

Suwałki, dnia 26.07.2012r.

Znak sprawy: ORG.272.1.2012

**Wykonawcy**  
**zainteresowani udziałem**  
**w nw. postępowaniu**

W odpowiedzi na pismo z dnia 18 lipca 2012 r. (znak: ..... ) dotyczące przetargu na Dostawę energii elektrycznej dla potrzeb grupy jednostek z terenu Powiatu Suwalskiego” informujemy co następuje:

W wymienionym wyżej piśmie zarzucono Powiatowi Suwalskiemu naruszenie zasady uczciwej konkurencji poprzez opisanie sposobu oceny spełniania warunku wiedzy i doświadczenia przez żądanie wykazania się w ciągu ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – to w tym czasie) sprzedażą energii elektrycznej o łącznym wolumenie nie mniejszym niż 500 MWh. Zdaniem Państwa, takie opisanie warunku jest „jaskrawym i rażącym ograniczeniem konkurencji”, bo wyłącza wiele podmiotów, które zanotowały sprzedaż energii elektrycznej o mniejszym łącznym wolumenie. Zamawiający nie zgadza się z tą opinią. Należy przypomnieć, że zgodnie z art. 22 ust 1. pkt 2) ustawy Prawo zamówień publicznych, o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia. Z kolei art. 22 ust 4 mówi, że opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków, o których mowa w ust. 1, powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Przedmiotem zamówienia jest dostawa energii elektrycznej o łącznym szacowanym wolumenie 1.376,48 MWh (+/- 15%). W związku z tym warunek został postawiony prawidłowo, jest związany z przedmiotem zamówienia, bowiem dotyczy wykazania się dostawą energii elektrycznej oraz jest proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, stanowi bowiem około 40% łącznego szacowanego wolumenu dostaw w ramach umowy. Poprawność czynności zamawiającego potwierdza piśmiennictwo prawnicze oraz orzecznictwo.

*„Ustalone w tym zakresie przez zamawiającego warunki powinny mieć na celu jedynie ustalenie faktycznej zdolności danego wykonawcy do wykonania zamówienia. Nie może on przez to żądać od wykonawcy wykazania większej wiedzy, doświadczenia czy potencjału technicznego i ludzkiego niż jest to niezbędne do wykonania zamówienia. Żądanie w tym zakresie powinno być adekwatne i proporcjonalne do przedmiotu zamówienia. Tym samym kryteria nakreślone w żądaniu nie mogą być oderwane od specyfiki przedmiotu zamówienia oraz być ostrzejsze niż te, które są niezbędne do wykonania zamówienia (wyrok ZA UZP z 5 maja 2005 r., UZP/ZO/0-855/05, niepubl.)”* – Komentarz do art. 22 ustawy Prawo zamówień publicznych; Janda Paweł, Pełczyński Piotr, Babiarczyk Stefan, Czarnik Zbigniew; Warszawa 2011 (wydanie II).

„Ustawa nakazuje też dokonanie opisu sposobu oceny spełniania warunków, tak by były one proporcjonalne do przedmiotu zamówienia. "Proporcjonalny" oznacza, zgodnie z definicją zawartą w Uniwersalnym Słowniku Języka Polskiego, mający określony stosunek części do całości, zachowujący proporcje z czymś porównywanym.

Przyjęcie definicji językowej jednakże nie wnosi oczekiwanej wskazówki co do dokonywania konkretyzacji warunków, gdyż przy założeniu, że warunek jest związany z przedmiotem zamówienia, zawsze pozostaje on w jakiejś proporcji w stosunku do niego. Dlatego też niezbędne wydaje się interpretowanie określenia "proporcjonalny" przez pryzmat dorobku prawa wspólnotowego i orzeczeń TSUE, gdzie przymiotnik "proporcjonalny" używane jest w znaczeniu "zachowujący właściwą proporcję". Warunek proporcjonalny więc to tyle co warunek nienadmierny. W wyroku z dnia 16 września 1999 r. w sprawie C-414/97 Komisja Wspólnot Europejskich v. Królestwo Hiszpanii, LEX nr 84270, TSUE wskazał, że ocena, czy podjęte środki są zgodne z TWE, wymaga tzw. testu proporcjonalności, czyli wykazania, że podjęte działania są adekwatne i konieczne do osiągnięcia wybranego celu. W wyroku z dnia 27 października 2005 r. w sprawie C-234/03 Contse S.A., Vivisol Srl, Oxigen Salud SA v. Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (Ingesa), ECR 2005, nr 10B, s. I-09315, TSUE uznał za nieproporcjonalny warunek posiadania potencjału technicznego, gdyż żądanie zamawiającego wykazania się przez wykonawcę potencjałem było nadmierne w stosunku do przedmiotu zamówienia.” - Komentarz do art.22 ustawy - Prawo zamówień publicznych, \Wydanie V, LEX 2012, Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M.

