



Warszawa, 30 sierpnia 2007 r.

UBIK BC
Business Consulting

UBIK Business Consulting Sp. z o.o.

ul. Rostafińskich 4

02 - 593 Warszawa

tel. : +48 22 423 70 60

fax. : +48 22 646 80 58

<http://www.ubikbc.pl>

Miejski Ośrodek Pomocy Społecznej
ul. Marynarki Polskiej 134a / 106
80 - 865 Gdańsk

Dotyczy postępowania numer 147985 - 2007

PROTEST

Działając w oparciu o dział VI, art. 180 ustawy z 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (zwanej w dalszej części „PZP”) UBIK Business Consulting Sp. z o. o. wnosi protest na Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia do przetargu nieograniczonego nr 147985 - 2007 na dostawę urządzeń komputerowych i programów komputerowych dla Miejskiego Ośrodka Pomocy Społecznej w Gdańsku (zwanego w dalszej części protestu „SIWZ”).

W opinii Protestującego Zamawiający poprzez sformułowania zawarte w SIWZ, w szczególności w rozdziale I „Opis przedmiotu zamówienia”, w części dotyczącej :

1. opisu „zadania 1 - wysokowydajny serwer”, w pkt 22 „System operacyjny”,
2. opisu „zadania 2 - komputerowe zestawy stacjonarne i komputery przenośne”, w części dotyczącej zestawów komputerowych nr 1, w pkt 11 „System operacyjny”,
3. opisu „zadania 2 - komputerowe zestawy stacjonarne i komputery przenośne”, w części dotyczącej zestawów komputerowych nr 2, w pkt 11 „System operacyjny” oraz pkt 19 „Oprogramowanie biurowe”,
4. opisu „zadania 2 - komputerowe zestawy stacjonarne i komputery przenośne”, w części dotyczącej zestawów komputerowych nr 3, w pkt 11 „System operacyjny”,
5. opisu „zadania 2 - komputerowe zestawy stacjonarne i komputery przenośne”, w części dotyczącej zestawów komputerowych nr 4, w pkt 13 „System operacyjny” oraz pkt 18 „Oprogramowanie biurowe”,

6. opisu „zadania 2 – komputerowe zestawy stacjonarne i komputery przenośne”, w części dotyczącej zestawów komputerowych nr 5, w pkt 13 „System operacyjny” oraz pkt 18 „Oprogramowanie biurowe”,

7. opisu „zadania 2 – komputerowe zestawy stacjonarne i komputery przenośne”, w części dotyczącej komputera przenośnego nr 1, w pkt 12 „System operacyjny” oraz pkt 14 „Oprogramowanie biurowe”,

8. opisu „zadania 2 – komputerowe zestawy stacjonarne i komputery przenośne”, w części dotyczącej komputera przenośnego nr 2, w pkt 12 „System operacyjny” oraz pkt 14 „Oprogramowanie biurowe”,

9. opisu „zadania 2 – komputerowe zestawy stacjonarne i komputery przenośne”, w części dotyczącej komputera przenośnego nr 3, w pkt 12 „System operacyjny”

naruszył podstawowe zasady PZP, w tym w szczególności postanowienia **art. 7 ust. 1** (zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców), a także **art. 29 ust. 1-3** (opis zamówienia, utrudnienie uczciwej konkurencji) oraz **art. 30 ust. 1-4** (opis zamówienia).

W związku z powyższym Protestujący na podstawie art. 180 ust. 8 PZP wnosi o wprowadzenie zmiany treści SIWZ poprzez zawarcie klauzuli dopuszczającej składanie ofert równoważnych poprzez użycie w treści opisu przedmiotu zamówienia wyrazów „lub równoważne”, a także opisanie przedmiotu zamówienia za pomocą właściwych norm i specyfikacji, bez użycia znaków towarowych firm trzecich.

Uzasadnienie

Przedmiotem protestu są zapisy rozdziału 1 „Opis przedmiotu zamówienia” SIWZ, które w ocenie Protestującego są dyskryminujące dla dostawców rozwiązań innych niż produkty firmy Microsoft, posiadających w ofercie systemy operacyjne oraz pakiety biurowe o równoważnej lub bogatszej funkcjonalności niż przedmioty określone w SIWZ.

Zdaniem protestującego, sposób sformułowania opisu przedmiotu zamówienia w rozdziale 1 SIWZ narusza dyspozycję przepisu art. 29 PZP. ust. 1 tego przepisu wskazuje na sposób opisanie przedmiotu zamówienia, jako „jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty”, łączący się z zakazem przepisów ustępu 2 oraz 3, w myśl których przedmiotu zamówienia nie można opisywać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, chyba że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny” (ust. 3) oraz w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję (ust. 2).

Zamawiający, opisując przedmiot zamówienia za pomocą znaków towarowych, nie uwzględnił możliwości dopuszczenia rozwiązań równoważnych zamawianym, poprzez dodanie wyrazów „lub równoważne”, co w niniejszym przypadku stanowi rażące naruszenie przepisu art. 29 ust. 3 ustawy – Prawo zamówień publicznych, nakładającego na Zamawiającego taki obowiązek. Jednocześnie przepis art. 29 ust. 3 ustawy – Prawo zamówień publicznych, wprowadzając ogólny zakaz opisywania przedmiotu zamówienia „przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia”, enumeratywnie

