



Łódź, dnia 29.04.2008 r.

Urząd Miasta Łodzi
Biuro Informatyki

BI / 3411 / P40-24 / 488 / IV / 08

P. P. Wykonawcy

**uczestniczący w postępowaniu o zamówienie
publiczne „Zakup komputerów dla Urzędu
Miasta Łodzi”
(nr sprawy 40/2008)**

Na podstawie art. 180 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2007 r., nr 223, poz. 1655) wykonawca – Dell Sp. z o. o. - złożył w dniu 28.04.2007 r., protest wobec czynności podjętych przez zamawiającego w toku postępowania o udzielenie ww. zamówienia publicznego.

Protest dotyczy postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Treść protestu w załączeniu.

Zgodnie z art. 181 ust. 3 ww. ustawy, wzywam do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia ww. protestu.

DYREKTOR
BIURA INFORMATYKI
[Signature]
dr Jan Maciej Czajkowski

Dell Sp. z o.o.

Al. Jerozolimskie 123A,

02-017 Warszawa

Faks: (022) [579 59 98]

Warszawa, dnia 23 kwietnia 2008 roku

Miasto Łódź**Biuro Informatyki Urzędu Miasta Łodzi****ul. Piotrkowska 104****90-926 Łódź****Faks (042) [638 44 18]**

Dotyczy: Postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest zakup komputerów dla Urzędu Miasta Łodzi (nr 40/2008).

Wykonawca: Dell Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 123A, 02-017 Warszawa

PROTEST

Na podstawie art. 180 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych („Ustawa”) Wykonawca składa protest wobec treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na zakup komputerów dla Urzędu Miasta Łodzi, tj. wobec następujących zapisów dotyczących minimalnych parametrów sprzętu komputerowego znajdujących się w Załączniku nr 1 do SIWZ pt. „Specyfikacja komputerów”:

- a) w części I.A, poz. 7 (funkcje dodatkowe płyty głównej), pkt d) – „ochrona antywirusowa zapisana w BIOS”,
 - b) w części I.A, poz. 14 (napęd optyczny) – „DVD-ROM wraz z przewodem audio”,
 - c) w części I.B, poz. 14 (napęd optyczny) – „DVD+/-RW DL Light Scribe wraz z przewodem audio”,
- a także wobec zapisu dotyczącego cech technicznych dodatkowych:
- d) znajdującego się w części II Załącznika nr 1, poz. 2 (obudowa) oraz w pkt XX SIWZ („Opis sposobu oceny oferty”), w ust. 2 – „zamek elektromagnetyczny zabezpieczający przed otwarciem obudowy sterowany programowo i zdalnie – obsługa przez dedykowane złącze płyty głównej”.

Wykonawca zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 Ustawy poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób preferujący konkretnego wykonawcę będącego jednym z największych producentów sprzętu komputerowego, co w sposób rażący narusza zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a także naruszenie art. 7 ust. 1 Ustawy poprzez określenie kryteriów oceny ofert w taki sposób.

Protestujący wnosi o dokonanie zmiany postanowień SIWZ w zakresie wskazanym w uzasadnieniu niniejszego protestu.



Umieszczenie w SIWZ powyższych zapisów narusza interes prawny Wykonawcy, uniemożliwiając mu złożenie oferty i ubieganie się o udzielenie zamówienia publicznego w niniejszym postępowaniu.

UZASADNIENIE

Załącznik nr 1 do SIWZ, opisując przedmiot zamówienia, wskazuje minimalne parametry techniczne, jakie muszą spełniać poszczególne elementy zamawianego sprzętu komputerowego. Jednocześnie w części II tego Załącznika zostały wskazane cechy techniczne dodatkowe, które wpływają na zwiększenie wartości punktowej oferty (stanowią jedno z kryteriów oceny ofert).

Zdaniem Wykonawcy określone na wstępie zapisy dotyczące przedmiotu zamówienia są sformułowane w sposób ograniczający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, naruszając tym samym art. 7 ust. 1 oraz 29 ust. 2 Ustawy. Tymczasem obowiązkiem zamawiającego jest dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w taki sposób, aby uzyskać produkt spełniający jego uzasadnione wymagania, a jednocześnie nie doprowadzić do niezasadnego z punktu widzenia zasady uczciwej konkurencji ograniczenia kręgu potencjalnych wykonawców. Dotyczy to również formułowania kryteriów oceny ofert, z których jedno narusza ww. art. 7 ust. 1 Ustawy.

Z zaskarżonych zapisów SIWZ wynika jednak, iż wymóg dostarczenia sprzętu komputerowego o tego rodzaju parametrach może zostać spełniony przez niewielu potencjalnych wykonawców – w praktyce będzie to jedynie firma HP, która jest producentem sprzętu m.in. o takich właśnie parametrach.

