



FUNDACJA WOLNEGO I OTWARTEGO OPROGRAMOWANIA

ul. Wawrzyniaka 10, 60-505 Poznań
 tel.: +48 0 61 6232536, +48 0 61 6489705, fax: +48 0 61 6232504
 KRS 0000277338, REGON 300545500, www.fwioo.pl, info@fwioo.pl
 Bank: Multi Bank, BRE Bank S.A., nr rachunku 96114020170000460211360627

Poznań, 28 maja 2010 r.

Miejski Zespół Opieki Zdrowotnej sp. z o.o.
 [dalej: „Zamawiający”]
 ul. Kilińskiego 16
 87-800 Włocławek
 fax (054) 232 56 15

INFORMACJA 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

I. Działając w imieniu Fundacji Wolnego i Otwartego Oprogramowania (odpis z KRS w załączeniu) [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. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) [dalej: „PZP”] zwracamy uwagę, że **Zamawiający dokonał niezgodnej z przepisami ustawy czynności** w postępowaniu o udzielenie zamówienia na *Zakup sprzętu komputerowego i oprogramowania*, wielkość zamówienia: poniżej wyrażonej w złotych równowartości kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Ustawy zamówień publicznych) [dalej: „Przetarg”] **w postaci:**

- 1. niewłaściwego opisanie przedmiotu zamówienia (naruszenie art. 29 ust. 2 i 3 PZP oraz art. 30 PZP) w opublikowanej Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia,**
- 2. nie zapewnienia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców (naruszenie art. 7 ust. 1 PZP).**

Mając na uwadze powyższe wnosząc o ustosunkowanie się do niniejszego pisma oraz niezwłoczne zastosowanie środków przewidzianych w PZP w celu sanacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Brak reakcji i przeprowadzenia procedury sanacyjnej spowoduje niezgodność przeprowadzanego postępowania z przepisami PZP i może narazić Zamawiającego na negatywne konsekwencje prawne. Jednocześnie wskazujemy, iż niniejsze pismo ma na celu życzliwą sygnalizację dokonywaną przez Fundację Wolnego i Otwartego Oprogramowania, gdyż w interesie wszystkich obywateli leży to, by zamówienia na systemy informatyczne były konstruowane w sposób prawidłowy, co w dłuższej perspektywie przyczyni się do oszczędności publicznych pieniędzy i wydajniejszej pracy administracji publicznej.

Projekt "Prawidłowe i transparentne przetargi publiczne na narzędzia informatyczne" jest realizowany przy wsparciu udzielonym przez Islandię, Liechtenstein i Norwegię ze środków Mechanizmu Finansowego Europejskiego Obszaru Gospodarczego, Norweskiego Mechanizmu Finansowego oraz budżetu Rzeczypospolitej Polskiej w ramach Funduszu dla Organizacji Pozarządowych.





FUNDACJA WOLNEGO I OTWARTEGO OPROGRAMOWANIA

ul. Wawrzyniaka 10, 60-505 Poznań
 tel.: +48 0 61 6232536, +48 0 61 6489705, fax: +48 0 61 6232504
 KRS 0000277338, REGON 300545500, www.fwioo.pl, info@fwioo.pl
 Bank: Multi Bank, BRE Bank S.A., nr rachunku 96114020170000460211360627

UZASADNIENIE

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, 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 zamówienia – w interesującym nas zakresie – w następujący sposób:

2. Komputer osobisty typu PC – 4 szt.

3. Komputer osobisty typu PC – 4 szt.

Obudowa – Midi Tower, 2 porty USB z przodu obudowy (w jej środkowej części), logo producenta wytłoczone na blasze, dwie zatoki 5,25”, dwie zatoki 3,5”, wewnątrz miejsce na 2 dyski 3,5”, 2 wentylatory 92mm, kolor czarny matowy.