przedstawia przesłanki, w przypadku spełnienia których wyłączone jest obowiązywanie tego zakazu. Przesłankami tymi są 1.) specyfika przedmiotu zamówienia, i 2.) brak możliwości Zamawiającego opisanie przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń – przy czym obie te przesłanki muszą wystąpić łącznie. W przypadku łącznego wystąpienia powyższych przesłanek Zamawiający może opisać przedmiot zamówienia za pomocą znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, lecz jednocześnie zobowiązany jest dodać wyrazy „lub równoważne” - czego Zamawiający, Miejski Ośrodek Pomocy Społecznej w Gdańsku, w opisie przedmiotu zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nr 147985 - 2007 nie uczynił, naruszając tym samym dyspozycję przepisu art. 29 ust. 3 ustawy – Prawo zamówień publicznych. Należy podkreślić, iż w przypadku postępowania nr 147985 - 2007 wątpliwym jest spełnienie przez specyfikę przedmiotu zamówienia przesłanki wyłączającej obowiązywanie zakazu wynikającego z dyspozycji przepisu art. 29 ust. 3, takiej jak niemożność opisanie przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń – w przypadku przedmiotu zamówienia takiego jak system operacyjny możliwe jest opisanie w sposób wynikający z treści przepisu art. 30 ustawy – Prawo zamówień publicznych, w szczególności przepisów ust. 1 – 3 tego artykułu (z zastosowaniem się zamawiającego do obowiązku dopuszczenia rozwiązań równoważnych, wynikającego z przepisu ust. 4 wzmiankowanego artykułu), bądź przepisu ust. 6, wskazując na konieczne do spełnienia przez przedmiot zamówienia cechy funkcjonalne.

Jednocześnie, ze względu na sposób w jaki Zamawiający sformułował opis przedmiotu zamówienia, nie jest możliwe spełnienie tych warunków przez produkty innego dostawcy niż firma Microsoft, nawet w przypadku zawarcia klauzuli dopuszczającej rozwiązania równoważne zamawianym (poprzez użycie wyrazów „lub równoważne”). Uwzględnienie rozwiązań równoważnych zamawianym w tym przypadku odnosiłoby się bowiem bezpośrednio do przedstawionego produktu firmy Microsoft, co powoduje, iż pole konkurencyjności w tym przypadku zostałoby zawężone do oferty systemów operacyjnych tego producenta. Wskazanie na produkty firmy Microsoft następuje przede wszystkim poprzez opis przedmiotu zamówienia jako „Microsoft Windows XP Professional” w wymienionych na początku protestu punktach 2 – 9 w części dotyczącej systemu operacyjnego, „Microsoft Office 2003” w punkcie 3 oraz 5 – 8, jak również „Windows 2003 R2 Enterprise Server” w pkt 1. W związku z tym nastąpiło ograniczenie konkurencji, poprzez zawężenie kręgu producentów oprogramowania do jednego podmiotu oferującego wskazane w ofercie oprogramowanie. Stanowi to naruszenie dyspozycji przepisu art. 29 ustawy, w treści ust. 2 wprowadzającego zakaz opisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, a także naruszenie dyspozycji przepisu art. 7 ust. 1, wskazującego na sposób przygotowania i przeprowadzenia postępowania jako „zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców”.

Dyspozycja przepisu art. 29 ust. 3 PZP wskazuje jednoznacznie nie tylko przesłanki, jakie konieczne musi spełnić przedmiot zamówienia, aby można było opisywać go za pomocą znaków towarowych, lecz również umiejscowienie, w przypadku takiego opisu, towarzyszących mu wyrazów „lub równoważne” tak, by całość opisu zamówienia spełniała warunki zarówno syntaktycznej i logicznej spójności jak i zasady konkurencyjności.

Z przepisów cytowanych na wstępie (art. 7 PZP) wynikają dwie podstawowe zasady prawa zamówień publicznych:

- zasada równości (konkurencyjności),
- zasada uczciwej konkurencji.

Z uzasadnienia Uchwały Sądu Najwyższego - Izba Cywilna (III CZP 52/2002), wydanej na gruncie art. 16 oraz 17 ust. 2 nieobowiązującej już ustawy z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych:

"Zdecydowanym celem powyższych regulacji jest wyeliminowanie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jakichkolwiek elementów, które miałyby charakter dyskryminacyjny. Można uznać, że postępowanie ma charakter dyskryminacyjny wówczas, gdy prowadzi do wyłączenia określonej kategorii potencjalnych dostawców lub wykonawców bez uzasadnionej przyczyny. Także w samym postępowaniu dotyczącym ustalenia i zastosowania kryteriów oceny oferty jako najkorzystniejszej musi być przestrzegana zasada niedyskryminacji. Warunek zaś niedyskryminacji spełniają tylko takie kryteria oceny wyboru oferty, które są istotne z punktu widzenia rzeczywistych potrzeb zamawiającego. Jeśli zatem dochodzi do sytuacji, w której sformułowane kryteria mają charakter skuteczny, a zatem ich celem jest w istocie stworzenie korzystniejszej pozycji konkurencyjnej dla poszczególnych podmiotów, to należy uznać, że tego rodzaju praktyka narusza art. 16 ustawy".

Na gruncie obowiązującego stanu prawnego przywołane wyżej tezy Sądu Najwyższego będą odnosiły się do analogicznych, podstawowych zasad Prawa zamówień publicznych. Należy zatem uznać, że formułowanie kryteriów, które tworzą korzystniejszą pozycję konkurencyjną dla poszczególnych podmiotów narusza dyspozycję przepisu art. 7 PZP.

W związku z powyższym niniejszy protest stał się uzasadniony i konieczny.

Krzysztof Kowalczyk



Prezes Zarządu

UBIK Business Consulting Sp. z o.o.