



FUNDACJA WOLNEGO I OTWARTEGO OPROGRAMOWANIA

ul. Staszica 25/8, 60-524 Poznań, www.fwioo.pl, info@fwioo.pl
 tel.: +48 61 6232536, +48 61 6243474, fax: +48 61 6232504
 KRS 0000277338, REGON 300545500, NIP 7811798805
 BRE Bank S.A., nr rach.: 96 1140 2017 0000 4602 1136 0627

Poznań, 21 października 2011 r.

Agencja Rynku Rolnego
 [dalej: „Zamawiający“]
 ul. Nowy Świat 6/12
 00-400 Warszawa

INTERWENCJA W SPRAWIE NIEZGODNEJ Z PRZEPISAMI PRAWA ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH CZYNNOŚCI ZAMAWIAJĄCEGO WRAZ Z WNIOSEM W SPRAWIE ULEPSZENIA ORGANIZACJI, WZMOCNIENIA PRAWORZĄDNOŚCI, USPRAWNINIENIA PRACY I ZAPOBIEGANIA NADUŻYCIOM, OCHRONY WŁASNOŚCI, LEPSZEGO ZASPOKAJANIA POTRZEB LUDNOŚCI

Działając w imieniu Fundacji Wolnego i Otwartego Oprogramowania [dalej: „Wnioskodawca“], na podstawie art. 181 ust. 1 oraz art. 38 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U.10.113.759 j.t. z późn. zm.) [dalej: „PZP“] i art. 241 Ustawy z dnia 14 czerwca 1960r. - Kodeks postępowania administracyjnego (Dz.U.00.98.1071 j.t. z późn. zm.), w związku z ogłoszonym zamówieniem publicznym pt. Przetarg nieograniczony na zakup i dostawę komputerów przenośnych (numer sprawy - PN-33/2011), przedkładamy wątpliwości dotyczące tego przetargu.

I. Wskazywanie konkretnego produktu konkretnego producenta

W opisie przedmiotu zamówienia zawartym w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia [dalej: „SIWZ“] można znaleźć zapisy, z których wynika, że Zamawiający określa z nazwy produkty, które chce zamówić. Wspomnieć należy przede wszystkim o fakcie, iż Zamawiający wskazuje bezpośrednio z nazwy znaki towarowe i firmy konkretnych producentów (w szczególności Microsoft Windows 7 Professional) nie określając w żadnym przypadku kryteriów równoważności.

Ogłoszone zamówienie w taki sposób zamówienie, narusza przepisy PZP w postaci:

- 1. niewłaściwego opisanie przedmiotu zamówienia w opublikowanym ogłoszeniu i SIWZ (naruszenie art. 29 ust. 2 i 3 PZP oraz art. 30 PZP),**
- 2. nie zapewnienia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców (naruszenie art. 7 ust. 1 PZP).**

Zgodnie z art. 29 ust. 2 i 3 PZP Zamawiający nie może:

- (i) opisywać przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, a także
- (ii) opisywać przedmiotu zamówienia przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia,

Projekt "Monitorowanie zamówień publicznych na oprogramowanie komputerowe przeprowadzanych przez jednostki administracji rządowej i samorządowej" jest realizowany przy wsparciu udzielonym przez Fundację im. Stefana Batorego w ramach programu „Demokracja w działaniu”.





FUNDACJA WOLNEGO I OTWARTEGO OPROGRAMOWANIA

ul. Staszica 25/8, 60-524 Poznań, www.fwioo.pl, info@fwioo.pl
 tel.: +48 61 6232536, +48 61 6243474, fax: +48 61 6232504
 KRS 0000277338, REGON 300545500, NIP 7811798805
 BRE Bank S.A., nr rach.: 96 1140 2017 0000 4602 1136 0627

chyba że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny”.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający określił przedmiot oraz wielkość lub zakres zamówienia w sposób niezgodny z wyżej cytowanymi przepisami.

