



## 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, 13.05.2013 r.

### Miasto Katowice

[dalej: „Zamawiający”]

Ul. Młyńska 4

40 – 098 Katowice

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

Działając na podstawie art.181 ust.1 oraz art. 38 ust.1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku Nr 113, poz.759, ze zm.) zwaną dalej „PZP” i art. 241 Ustawy z dnia 14 czerwca 1960 – Kodeks postępowania administracyjnego (Dz.U.00.98.1071 tekst jedn. z póź. zm.), zwracamy uwagę, że:

W dniu 9 kwietnia 2013 roku Zamawiający dokonał niezgodnej z przepisami ustawy Prawo Zamówień Publicznych z dnia 29 stycznia 2004 roku (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. nr 113, poz.759 z późniejszymi zmianami), czynności w postępowaniu prowadzonym na „Dostawę i instalację sieci aktywnej i komputerowej dla budynku administracyjno- usługowego przy ul. Młyńskiej 1 w Katowicach. Część I: Dostawa i rozszerzenie aktualnej konfiguracji sieciowej wraz z oprogramowaniem, część II :Dostawa komputerów, stacji graficznych oraz urządzeń drukujących”, (znak postępowania: BZP.271.1.78.2013), wielkość zamówienia powyżej 200 000 EUR w postaci (dalej „Przetarg”) w postaci:

- 1) niewłaściwego opisu przedmiotu zamówienia w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”) – naruszenie art. 29 ust.2 i 3 ustawy PZP,
- 2) niezapewnienia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców - naruszenie art.7 ust.1 ustawy PZP.

Mając na uwadze powyższe wnoszę 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

Projekt "Monitorowanie ogłoszeń przetargowych na oprogramowanie i sprzęt komputerowy w jednostkach administracji rządowej i samorządowej oraz podejmowanie interwencji w przypadku wykrycia nieprawidłowości (kontynuacja)" 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

przeprowadzonego postępowania z przepisami PZP i może narazić Zamawiającego na **negatywne konsekwencje prawne, w tym unieważnienie umowy.**

### UZASADNIENIE:

1. Zgodnie z treścią 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”.

Zamawiający wskazał w załączniku nr 7b do SIWZ, na stronie nr 49 w pozycji 1.12.1 z nazwy następujące oprogramowanie:

*„Windows 7 64-bitowy w wersji Professional w języku polskim (przeinstalowany na dysku twardym). Dla wersji OEM wymagany nośnik pozwalający na ponowną instalację systemu niewymagającą wpisywania klucza rejestracyjnego lub rejestracji poprzez Internet czy telefon. Licencja na system operacyjny umieszczona na trwale na obudowie komputera.”*

oraz w pozycji 1.12.2 :

*„Dopuszcza się wersję Windows 7 64 bitową języku polskim w wersji Enterprise bez nośnika CD/DVD – z programem MOLP lub SELECT – w tym wypadku naklejka z licencją na obudowie nie jest wymagana”.*

oraz w pozycji 1.15.3:

*„potwierdzenie kompatybilności komputera na stronie Microsoft Windows Produkt List na zgodność z zaoferowanym systemem”*

Dodatkowo w wymaganiach ogólnych na stronie nr 57 zamawiający zawarł informacje , iż **„posiada aktywną umowę z Microsoft typu SELECT”, określając typ oraz identyfikator licencjonowania.**

Opisanie przedmiotu zamówienia w taki sposób **pozostaje w oczywistej sprzeczności z treścią art. 29 ust. 2 i 3 ustawy PZP.**

Należy pamiętać, że przepis art.29 ust.3 dopuszczający zastosowanie nazwy własnej z dopuszczeniem równoważności ma charakter *lex specialis* **i nie może być traktowany rozszerzająco.** Może być stosowany wyłącznie wtedy, gdy nie można opisać przedmiotu zamówienia inaczej niż przez podanie jako przykładu nazwy konkretnego rozwiązania konkretnego producenta **oraz interpretowany wyłącznie ściśle.**

PZP dopuszcza wyjątkowo posługiwanie się znakiem towarowym patentem, pochodzeniem, gdy

Projekt "Monitorowanie ogłoszeń przetargowych na oprogramowanie i sprzęt komputerowy w jednostkach administracji rządowej i samorządowej oraz podejmowanie interwencji w przypadku wykrycia nieprawidłowości (kontynuacja)" 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

jest to:

- 1) *uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia, i*
- 2) *zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, i*
- 3) *wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny”.*

Wszystkie wymienione powyżej przesłanki muszą być spełnione kumulatywnie i to Zamawiający jest zobligowany udowodnić ich istnienie. Dopuszczając możliwość składania ofert równoważnych, to Zamawiający jest obowiązany do precyzyjnego określenia parametrów technicznych i wymagań jakościowych, gdyż bez takiego ich określenia nie istnieje możliwość ich porównania.

W przedmiotowym postępowaniu przesłanki określone w art.29 ust.3 umożliwiające Zamawiającemu użycie nazwy własnej, produktu, producenta nie są spełnione łącznie, tym samym użycie nazwy własnej oprogramowania (produktu i producenta) z **pozornym wyłącznie** (nie opisanym dokładnie i wyczerpująco znaczeniem równoważności), **stanowi naruszenie podstawowych zasad prawa wspólnotowego i krajowego.**

Należy mieć również na uwadze, iż ustawa Pzp daje Zamawiającemu szereg możliwości dokonania opisu przedmiotu zamówienia od strony technicznej i funkcjonalnej (art.30 PZP).

Zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia w SIWZ wskazując konkretne produkty konkretnego producenta oprogramowania w sposób rażąco naruszył przepisy ustawy Pzp, w szczególności art. 7 tej ustawy, który nakazuje zapewnić zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Nie można mówić o równym traktowaniu wykonawców i zasad uczciwej konkurencji, jeżeli przedmiot zamówienia określony jest, niezgodnie z PZP, w sposób wskazujący na konkretne produkty konkretnego producenta, a dodatkowo tzw. „równoważność” opisana przez Zamawiającego w SIWZ w sposób niezwykle nieprecyzyjny, niejasny, umożliwia dokonanie wyboru wyłącznie konkretnego oprogramowania firmy Microsoft .

W tym zakresie Zamawiający winien posiłkować się „Rekomendacjami dotyczącymi udzielania zamówień na dostawę zestawów komputerowych”, UZP, Warszawa 2012 r. oraz „Rekomendacjami udzielania zamówień publicznych na systemy informatyczne”, UZP, Warszawa 2009 r. oraz orzecznictwem ZA/UZP oraz KIO/UZP:

1) w wyroku KIO z dnia 21 kwietnia 2009 roku (KIO/UZP, 434/09) w sposób jednoznaczny stwierdzono, iż „ O naruszeniu zasady uczciwej konkurencji można mówić w sytuacji, gdy opis przedmiotu zamówienia uniemożliwia zaoferowanie przez podmiot produktu, który będzie spełniał wszystkie wymagania zamawiającego, a niemożliwość ta ma charakter obiektywny i nieprzemijający.”

2) W wyroku Zespołu Arbitrów z dnia 3 lutego 2005 roku (UZP/ZO/0-153/05, LEX nr 172229) stwierdzono „Stosownie do jego zapisów (art.29 ust.2) zamawiającemu nie wolno określać przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Oznacza to konieczność eliminacji z określenia z przedmiotu zamówienia wszelkich sformułowań, które

Projekt "Monitorowanie ogłoszeń przetargowych na oprogramowanie i sprzęt komputerowy w jednostkach administracji rządowej i samorządowej oraz podejmowanie interwencji w przypadku wykrycia nieprawidłowości (kontynuacja)" 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

mogą wskazywać na konkretnego wykonawcę. Chodzi tu zatem o negatywną przesłankę sposobu opisu przedmiotu zamówienia. Zakaz taki zostaje naruszony, jeżeli zamawiający przy opisie przedmiotu zamówienia użyje oznaczeń lub parametrów wskazujących konkretnego wykonawcę lub konkretny produkt, działając jednocześnie wbrew zasadzie obiektywizmu".

3) w wyroku Zespołu Arbitrów z dnia 12.12.2003 roku stwierdzono, że „nie można uznać, że dana oferta nie spełnia wymogu równoważności, jeżeli z powodu braku danych nie można wykazać, czy dana oferta jest równoważna. Zamawiający ma obowiązek w taki sposób przygotować specyfikację istotnych warunków zamówienia i w taki sposób sprecyzować w niej dodatkowe warunki, by mógł następnie w sposób jednoznaczny przesądzić kwestie równoważności. Dopiero w takim przypadku będzie on uprawniony do podjęcia decyzji o zakwalifikowaniu oferty jako równoważnej, bądź o jej odrzuceniu.

Należy zatem pamiętać, że w przypadku określenia przedmiotu zamówienia przy wskazaniu konkretnego znaku towarowego i dopisaniu „lub równoważne” opis przedmiotu zamówienia powinien zawierać dokładne określenia precyzujące wymogi Zamawiającego w zakresie równoważności (wyrok KIO z 02.04.2008 r., KIO/UZP 236/08; wyrok KIO z 07.03.2008 r., KIO/UZP 154/08; wyrok ZA z 07.06.2006 r. UZP/ZO/0-1600/06).

Jednocześnie podkreślamy, że 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 z wnioskiem w rozumieniu art.241 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 roku - Kodeks postępowania administracyjnego (Dz.U.00.98.1071 t.j.) .

Mając na uwadze powyższe wnoszę o ustosunkowanie się do niniejszego pisma oraz niezwłoczne zastosowanie środków przewidzianych w PZP w celu sanacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Niniejsze pismo interwencyjne zostało złożone w ramach działań przewidzianych w projekcie „Monitorowanie ogłoszeń przetargowych na oprogramowanie i sprzęt komputerowy w jednostkach administracji rządowej i samorządowej oraz podejmowanie interwencji w przypadku wykrycia nieprawidłowości” realizowanym przy wsparciu udzielonym przez Fundację im. Stefana Batorego w ramach programu „Demokracja w działaniu”. Projekt jest objęty honorowym patronatem przez Ministerstwo Administracji i Cyfryzacji.

Jednocześnie informujemy, że kopia niniejszego pisma została wysłana do Krajowej Izby Odwoławczej.

Z wyrazami szacunku,

Rafał Brzychcy

Zastępca Prezesa Zarządu

Projekt "Monitorowanie ogłoszeń przetargowych na oprogramowanie i sprzęt komputerowy w jednostkach administracji rządowej i samorządowej oraz podejmowanie interwencji w przypadku wykrycia nieprawidłowości (kontynuacja)" jest realizowany przy wsparciu udzielonym przez Fundację im. Stefana Batorego w ramach programu „Demokracja w działaniu”.

