



Zarząd Powiatu Wrocławskiego

50-040 Wrocław, ul. Podwale 28

tel. / fax + 48 / 71/ 344 36 41 + 49 e-mail: starostwo@powiatwroclawski.pl fax + 48 / 71/ 343 07 31

SP.ZP.-3431/7/09

Wrocław, dnia 21 października 2009 r.

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę urządzeń sieciowych i serwerów.

ROZSTRZYGNIĘCIE PROTESTU

Stosownie do art. 183 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223 poz. 1655, z 2008 r. Nr 171 poz. 1058, Nr 220 poz. 1420, Nr 227 poz. 1505 oraz z 2009 r. Nr 19 poz.101) po rozpatrzeniu złożonego dnia 15 października 2009 r. protestu przez firmę **ANDRA Systemy Teleinformatyczne Sp. z o. o. z siedzibą przy ul. Pryzmaty 6/8; 02-226 Warszawa**, wobec zapisów Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ),

Zamawiający postanawia przedmiotowy protest oddalić w całości jako bezzasadny.

Uzasadnienie faktyczne

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę urządzeń sieciowych i serwerów, którego dotyczy złożony protest, prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych (Pzp) w trybie przetargu nieograniczonego. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 13 października 2009 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 357530 – 2009. Tego samego dnia na stronie internetowej Zamawiającego (w BIP) ukazało się ogłoszenie o zamówieniu wraz ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Wartość zamówienia nie przekracza kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

15 października 2009 r. firma ANDRA Systemy Teleinformatyczne Sp. z o. o. złożyła protest na treść SIWZ dotyczącą zapisów załącznika nr 1 do SIWZ – Specyfikacja techniczno-ilościowo-jakościowa dostawy urządzeń sieciowych i serwerów – wymagania wspólne dla przełączników określonych w poz.1 i 2 tabeli oraz wymagania serwerów określonych w poz. 5 i 6 tabeli:

- Zamawiający oczekuje, że sprzęt dostarczony w ramach realizacji umowy będzie sprzętem zakupionym w oficjalnym kanale sprzedaży producenta. Co zgodnie z punktem 2 i 3 oznacza, że będzie on sprzętem nowym i posiadającym stosowny pakiet usług gwarancyjnych kierowanych również do użytkowników z obszaru Rzeczypospolitej Polskiej.

- Wraz z dostawą sprzętu należy dostarczyć dokument wydany przez producenta, poświadczający datę produkcji sprzętu oraz informację z punktów 2, 3 i 4. Data produkcji sprzętu powinna być nie wcześniejsza niż sześć miesięcy od daty zamówienia. Ponadto należy dostarczyć stosowne zaświadczenie, że oferowany sprzęt został zaprojektowany i wyprodukowany zgodnie z normami jakościowymi oraz posiada oznakowanie CE.

W związku z powyższymi zapisami Protestujący zarzuca Zamawiającemu:

1. Naruszenie art. 25 ust. 1 ustawy poprzez nieuzasadnione żądanie od dostawców oświadczeń i dokumentów, które nie są niezbędne w przedmiotowym postępowaniu, a których żądanie nie znajduje uzasadnienia w wymogach SIWZ oraz żądanie załączenia do oferty dokumentów,

których wydanie zależy wyłącznie od osób trzecich (producentów) niebędących zobowiązanymi do ich sporządzenia.

2. Naruszenie § 3 ust. 1 i 2 rozporządzenia Prezesa rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2006 r. Nr 87 poz. 605) poprzez wymaganie przedłożenia dokumentów niemieszczących się w katalogu dopuszczalnym w powyższym rozporządzeniu.
3. Naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy poprzez nie zachowanie zasad uczciwej konkurencji i sporządzanie specyfikacji istotnych warunków zamówienia w sposób utrudniający, a wręcz uniemożliwiający zachowanie zasad uczciwej konkurencji w ubieganiu się o udzielenie zamówienia oraz poprzez ustalenie wymogów dodatkowych, nieuzasadnionych technicznie, które uniemożliwiają złożenie oferty z zastosowaniem rozwiązań konkurencyjnych.

