

12 sierpnia 2008

BKH-SYSTEM

Jolanta Lis-Gajewska

68-100 Żagań ul. Długa 1

tel. fax 068 3670456

MIASTO LESZNO
Reprezentowane przez Prezydenta Miasta Leszno
64-100 Leszno ul. Karasia 15

PROTEST

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na zasadach ogólnych w trybie przetargu nieograniczonego.

Wnoszący protest **BKH-SYSTEM Jolanta Lis-Gajewska z siedzibą w Żaganiu ul. Długa 1** działając jako wykonawca [podmiot ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego] na podstawie przepisów art. 179 ust. 1 oraz art. 180 ust. 1 i ust 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo Zamówień publicznych (Dz. U. Nr 19, poz. 177) wraz z późniejszymi zmianami („Ustawa”) składa protest na czynności zamawiającego **Miasto Leszno 64-100 Leszno ul. Karasia 15**, podjęte w ramach postępowania o zamówienie publiczne, które jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na Dostawa sprzętu komputerowego.

I. Przedmiot protestu:

Przedmiotem protestu jest czynność zamawiającego polegająca na zamieszeniu w specyfikacji istotnych warunków zamówienia załącznik nr 2 „Wykaz zamawianego sprzętu” zwanej dalej SIWZ opublikowanej w ramach ww. przetargu, treści o następującym brzmieniu:

Komputer PC – 30 sztuk.

- a. Zasilacz – Zasilanie : Pasywny stabilizator PFC z przełącznikiem napięcia zasilania ustawionym na 230V – brak stabilizatora PFC, gdy przełącznik napięcia zasilania jest w położeniu 115V; zakres napięcia znamionowego 90-140 V lub 180-264 V; Zakres napięcia znamionowego 100-127 V lub 200-240 V; częstotliwość znamionowa linii 50-60 Hz; częstotliwość robocza linii od 47 do 63 Hz; maksymalne napięcie znamionowe 300W; wentylator 80 mm wbudowany w zasilacz – szybkość obrotów regulowana w celu poprawy akustyki.

Która w sposób pośredni lecz jednoznacznie wskazuje na komputery marki HP

2. Podstawa protestu.

W opinii wnoszącego protest zamawiający poprzez sporządzenie siwz zakresie opisu przedmiotu zamówienia rażąco naruszy elementarne przepisy 2.1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z dnia 19 lutego 2004r. Nr 19, poz. 127) w szczególności:

- a. art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez określenie przedmiotu zamówienia w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego;
- b. art. 29. ust. 1, 2 i 3 Pzp, poprzez określenia przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencją;
- c. art. 30, ust. 1 Pzp, poprzez określenia przedmiotu zamówienia za pomocą nieobiektywnych funkcjonalności a nie za pomocą cech technicznych i jakościowych przy przestrzeganiu Polskich Norm przenoszących europejskie normy zharmonizowane.
- d. dyrektywy Unii europejskiej m 93/36/FWG, regulującej procedury udzielania zamówień publicznych, która została włączona do polskiego prawa narodowego.
- e. oraz są sprzeczne z rekomendacją Ministerstwu Spraw Wewnętrznych i Administracji ustaloną wspólnie przez Komitet Europejski, MSWiA, Ministerstwo Rozwoju Regionalnego oraz Urząd Zamówień Publicznych co powoduje naruszenie interesu prawnego protestującego, ponieważ oprotestowana czynność zamawiającego bezpodstawnie uniemożliwia udział wnoszącemu protest w postępowaniu, z uwagi na niemożność przygotowaniu oferty i tym samym uzyskania przez protestującego zamówienia.

3. Uzasadnienie

Należy wskazać, że:

- a. Do naczelnych zasad udzielania zamówień publicznych należą: zasada równego traktowania podmiotów ubiegających się o zamówienie publiczne i zasada prowadzenia postępowania w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej konkurencji. Wskazane zasady uregulowane w artykule 7 ustawy zakazują zamawiającym faworyzowania wykonawców i nakazują jednakowo traktować wszystkich (również potencjalnych) uczestników postępowania na każdym jego etapie, tak by mieli oni jednakowe szanse uzyskania zamówienia. Omawiane zasady, jako ogólne zasady udzielania zamówień obejmują wszelkie czynności zamawiającego. W tym określenie minimalnych parametrów technicznych zamawianego towaru i dotyczą wszystkich faz postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zgodnie z przepisami art. 29 ust. 2 ustawy, „**przedmiotu zamówienia nie można opisać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję**”.
- b. Ponadto „Przedmiotu zamówienia nie można opisać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzeniu, chyba że jest to uzasadnione specyfikacją przedmiotu zamówienia lub zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy «lub równoważne» lub inne równoważne wyrazy” (art. 29 ust. 3 Ustawy). Powyższy przepis wraz z przepisami art. 30 i 31 ustawy stanowią obowiązki zamawiającego przy określaniu przedmiotu zamówienia. W ten sposób - Prawo Zamówień Publicznych wprowadza zakaz określania przedmiotu zamówienia w sposób,

