

Kraków, dnia 28 września 2006 roku

Wykonawca:

ComArch S.A.

Aleja Jana Pawła II 39A

31 – 864 Kraków

tel. 0-12 / 646 1000

fax 0-12 / 646 1100

**Gmina Miasto Szczecin,
Wydział Informatyki Urzędu Miasta,**

Pl. Armii Krajowej 1,

70-456 Szczecin,

tel. +48 91 424 57 0,

E-mail uzp-winf@um.szczecin.pl.

faks +48 91 422 46 92.

Adres internetowy:

www.szczecin.pl.

0917/112/06
p. 15⁰⁰

Dotyczy: Postępowania o zamówienie publiczne prowadzonego w trybie procedury ograniczonej przyśpieszonej na „Dostawa i wdrożenie Zintegrowanego Systemu Informatycznego wspomagającego zarządzanie finansami Miasta (ZSI-FK).” (Ogłoszenie w TED 2006/S 176-187598 z dnia 15.09.2006, nr referencyjny nadany sprawie przez Zamawiającego: WINF/AF/341/37/06.)

PROTEST WYKONAWCY

Spółka ComArch S.A. z siedzibą w Krakowie, zarejestrowana w Krajowym Rejestrze Sądowym pod numerem KRS 0000057567, działając – jako Wykonawca – na podstawie przepisów art. 179 ust. 1 oraz art. 180 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 Ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. Nr 19, poz. 177) („Ustawa”) składa protest na czynności Zamawiającego – **Gmina Miasto Szczecin** – podjęte w ramach postępowania o zamówienie publiczne prowadzonego w trybie procedury ograniczonej przyśpieszonej na „Dostawa i wdrożenie Zintegrowanego Systemu Informatycznego wspomagającego zarządzanie finansami Miasta (ZSI-FK).” (Ogłoszenie w TED 2006/S 176-187598 z dnia 15.09.2006, nr referencyjny nadany sprawie przez Zamawiającego: WINF/AF/341/37/06).

Czynnością objętą niniejszym protestem jest:

1. Czynność sporządzenia ogłoszenia w zakresie określenia warunków udziału w postępowaniu oraz określenia wykazu dokumentów wymaganych od wykonawców;
2. Czynność sporządzenia ogłoszenia w zakresie opisu przedmiotu zamówienia;

W związku z powyższym ComArch S.A. wnosi o:

1. modyfikację zapisów ogłoszenia w zakresie warunków udziału w postępowaniu oraz sposobu oceny ich spełniania;
 2. modyfikację zapisów ogłoszenia w zakresie opisu przedmiotu zamówienia;
- lub o:
3. unieważnienie przedmiotowego postępowania na podstawie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 Ustawy, ze względu na obarczenie postępowania wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy; w przypadku niemożności modyfikacji ogłoszenia w zakresie warunków udziału w postępowaniu oraz sposobu oceny ich spełniania;

ComArch S.A. zarzuca Zamawiającemu:

1. naruszenie przepisów art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 2 oraz art. 25 Ustawy w zakresie określenia warunków udziału w postępowaniu oraz w zakresie określenia wykazu dokumentów wymaganych od wykonawców, poprzez naruszenie zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
2. naruszenie przepisu art. 25 Ustawy oraz § 1 ust. 2 pkt 2) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2006 r. Nr 87 poz. 605) (dalej „Rozporządzenie”) poprzez żądanie załączenia do wniosku wykazu usług przekraczającego uprawnienia Zamawiającego;
3. naruszenie przepisu art. 25 ustawy oraz § 3 ust. 1 pkt 1) Rozporządzenia poprzez żądanie załączenia do oferty działającej wersji systemu będącego przedmiotem zamówienia;
4. naruszenie art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 2 Ustawy – poprzez opis przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji,
5. naruszenie art. 7 ust. 1 Ustawy – poprzez naruszenie zasady równego traktowania wykonawców,

6. naruszenie przepisu art. 29 ust. 2 i 3 Ustawy – poprzez określenie opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję poprzez taki opis przedmiotu zamówienia, który wskazuje na wyroby konkretnego producenta;
7. naruszenie przepisu artykułu 8 ust. 6 Dyrektywy UE nr 93/36/EEC z dnia 14 czerwca 1993 roku o koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na dostawy (zwanej dalej "Dyrektywą"), poprzez określenie opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję poprzez taki opis przedmiotu zamówienia, który wskazuje na wyroby konkretnego producenta;

co powoduje naruszenie interesu prawnego Protestującego, ponieważ oprotestowana czynność Zamawiającego bezpodstawnie uniemożliwia udział wnoszącemu protest w przedmiotowym postępowaniu, z uwagi na niemożność przygotowania i złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, złożenia oferty i tym samym uzyskania przez Protestującego zamówienia.