Opisanie przedmiotu zamówienia w taki sposób pozostaje w oczywistej sprzeczności z treścią przepisów art. 29 ust. 2 i 3 PZP, które zostały przytoczone wyżej. Zamawiający chce bowiem zamówić wskazane z nazwy produkty od konkretnych producentów, co ewentualnym wykonawcom daje co najwyżej jedynie ograniczone pole manewru wyboru dystrybutora danego oprogramowania. Opis przedmiotu zamówienia w sposób, w jaki zrobił do Zamawiający wyłącza ponadto z konkurencji podmioty, które mogłyby dostarczyć dla Zamawiającego rozwiązania spełniające techniczne i funkcjonalne (jednakże jeszcze nie ujawnione precyzyjnie) wymagania Zamawiającego, aczkolwiek od producentów innych niż wskazany przez Zamawiającego i o nazwach innych niż wskazane przez Zamawiającego. Działając w ten sposób, Zamawiający naruszył jednocześnie art. 7 ust. 1 PZP, zgodnie z którym „Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców”. W świetle bowiem sytuacji na rynku komputerowym, która cechuje się wysoką specjalizacją wymóg, aby elementy systemu pochodziły od jednego producenta lub były przez niego sygnowane w sytuacji istnienia wielu produktów składających się z elementów wytwarzanych przez różnych producentów, które spełniają najwyższe wymagania jakościowe stanowi nieusprawiedliwione ograniczenie konkurencji (**wyrok Zespołu Arbitrów - Urząd Zamówień Publicznych z dnia 19 września 2007 r. UZP/ZO/0-1140/07**).

Takie sformułowanie ogłoszenia może również spowodować marnotrawstwo środków publicznych gdyż Zamawiający nawet nie będzie miał możliwości zapoznania się z rozwiązaniami innymi i być może tańszymi, gdyż ich autorzy / producenci w tym przetargu po prostu nie wystartują.

Jeżeli podobne praktyki do praktyki Zamawiającego będą się szerzyć, to dojdzie do sytuacji, w której przepisy PZP nie będą miały de facto zastosowania, gdyż znany będzie producent towarów/usług w każdej branży.

W tym stanie rzeczy, w naszej ocenie, zachodzą przesłanki do powtórzenia czynności, tj. modyfikacji oferty i stosownych zmian w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia Publicznego.

Jeżeli przy powtórzeniu czynności Zamawiający będzie chciał posłużyć się wymienionymi w SIWZ znakami towarowymi, to powinien dodać, iż są dopuszczalne rozwiązania równoważne wraz z dookreśleniem kryteriów równoważności. Powtórzenie czynności w niniejszym postępowaniu powinno więc polegać w szczególności **na doprecyzowaniu kryteriów równoważności, które na obecnym etapie są sformułowane w sposób niezgodny z przepisami, jeżeli w ogóle są sformułowane**. Przepis art. 29 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych ma charakter normy *lex specialis* i może być stosowany tylko w wyjątkowych sytuacjach (gdzie nie można opisać przedmiotu zamówienia inaczej niż poprzez podanie jako przykładu nazwy konkretnego rozwiązania konkretnego producenta) oraz interpretowany wyłącznie ściśle. Poprzez dodanie słów „równoważny” wskazane przez Zamawiającego produkty mogą mieć charakter wyłącznie przykładowy. Zamawiający dodając określenie „równoważny” zobowiązany jest zawrzeć określenia precyzujące wymogi Zamawiającego w kwestii równoważności. Należy mieć również na uwadze, iż specyfikacja techniczna opisywana przez Zamawiającego określająca parametry równoważności powinna umożliwić oferentom jednakowy dostęp do zamówienia i nie może powodować

Projekt "Monitorowanie zamówień publicznych na oprogramowanie komputerowe przeprowadzanych przez jednostki administracji rządowej i samorządowej" jest realizowany przy wsparciu udzielonym przez Fundację im. Stefana Batorego w ramach programu „Demokracja w działaniu”.





FUNDACJA WOLNEGO I OTWARTEGO OPROGRAMOWANIA

ul. Staszica 25/8, 60-524 Poznań, www.fwioo.pl, info@fwioo.pl
 tel.: +48 61 6232536, +48 61 6243474, fax: +48 61 6232504
 KRS 0000277338, REGON 300545500, NIP 7811798805
 BRE Bank S.A., nr rach.: 96 1140 2017 0000 4602 1136 0627

tworzenia nieuzasadnionych przeszkód w dostępie do zamówienia publicznego. Specyfikacje nie powinny prowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania wykonawców lub oferowanych przez nich produktów (**wyrok Zespołu Arbitrów - Urząd Zamówień Publicznych z dnia 14 czerwca 2007 r. UZP/ZO/0-670/07**). O tym, że przepis ten ma charakter nad wyraz wyjątkowy i Zamawiający powinien go wypełnić treścią w należyty sposób, świadczy również to, mimo, iż określenie przedmiotu zamówienia jest jego suwerenną decyzją i to w gestii Zamawiającego leży ustalenie niezbędnych cech i funkcjonalności, które ten przedmiot zamówienia ma spełniać, to jednak swoboda Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia nie może prowadzić do nieuzasadnionego ograniczenia kręgu potencjalnych wykonawców (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 20 stycznia 2009 r. KIO/UZP 02/09). **Sumując - kryteria równoważności należy ujmować od strony techniczno - funkcjonalnej (konkretne funkcje) i nie można poprzestać jedynie na stwierdzenia, że produkt zamawiany ma być „równoważny” w stosunku do produktu konkurenta. Należy dokładnie wskazać zakresy takiej równoważności.**

Zamawiający w niniejszym postępowaniu powinien zatem opisać precyzyjnie od strony technicznej (jak np.: standardy i protokoły) i funkcjonalnej jakie oprogramowanie jest mu potrzebne, opierając się na treści art. 29 i 30 PZP, tak by nie doszło do naruszenia przepisów PZP i zasady równości oraz uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami.