- który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję". Oznacza to konieczność eliminacji z określenia przedmiotu zamówienia wszelkich sformułowań lub parametrów, które wskazywałyby na konkretny wyrób" (zob. J. Pieróg, Prawo Zamówień Publicznych, Komentarz, 6 wyd. Warszawa 2004. teza nr 2 do art. 29 s.98).
- c. Zamawiający powinien rozważyć Opinie Urzędu Zamówień Publicznych dotyczącą przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych w zakresie „Opisu przedmiotu zamówienia”, dostępną na stronie internetowej www.uzp.gov.pl. Powyższa opinia Urzędu Zamówień Publicznych mająca na celu ujednoczenie praktyki stosowania przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, opracowana została przez Wydział Opinii Prawnych DP UZP. Dotyczy ona spraw, które w pierwszym okresie obowiązywania ustawy wywoływały u podmiotów zainteresowanych największe wątpliwości.
- d. Art. 29 ust. 1 prawa zamówień publicznych nakłada na zamawiającego obowiązek opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, z uwzględnieniem wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. W ocenie UZP zapis ten służy realizacji ustawowych zasad uczciwej konkurencji, a co za tym idzie zasad równego dostępu do zamówień, wyrażonych w art. 7 ust. 1 ustawy. Biorąc pod uwagę zapis art. 29 ust. 2 prawa zamówień publicznych, zgodnie z którym przedmiotu zamówienia nie można opisać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencją wystarczy do stwierdzenia faktu nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia, a tym samym sprzeczności z prawem, jedynie zaistnienie możliwości utrudniania uczciwej konkurencji poprzez zastosowanie określonych zapisów w specyfikacji, niekoniecznie zaś realnego uniemożliwienia takiej konkurencji.
- e. W związku z powyższym, w opinii składającego protest, zamawiający żądając od wykonawców, aby oferowane elementy komputera w tym przypadku zasilacz posiadał takie cechy, świadomie wymusił na potencjalnych wykonawcach zaoferowanie komputerów wyprodukowanych tylko i wyłącznie przez wybranych producentów (HP), czym rażąco narusza:
- art. 29. ust. 2. ponieważ, opisuje ww. przedmiot zamówienia, jednoznacznie utrudniając uczciwą konkurencją, dyskryminując i świadomie eliminując z udziału w, postępowaniu renomowanych producentów:
 - a) komputerów zarówno krajowych, którzy nie posiadają w ramach swojej produkcji zasilaczy, które nie posiadają stabilizatora PFV przy zasilaniu z linii o napięciu 115 V.

Zatem, w naszej opinii takie wymaganie nie jest uprawnione ani w żaden racjonalny sposób uzasadnione. Nie zapewnia zamawiającemu lepszej ergonomii użytkownika całego zestawu komputerowego, oraz nie jest _użyteczne w żadnym zakresie eksploatacji sprzętu. Co więcej żądanie zamawiającego w ww. zakresie stanowi CECHY ZUPEŁNIE NIEISTOTNE dla użytkownika i eksploatacji przedmiotu zamówienia. Absolutnie w żaden sposób nie wpływa na kompatybilność. Wydajność, jakość oraz serwisowanie przedmiotu zamówienia a jedynie drastycznie ogranicza liczbę

potencjalnych wykonawców oraz producentów mogących wziąć udział w ww. postępowaniu przetargowym.

