



Warszawa, dnia 26 października 2011 r.

KANCELARIA SENATU

Komisja Przetargowa

Numer sprawy: **BPSP-340-21\11 KP-5\2011**

Do wszystkich Wykonawców

Numer sprawy: **BPSP-340-21\11 KP-5\2011**

Dotyczy: postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę 105 sztuk: komputerów typu PC, monitorów i drukarek dla biur senatorskich.

ODPOWIEDŹ na zapytanie dotyczące treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia z załącznikami na dostawę 105 sztuk: komputerów typu PC, monitorów i drukarek dla biur senatorskich.

(Podstawa prawna: art. 38 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych – (Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759, z późn. zm.)

W związku z nadesłanym w dniu 12 października 2011 r. zapytaniem, dotyczącym treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia z załącznikami z dnia 23 września 2011 r., na dostawę 105 sztuk: komputerów typu PC, monitorów i drukarek dla biur senatorskich, Kancelaria Senatu, Komisja Przetargowa, udziela następującej odpowiedzi:

Pytanie:

[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 na **Dostawę 105 sztuk: komputerów typu PC, monitorów i drukarek dla biur senatorskich** (znak sprawy: BPSP-340-21\11 KP-5\2011), przedkładamy wątpliwości dotyczące tego przetargu.

1. 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 zapisach, na podstawie których, zamawiane komputery i sprzęt informatyczny muszą posiadać:

„System Op:..... Windows 7 Pro (PL) 32bit i 64bit z opcją pozwalającą na instalację Win XP Pro PL. Zamawiający dopuszcza zaoferowanie równoważnych systemów operacyjnych, które muszą akceptować te same kody binarne aplikacji i posiadać co najmniej taką samą funkcjonalność.

W przypadku złożenia oferty, zawierającej komponenty równoważne, na Wykonawcy spoczywa obowiązek udokumentowania i udowodnienia 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).

„udowodnienia równoważności” jest po pierwsze niezrozumiałe (w zakresie pojęcia „akceptacji kodów binarnych aplikacji” - jakich aplikacji??), a ponadto niedookreślone. Zamawiający w związku z tym powinien przedłożyć listę aplikacji, a w szczególności przedstawić aktualną listę interfejsów ABI (ang. Application Binary Interface).

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 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, obiektywnie uzasadnione funkcje).**

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.

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 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 produkty od konkretnego producenta (wykorzystując przy okazji znaki towarowe konkretnego produktu - „Windows”), co ewentualnym wykonawcom daje co najwyżej jedynie ograniczone pole manewru wyboru dystrybutora danego oprogramowania. Opis przedmiotu zamówienia w sposób, w jaki zrobił to Zamawiający, wyłącza ponadto z konkurencji podmioty, które mogłyby dostarczyć dla Zamawiającego rozwiązania spełniające techniczne i funkcjonalne (jednakże jeszcze nie ujawnione do końca 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. Dookreślenia takiego nie spełniają cytowane wyżej zapisy SIWZ, gdyż stwierdzenie, że „Zamawiający dopuszcza zaoferowanie równoważnych systemów operacyjnych, które muszą akceptować te same kody binarne aplikacji i posiadać co najmniej taką samą funkcjonalność”, a „W przypadku złożenia oferty, zawierającej komponenty równoważne, na Wykonawcy spoczywa obowiązek udokumentowania i

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 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 posłkować 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.).

IV. Interoperacyjność

Dodatkowe oburzenie budzi fakt, iż Zamawiający, jako główny zainteresowany realizacją zapisów ustawy o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne, publikuje dokumenty związane z postępowaniem m.in. w formacie .doc (sic!). Ponadto, na etapie burzliwej dyskusji związanej z projektem nowego rozporządzenia o minimalnych wymaganiach dla systemów teleinformatycznych, Zamawiający naciska kładzie na poprawne wydruki formatu .DOC i jednocześnie wymaga, by Wykonawcy składali określone dokumenty w formacie .XLS. **Działanie takiego rodzaju jest również niedopuszczalne.**

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 przeprowadzanego postępowania z przepisami PZP.

Odpowiedź dotycząca treści SIWZ:

Zamawiający uprzejmie informuje, że wskazanie systemu operacyjnego Windows 7 Pro (P1) 32bit i 64 bit z opcją pozwalającą na instalację Win XP Pro P1 nastąpiło na podstawie art. 29 ust. 3. ustawy Prawo zamówień publicznych i uzasadnione jest specyfiką przedmiotu zamówienia i brakiem możliwości opisu systemu operacyjnego za pomocą dostatecznie dokładnych określeń. System operacyjny jest produktem niezwykle złożonym. Szczegółowy jednoznaczny i wyczerpujący opis za pomocą cech technicznych i jakościowych musiałby

liczyć kilkaset stron, z poważnym ryzykiem niekompletności. Zamawiający wskazał więc najczęściej stosowany w komputerach osobistych system operacyjny i zgodnie z przepisami dopuścił zaoferowanie równoważnych systemów operacyjnych.

Obowiązek udokumentowania i udowodnienia równoważności przez Wykonawcę wynika z treści art. 30 ust 5 ustawy Prawo zamówień publicznych (Wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne opisywanym przez zamawiającego, jest obowiązany wykazać, że oferowane przez niego dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez zamawiającego).

Zamawiający nie przewiduje zawarcia umowy na wsparcie oprogramowania w odniesieniu do systemu operacyjnego Windows lub równoważnego. Z punktu widzenia potrzeb Zamawiającego jest to zbędne, nie wystąpi więc problem kontynuacji takiego wsparcia w trybie zamówienia z wolnej ręki.

Zamawiający informuje, że zapisy Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia z załącznikami pozostają bez zmian i termin składania ofert pozostaje bez zmian.

Przewodniczący Komisji Przetargowej

Stanisław Włodarz