Protestujący wniósł o zmianę treści SIWZ. Jednocześnie stwierdził, że interes prawny protestującego doznał uszczerbku, w związku z tym, iż utracił on możliwość złożenia oferty w przedmiotowym przetargu, z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji wobec przedstawienia przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu, niezgodnych ustawą.

W uzasadnieniu Protestujący zarzuca Zamawiającemu, że zapisy SIWZ w sposób nieuzasadniony prowadzą do faworyzowania wąskiego grona dostawców, świadomie dyskryminują i eliminują z udziału w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia dostawców sprzętu, w tym Protestującego, któremu przez wzgląd na bezprawne, kwestionowane powyżej wymagania, skutecznie uniemożliwiono złożenie oferty spełniającej warunki SIWZ. Oprotestowane wymogi nie są uprawnione, ani w żaden sposób uzasadnione, a jedynie drastycznie ograniczają liczbę potencjalnych dostawców i producentów mogących wziąć udział w przedmiotowym postępowaniu. Takie postępowanie Zamawiającego w konsekwencji rażąco narusza art. 7 ust. 1 ustawy prawo zamówień publicznych, gdyż Zamawiający nie traktuje na równych prawach wszystkich potencjalnych dostawców i podmiotów ubiegających się o zamówienia publiczne poprzez wprowadzenie takich określeń oraz nadmiernych sformułowań, które jednoznacznie faworyzują nieliczne grono wykonawców preferowanych przez producentów.

Pomimo wezwania przez Zamawiającego żaden z Wykonawców nie zgłosił przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesionego protestu.

Uzasadnienie prawne

Rozpatrując protest firmy ANDRA Systemy Teleinformatyczne Sp. z o. o., Zamawiający uznał, iż nie zgadza się z postawionymi powyżej zarzutami, a zapisy zawarte z załączniku Nr 1 do SIWZ – „Specyfikacja techniczno-ilościowo-jakościowa dostawy urządzeń sieciowych i serwerów – wymagania wspólne dla przełączników określonych w poz.1 i 2 tabeli oraz wymagania serwerów określonych w poz. 5 i 6 tabeli” w żaden sposób nie naruszają przepisów prawa w tym przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

Specyfikacja techniczno-ilościowo-jakościowa dostawy urządzeń sieciowych i serwerów ogłoszona przez Zamawiającego, określa min., że:

- 1) Zamawiający oczekuje, że sprzęt dostarczony w ramach realizacji umowy będzie sprzętem nowym, nie używanym (dostarczanym) wcześniej w innych projektach,
- 2) Zamawiający oczekuje, że sprzęt dostarczony w ramach realizacji umowy będzie posiadał świadczenia gwarancyjne oparte na oficjalnej gwarancji świadczonej przez producenta sprzętu,
- 3) Zamawiający oczekuje, że sprzęt dostarczony w ramach realizacji umowy będzie sprzętem zakupionym w oficjalnym kanale sprzedaży producenta. Co zgodnie z punktem 1) i 2) oznacza, że będzie on sprzętem nowym i posiadającym stosowny pakiet usług gwarancyjnych kierowanych również do użytkowników z obszaru Rzeczypospolitej Polskiej,
- 4) Wszystkie dostarczone urządzenia muszą pochodzić od tego samego producenta,

- 5) Wraz z dostawą sprzętu należy dostarczyć dokument wydany przez producenta, poświadczający datę produkcji sprzętu oraz informację z punktu 2), 3) i 4). Data produkcji sprzętu powinna być nie wcześniejsza niż sześć miesięcy od daty zamówienia. Ponadto należy dostarczyć stosowne zaświadczenie, że oferowany sprzęt został zaprojektowany i wyprodukowany zgodnie z normami jakościowymi oraz posiada oznakowanie CE

Odnosząc się do podniesionych przez Protestującego zarzutów, informujemy, że Zamawiający wskazując, wymogi techniczne i jakościowe w opisie przedmiotu zamówienia SIWZ (Załącznik Nr 1 Specyfikacja techniczno-ilościowo-jakościowa dostawy urządzeń sieciowych i serwerów) zabezpieczył jedynie swoje faktyczne potrzeby.