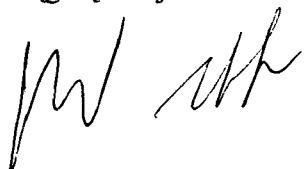
Odnosnie wymogu wyposażenia komputerów w zamki elektromagnetyczne zabezpieczające przed otwarciem obudowy sterowane programowo i zdalnie (pkt d powyżej).

Parametr ten nie odwołuje się w żaden sposób do obiektywnych cech technicznych i jakościowych. Zdaniem protestującego, wprowadzając kwestionowany wymóg, Zamawiający w sposób zdecydowany preferuje producenta, który jest w stanie zaoferować produkt posiadający unikatową funkcjonalność, oferowany wyłącznie przez jednego producenta komputerów – firmę HP.

W konsekwencji uznać należy, że Zamawiający w sposób świadomy eliminuje z postępowania producentów, którzy posiadają w swojej ofercie inne niż określone w SIWZ rozwiązania, spełniające wymagany przez Zamawiającego cel, czyli posiadanie przez komputer stacjonarny zamka, który uniemożliwia niekontrolowany dostęp do wnętrza obudowy komputera.

Oferty producentów innych niż HP, nie będących w stanie spełnić powyższego wymogu, nie otrzymałyby bowiem jakichkolwiek punktów za ten parametr. Aby móc skutecznie ubiegać się o udzielenie zamówienia wykonawca taki – będąc pozbawiony możliwości uzyskania 30 punktów za ww. parametr – byłby zmuszony zaoferować o co najmniej 20% niższą cenę oferty od oferty złożonej przez wykonawcę oferującego produkty HP (jako że parametr ten zapewnia 30 pkt w ramach kryterium „Cechy techniczne dodatkowe” stanowiącego 50% ogólnej wartości oferty).

Na polskim rynku sprzętu komputerowego obniżenie przez wykonawcę ceny o 20% w stosunku do ceny, którą wykonawca zamierzał pierwotnie zaoferować w składanej ofercie, skutkowałoby brakiem osiągnięcia jakiegokolwiek zysku z realizacji umowy w sprawie



zamówienia publicznego, a nawet koniecznością sprzedaży oferowanego sprzętu poniżej kosztów jego wytworzenia.

Odnosnie pozostałych wymogów (pkt a – c powyżej)

Analogiczna sytuacja ma miejsce w odniesieniu do pozostałych wymogów opisanych na wstępie niniejszego protestu.

Przedmiotowe parametry nie odwołują się do obiektywnych cech technicznych i jakościowych. Adresowane są natomiast do producentów, którzy są w stanie zaoferować komputery z płytą główną zawierającą ochronę antywirusową zapisaną w BIOS oraz napędem optycznym DVD-ROM wraz z przewodem audio (część I.A Załącznika nr 1), a także komputery z napędem optycznym DVD+/-RW DL Light Scribe wraz z przewodem audio (część I.B Załącznika nr 1), spełniające jednocześnie wszystkie inne wymagania techniczne.

Analizując jednak wszystkie określone w SIWZ wymagania, jakie spełniać ma oferowany sprzęt komputerowy, można dojść do wniosku, że tak rygorystycznie określone parametry techniczne spełniają jedynie produkty jednego z producentów.

Wprowadzenie w opisie przedmiotu zamówienia takich wymogów powoduje, że każdy inny wykonawca posiadający w swej ofercie płytę główną czy napęd optyczny **o tych samych walorach technicznych, technologicznych czy użytkowych** co wyżej wymienione (jednak nie będzie to płyta z ochroną antywirusową zapisaną w BIOS czy napęd DVD-ROM wraz z przewodem audio oraz napęd DVD+/-RW DL Light Scribe wraz z przewodem audio) nie mógłby złożyć w niniejszym postępowaniu oferty nie podlegającej odrzuceniu.

Jak zatem wynika z powyższego, Zamawiający – wymagając sprzętu o unikatowej funkcjonalności możliwej do zaoferowania wyłącznie przez jednego producenta sprzętu komputerowego i premiując taką funkcjonalność w ramach jednego z kryteriów oceny ofert – dopuścił się rażącego naruszenia fundamentalnych zasad obowiązujących w polskim systemie prawa zamówień publicznych, tj. zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający uczciwą konkurencję oraz zasady równego traktowania wykonawców.

Kwestia naruszenia zasady uczciwej konkurencji poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który wskazuje na jednego wykonawcę mogącego spełnić postawione wymagania, była wielokrotnie przedmiotem komentarzy oraz wyroków Zespołów Arbitrów.