UZASADNIENIE

Protestujący powziął wiadomość o czynnościach Zamawiającego podjętych w toku przedmiotowego postępowania, z treści ogłoszenia o zamówieniu opublikowanego w dniu 15.09.2006 w TED 2006/S 176-187598. Po zapoznaniu się z treścią powyższego ogłoszenia ComArch S.A. stwierdza, że czynność sporządzenia ogłoszenia przez Zamawiającego, jest niezgodna z Ustawą oraz Rozporządzeniem. Zamawiający naruszył przepisy art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 2 oraz art. 25 Ustawy w zakresie określenia warunków udziału w postępowaniu oraz określenia wykazu dokumentów wymaganych od wykonawców w sposób niezapewniający uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Zamawiający naruszył również przepisy Rozporządzenia, poprzez wymaganie od wykonawców dokumentów niezgodnie z Rozporządzeniem. Ponadto Zamawiający naruszył przepisy art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 2 i 3 Ustawy – poprzez opis przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji oraz przepisy Dyrektywy UE nr 93/36/EEC z dnia 14 czerwca 1993 roku o koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na dostawy.

1. W ogłoszeniu w SEKCJI III: III.2.3) Zdolność techniczna: „Informacje i formalności konieczne do dokonania oceny spełniania wymogów”: - Zamawiający wymaga, aby każdy z wykonawców przedłożył m.in.:

1. Wykaz wykonanych w okresie ostatnich trzech lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wdrożeń Systemu obejmujących minimum trzy obszary funkcjonalne, z zakresu przedmiotu niniejszego zamówienia, wykonanych w urzędzie jednostki samorządu terytorialnego, działających w oparciu o prawo polskie wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu z wyszczególnieniem obszarów funkcjonalnych, dat wykonania i odbiorców wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie tych zamówień.

2. Wykaz wykonanych w okresie ostatnich trzech lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie zamówień obejmujących w zakresie realizacji opracowanie koncepcji wdrożenia Systemu w urzędzie jednostki samorządu terytorialnego, działającego w oparciu o prawo polskie wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu z wyszczególnieniem obszarów funkcjonalnych, dat wykonania i odbiorców wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie tych zamówień.

3. Wykaz osób i podmiotów, które będą wykonywać zamówienie lub będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia.

W przypadku osób określonych w:

1) w pkt III.2.3 lit. c) ust. 1, 7 i 8 należy wskazać informacje o:

- kwalifikacjach zawodowych (posiadanych certyfikatach)
- wykształceniu
- doświadczeniu
- zakresie wykonywanych czynności

Dalej w tym samym punkcie ogłoszenia Zamawiający określił „minimalny poziom ewentualnie wymaganych standardów” (m.in.):

a) wykonali w ostatnich trzech latach, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie co najmniej jedno wdrożenie Systemu obejmujące minimum trzy obszary funkcjonalne, z zakresu przedmiotu niniejszego zamówienia, wykonane w urzędzie jednostki samorządu terytorialnego, działającego w oparciu o prawo polskie dla co najmniej 200 użytkowników;

b) wykonali w ostatnich trzech latach, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie co najmniej jedno zamówienie obejmujące w zakresie realizacji opracowanie „Koncepcji

wdrożenia Systemu” w urzędzie administracji samorządu terytorialnego, działającego w oparciu o prawo polskie.

c) dysponują osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, tj. zespołem do realizacji, uruchomienia i wdrożenia oprogramowania, składającym się z osób o następującym doświadczeniu i kwalifikacjach zawodowych, pełniących następujące role:

1. co najmniej 1 kierownik projektu – odpowiedzialny za prowadzenie całości prac związanych z projektem posiadający następujące kwalifikacje i doświadczenie:

- certyfikat w zakresie prowadzenia projektów np. Prince2, PMI lub równoważny,
- 5-letnie doświadczenie*) w zakresie kierowania projektami wdrożenia Zintegrowanych Systemów Informatycznych,

2. co najmniej 1 konsultant wiodący w obszarze rachunkowości finansowej, posiadający następujące doświadczenie:

- udział w realizacji co najmniej jednego zamówienia o podobnym charakterze**) jako konsultant wiodący w obszarze rachunkowości finansowej,

3. co najmniej 1 konsultant wiodący w obszarze rachunkowości budżetowej, posiadający następujące doświadczenie:

- udział w realizacji co najmniej jednego zamówienia o podobnym charakterze**) jako konsultant wiodący w obszarze rachunkowości budżetowej,

4. co najmniej 1 konsultant wiodący w obszarze kadr, posiadający następujące doświadczenie:

- udział w realizacji co najmniej jednego zamówienia o podobnym charakterze**) jako konsultant wiodący w obszarze kadr,

5. co najmniej 1 konsultant wiodący w obszarze płac, posiadający następujące doświadczenie:

- udział w realizacji co najmniej jednego zamówienia o podobnym charakterze**) jako konsultant wiodący w obszarze płac,

6. co najmniej 1 konsultant wiodący w obszarze zarządzania majątkiem trwałym, posiadający następujące doświadczenie:

- udział w realizacji co najmniej jednego zamówienia o podobnym charakterze**) jako konsultant wiodący w obszarze zarządzania majątkiem trwałym,