Zespół Arbitrów w orzeczeniu 24 sierpnia 2007 r. stwierdził, że Zamawiający powinien wyrazić swoje potrzeby w odpowiednich zapisach SIWZ (Sygn. Akt UZP/ZO/0-1040/07). Wymagania te muszą mieć walor istotnych i znaczących dla przedmiotu zamówienia. Nie mogą natomiast mieć charakteru subiektywnych. Nie oznacza to jednak, że Zamawiający opisując przedmiot zamówienia, ma go ująć w taki sposób, że ostatecznie każdy przedmiot w ogólnie wyznaczonych granicach będzie mógł mu być zaoferowany. W dalszej części uzasadnienia arbitrzy stwierdzili ponadto, że Zamawiający uprawniony jest do prowadzenia postępowania, w wyniku którego nabędzie najbardziej użyteczny, z jego punktu widzenia, przedmiot.

Odnosząc się więc do wymagań Zamawiającego, iż dostarczony sprzęt będzie sprzętem nowym, nie używanym (dostarczanym) wcześniej w innych projektach, znajduje swoje uzasadnienie w tym, iż tylko nowy produkt gwarantuje okres eksploatacji zakładany przez Zamawiającego. Jednocześnie, zażądanie produktów nowych daje Zamawiającemu możliwość porównania ofert złożonych w postępowaniu, gdzie jako jedynym kryterium oceny ofert zastosowano cenę.

Wymagania Zamawiającego, iż sprzęt dostarczony będzie sprzętem zakupionym w oficjalnym kanale sprzedaży producenta i będzie sprzętem posiadającym stosowny pakiet usług gwarancyjnych kierowanych również do użytkowników z obszaru Rzeczypospolitej Polskiej, znajduje swoje uzasadnienie w tym, że tylko sprzęt zakupiony w oficjalnym kanale sprzedaży producenta daje Zamawiającemu wszystkie dodatkowe korzyści serwisowe i gwarancyjne, czyli pakiet usług kierowanych do niego przez producenta sprzętu. Wymaganie przez Zamawiającego urządzeń, które podlegać będą pełnej obsłudze gwarancyjnej i pogwarancyjnej ich producenta na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej, daje mu określone korzyści np. ułatwiające szybki dostęp do profesjonalnego serwisu i do odpowiednich części zamiennych, tak w trakcie, jak i po zakończeniu okresu gwarancyjnego oraz rozciąga wprost odpowiedzialność za prawidłowe funkcjonowanie urządzenia także na jego producenta. Ponadto, dostęp do pełnej obsługi gwarancyjnej i pogwarancyjnej producenta sprzętu na terenie Polski wiąże się także z korzyściami czasowymi (szybkość uzyskiwania świadczeń) i komunikacyjnymi (brak bariery językowej).

Kolejne wymagania określają, że data produkcji sprzętu powinna być nie wcześniejsza niż sześć miesięcy od daty zamówienia. Wynika to z ogólnie szybko zmieniającej się infrastruktury technicznej sprzętu informatycznego, a Zamawiający chce otrzymać sprzęt z najbardziej aktualnymi rozwiązaniami informatycznymi (np. firmware). Natomiast wymóg dotyczący, dostarczenia przez Wykonawcę stosownego zaświadczenia, że oferowany sprzęt został zaprojektowany i wyprodukowany zgodnie z normami jakościowymi oraz posiada oznakowanie CE, wynika z faktu, że oferowany sprzęt musi być dopuszczony do obrotu w krajach Unii Europejskiej, tj. musi być odpowiednio oznakowany znakiem CE (zgodnie z rozporządzeniem Ministra Gospodarki z dnia 21 sierpnia 2007 r. w sprawie zasadniczych wymagań dla sprzętu elektrycznego). Sprzęt wprowadzany na rynek musi być również zgodny z innymi normami np. po 1 lipca 2006 r. z dyrektywą ROHS (zgodnie z rozporządzeniem Ministra Gospodarki z dnia 27 marca 2007 r. w sprawie szczegółowych wymagań dotyczących ograniczenia wykorzystywania w sprzęcie elektrycznym i elektronicznym niektórych substancji mogących negatywnie oddziaływać na środowisko). Oznakowanie CE wprost gwarantuje Zamawiającemu, że zaoferowany sprzęt dopuszczony został do obrotu w krajach Unii Europejskiej.