8. MS Office SB 2007 W32 Polish OEM (MLK) – 7 szt.

zawartość pakietu:

Microsoft Office Excel 2007,
 Microsoft Office Publisher 2007,
 Microsoft Office PowerPoint 2007,
 Microsoft Office Word 2007,
 Microsoft Office Outlook 2007 z dodatkiem Business Contact Manager

Opisanie przedmiotu zamówienia w sposób przedstawiony wyżej pozostaje w oczywistej sprzeczności z treścią przepisów art. 29 ust. 2 i 3 PZP, które zostały przytoczone wyżej. Zamawiający oznaczył bowiem konkretny produkt od konkretnego producenta (wykorzystując przy okazji znaki towarowe konkretnego podmiotu, przykładowo: słowny Znak Towarowy Wspólnoty nr 003500824 – Microsoft), 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 (aczkolwiek jeszcze nie ujawnione precyzyjnie) wymagania Zamawiającego, aczkolwiek o nazwach innych niż wskazane przez Zamawiającego. **Zamawiający również w sposób nieprawidłowy sformułował opis zamówienia w zakresie obudowy, gdyż opis, iż obudowa ma posiadać 2 porty USB z przodu obudowy (w jej środkowej części), logo producenta wytłoczone na blasze powoduje, iż istnieje uzasadnione**

Projekt "Prawidłowe i transparentne przetargi publiczne na narzędzia informatyczne" jest realizowany przy wsparciu udzielonym przez Islandię, Liechtenstein i Norwegię ze środków Mechanizmu Finansowego Europejskiego Obszaru Gospodarczego, Norweskiego Mechanizmu Finansowego oraz budżetu Rzeczypospolitej Polskiej w ramach Funduszu dla Organizacji Pozarządowych.



patronat honorowy:



partner merytoryczny:





FUNDACJA WOLNEGO I OTWARTEGO OPROGRAMOWANIA

ul. Wawrzyniaka 10, 60-505 Poznań
 tel.: +48 0 61 6232536, +48 0 61 6489705, fax: +48 0 61 6232504
 KRS 0000277338, REGON 300545500, www.fwioo.pl, info@fwioo.pl
 Bank: Multi Bank, BRE Bank S.A., nr rachunku 96114020170000460211360627

niebezpieczeństwo, że w praktyce tylko jeden określony producent będzie w stanie sprostać tak sformułowanym oczekiwaniom Zamawiającego, co jest niezgodne z PZP i dotychczasowym orzecznictwem. 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). Pomimo, że przytoczone orzeczenie dotyczyło podzespołów (ang. *hardware*), to jego filozofia i intencja, a przede wszystkim teza znajduje w pełni zastosowanie w realiach niniejszego postępowania także w stosunku do oczekiwanego przez Zamawiającego oprogramowania – różnorodność producentów i autorów „tego rodzaju” oprogramowania, w które zamierza zaopatrzyć się Zamawiający sprawia, że nie można faworyzować tylko jednego z nich, poprzez wskazanie konkretnej nazwy jego produktów. **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.**

W tym stanie rzeczy, w naszej ocenie, zachodzą przesłanki do powtórzenia czynności, tj. modyfikacji oferty i stosownych zmian w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia Publicznego na podstawie art. 181 ust. 2 PZP.

Dodać należy, iż powtórzenie czynności w niniejszym postępowaniu nie może polegać na dopisaniu po każdej z zamawianych pozycji samych wyrazów „lub równoważny”, lecz należy również wskazać dokładny zakres i kryteria równoważności (przykładowo, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 sierpnia 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 967/09). Przepis art. 29 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych ma bowiem 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 „lub równoważny” wskazane przez Zamawiającego produkty mogą mieć charakter wyłącznie przykładowy. Zamawiający dodając określenie „lub 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 tworzenia nieuzasadnionych przeszkód w dostępie do zamówienia publicznego.

Projekt "Prawidłowe i transparentne przetargi publiczne na narzędzia informatyczne" jest realizowany przy wsparciu udzielonym przez Islandię, Liechtenstein i Norwegię ze środków Mechanizmu Finansowego Europejskiego Obszaru Gospodarczego, Norweskiego Mechanizmu Finansowego oraz budżetu Rzeczypospolitej Polskiej w ramach Funduszu dla Organizacji Pozarządowych.