7. co najmniej 1 konsultant wiodący w obszarze administracji systemem posiadający następujące kwalifikacje i doświadczenie:

- udział w realizacji co najmniej jednego zamówienia o podobnym charakterze**) jako konsultant wiodący w obszarze administracji systemem,

- musi posiadać certyfikat producenta Systemu potwierdzający kwalifikacje z zakresu administracji systemem,

8. co najmniej 1 konsultant wiodący w obszarze środowiska modyfikacji i rozwoju Systemu, posiadający następujące kwalifikacje i doświadczenie:

- udział w realizacji co najmniej jednego zamówienia o podobnym charakterze**) jako konsultant wiodący w obszarze środowiska modyfikacji i rozwoju Systemu,

- musi posiadać certyfikat producenta Systemu potwierdzający kwalifikacje z zakresu modyfikacji i rozwoju Systemu.

Zamawiający wymaga, by osoby wchodzące w skład ww. zespołu bezpośrednio kontaktujące się z Zamawiającym, posługiwały się językiem polskim w stopniu umożliwiającym bezproblemową komunikację.

Uwaga:

**) zamówienie o podobnym charakterze rozumiane jest przez Zamawiającego jako wdrożenie systemu informatycznego w przynajmniej następujących obszarach funkcjonalnych: planowania i rachunkowości finansowej, rachunkowości budżetowej, Centralnego Rejestru Umów (Zobowiązań), zarządzania majątkiem trwałym (środki trwałe), hurtowni danych oraz kontrolingu i budżetowania wraz z dostawą min. 200 licencji w urzędzie jednostki samorządu terytorialnego, działającego w oparciu o prawo polskie.

Powyższe zapisy ogłoszenia rażąco naruszają przepisy art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 2 oraz art. 25 Ustawy w zakresie określenia warunków udziału w postępowaniu oraz określenia wykazu dokumentów wymaganych od wykonawców, poprzez naruszenie zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców; oraz naruszają przepisy Rozporządzenia, poprzez wymaganie od wykonawców wykazu dokumentów nie zgodnego z Rozporządzeniem.

Określone przez Zamawiającego zapisy ogłoszenia polegające na dopuszczeniu do przedmiotowego zamówienia jedynie wykonawców posiadających doświadczenie we wdrażaniu przedmiotowego Systemu w urzędach jednostek samorządu terytorialnego, oraz dysponujących osobami z doświadczeniem w projektach dla takich odbiorców są warunkami naruszającymi zasadę uczciwej konkurencji wyrażoną w przepisach art. 7 ust. 1 oraz art. 22 ust. 2 Ustawy. Zamawiający bezpodstawnie ogranicza konkurencję poprzez wymaganie wykazania się doświadczeniem (wobec wykonawców oraz ich potencjału osobowego) w realizacji określonej liczby wdrożeń Systemu dla określonej kategorii odbiorców.

Należy wskazać zacytować w tym miejscu opracowanie Urzędu Zamówień Publicznych – **„Obowiązkiem zamawiającego jest dostosowanie warunków podmiotowych do wielkości i stopnia skomplikowania zamówienia oraz do realnej sytuacji na rynku potencjalnych wykonawców. Nie można z góry przesądzić jakie warunki są właściwe, a jakie nadmiernie ograniczają konkurencję. Nie ma, jak się wydaje, żadnego warunku merytorycznego, o którym można by arbitralnie stwierdzić, że jest dopuszczalny. Można wskazać warunki z całą pewnością naruszające zasadę uczciwej konkurencji np. wykazanie doświadczenia w realizacji podobnych zamówień na rzecz szpitali (gdy zamawiającym jest szpital).”** („ZAMÓWIENIA NA DOSTAWY I USŁUGI. PORADNIK”, Dariusz Koba, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2004).

Zamawiający zastosował niedozwolone, subiektywne warunki wstępne w przedmiotowym przetargu. Zgodnie z przepisem art. 7 ust. 1. **„Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.”** Sąd Najwyższy w uchwale z 18 września 2002 r. (sygn. III CZP 52/02), odnoszącej się do obowiązującej wówczas ustawy, ale w tej części nadal aktualnej, stwierdził, że: **„Z przepisów tych wynikają dwie podstawowe zasady prawa zamówień publicznych: zasada równości (konkurencyjności) i zasada uczciwej konkurencji. Zdecydowanym celem powyższych regulacji jest wyeliminowanie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jakichkolwiek elementów, które miałyby charakter dyskryminacyjny. Można uznać, iż postępowanie ma charakter dyskryminacyjny wówczas, gdy prowadzi do wyłączenia określonej kategorii potencjalnych dostawców lub wykonawców bez uzasadnionej przyczyny.”**

Powyższe potwierdza Urząd Zamówień Publicznych w piśmie z dnia 6 maja 2004 r. (znak: UZP/DP/O-JSA/ZP/25433/12719/04) – „Odpowiadając zatem na zadane przez Społecznego Rzecznika Przedsiębiorców pytanie, czy dopuszczalnym jest stawianie przez zamawiających subiektywnie ukierunkowanych warunków wstępnych nie posiadających umocowania ustawowego, wyłączających określony krąg przedsiębiorców z możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego, oczywiście należy udzielić odpowiedzi przeczącej – jest to niedopuszczalne. Ustawa dopuszcza bowiem stawianie kryteriów obiektywnych, zgodnych z zasadami równego traktowania i uczciwej konkurencji, mających na względzie charakter i zakres udzielanego zamówienia, które prowadzą do obiektywnej weryfikacji zdolności wykonawców pod względem ich zdolności do należytego wykonania zamówienia publicznego”.