Mając zaś na uwadze aktualne ogłoszenie o zamówieniu publicznym i SIWZ, Zamawiający musi pamiętać także o tym, że nie można mówić o jednakowym traktowaniu wszystkich Wykonawców lub zachowaniu zasad uczciwej konkurencji, jeżeli 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 przedmiotu zamówienia określone są tak, że aby je spełnić Wykonawca musi dostarczyć jeden konkretny produkt (**wyrok Zespołu Arbitrów - Urząd Zamówień Publicznych z dnia 11 maja 2007 r., UZP/ZO/0-536/07**).

II. Dostęp do kodu źródłowego i możliwość modyfikacji.

Zamawiający powinien również zwrócić uwagę także na aspekty funkcjonowania zamawianego oprogramowania w przyszłości. Powinien on w szczególności zapewnić sobie dostęp do kodu źródłowego oprogramowania, co w połączeniu z uprawnieniem prawnautorskim do jego modyfikacji pozwoli Zamawiającemu na późniejsze (i nieuchronne) modyfikowanie i adaptowanie zamawianego oprogramowania oraz zapewnienie współdziałania z innymi urządzeniami Zamawiającego. Przysłuży się to w dłuższej perspektywie czasowej do braku uzależnienia Zamawiającego od konkretnego wykonawcy, gdyż każdy kolejny będzie mógł dostarczać rozwiązania kompatybilne z już działającymi u Zamawiającego.

Analiza dokumentów przetargowych prowadzi do pytania, czy Zamawiający rozważył możliwość zagwarantowanie sobie w omawianym przetargu dostęp do pełnej dokumentacji oprogramowania, wraz z jego kodem źródłowym. **SIWZ świadczy jednak o tym, iż Zamawiający generalnie nie wziął tego aspektu pod uwagę.** W takim wypadku Zamawiający będzie w przyszłości zmuszony do korzystania z usług jedynie tej firmy (firm), która zostanie wyłoniona w omawianym przetargu (a w praktyce będzie to uzależnienie od producenta oprogramowania), jako że jedynie ten podmiot (podmioty) będzie dysponował prawami autorskimi do oprogramowania oraz jego dokumentacją techniczną. Oznacza to, że przedłużenie umowy na dalsze wsparcie oprogramowania będzie się odbywać w trybie z wolnej ręki, przy czym to Wykonawca (Wykonawcy) będzie dyktował warunki - także finansowe - dalszej współpracy, na które Zamawiający będzie zmuszony przystać pod groźbą paraliżu infrastruktury informatycznej Zamawiającego. Sytuacja taka, nazywana vendor lock-in (co oznacza tutaj uzależnienie się od jednego producenta/dostawcy oprogramowania) jest niezwykle niekorzystna nie tylko z punktu widzenia

Projekt "Monitorowanie zamówień publicznych na oprogramowanie komputerowe przeprowadzanych przez jednostki administracji rządowej i samorządowej" jest realizowany przy wsparciu udzielonym przez Fundację im. Stefana Batorego w ramach programu „Demokracja w działaniu”.



IM.STEFANA





FUNDACJA WOLNEGO I OTWARTEGO OPROGRAMOWANIA

ul. Staszica 25/8, 60-524 Poznań, www.fwioo.pl, info@fwioo.pl
 tel.: +48 61 6232536, +48 61 6243474, fax: +48 61 6232504
 KRS 0000277338, REGON 300545500, NIP 7811798805
 BRE Bank S.A., nr rach.: 96 1140 2017 0000 4602 1136 0627

finansowego. W naszym przekonaniu znacznie lepszym rozwiązaniem jest uniknięcie pułapki vendor lock-in poprzez zagwarantowanie sobie przeniesienia autorskich praw majątkowych oraz pełnej dokumentacji technicznej wraz z kodem źródłowym.

Dodać należy, iż Zamawiający posiada na tyle silną pozycję na rynku zamówień publicznych, że jest w stanie przeprowadzić przetarg na takich warunkach.

