normy EN 14211 i EN 14625, także w zadaniu nr 3 Zamawiający opisał przedmiot zamówienia odwołując się do normy EN 14907 i EN 12341, ale nie wskazał, że dopuszcza rozwiązania równoważne, naruszając w ten sposób przywołane przepisy Pzp.

Z tych wszystkich względów wnoszę jak na wstępie.

Wniesiono odwołanie w terminie przewidzianym w art. 182 ust.2 pkt.1 ustawy – Prawo Zamówień Publicznych, tj. w terminie 10 dni od 28 czerwca 2013r. , czyli daty opublikowania ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.

Kopię odwołania przekazano Zamawiającemu w dniu 08.07.2013r., z zachowaniem terminu, o którym mowa w art. 180 ust. 5 – Pzp.

Odwołujący posiada interes prawny w uzyskaniu zamówienia objętego odwołaniem, albo przedmiot zamówienia pozostaje w zakresie prowadzonej przez Niego działalności gospodarczej oraz spełnia jako przedsiębiorca kryteria określone dla Wykonawcy przez Zamawiającego w SIWZ. Natomiast uchybienia wskazane w odwołaniu, których dopuścił się Zamawiający mogą narazić Odwołującego na szkodę w postaci braku pozyskania zamówienia, który to uszczerbek mieści się w pojęciu „interesu prawnego” określonego w art. 179 ust.1 Pzp. Zgodnie bowiem z wykładnią tego pojęcia dokonaną przez Sąd Okręgowy w Olsztynie w dniu 20 lutego 2007r. (sygn. akt IX CA 50/07) interes prawny należy traktować jako potrzebę prawną, wynikającą z sytuacji prawnej, w jakiej się znajduje odwołujący. W tej sytuacji pojęcie to należy rozumieć szeroko oraz jako obiektywną okoliczność w świetle obowiązujących przepisów prawnych, tj. wywołaną rzeczywistym naruszeniem albo zagrożeniem określonej sfery prawnej. Wynika to z faktu, że do czynności podejmowanych przez zamawiającego oraz uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się, w sprawach nieuregulowanych ustawą, przepisy kodeksu cywilnego. I właśnie ten cywilistyczny charakter ustawy przesądza, iż interes prawny to zarówno interes majątkowy, jak i niemajątkowy. **Nie jest też konieczne doznanie uszczerbku w interesie prawnym, wystarczające jest samo jego zagrożenie.** Prawo zamówień publicznych wymaga, **aby był to interes prawny w uzyskaniu zamówienia.**

RADCA PRAWNY  
*[Podpis]*  
Andrzej T. Stenkiewicz  
dł. nauk prawnych, mag. 1989

Wykaz załączników:

1. Dowód uiszczenia wpisu od odwołania w kwocie 15.000,00 zł. na rachunek bankowy UZP.



2. Dowód doręczenia kopii odwołania Zamawiającemu.
3. Odpis z ewidencji działalności gospodarczej Odwołującego
4. Pełnomocnictwo.
5. Dowód uiszczenia opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.
6. Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia opublikowana na stronie internetowej Zamawiającego,
7. Ogłoszenie opublikowane w dniu 28 czerwca 2013r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2013/S 124-212469