Nie ma żadnych powodów, dla których wykonawcy powinni wcześniej realizować podobne zamówienia akurat na rzecz jedynie samorządów. Należy wskazać że, jak wynika z nadal aktualnego wyroku Zespołu Arbitrów (Sygn. UZP/ZO/0-1064/04), **„dla oceny wiarygodności firmy informatycznej nie ma znaczenia, gdzie wcześniej instalowała ona systemy komputerowe. Przy instalacji systemu komputerowego mało istotne jest na rzecz jakich i ilu użytkowników działa oraz do czego system służy. Sprawność działania systemu komputerowego wynika z rozwiązań technicznych i struktury oprogramowania, a nie specyfiki instytucji, w której system ma funkcjonować.”** W szczególności niezrozumiałe jest dlaczego Zamawiający nie uznaje za wystarczające doświadczenie we wdrożeniach na rzecz innych jednostek administracji publicznej aniżeli urzędy jednostek samorządu terytorialnego.

Zamawiający naruszył zasady przeprowadzenia postępowania zawarte w Ustawie. Zgodnie z art. 22 ust. 2 Ustawy, *„Zamawiający nie może określać warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję”*. Jak wyjaśniono w opracowaniu *„Prawo zamówień publicznych. Komentarz”* pod red. Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych T. Czajkowskiego (teza nr 7 do art. 22, s. 100), *„Określając warunki udziału w postępowaniu zamawiający nie powinien abstrahować od tego, że istnieją ograniczenia co do możliwości żądania od wykonawców dokumentów potwierdzających spełnienie oczekiwanych warunków”*.

Ponadto należy stwierdzić, że Ustawodawca bardzo dokładnie określił w Ustawie i Rozporządzeniu, czego Zamawiający może domagać się celem przedłożenia do oferty. Zgodnie z przepisem art. 25 ust. 1 Ustawy Zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń i dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, które to oświadczenia i dokumenty przedstawiane są na okoliczność spełniania:

- 1) warunków udziału w postępowaniu, lub
- 2) określanych wymagań określonych przez zamawiającego.

Co więcej – zgodnie z przepisem art. 25 ust. 2 Ustawy Zamawiający może żądać wyłącznie dokumentów, które zostały wskazane w Rozporządzeniu. Określony w Rozporządzeniu katalog dokumentów, których żądanie jest dozwolone dla oceny spełniania warunków jest zamknięty, co oznacza, iż nie można żądać innych dokumentów, aniżeli przewidziane w Rozporządzeniu dla potwierdzenia spełniania warunków określonych w art. 22 ust. 1 Ustawy. Zgodnie z nadal

aktualnym wyrokiem Zespołu Arbitrów z 22 lipca 2004 r. (sygn. UZP/ZO/0-1106/04) „Zamawiający może w trybie art. 26 Prawa zamówień publicznych żądać od wykonawców jedynie ściśle określonych dokumentów, enumeratywnie określonych w rozporządzeniu z dnia 7 kwietnia 2004 r. w sprawie rodzajów dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy). Obecnie należy stwierdzić, że Zamawiający ma jedynie prawo żądać dokumentów wyczerpująco wymienionych w obecnie obowiązującym Rozporządzeniu. Podobnie w innym wyroku (sygn. UZP/ZO/0-2134/04) Zespół Arbitrów stwierdził, że: „Katalog dokumentów wymienionych w rozporządzeniu ma charakter zamknięty i został określony przez ustawodawcę w sposób ścisły. Zamawiający nie ma prawa dokonywać jego modyfikacji, wychodząc poza ramy wyznaczone brzmieniem przepisu.”

Tymczasem, Zamawiający wymaga w wykazie usług oraz osób i podmiotów, ściśle określonych informacji na temat odbiorców usług oraz informacji na temat osób i podmiotów z doświadczeniem w ściśle określonych projektach. Zamawiający bezpodstawnie wymaga w ogłoszeniu wykazania się realizacją zamówień dla urzędów jednostek samorządu terytorialnego, podczas gdy wśród dokumentów, jakich zamawiający może żądać od Wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne wskazanych w Rozporządzeniu, brak jest dokumentów potwierdzających fakt wykazania zrealizowania zamówienia dla konkretnej kategorii zamawiających. Zgodnie z Rozporządzeniem Zamawiający w celu potwierdzenia spełnienia warunku posiadania przez wykonawcę niezbędnej wiedzy i doświadczenia może żądać od wykonawców załączenia do oferty zgodnie z § 1 pkt 2 ppkt 2) – wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, dostaw lub usług w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, odpowiadających swoim rodzajem i wartości dostawom lub usługom stanowiącym przedmiot zamówienia, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców oraz załączenia dokumentów potwierdzających, że te dostawy lub usługi zostały wykonane należycie.