III. Rekomendacje Prezesa UZP i Unii Europejskiej

Wszystkie powyższe wątpliwości są uzasadnione obecnie obowiązującymi regulacjami i Zamawiający może w zakresie konstrukcji przetargów posiłkować się **Rekomendacjami Urzędu Zamówień Publicznych z 2009r. w sprawie udzielania zamówień publicznych na systemy informatyczne¹** oraz **Rekomendacjami Prezesa UZP z 2010r., które dotyczą udzielania zamówień publicznych na dostawę zestawów komputerowych²**. Również Komisja Europejska (w ramach realizacji Europejskiej Agendy Cyfrowej) rekomenduje obecnie takie kształtowanie zamówień publicznych na systemy ICT, które zmniejszą uzależnienie od konkretnego producenta poprzez nawiązanie do standardów.

Jednocześnie sygnalizujemy, iż niniejsze pismo ma na celu życzliwą sygnalizację Zamawiającemu obiektywnych zastrzeżeń co do prowadzonego postępowania i stanowi realizację zagwarantowanego w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej prawa do składania petycji i jest równoległe wnioskiem w rozumieniu art. 241 Ustawy z dnia 14 czerwca 1960r. – Kodeks postępowania administracyjnego (Dz.U.00.98.1071 j.t.).

Mając na uwadze powyższe wnoszę o ustosunkowanie się do niniejszego pisma oraz niezwłoczne zastosowanie środków przewidziany w PZP w celu sanacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Brak reakcji i przeprowadzenia procedury sanacyjnej spowoduje niezgodność przeprowadzanego postępowania z przepisami PZP.

Pozwolimy sobie też zadać Państwu pytanie, czy decyzja o zamówieniu wyszczególnionych w niniejszym piśmie rozwiązań była poprzedzona długofalową analizą finansową TCO (*Total Cost of Ownership*), która pozwoliłaby na porównanie kosztów zastosowania rozwiązań alternatywnych wobec w tej chwili zamawianych.

Pragniemy zaznaczyć, iż niniejsze pismo ma na celu życzliwą sygnalizację Zamawiającemu obiektywnych zastrzeżeń co do prowadzonego postępowania i stanowi realizację zagwarantowanego w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej prawa do składania petycji i jest równoległe wnioskiem w rozumieniu art. 241 Ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego (Dz.U.00.98.1071 j.t.).

Jednocześnie, jako Fundacja Wolnego i Otwartego Oprogramowania, wskazujemy na liczne korzyści, jakie mogą się wiązać z wdrożeniem wolnych i otwartych rozwiązań informatycznych. Chodzi tu o potencjalne długofalowe oszczędności, związane z brakiem konieczności zakupu licencji na oprogramowanie własnościowe, ale także o kwestie bezpieczeństwa i stabilności systemów informatycznych oraz o możliwość lepszego dostosowania oprogramowania do potrzeb urzędu, co jest możliwe dzięki otwartym kodom źródłowym. Załączamy również płytę CD, na której znajdują się wydane nakładem naszej Fundacji opracowania dotyczące zagadnień prawnych związanych z ogłaszaniem przetargów na oprogramowanie

¹ <http://www.uzp.gov.pl/cmsws/page/GetFile1.aspx?attid=2428>

² <http://www.uzp.gov.pl/cmsws/page/GetFile1.aspx?attid=3351>

Projekt "Monitorowanie zamówień publicznych na oprogramowanie komputerowe przeprowadzanych przez jednostki administracji rządowej i samorządowej" jest realizowany przy wsparciu udzielonym przez Fundację im. Stefana Batorego w ramach programu „Demokracja w działaniu”.



IM.STEFANA





FUNDACJA WOLNEGO I OTWARTEGO OPROGRAMOWANIA

ul. Staszica 25/8, 60-524 Poznań, www.fwiio.pl, info@fwiio.pl
tel.: +48 61 6232536, +48 61 6243474, fax: +48 61 6232504
KRS 0000277338, REGON 300545500, NIP 7811798805
BRE Bank S.A., nr rach.: 96 1140 2017 0000 4602 1136 0627

komputerowe, a także na temat technologicznych i finansowych aspektów wdrażania wolnych i otwartych rozwiązań, wraz z przykładową analizą finansową. (Są one także dostępne na stronach serwisu „Prawidłowe przetargi publiczne IT” www.pppit.org.pl w dziale „Publikacje”). Mamy nadzieję, że wydawnictwa te okażą się pomocne w Państwa pracy.

Z wyrazami szacunku,

Rafał Brzychcy

Prezes Zarządu

Projekt "Monitorowanie zamówień publicznych na oprogramowanie komputerowe przeprowadzanych przez jednostki administracji rządowej i samorządowej" jest realizowany przy wsparciu udzielonym przez Fundację im. Stefana Batorego w ramach programu „Demokracja w działaniu”.