W świetle powyższego nie znajduje uzasadnienia zarzut Protestującego dotyczący naruszenia art. 25 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nieuzasadnione żądanie od dostawców oświadczeń i dokumentów, które nie są niezbędne w przedmiotowym postępowaniu, a których żądanie nie znajduje uzasadnienia w wymogach SIWZ oraz żądanie załączenia do oferty dokumentów, których wydanie zależy wyłącznie od osób trzecich (producentów) niebędących zobowiązanymi do ich sporządzenia, oraz naruszenie

§ 3 ust. 1 i 2 rozporządzenia Prezesa rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2006 r. Nr 87 poz. 605) poprzez wymaganie przedłożenia dokumentów niemieszczących się w katalogu dopuszczalnym w powyższym rozporządzeniu.

Należy zauważyć, że przepis art. 25 ustawy jest jedynie wskazówką dla zamawiających w zakresie uprawnień dotyczących żądania oświadczeń lub dokumentów od wykonawców na etapie składania ofert. W każdym postępowaniu zamawiający musi żądać od Wykonawców przedłożenia oświadczenia na potwierdzenie spełniania warunków określonych w art. 22 ust. 1 ustawy. Zamawiający może też żądać od Wykonawców oświadczeń i dokumentów, potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez Zamawiającego. W ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert (w zależności od trybu postępowania) Zamawiający powinien żądać dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania (wyrok ZA z 14.06.2006 r., UZP/ZO/0-1702/06; wyrok ZA z 05.06.2006 r., UZP/ZO/0-1567/06; wyrok ZA z 20.03.2006 r., UZP/ZO/0-746/06). Zarzut dotyczący żądania załączenia do oferty dokumentów, których wydanie zależy wyłącznie od osób trzecich (producentów) niebędących zobowiązanymi do ich sporządzenia jest bezzasadny, ponieważ każdy producent (szczególnie producent sprzętu informatycznego w oficjalnym kanale sprzedaży) jest zainteresowany sprzedażą swoich produktów więc również w ich interesie jest wystawianie osobom kupującym stosownych dokumentów dotyczących sprzedawanych produktów.

Zamawiający miał więc prawo określić w SIWZ w załączniku nr 1 zapisy, według których Wykonawcy składając ofertę w przedmiotowym postępowaniu zobowiązani są do dołączenia ale dopiero wraz z dostawą urządzeń, stosownych zaświadczeń, informacji i potwierdzeń.

Zamawiający nie zgadza się także z zarzutem naruszenia art. 7 ust. 1 Ustawy Prawo Zamówień Publicznych poprzez nie zachowanie zasad uczciwej konkurencji. Ustawa w art. 29 ust. 2 Ustawy Prawo Zamówień Publicznych zawiera wyraźny zakaz dokonywania opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Zakaz ten jednak nie oznacza konieczności nabycia przez Zamawiającego dostaw, usług czy robót budowlanych nieodpowiadających jego potrzebom, zarówno co do jakości, funkcjonalności czy wymaganych parametrów technicznych, a jedynie nakazuje dopuścić konkurencję między wykonawcami mogącymi spełnić postawione wymogi w odniesieniu do przedmiotu zamówienia. Stąd bardzo istotną czynnością Zamawiającego jest dokonanie opisu przedmiotu zamówienia przez wskazanie tych jego cech, które mają dla Zamawiającego kluczowe znaczenie. Takie właśnie kluczowe znaczenie ma dla Zamawiającego zakup sprzętu poprzez oficjalny kanał sprzedaży. Pozyskanie urządzeń zakupionych poza tym kanałem nie daje Zamawiającemu możliwości uzyskiwania aktualizacji oprogramowania, wydłuża czas wymiany urządzenia w ramach gwarancji, uniemożliwia dostęp do wsparcia technicznego inżynierów producenta oraz może skutkować koniecznością zakupu - co dodatkowo podnosi koszty - licencji na system operacyjny urządzenia. Warunkiem uzyskania zaświadczenia producenta jest zakup sprzętu u autoryzowanego dystrybutora, a w tej sytuacji polskie biura producentów sprzętu wystawiają wspomniany dokument każdorazowo i bez zbędnej zwłoki.