- *art. 29 ust. 3, ponieważ opisuje przedmiot zamówienia przez wskazanie konkretnego pochodzenia (komputer HP). Ponieważ wyżej oprotestowany zapis jednoznacznie determinuje taki stan rzeczy aby jednostki centralne były wyposażone w zasilacz o cechach określonych w SIWZ, choć nie jest to w żaden sposób uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia.*
- *art. 30. ust. 1, który stanowi, że przedmiot zamówienia określa się za pomocą cech technicznych i jakościowych przy przestrzeganiu Polskich Norm przenoszących europejskie normy zharmonizowane. Zamawiający natomiast, żądając w ww. punkcie SIWZ aby zasilacz jednostki centralnej posiadał ww cechy w żaden sposób nie odwołuje się do obiektywnych cech technicznych i jakościowych oraz do Polskich Norm przenoszących europejskie normy zharmonizowane, wręcz odwrotnie ustala własne standardy, narzucając oferentom zaferowanie produktów wyprodukowanych przez konkretnych producentów.*
- *Narusza też przepisy dotyczące oznakowania towarów znakiem CE ponieważ zasilacze bez stabilizatora PFC w każdej pozycji zasilanie nie są zgodne ze dyrektywami Unii Europejskiej przenoszących zharmonizowane normy.*

Ustalone przez zamawiającego w siwz warunki techniczne i jakościowe w przedmiotu zamówienia powinny dostatecznie dokładnie i zrozumiale określić i opisywać kluczowe wymagania stawiane ww. przedmiotowi, niezbędnie potrzebne zamawiającemu - nie mogą natomiast prowadzić do nieuzasadnionego faworyzowania jednych i tym samym dyskryminowania innych dostawców i wykonawców. Każde odstępianie od naczelnych zasad udzielania zamówień publicznych, poprzez formułowanie warunków nadmiernych należy uznać za działanie niedopuszczalne w świetle obowiązujących przepisów.

Biorąc powyższe pod uwagę, naszym zdaniem zamawiający ustalając w SIWZ wyżej oprotestowane zapisy rażąco naruszył art. 7 ust. 1 Pzp ponieważ nie traktuje na równych prawach wszystkich wykonawców oraz podmiotów ubiegających się o zamówienie publiczne i nie prowadzi postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej konkurencji, wręcz przeciwnie wprowadza takie określenia oraz nadmiarowe sformułowania, które jednoznacznie faworyzują nieliczne grono producentów i nie dopuszczając do przetargu wielu liczących się na rynku krajowym producentów sprzętu komputerowego oraz wielu wykonawców. Stanowi to ewidentne i rażące naruszenie :

- *zasad uczciwej konkurencji,*
- *Ustawy pzp*

- dyrektyw Unii Europejskiej.
- f. Zgodnie z wyrokiem Zespołu Arbitrów z 18 grudnia 2003 r. zamawiający powinien unikać wszelkich sformułowań lub parametrów, które by wskazywały na konkretny wyrób albo na konkretnego wykonawcę. Nie można mówić o zachowaniu zasad uczciwej konkurencji w sytuacji, gdy przedmiot zamówienia określony jest w sposób wskazujący na konkretny produkt, przy czym produkt ten nie musi być nazwany przez zamawiającego, wystarczy że wymogi i parametry dla tego przedmiotu zamówienia określone są tak, że aby je spełnić oferent musi dostarczyć jeden konkretny produkt. Zgodnie z opinią UZP do wyjątków dopuszczających odmienny od uregulowanego art. 29 ust. 1 prawa zamówień publicznych opis przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia należy art. 29 ust. 3 prawa zamówień publicznych. Jednakże ze względu na to, iż przepis ten ma charakter wyjątkowy, może być on stosowany tylko w wyjątkowych sytuacjach i interpretowany ściśle, gdy jest to uzasadnione specyfikacją przedmiotu zamówienia lub gdy zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń a opisowi towarzyszy wyraz „lub równoważne” albo podobne, co nadaje konkretnym wymienionym produktom charakter przykładowy. W przypadku dopuszczenia składania ofert równoważnych zamawiający jest zobowiązany do **dokładnego określenia wymagań dotyczących takich ofert**. Zespół Arbitrów w wyroku z 23 kwietnia 2003 r. wskazał iż dopuszczenie składania ofert równoważnych musi towarzyszyć precyzyjne określenie przez zamawiającego parametrów technicznych i wymogów jakościowych dotyczących ofert równoważnych. Bez takiego określenia nie istnieje możliwość ich porównania. Zespół Arbitrów w wyroku z 12 grudnia 2003 r. potwierdził, iż nie można wykazać, czy dana oferta nie spełnia wymogów równoważności, jeżeli z powodu braku danych nie można wykazać czy dana oferta jest równoważna. Zamawiający powinien w ten sposób przygotować specyfikacje istotnych warunków zamówienia i w taki sposób sprecyzować w niej dodatkowe warunki, by mógł następnie w sposób jednoznaczny przesądzić kwestie równoważności oferty. Dopiero w takim przypadku będzie on uprawniany do podjęcia decyzji o zakwalifikowaniu ofert jako równoważnej bądź jej odrzuceniu. Jak wynika z cytowanych wyżej orzeczeń nie jest wystarczające dla dokonania prawidłowego opisu przedmiotu zamówienia w oparciu o art. 29 ust. 3 prawa zamówień publicznych wskazanie przez zamawiającego na konkretny znak towarowy, patent lub pochodzenie oraz dodanie określenia „lub równoważne” albo innego podobnego wyrazu. W opisie przedmiotu zamówienia powinny znaleźć się określenia precyzujące wymogi zamawiającego w odniesieniu do dopuszczalnego przez niego zakresu „równoważności” oferty. Jeżeli zamawiający nie wskaże, iż zamawiany produkt ma spełniać wymagania, nie będzie w stanie ocenić, czy oferty przedstawiające produkty różniące się między sobą mają charakter ofert równoważnych. Zamawiający wskazując w specyfikacji istotnych warunków zamówienia na konkretny produkt, a pomijając minimalne wymagania dające obraz realnych oczekiwań co do oferowanego produktu, nie tylko narusza zasadę określoną w art. 29 ust. 3 ustawy, ale także zasadę uczciwej konkurencji i zasadę równego dostępu do zamówienia publicznego określone w art. 7 ust. 1 prawa zamówień