FUNDACJA WOLNEGO I OTWARTEGO OPROGRAMOWANIA

ul. Wawrzyniaka 10, 60-505 Poznań
 tel.: +48 0 61 6232536, +48 0 61 6489705, fax: +48 0 61 6232504
 KRS 0000277338, REGON 300545500, www.fwioo.pl, info@fwioo.pl
 Bank: Multi Bank, BRE Bank S.A., nr rachunku 96114020170000460211360627

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 jednak prowadzić do nieuzasadnionego ograniczenia kręgu potencjalnych wykonawców (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 20 stycznia 2009 r. KIO/UZP 02/09). **Zamawiający powinien także ograniczyć swoje oczekiwania co do obudowy, rezygnując z wymogów by 2 porty USB znajdowały się z przodu obudowy (w jej środkowej części), a logo producenta wytłoczone było na blasze – w tym zakresie wystarczy stwierdzenie, iż 2 porty USB muszą znajdować się z przodu obudowy.**

Zamawiający w niniejszym postępowaniu powinien zatem opisać precyzyjnie od strony technicznej (jak np.: standardy i protokoły) i funkcjonalnej jakie oprogramowanie i sprzęt jest mu potrzebny, 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 aktualną formę 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).

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 prawnoautorskim 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.

Projekt "Prawidłowe i transparentne przetargi publiczne na narzędzia informatyczne" jest realizowany przy wsparciu udzielonym przez Islandię, Liechtenstein i Norwegię ze środków Mechanizmu Finansowego Europejskiego Obszaru Gospodarczego, Norweskiego Mechanizmu Finansowego oraz budżetu Rzeczypospolitej Polskiej w ramach Funduszu dla Organizacji Pozarządowych.



patronat honorowy:



partner merytoryczny:





FUNDACJA WOLNEGO I OTWARTEGO OPROGRAMOWANIA

ul. Wawrzyniaka 10, 60-505 Poznań
 tel.: +48 0 61 6232536, +48 0 61 6489705, fax: +48 0 61 6232504
 KRS 0000277338, REGON 300545500, www.fwioo.pl, info@fwioo.pl
 Bank: Multi Bank, BRE Bank S.A., nr rachunku 96114020170000460211360627

W tym zakresie Zamawiający powinien posiłkować się również Rekomendacjami Urzędu Zamówień Publicznych z 2009 r. w sprawie udzielania zamówień publicznych na systemy informatyczne¹ oraz również, a nawet przede wszystkim – zapisami ustawy z dnia 17 lutego 2005r.o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne (Dz.U.05.64.565 z późn. zm.) oraz rozporządzeniami wykonawczymi do niej, które wprowadzają zasadę równego traktowania rozwiązań informatycznych.

II. Jednocześnie podkreślamy, 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.). **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 i może narazić Zamawiającego na negatywne konsekwencje prawne.

III. Na zakończenie, jako Fundacja Wolnego i Otwartego Oprogramowania wskazujemy, iż jesteśmy gotowi udzielić Zamawiającemu informacji na temat korzyści z wykorzystywania w bieżącej działalności wolnego i otwartego oprogramowania.

Z poważaniem,

Rafał Brzychcy
 Prezes Zarządu

¹ <http://www.uzp.gov.pl/zagadnienia-merytoryczne/kontrola/rekomendacje-prezesa-uzp-dotyczace-przeprowadzania-postepowan-o-udzielenie-zamowienia-publicznego/rekomendacje-uzp-dotyczace-udzielania-zamowien-na-systemy-informatyczne/>

Projekt "Prawidłowe i transparentne przetargi publiczne na narzędzia informatyczne" jest realizowany przy wsparciu udzielonym przez Islandię, Liechtenstein i Norwegię ze środków Mechanizmu Finansowego Europejskiego Obszaru Gospodarczego, Norweskiego Mechanizmu Finansowego oraz budżetu Rzeczypospolitej Polskiej w ramach Funduszu dla Organizacji Pozarządowych.



Fundacja
 FUNDUSZ WSPÓŁPRACY



FUNDUSZ
 DLA ORGANIZACJI
 POZARZĄDOWYCH
 DEMOKRACJA I SPRAWCZOŚĆ OBYWATELSKIE



www.pppit.org.pl

patronat honorowy:



partner merytoryczny:

