

Nr sprawy – 196 /07

Gdańsk, 29 sierpnia 2007 roku

Cp - 1586/07

.....

..... wg rozdzielnika

.....

***dotyczy: postępowania o zamówienie publiczne na dostawę cyfrowych
rejestratorów rozmów KWP w Gdańsku***

ZAMAWIAJĄCY – Komenda Wojewódzka Policji w Gdańsku informuje, że wpłynął pisemny protest od jednego z Wykonawców wobec czynności podjętych przez Zamawiającego w toku postępowania o zamówienie publiczne.

Zamawiający, zgodnie z art. 181 U –Pzp, wzywa Wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesionego protestu.

W załączeniu – kserokopia protestu.

Starszy Specjalista
Sekcji Zamówień Publicznych
KWP w Gdańsku

mgr Monika Sarach

Wykonano w 6 egz.:

Egz. nr 1 – 5 – Wykonawcy, biorący udział w postępowaniu, strona internetowa

Egz. nr 6 – a/a

Poznań, dnia 29 sierpnia 2007 roku

**KOMENDA WOJEWÓDZKA
POLICJI W GDAŃSKU**

UL. OKOPOWA 15
80-819 GDAŃSK

Sekcja Zamówień Publicznych KWP
w Gdańsku
ul. Biskupia 23
80-875 Gdańsk

Dotyczy: nr sprawy — 196/07,
Przetarg nieograniczony na dostawę
cyfrowych rejestratorów rozmów dla KWP Gdańsk

Oferent/Wykonawca:
COMPOL II Sp. z o.o.
z siedzibą: 60-273 Poznań, ul. M. Palacza 91,

**PROTEST
W POSTĘPOWANIU O UDZIELENIE ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO**

Działając w imieniu spółki COMPOL II z siedzibą w Poznaniu, jako osoba upoważniona do reprezentacji spółki (KRS w załączeniu), na zasadzie przepisu art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2004 roku, nr 19, poz. 177 z późn. zm.), niniejszym **składam protest** na czynność podjętą przez Zamawiającego – treść Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dotyczącą przetargu nieograniczonego – na dostawę cyfrowych rejestratorów rozmów dla KWP Gdańsk)

Powyższą specyfikację zaskarżam i oprotestowuję w części, w jakiej:

1. Zamawiający przewiduje dokonanie prezentacji oferowanego przedmiotu zamówienia w siedzibie zamawiającego w wyznaczonym terminie (Rozdział II. Opis przedmiot zamówienia, pkt 1 SIWZ);
2. Zamawiający przedstawia wymagania techniczne oferowanego sprzętu (Rozdział II Opis przedmiotu zamówienia, Wymagania Ogólne, pkt. 1, 3, 11 SIWZ);

Podanym zapisom treści specyfikacji **zarzucam:**

1. naruszenie przepisu art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez wskazanie w treści specyfikacji, iż zamawiający może żądać od oferentów, prezentacji przedmiotu zamówienia i to w wyznaczonym przez zamawiającego terminie (nie wskazanym w SIWZ) – podczas gdy zgodnie z dyspozycją powołanego przepisu, w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń i dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania,
2. naruszenie przepisu § 3 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz formy, w jakich te dokumenty mogą być składane, poprzez wskazanie w treści specyfikacji, iż zamawiający może żądać od oferentów, których oferty nie zostały wykluczone z postępowania, prezentacji przedmiotu zamówienia – podczas gdy z powołanego przepisu nie sposób wywnioskować, iż dla potwierdzenia, że oferowane dostawy czy usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, zamawiający może zażądać prezentacji przedmiotu zamówienia.
3. naruszenie przepisu art. 29 ust. 2 i ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez wskazanie w treści specyfikacji konkretnych znaków towarowych i rozwiązań technicznych polegające na przyjęciu, iż dostarczane Zamawiającemu rejestratory posiadać winny możliwość przeprogramowania przez użytkownika kart systemowych w przypadku wymiany centrali na inne i to ze wskazaniem konkretnych modeli centrali (Alcatel, Siemens, Avaya, Ericsson, Matra, DGT, Panasonic, Coral, Nortel, Kapsch, LG), co jest całkowicie niezasadne (pkt. 3). Nadto wskazano, iż rejestratory winny pracować pod nadzorem systemu operacyjnego na niekomercyjnej licencji, przygotowanego do zastosowań przemysłowych, ze skalowalnym rdzeniem systemu operacyjnego przystosowanego do pracy z flash dysku (pkt. 11), a także, że rejestratory powinny być wykonane w obudowie rack o wysokości nie wyższej niż 3U, ze specjalnym trybem sterowania (pkt. 1). Nadto również poprzez nie wskazanie przy przyjętym rozwiązaniu możliwości składania ofert równoważnych zgodnie z treścią art. 29 ust. 3 ustawy;
4. naruszenie zasady równego traktowania wykonawców – art. 7 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez organicznie udziału w postępowaniu podmiotów oferujących inne rozwiązania techniczne niż opisane w SIWZ.

Mając powyższe na uwadze, **wnoszę** o zmianę treści specyfikacji poprzez usunięcie z niej postanowień (zapisów) niezgodnych z przepisami prawa.

Uzasadnienie

I.

Zgodnie punktem 1 Rozdziału II (Opis przedmiotu zamówienia) w celu sprawdzenia właściwości zaoferowanego przedmiotu zamówienia zamawiający wymaga od wykonawców dokonania prezentacji oferowanego przedmiotu zamówienia w siedzibie zamawiającego w wyznaczonym terminie. Nie dokonanie prezentacji skutkować ma odrzuceniem oferty.

W ocenie protestującego takie postanowienie SIWZ narusza przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych (zwanej dalej: uzp), a w szczególności art. 25 ust. 1 uzp. Zgodnie z tym przepisem, w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń i dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, przy czym oświadczenia i dokumenty potwierdzające spełnianie:

- 1) warunków udziału w postępowaniu,
- 2) przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego

– zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.

Wyrazem obowiązywania tej regulacji jest również rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz formy, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U z 2006 roku, nr 87, poz. 605). W myśl § 3 ust. 1 tegoż rozporządzenia, w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, zamawiający może żądać w szczególności:

- 1) próbek, opisów lub fotografii;
- 2) zaświadczenia podmiotu uprawnionego do kontroli jakości potwierdzającego, że dostarczane produkty odpowiadają określonym normom lub specyfikacjom technicznym;
- 3) zaświadczenia niezależnego podmiotu zajmującego się poświadczaniem zgodności działań wykonawcy z normami jakościowymi, jeżeli zamawiający odwołują się do systemów zapewniania jakości opartych na odpowiednich normach europejskich;
- 4) zaświadczenia niezależnego podmiotu zajmującego się poświadczaniem zgodności działań wykonawcy z europejskimi normami zarządzania środowiskiem, jeżeli zamawiający wskazują środki zarządzania środowiskiem, które wykonawca będzie stosował podczas realizacji zamówienia na roboty budowlane lub usługi, odwołując się do systemu zarządzania środowiskiem i audytu (EMAS) lub norm zarządzania środowiskiem opartych na europejskich lub międzynarodowych normach, poświadczonych przez podmioty działające zgodnie z prawem Unii Europejskiej, europejskimi lub międzynarodowymi normami dotyczącymi certyfikacji.

Z brzmienia powyższych przepisów (tj. art. 25 ust. 1 uzp i § 3 ust. 1 rozporządzenia) wynika zatem, iż ocena ofert i wybór najkorzystniejszej oferty winny opierać się jedynie na ocenie samej treści oferty wraz z załączonymi do niej dokumentami (np. referencjami, zaświadczeniami, wykazami). Jedynym odstępstwem od tego jest możliwość żądania przez zamawiającego próbek produktu (co jednak w opinii protestującego już przekracza zakres delegacji ustawowej określonej w art. 25 ust. 2 uzp). Tym samym zamawiający ma prawo żądać od potencjalnych wykonawców jedynie przedstawienia dokumentów niezbędnych do rzetelnego przeprowadzenia postępowania. Oznacza to, iż zamawiający może żądać tylko i wyłącznie oświadczeń i dokumentów, co więcej – tylko takich, które są związane z prowadzonym postępowaniem. W świetle obowiązujących przepisów brak jest bowiem jakiegokolwiek regulacji, na podstawie której zamawiający mógłby żądać prezentacji oferowanych przez uczestników postępowania produktów. Jakkolwiek § 3 ust. 1 wyżej cyt. rozporządzenia zawiera zwrot „w szczególności”, to jednak stwierdzić należy – biorąc pod uwagę zarówno przepis art. 25 ust. 1 uzp, przepis art. 25 ust. 2 uzp stanowiący delegację ustawową do wydania rozporządzenia i jednocześnie wskazujący, iż ma ono dotyczyć tylko i wyłącznie dokumentów, jak również fakt, iż rozporządzenie może zostać wydane tylko w granicach delegacji ustawowej – iż zamawiający nie może żądać nic więcej poza dokumentacją, a przeto nie może żądać i prezentacji oferowanych produktów. Stąd też wywieść należy, iż umieszczenie w SIWZ zapisu dotyczącego prezentacji przedmiotu zamówienia jest niezgodne z przepisami prawa.