publicznych, zniechęcając do udziału w postępowaniu wykonawców oferujących produkty innych marek. Zamawiający narusza ustawę - Prawo zamówień publicznych takie wówczas jeżeli, mimo że istnieją sposoby opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, opisuje je poprzez wskazanie na znak towarowy lub wskazanie innych parametrów przesądzających o wyborze konkretnej marki. Zgodnie z opinią UZP należy również wskazać Zamawiającemu, że przepis art. 93 ust. 1 pkt 7 Prawa zamówień publicznych nakłada na Zamawiającego obowiązek unieważnienia postępowania w sytuacji, gdy postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Z treścią tego przepisu koresponduje wyliczenie naruszeń postępowania skutkujące nieważnością umowy, dokonane art. 146 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, co pozwala na wskazanie m.in. przypadków, w których zachodzi bezwzględna konieczność unieważnienia postępowania. Wśród takich przypadków jest opisana art. 146 ust. 1 pkt 6 prawo zamówień publicznych sytuacja, kiedy w postępowaniu o zamówienie publiczne doszło do naruszenia przepisów określonych w ustawie, a następnie naruszenie to miało wpływ na wynik postępowania, oraz sytuacja określona art. 146 ust. 1 pkt 5, który odwołuje się do dokonania wyboru oferty z rażącym naruszeniem ustawy. Jeżeli więc Zamawiający opisał przedmiot zamówienia nie w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń z uwzględnieniem wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, jak wymaga tego ustawa, ale poprzez wskazanie znaku towarowego lub jego pochodzenia, mimo iż nie było to uzasadnione specyfikacją przedmiotu zamówienia ani tym, iż nie mógł on opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń - to dokonanie wyboru oferty odbędzie się z rażącym naruszeniem przepisów Prawa zamówień publicznych. W konsekwencji wybór taki nie mógłby prowadzić do zawarcia ważnej umowy. Zamawiający stwierdzając taką okoliczność, miałby obowiązek unieważnienia postępowania. Dlatego modyfikacja SIWZ w zakresie określenia opisu przedmiotu zamówienia jest konieczna.

- g. Dyrektywa Unii Europejskiej nr 93/36/EWG, artykuł 8(6), regulującej procedury udzielania zamówień publicznych, która została włączona do polskiego prawa narodowego stanowi, że:

„Państwa Członkowskie zakażą wprowadzaniu do dokumentacji, dotyczącej zamówienia publicznego na konkretne dostawy, takich specyfikacji technicznych, które odnosząc się do produktów określonej produkcji pochodzenia lub produkowanych w określony sposób, skutkują uprzywilejowaniem lub eliminacją pewnych dostawców lub produktów – chyba że jest to uzasadnione przedmiotem zamówienia.”