1) Komentarz do Prawa zamówień publicznych pod redakcją Tomasza Czajkowskiego wydany przez Urząd Zamówień Publicznych (Warszawa 2004 r. str. 112) wskazuje jednoznacznie, iż:

„Działaniem wbrew zasadzie uczciwej konkurencji jest również na tyle rygorystyczne określenie wymagań, jakie powinien spełnić przedmiot zamówienia, że nie jest to uzasadnione potrzebami zamawiającego, a jednocześnie ogranicza krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia.”

2) Podobne stanowisko zawarł J. Pieróg w Komentarzu do Prawa zamówień publicznych (Warszawa 2004 r. str. 98)

„PrZamPubl wprowadza zakaz określania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Oznacza to konieczność eliminacji z określenia przedmiotu zamówienia wszelkich sformułowań lub parametrów, które wskazywałyby na konkretny wyrób czy konkretnego wykonawcę. (...) Należy zauważyć, że dla podważenia w drodze środków ochrony prawnej nieprawidłowego opisu przedmiotu zamówienia należy wskazać



jedynie na możliwość utrudnienia w ten sposób uczciwej konkurencji. Wykonawca nie musi natomiast udowodnić, że określenia zawarte w specyfikacji, co do przedmiotu zamówienia, rzeczywiście tę uczciwą konkurencję uniemożliwiają. (...) w art. 29 ust. 2 odwołano się nie do konkretnego naruszenia uczciwej konkurencji, lecz do sytuacji, w której za sprzeczne z prawem zostanie uznane takie określenie przedmiotu zamówienia, które mogłoby utrudniać uczciwą konkurencję."

3) Kwestia ta była również wielokrotnie przedmiotem rozstrzygnięć przez Zespoły Arbitrów, np. w wyroku z dnia 27.07.2007 r., w którym stwierdzono:

„Nie można mówić o zachowaniu zasad uczciwej konkurencji w sytuacji, gdy warunki zamówienia są określone w sposób wskazujący albo wprost na konkretnego Wykonawcę, albo poprzez takie określenie wymogów i parametrów dla przedmiotu zamówienia, iż może je spełnić tylko określony oferent." (wyrok ZA UZP z 27.07.2007 r., UZP/ZO/0-899/07).

Podobnie w innym wyroku:

*„Dla podważenia w drodze środków ochrony prawnej nieprawidłowego opisu przedmiotu zamówienia należy wskazać jedynie na **możliwość utrudniania w ten sposób uczciwej konkurencji**. Wykonawca nie musi natomiast udowodnić, że określenia zawarte w specyfikacji, co do przedmiotu zamówienia, rzeczywiście tę uczciwą konkurencję uniemożliwiają"* (wyrok z 10.11.2006 r., UZP/ZO/0-2748/06).

W związku z podniesionymi wyżej okolicznościami zasadne jest twierdzenie Wykonawcy, że zaskarżone zapisy SIWZ, stanowiąc element opisu przedmiotu zamówienia oraz kryterium oceny ofert, utrudniają uczciwą konkurencję w niniejszym postępowaniu.

W tej sytuacji Wykonawca wnosi o dokonanie następujących zmian:

- 1) dodanie w części I.A, poz. 7 (funkcje dodatkowe płyty głównej), pkt d) zapisu umożliwiającego dostawę komputerów również z inną ochroną zapewniającą odizolowanie zarażonego wirusem komputera od sieci komputerowej,
- 2) dodanie w części I.A, poz. 14 (napęd optyczny) zapisu umożliwiającego dostawę komputerów z napędem optycznym innych niż wyposażonych w technologię LightScribe, które jednak zapewniają możliwość obsługi nośników wymienionych w SIWZ,
- 3) dodanie w części I.B, poz. 14 (napęd optyczny) zapisu umożliwiającego dostawę komputerów, w których funkcja spełniana przez przewód audio podłączony do napędu optycznego realizowana jest przy wykorzystaniu głośnika zamontowanego wewnątrz obudowy komputera,
- 4) dodanie w części II, poz. 2 (obudowa) oraz w pkt XX SIWZ („Opis sposobu oceny oferty”), ust. 2 zapisu umożliwiającego dostarczenie komputerów wyposażonych w inne zabezpieczenia zapobiegające nieautoryzowanemu otwarciu obudowy komputera

oraz – w konsekwencji konieczności dokonania zmiany wnioskowanej w pkt 4) powyżej – również o:

unieważnienie postępowania na podstawie art. 38 ust. 5 Ustawy (z uwagi na niemożność modyfikacji SIWZ w zakresie kryteriów oceny ofert) - jako obarczonego wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego (art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy).

Roman Wiskowski

Prokurent
Dell Sp. z o.o.

Aster Papazyan

Prokurent
Dell Sp. z o.o.

W załączeniu: odpis z KRS Wykonawcy.

Roman Wiskowski

Prokurent
Dell Sp. z o.o.

Aster Papazyan

Prokurent
Dell Sp. z o.o.