Wymóg ogłoszenia określony przez Zamawiającego jako „minimalny poziom ewentualnie wymaganych standardów” narusza zasadę równości wykonawców oraz zasadę uczciwej konkurencji, ponieważ z góry eliminuje z postępowania wykonawców będących w stanie wykonać

zamówienie. Ściśle określona kategoria odbiorców, jest naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równości wykonawców, ze względu na stosunkową rzadkość tego typu projektów.

Wystarczającym wymogiem do realizacji przedmiotu zamówienia w przedmiotowym postępowaniu byłoby posiadanie doświadczenia zawodowego w realizacji wdrożeń systemów informatycznych, bez ograniczania kategorii zleceniodawców i odpowiadający powyższemu warunkowi wymóg przedłożenia przez wykonawców wykazu zrealizowanych zamówień. Takie wymogi ogłoszenia byłyby zgodne z zasadami równości wykonawców i uczciwej konkurencji. Rodzaj podmiotu, u którego był wdrażany dany system (publiczny czy niepubliczny) w żaden sposób nie określa skali, specyfiki czy złożoności danego wdrożenia, i tym samym nie decyduje o doświadczeniu i wiedzy wykonawcy.

Podsumowując, Zamawiający zastosował niedozwolone, subiektywne oraz selektywne warunki w przetargu. Obowiązkiem Zamawiającego jest dostosowanie warunków podmiotowych do realnej sytuacji na rynku potencjalnych wykonawców. Wyżej wskazane warunki ogłoszenia są niewłaściwe i niedopuszczalne, ponieważ nadmiernie ograniczają konkurencję. Zamawiający postawił zbyt wysokie warunki, które utrudniają dostęp do rynku.

2. Zgodnie z ogłoszeniem pkt VI.3) INFORMACJE DODATKOWE:

Zamawiający informuje, że w trakcie oceny ofert przeprowadzi weryfikację spełnienia zadeklarowanych przez Wykonawców w swoich ofertach wymagań funkcjonalnych przez oferowany System. Weryfikacja odbędzie się na podstawie dołączonej do oferty działającej wersji Systemu. Zamawiający wymaga instalacji działającej wersji Systemu w środowisku informatycznym Zamawiającego.

Ww. zapisy w zakresie treści dotyczącej wymogu dołączenia do oferty płyty z wersją Systemu rażąco naruszają przepisy art. 7 ust. 1 oraz art. 25 ust. 1 i 2 Ustawy oraz przepisy Rozporządzenia – w zakresie oświadczeń i dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania oraz określenia dokumentów wymaganych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu

Ustawodawca bardzo dokładnie określił w Ustawie i Rozporządzeniu, czego Zamawiający może domagać się celem przedłożenia do oferty. Zgodnie z przepisem art. 25 ust. 1 Ustawy Zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń i dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, które to oświadczenia i dokumenty przedstawiane są na okoliczność spełniania:

- 3) warunków udziału w postępowaniu, lub
- 4) określanych wymagań określonych przez zamawiającego.

Zgodnie z Rozporządzeniem § 3. ust. 1. 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;

Tymczasem Zamawiający nie wskazał, w jaki sposób załączenie przez wykonawców płytka z wersją Systemu, ma potwierdzić spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub też innych wymagań określonych przez Zamawiającego.

Co więcej – zgodnie z przepisem art. 25 ust. 2 Ustawy Zamawiający może żądać wyłącznie dokumentów, które zostały wskazane w Rozporządzeniu. Żaden przepis Rozporządzenia nie wskazuje wśród tych dokumentów – płytki z wersją Systemu. Należy także podkreślić, iż Zamawiający ma prawo żądać wyłącznie albo oświadczeń, albo dokumentów – gdy tymczasem wersja Systemu niewątpliwie nie jest ani oświadczeniem, ani dokumentem. Nie można ją uznać za próbkę w rozumieniu przepisów Rozporządzenia, w szczególności ze względu na to, że ma to być wersja całego Systemu.

Ustalone przez Zamawiającego załączniki do oferty prowadzą do nieuzasadnionego faworyzowania jednych i tym samym dyskryminowania innych wykonawców. Każde odstępianie od naczelných zasad udzielania zamówień publicznych, poprzez formułowanie warunków nadmiernych należy uznać za działanie niedopuszczalne w świetle obowiązujących przepisów. Zamawiający rażąco narusza art. 7 ust. 1 Ustawy, ponieważ nie traktuje na równych prawach wszystkich wykonawców i nie prowadzi postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej konkurencji, wręcz przeciwnie wprowadza takie określenia oraz sformułowania, które jednoznacznie faworyzują niektórych wykonawców.

3. W ogłoszeniu SEKCJA II: PRZEDMIOT ZAMÓWIENIA „Krótki opis zamówienia lub zakupu(ów);” pkt II.1.5), Zamawiający postanowił, że:

Wymaga się, aby system będący przedmiotem zamówienia był zgodny z obowiązującymi przepisami prawa i spełniał następujące wymagania jakościowe i techniczne:

4. Dla zapewnienia realizacji pełnego, planowanego zakresu Systemu Informatycznego Zarządzania Miastem, który będzie realizowany w dłuższym okresie i zachowania jego stabilności w następnych etapach oraz bezpieczeństwa inwestycji, Zamawiający wymaga Systemu, który będzie zainstalowany na platformie sprzętowej Intel, systemie operacyjnym Microsoft Windows 2003 Server Enterprise, bazie danych Microsoft SQL 2005, a ponadto spełnia poniższe wymagania:

- a) System musi działać na co najmniej 3 platformach sprzętowych (Intel, RISC itd.) ,*
- b) System musi działać na co najmniej 3 systemach operacyjnych różnych producentów, w tym 1 typu open-source,*
- c) system musi działać na co najmniej dwóch z trzech baz danych wiodących na rynku (Oracle, IBM DB2, MS SQL) oraz na min. 1 bazie danych typu open-source,*
- d) System musi posiadać narzędzia migracji z jednego systemu operacyjnego na inny oraz z jednej bazy danych na inną.*

Uważa się, że oferowane rozwiązanie działa z danym Systemem Zarządzania Relacyjną Bazą Danych, wówczas, jeżeli wszystkie oferowane komponenty rozwiązania wymagające bazy danych są zainstalowane z jednym wybranym SZRBD.

Zamawiający bezprawnie opisuje przedmiot zamówienia przy pomocy znaków towarowych Intel, Microsoft Windows 2003 Server Enterprise oraz Microsoft SQL 2005. Ponadto sposób, w jaki został opisany przedmiot zamówienia określa ściśle i dopuszcza do złożenia oferty systemy informatyczne tylko konkretnego jednego producenta – firmy SAP. Chodzi w szczególności o zapisy związane z następującymi wymaganiami:

- a) System musi działać na co najmniej 3 platformach sprzętowych (Intel, RISC itd.) ,*
- b) System musi działać na co najmniej 3 systemach operacyjnych różnych producentów, w tym 1 typu open-source,*
- c) system musi działać na co najmniej dwóch z trzech baz danych wiodących na rynku (Oracle, IBM DB2, MS SQL) oraz na min. 1 bazie danych typu open-source,*

d) System musi posiadać narzędzia migracji z jednego systemu operacyjnego na inny oraz z jednej bazy danych na inną.

Pozostali, wszyscy renomowani producenci systemów informatycznych, zarówno krajowi jak i zagraniczni, którzy mogliby zaoferować swoje produkty w bardziej atrakcyjnych cenach, zostali po prostu wyeliminowani z tego postępowania przez Zamawiającego. Wyżej określone zapisy ogłoszenia to specyficzne funkcjonalności systemu produkowanego przez firmę SAP. Sprecyzowane w ten sposób przez Zamawiającego parametry techniczne przedmiotu zamówienia nie pozwalają zachować uczciwej konkurencji. Zamawiający określając bardzo ściśle pewne parametry techniczne, nie odwołuje się do obiektywnych cech technicznych. Wymagania Zamawiającego w ww. zakresie w żaden sposób nie wpływają na kompatybilność, wydajność, jakość oraz serwisowanie przedmiotu zamówienia, a jedynym ich skutkiem jest wyeliminowanie konkurencyjnych produktów, które mogą stanowić zagrożenie dla produktów firmy SAP. Ww. wskazane wymagania techniczne znacząco podwyższają cenę ofertową. Poprzez wyeliminowanie konkurencyjnych wobec systemów SAP produktów innych producentów, Zamawiający będzie musiał wybrać ofertę firmy oferującej systemy firmy SAP, która w ten sposób może zaoferować dowolnie wysoką cenę. Inni wykonawcy oferujący na przykład konkurencyjny cenowo i równorzędny jakościowo produkt, nie będą mogli złożyć oferty w przedmiotowym postępowaniu, ponieważ Zamawiający mógłby wówczas odrzucić ich ofertę na podstawie niezgodności z treścią SIWZ (art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy).

Jeśli Zamawiający wymaga systemów o ściśle określonych parametrach, które może spełnić tylko konkretny produkt konkretnego producenta to powinien przeprowadzić zamówienie z wolnej ręki i poinformować o tym Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, a nie prowadzić przetarg w trybie konkurencyjnym, co jest jawnym niezrozumieniem przepisów Ustawy Prawo Zamówień Publicznych. Określenie przez Zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia poprzez opis funkcjonalności produktów firmy SAP prowadzi do sytuacji, w których za pomocą wymogów spełnianych tylko przez jednego producenta, pod pozorem postępowania w trybie ograniczonym zawęża się możliwość złożenia oferty przez tylko przez jednego wykonawcę lub większą liczbę wykonawców, ale oferujących wyłącznie systemy firmy SAP.