Niezależnie od powyższego stwierdzić należy, iż zakwestionowany wyżej zapis jest niedopuszczalny również i z tej przyczyny, że uzależnia on termin prezentacji przedmiotu zamówienia wyłącznie od dowolnego uznania Zamawiającego. W rzeczy samej w treści SIWZ brak jest wskazania daty, w której prezentacja miałaby nastąpić. Taki stan rzeczy powoduje natomiast niepewność co do tego, czy oferent będzie w stanie w terminie mu narzuconym zaprezentować oferowany przedmiot zamówienia. Mając zaś na względzie, iż niestawienie się w wyznaczonym terminie i to z jakiegokolwiek powodów skutkuje odrzuceniem oferty, oczywistym jest, iż zakwestionowana regulacja nie może się ostać. W takim bowiem przypadku decydującym kryterium dla wyboru najkorzystniejszej oferty byłaby nie tyle ocena samej oferty, ale stawiennictwo na prezentacji.

II.

W ocenie protestującego zapisy Specyfikacji stanowią także naruszenie przepisu art. 29 ust. 2 i ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez wskazanie w treści specyfikacji konkretnych znaków towarowych i rozwiązań technicznych polegające na przyjęciu, iż dostarczane Zamawiającemu rejestratory posiadać winny możliwość przeprogramowania przez użytkownika kart systemowych w przypadku wymiany centrali na inne i to ze wskazaniem konkretnych modeli centrali (Alcatel, Siemens, Avaya, Ericsson, Matra, DGT, Panasonic, Coral, Nortel, Kapsch, LG), co jest całkowicie niezasadne (pkt. 3). Nadto

wskazano, iż rejestratory winny pracować pod nadzorem systemu operacyjnego na niekomercyjnej licencji, przygotowanego do zastosowań przemysłowych, ze skalowalnym rdzeniem systemu operacyjnego przystosowanego do pracy z flash dysku (pkt. 11).

Zapisy te naruszają zasadę równego traktowania oferentów określoną w art. 7 ustawy. Nieuzasadnione są w szczególności wymagania wskazane w pkt. 1, 3 oraz 11 SIWZ. W ocenie protestującego tak szczegółowe opisanie wymagania spełnia wyłącznie dwóch producentów, a łącznie spełnia je w zasadzie tylko jeden producent. Co więcej, zamawiający w ogóle nie dopuścił możliwości złożenia ofert zawierających rozwiązanie równoważne.

Dodatkowo należy podkreślić, iż w pkt. 11 zamawiający wskazał na konieczność pracy systemu „na niekomercyjnej licencji” co jest w zasadzie równoznaczne z koniecznością zastosowania systemu Linux. Tym samym nie dopuszczono do udziału w postępowaniu producentów, którzy standardowo montują systemy rejestracji rozmów pod systemem Windows, co jest ewidentnym naruszeniem zasad uczciwej konkurencji.

W ocenie odwołującego wskazanie powyższych rozwiązań technicznych w niniejszej sprawie jest całkowicie niezasadne i w wielu wypadkach niemożliwe lub bardzo trudne do spełnienia. W szczególności nie jest uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia. W pełni możliwe jest też opisanie przedmiotu zamówienia za pomocą innych, dostatecznie dokładnych określeń.

Zgodnie z treścią art. 29 ustawy, przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Przedmiotu zamówienia nie można opisywać też przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, chyba że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia lub zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy "lub równoważne" lub inne równoznaczne wyrazy.