Jak słusznie zauważył Zespół Arbitrów w wyroku z dnia 4 kwietnia 2003 r.: "Ustawodawca pozostawił zamawiającemu możliwość precyzowania cech przedmiotu zamówienia w sposób chroniący jego zobiektywizowany interes". Przytoczony wyrok znajduje swe potwierdzenie także w innych wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej. m. in. w wyroku KIO z dnia 13 sierpnia 2008 r. (KIO/UZP 782/08) stwierdzono po pierwsze, iż „...określenie przedmiotu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego stanowi zawsze decyzję zamawiającego...”, a po drugie „... prawem zamawiającego i zarazem jego obowiązkiem jest ocena własnych potrzeb i dokonanie zamówienia zgodnie z tymi potrzebami. Określenie i opisanie przedmiotu zamówienia powinno następować stosownie do uzasadnionych obiektywnych potrzeb zamawiającego...”.

Kolejnym wyrokiem, który potwierdza stanowisko Zamawiającego w odniesieniu do zarzutów Protestującego jest wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 sierpnia 2008 r. (KIO/UZP 807/08), w którym Izba zważyła m. in., że: „... na Zamawiającym ciąży obowiązek obiektywnego opisu przedmiotu zamówienia, z którym sprzężone jest uprawnienie do opisywania przedmiotu zamówienia w sposób zapewniający realizację potrzeb Zamawiającego. Nie oznacza to, że Zamawiający ma obowiązek zapewnienia możliwości realizacji przedmiotu zamówienia przez wszystkie podmioty działające na rynku w danej branży, zaś fakt, że na rynku istnieją inne produkty, nie przesądza o obowiązku dopuszczenia każdego z nich...”.

Również zgodnie z wyrokiem z 28 czerwca 2000 r. wskazanie w SIWZ wymogów technicznych dotyczących przedmiotu zamówienia trudnych do spełnienia przez danego oferenta nie stanowi dostatecznej podstawy do tego, by uznać, że przedmiot zamówienia określony został w sposób naruszający zasady ustawy Pzp (Sygn. Akt. UZP/ZO/0-602/00).

Także zdaniem Arbitrów, wyrażonym w wyroku z 31 stycznia 2006 r. wynika, że opis przedmiotu zamówienia nie narusza art. 7 ustawy Pzp i nie utrudnia uczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli nie ogranicza liczby potencjalnych wykonawców mogących brać udział w przetargu. Chodzi przy tym nie tylko o producentów, lecz o każdego Wykonawcę: producenta, przedstawiciela, dystrybutora i innego sprzedawcę, który ma dostęp do towaru. W dalszej części rozstrzygnięcia odwołania Zespół Arbitrów stanowczo podkreśla, że żądania odwołującego, aby zamawiający dokonał zmiany zapisów SIWZ, w realiach sprawy mają w istocie na celu dostosowanie przedmiotu zamówienia do oferty handlowej odwołującego.

Rolą Zamawiającego natomiast nie jest dostosowywanie opisu przedmiotu zamówienia do możliwości produkcyjnych czy handlowych wszystkich Wykonawców występujących na rynku, lecz do własnych potrzeb. „Żądanie odwołującego byłoby zasadne, tylko wtedy gdyby żaden z potencjalnych wykonawców nie mógł zaoferować wskazanych w SIWZ produktów” (Sygn. Akt. UZP/ZO/0-215/06).

Wskazanie w opisie przedmiotu zamówienia wymogów technicznych trudnych do spełnienia przez protestującego nie stanowi dostatecznej podstawy, by uznać, że przedmiot zamówienia określony został w sposób naruszający zasady wynikające z art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 ustawy Pzp (wyrok Zespołu Arbitrów z 7 lutego 2005 r., Sygn. Akt. UZP/ZO/0-175/05).

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji na podstawie art.183 ust.1 ustawy Pzp.

Jednocześnie informujemy, iż zgodnie z art. 184 ust. 1a ustawy Prawo Zamówień Publicznych od powyższego rozstrzygnięcia nie przysługuje odwołanie do Prezesa UZP. Podstawa prawna: art.184 ust 1a pkt 2, art. 187 ust.4 pkt 8 ustawy Pzp.

Przewodniczący Zarządu

Andrzej Wąsik