Wyżej wskazane wymagania Zamawiającego w zakresie technologii są niezrozumiałe i bezsensowne, biorąc pod uwagę racjonalne wydatkowanie publicznych środków finansowych. Z jednej strony Zamawiający wymaga instalacji Systemu na platformie Intel/ Windows Server/ MS

SQL, a z drugiej wymaga działania na serwerach RISC oraz innych bazach danych takich jak DB2, Oracle czy bazach typu open source. Jeżeli Zamawiający wymaga systemu opartego o konkretną bazę danych (MS SQL) to dlaczego żąda możliwości instalacji go na innych platformach oraz możliwości migracji do innego systemu bazodanowego?

Ustalone przez Zamawiającego w SIWZ warunki techniczne i jakościowe w zakresie przedmiotu zamówienia powinny dostatecznie dokładnie i zrozumiale określać i opisywać kluczowe wymagania stawiane ww. przedmiotowi, niezbędnie potrzebne Zamawiającemu – nie mogą natomiast prowadzić do nieuzasadnionego faworyzowania jednych i tym samym dyskryminowania innych dostawców i wykonawców. Każde odstępianie od naczelnych zasad udzielania zamówień publicznych, poprzez formułowanie warunków nadmiernych należy uznać za działanie niedopuszczalne w świetle obowiązujących przepisów.

Wskazane wyżej zapisy SIWZ naruszają zapisy Ustawy, mówiące o tym, iż „Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców” (art. 7 ust. 1 Ustawy), a także zapis, iż „Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudnić uczciwą konkurencję” (art. 29 ust. 2 Ustawy). Zamawiający wprowadził do treści SIWZ takie określenia oraz sformułowania, które jednoznacznie faworyzują konkretnego producenta - firmę SAP, jednocześnie nie dopuszczając do przetargu wielu liczących się na rynku producentów systemów informatycznych.

Ponadto Zamawiający wskazał konkretne produkty poprzez wskazanie ich znaków towarowych: *Intel, Microsoft Windows 2003 Server Enterprise* oraz *Microsoft SQL 2005*. Zamawiający naruszył rażąco przepis art. 29 ust. 1 i 2 Ustawy, bowiem odejście od wymogu określania przedmiotu zamówienia za pomocą obiektywnych cech technicznych i jakościowych (art. 30 Ustawy) może mieć jedynie charakter wyjątkowy. Zamawiający mógłby wykorzystać przy określaniu przedmiotu zamówienia znaków towarowych, patentów lub pochodzenia wyłącznie gdyby było to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia lub gdyby Zamawiający nie mógłby opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń. W takim przypadku zastosowania przez Zamawiającego wyjątku z art. 29 ust. 3 Ustawy i określenia przedmiotu zamówienia przy pomocy znaku towarowego, patentu lub pochodzenia, Zamawiający ma jednak

obowiązek zaznaczyć w SIWZ, iż akceptuje również wyroby równoważne technicznie i jakościowo wyrobowi określone przy pomocy znaków towarowych, patentów lub pochodzenia.

Zgodnie z przepisem art. 29 ust. 2 Ustawy, *„przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję”*. Powyższy przepis wraz z przepisami art. 29 ust. 3, art. 30 i 31 Ustawy ustanawia obowiązki Zamawiającego przy określaniu przedmiotu zamówienia. W ten sposób Ustawa *„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”* (zob. J. Pieróg, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, 6. wyd., Warszawa 2004, teza nr 2 do art. 29 s. 98).

Zamawiający powinien rozważyć Opinię Urzędu Zamówień Publicznych dotyczącą przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych w zakresie „Opisu przedmiotu zamówienia”, dostępną na stronie internetowej www.uzp.gov.pl. Zgodnie z opinią prawną UZP *„art. 29 ust. 1 prawa zamówień publicznych nakłada na zamawiającego obowiązek opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty.”* W ocenie UZP *„zapis ten służy realizacji ustawowych zasad uczciwej konkurencji a co za tym idzie zasady równego dostępu do zamówienia, wyrażonych art. 7 ust. 1 ustawy. Biorąc pod uwagę zapis art. 29 ust. 2 prawa zamówień publicznych, zgodnie z którym przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, wystarczy do stwierdzenia faktu nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia, a tym samym sprzeczności z prawem, jedynie zaistnienie możliwości utrudniania uczciwej konkurencji poprzez zastosowanie określonych zapisów w specyfikacji, niekoniecznie zaś realnego uniemożliwienia takiej konkurencji. Zgodnie z wyrokiem Zespołu Arbitrów z dnia 18 grudnia 2003 r. zamawiający powinien unikać wszelkich sformułowań lub parametrów, które by wskazywały na konkretny wyrób albo na konkretnego wykonawcę. Nie można mówić o zachowaniu zasady uczciwej konkurencji w sytuacji, gdy 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 oferent musi dostarczyć jeden konkretny produkt.”*

„Zamawiający wskazując w specyfikacji istotnych warunków zamówienia na konkretny produkt (poprzez podanie konkretnej nazwy handlowej) a pomijając minimalne wymagania dające obraz realnych oczekiwań co do oferowanego produktu, nie tylko narusza zasadę określoną w art. 29 ust. 2 ustawy, ale także zasadę uczciwej konkurencji i zasadę równego dostępu do zamówienia publicznego określone art. 7 ust. 1 prawa zamówień publicznych, zniechęcając do udziału w postępowaniu wykonawców oferujących produkty innych marek.”