Jak z powyższego wynika, w wyżej opisanym przepisie przewidziano możliwość odejścia, w drodze wyjątku, od konieczności określania przedmiotu zamówienia za pomocą obiektywnych cech technicznych i jakościowych. Z uwagi zaś na swoją wyjątkowość, zastosowanie tego przepisu może mieć charakter jedynie incydentalny, a jego treść nie może być interpretowana rozszerzająco. Tak więc zamawiający może użyć przy opisywaniu przedmiotu zamówienia znaków towarowych, patentów lub pochodzenia tylko wtedy, gdy jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia albo gdy zamawiający nie może użyć w opisie dostatecznie dokładnych określeń, które pozwolą na złożenie oferty zgodnej z jego oczekiwaniami. Co więcej w przypadku gdy zamawiający skorzysta z uprawnienia do określenia przedmiotu zamówienia przy pomocy znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, ma on obowiązek zaznaczyć w specyfikacji, iż przyjmie także oferty równoważne. Ustawa zezwala także na to, aby pojęcie równoważności zamawiający mógł zastąpić innym równoznacznym wyrazem (tak. m. in. J.Pieróg, Prawo zamówień publicznych – Komentarz, Legalis 2005).

Działanie powyższe jest w ocenie odwołującego niedopuszczalne i sprzeczne z ustawą. Stanowisko to poparte jest również szerokim orzecznictwem sądowym oraz orzecznictwem Zespołu Arbitrów. I tak między innymi w wyroku z dnia 7 lipca 2003 roku (ZAUZP, UZP/ZO/0-943/03, ZPO 2004/3/11) zespół arbitrów stwierdził, iż zamawiający określił przedmiot zamówienia niezgodnie z przepisami ustawy bowiem „dane techniczne wskazują producenta urządzenia, a Zamawiający nie dopuścił składania ofert równoważnych” Również w innym orzeczeniu stwierdzono, iż sprzeczne z przepisami ustawy jest „określenie przedmiotu zamówienia przez wskazanie parametrów urządzenia konkretnej firmy, a przez to uniemożliwienie opracowania ofert równoważnych” (wyrok z dnia 2 października 2000 - ZAUZP UZP/ZO/0-1013/00, ZPO 2000/3/60). Podobnie na ten temat wypowiada się nauka (m. in. Prawo zamówień publicznych – Komentarz pod red. T.Czajkowskiego).

III.

Odwołujący zarzuca również Zamawiającemu naruszenie zasady równego traktowania wykonawców – art. 7 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz taki opis przedmiotu zamówienia, który nie dopuszcza do udziału w postępowaniu podmiotów – dostawców rejestratorów pracujących pod nadzorem innych systemów operacyjnych. Odwołujący wskazuje także iż obecnie warunki opisane w specyfikacji (praca pod nadzorem systemu operacyjnego Linux, zainstalowanym na flash dysku) spełnia na rynku wyłącznie jeden podmiot.

Należy wskazać, iż zgodnie z powołanymi wyżej przepisami oprócz pozytywnych przesłanek określania sposobu opisu przedmiotu zamówienia, ustawodawca wprowadza przesłanki negatywne, stwierdzając, że przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję (art. 7 oraz art. 29 ust. 2), w tym także przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, z wyjątkiem przypadku, gdy jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia, a jeżeli zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń – wskazaniu takiemu muszą towarzyszyć wyrazy „lub równoważne” czy inne równoznaczne wyrazy (ust. 3). Zakaz, o którym mowa powyżej zostanie naruszony, gdy przy opisie przedmiotu zamówienia zamawiający użyje oznaczeń czy parametrów wskazujących konkretnego producenta (dostawcę) lub konkretny produkt, działając w ten sposób wbrew zasadzie obiektywizmu i równego traktowania wszystkich podmiotów ubiegających się o zamówienie publiczne. 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 (tak. m.in. Prawo zamówień publicznych – Komentarz pod red. T.Czajkowskiego, s. 112-113). Z sytuacją powyższą mamy do czynienia w niniejszej sprawie.

IV.

Mając powyższe na uwadze, protest niniejszy uznać należy za konieczny i w pełni uzasadniony.

Załącznik: aktualny odpis z KRS.