„Związanie opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu z przedmiotem zamówienia powinno wynikać z celu, jakiemu opis ma służyć, zaś proporcjonalność powinna przejawiać się w adekwatności do rozmiaru i wielkości przedsięwzięcia, jakim jest opisany przez zamawiającego przedmiot zamówienia”. – Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 czerwca 2012 r. sygn. akt KIO 1064/12

„Warunki udziału w postępowaniu stanowią jedynie pewne "warunki brzegowe", których spełnienie jest nieodzowne, aby móc wziąć udział w postępowaniu, świadczyć mają bowiem o możliwościach danego wykonawcy do wykonania określonego zamówienia. Jakie warunki wykonawca zobowiązany jest spełnić, aby ubiegać się o zamówienie, o tym każdorazowo decyduje zamawiający.” Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 marca 2012 r. sygn. akt KIO 343/12

Zgodnie z powyższymi cytatami, z dorobku doktryny i orzecznictwa prawa zamówień publicznych jasno wynika, że opis spełniania warunku udziału w postępowaniu dokonany przez zamawiającego jest proporcjonalny do przedmiotu zamówienia i to zamawiający miał prawo i obowiązek określić go. Zamawiający podkreśla też, że warunki udziału w postępowaniu postawione na odpowiednim, zgodnym z ustawą Prawo zamówień publicznych poziomie, nie mają na celu zapewnienia dopuszczenia wszystkich podmiotów na rynku zajmujących się dostawami danego przedmiotu zamówienia. Jak napisano w w/w Komentarzu do art. 22 autorów Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M.:

„Nakaz stworzenia i zachowania warunków w sposób powiązany z przedmiotem zamówienia oraz do niego proporcjonalny, z uwzględnieniem zachowania konkurencji wśród

*wykonawców ubiegających się o zamówienie, nie jest tożsamy z nakazem dopuszczenia do zamówienia wszystkich podmiotów, w tym niezdolnych do jego realizacji w należyty sposób. Regulacje ustawy wskazują na przyjęcie całkowicie odmiennego założenia, tj. realizacji zamówienia publicznego jedynie przez podmioty zweryfikowane pod kątem ich możliwości należytego wykonania umowy. Słusznie zauważył bowiem Sąd Okręgowy w Gdańsku w wyroku z dnia 6 maja 2009 r., XII Ga 143/09, niepubl.: "Przepisy ustawy Pzp nie nakładają na zamawiającego obowiązku nabycia dostaw czy usług spośród oferowanych przez wszystkie podmioty na rynku, nawet te, które nie mogą wykazać się odpowiednim doświadczeniem w dostawach lub usługach odpowiadających rodzajowo przedmiotowi danego zamówienia".*"

Zamawiający nie zgadza się też z tezą zaprezentowaną w Państwa piśmie, że wiedza i doświadczenie, jako że Państwa zdaniem to kategoria niematerialna, nie da się sprowadzić do „suchych liczb, ani tym bardziej wyrazić w policzalnych kategoriach”. Gdyby tak było ustawodawca nie dałby prawa w art. 22 ustawy Prawo zamówień publicznych do stawiania warunków dotyczących wiedzy i doświadczenia. Skoro takie warunki można stawiać, to znaczy, że jest możliwe ujęcie ich poprzez odniesienie do określonego poziomu. Zauważyć też trzeba, że gdyby Państwa tezę przyjąć jako prawidłową oznaczałoby to możliwość wzięcia udziału w przetargu i wyboru wykonawcy, który nie jest w stanie wykonać zamówienia i który nie posiada żadnego doświadczenia w przedmiotowym zakresie, a to jest niedopuszczalne.

Wskazujemy również, że wykonawcom przysługuje prawo wniesienia odwołania na opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu (art. 180 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych). Mogliście Państwo więc skorzystać z tego środka ochrony prawnej i zakwestionować zasadność opisu warunków przed niezależnym od stron postępowania organem jakim jest Krajowa Izba Odwoławcza. To jest właściwa droga do zaskarżania decyzji zamawiającego.

Ponadto należy pamiętać, iż w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, Zamawiający stwierdził:

*„Zgodnie z art. 26 ust 2b ustawy Pzp Wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić Zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia.”*

W związku z tym, nawet jeśli wykonawca nie spełnia warunku wiedzy i doświadczenia, może posłużyć się potencjałem innego podmiotu i wygrać przetarg.

Reasumując, w Państwa piśmie nie podano żadnych merytorycznych argumentów, z których wynikałoby dlaczego miało dojść do naruszenia zasady uczciwej konkurencji, nie podano odniesienia do przepisów prawa, do dorobku doktryny prawa i orzecznictwa, które ewentualnie potwierdzałyby te zarzuty, ograniczono się tylko do stwierdzenia, że nie wolno

tak opisywać warunków wiedzy i doświadczenia. W związku z powyższym należy uznać, że zarzuty są niesłuszne.

Z poważaniem

WICESTAROSTA

Witold Kowalewski