W szczególności artykuł 8(6) stanowi, że: zabronione jest: wskazywanie znaków towarowych, patentów, typów, jak również określanego pochodzenia lub określonej produkcji. W związku z wyżej przedstawioną argumentacją, w naszej opinii zamawiający rażąco naruszył wyżej cytowane zapisy dyrektywy

nr_93/36/EWG, ponieważ tak skonstruował specyfikację techniczną, w której nadmiarowe oraz nieuzasadnione z przyczyn technicznych i ekonomicznych funkcjonalności zamawianych produktów uprzywilejowują bardzo wąskie grono produktów eliminując jednocześnie z ww. postępowania bardzo szerokie spektrum producentów, mogących zaoferować konkurencyjne oferty.

g. W opinii składającego protest Zamawiający żądając od wykonawców, aby oferowane komputery posiadały zasilacz o cechach określonych w SIWZ rażąco narusza art. 29, ust. 2, ponieważ, opisując ww. przedmiot zamówienia, jednoznacznie utrudniając uczciwą konkurencją, dyskryminując i świadomie eliminując z udziału w ww. postępowaniu u renomowanych producentów komputerów stacjonarnych zarówno krajowych, jak i zagranicznych, którzy do produkcji swoich komputerów używają zasilaczy, które posiadają stabilizację PFC we wszystkich pozycjach zasilania (zgodnie z wymaganymi normami). Tak wyprodukowane zestawy komputerowe w niczym nie ustępują wydajnością, jakością oraz okresami gwarancji, sposobem serwisowania.

Dlatego też, w naszej opinii oprotestowane wymaganie nie jest uprawnione ani w żaden racjonalny sposób uzasadnione.

W związku z powyższym dodatkowo żądanie zamawiającego dotyczące sposobu stabilizowania napięć w zasilaczu zupełnie nie odwołuje się do ogólnowiatowych standardów, które również obowiązują w Unii Europejskiej.

Reasumując :

Ustalone przez zamawiającego w ww. siwz, oprotestowane wymogi:

- są nadmiarowe, nieużyteczne, zupełnie zbędne i nieprzydatne zamawiającemu, jednocześnie **podnosząc znacząco cenę oferowaną, jaką będzie musiał zapłacić z publicznych pieniędzy, pochodzących od podatników**
- nie mają żadnego racjonalnego, technicznego, jakościowego, serwisowego uzasadnienia - w żaden sposób nie wpływają na kompatybilność sprzętu komputerowego oraz jego wydajność i serwisowanie;
- narzucają wykonawcom zaoferowanie produktów wyprodukowanych przez konkretnych producentów
- drastycznie ograniczają liczbę wykonawców oraz producentów mogących zaoferować swoje produkty w ww. postępowaniu;
- szczególnie eliminują krajowych producentów sprzętu komputerowego faworyzując i uprzywilejowując NEILICZNE, zagraniczne marki.

BKH-SYSTEM Jolanta Lis-Gajewska z siedzibą w Żaganii przy ul. Długiej ma interes prawny we wniesieniu ponieważ gdyby Zamawiający nie naruszył wyżej wskazanych przepisów ustawy Pzp mógłby ubiegać się o udzielenie zamówienia publicznego. Z uwagi na powyższe protest zasługuje na uwzględnienie.

4. Postulaty wnoszącego protest.

Protestujący wnosi o modyfikację SIWZ przez zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu o zamówienie publiczne prowadzonego w zakresie określenia opisu przedmiotu zamówienia. Modyfikacja SIWZ przez zamawiającego jest niezbędna, w przeciwnym przypadku zgodnie z utrwalonym stanowiskiem Urzędu Zamówień Publicznych przedmiotowe postępowanie mogłoby zostać unieważnione. Biorąc pod uwagę przedstawione powyżej argumenty wnoszący protest żąda usunięcia z treści SIWZ zapisów o których mowa w treści protestu.

5. Dodatkowe uwagi wnoszącego protest.

Ww. protest przesyłamy do zamawiającego 12 sierpnia 2008 roku faksem oraz listem poleconym za pośrednictwem poczty a więc protest ten jest wniesiony w terminie. Kopię protestu przesyłamy do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

Z poważaniem
Jolanta Lis-Gajewska

(podpis i pieczęć oryginalna)