Zamawiający zastosował niedozwolone, subiektywne zapisy, które faworyzują jednego z wykonawców. Zgodnie z przepisem art. 7 ust. 1. *„Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.”* Sąd Najwyższy w uchwale z 18 września 2002 r. (sygn. III CZP 52/02), odnoszącej się do obowiązującej wówczas ustawy, ale w tej części nadal aktualnej, stwierdził, że: *„Z przepisów tych wynikają dwie podstawowe zasady prawa zamówień publicznych: zasada równości (konkurencyjności) i zasada uczciwej konkurencji. Zdecydowanym celem powyższych regulacji jest wyeliminowanie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jakichkolwiek elementów, które miałyby charakter dyskryminacyjny. Można uznać, iż postępowanie ma charakter dyskryminacyjny wówczas, gdy prowadzi do wyłączenia określonej kategorii potencjalnych dostawców lub wykonawców bez uzasadnionej przyczyny.”*

Odnośnie wskazania przez Zamawiającego procesora, należy wskazać, że działania Zamawiającego stanowią naruszenie art. 29 Ustawy, jak również artykułu 8 ust. 6 Dyrektywy UE nr 93/36/EEC z dnia 14 czerwca 1993 roku o koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na dostawy. Zamawiający opisuje procesor wchodzący w skład przedmiotu zamówienia poprzez odniesienie do technologii produktów firmy Intel. Zdaniem Protestującego powyższe sformułowanie Specyfikacji narusza art. 29 Ustawy. W szczególności odniesienie do produktu firmy Intel nie można uzasadnić specyfiką przedmiotu zamówienia, gdyż oczywistym jest, że Intel nie jest jedynym producentem tego rodzaju procesorów. Równie oczywistym jest, że produkty firmy Intel, ich architektura, czy technologie zastosowane w produkcji nie mogą w żaden sposób stanowić wzorca dla produktów innych firm.

Po drugie, zastosowania w opisie przedmiotu zamówienia określeń wskazujących jednoznacznie na produkty firmy Intel nie można uzasadnić brakiem możliwości opisanego go za pomocą dostatecznie dokładnych określeń. Wydajność procesora można precyzyjnie opisać za pomocą sformułowań technicznych bez potrzeby odwoływania się do nazwy konkretnego producenta, znaku towarowego lub parametrów technicznych których wielkość ściśle związana jest z architekturą i technologią wytwarzania produktu. W celu opisanego i oceny wydajności komputera niezależne organizacje *non-profit* opracowały liczne testy wydajności (tak zwane "*benchmarki*") porównujące wydajność komputerów za pomocą rozmaitych aplikacji. Określenie oczekiwanej wydajności zamawianego sprzętu w postaci liczbowej, bez posilkowania się nazwami producentów i modelami lub też parametrami technicznymi, umożliwi dotrzymanie zasad uczciwej konkurencji bez faworyzowania któregośkolwiek z producentów czy dostawców.

Treść ogłoszenia narusza również art.29 ust. 2 Ustawy, zakazujący stosowanie takiego sposobu opisu przedmiotu zamówienia, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Jedynym istotnym konkurentem AMD[®] jest firma Intel. W sytuacji działania na rynku jedynie dwóch liczących się producentów procesorów, na bazie których można zbudować zamawiane komputery, w ogłoszeniu wskazany został jeden z nich. Naruszenie zasad uczciwej konkurencji jest tu zatem oczywiste.

Należy wskazać, iż w październiku 2004 roku oraz w kwietniu 2006 roku Komisja Europejska odniosła się do kwestii stosowania w przetargach sformułowań o charakterze dyskryminującym. Mianowicie, w oświadczeniu z dnia 13 października 2004 roku Komisja, odnosząc się do zamówień publicznych na dostawę komputerów w czterech państwach członkowskich, stwierdziła, że odwoływanie się do nazwy konkretnego produktu stanowi naruszenie Artykułu 28 Traktatu Europejskiego, który zabrania ustanawiania ograniczeń handlu wewnątrzspółnotowego. W oświadczeniu z dnia 4 kwietnia 2006 roku Komisja ponownie wypowiedziała się przeciwko umieszczaniu w specyfikacji na dostawę sprzętu komputerowego odniesienia do konkretnego produktu. We wskazanych oświadczeniach Komisja *expressis verbis* uznała za niedopuszczalne następujące rodzaje oznaczeń procesorów:

1. "*procesor Intel*",
2. "*procesor Intel lub równoważny*",
3. "*procesor o częstotliwości zegara (clock rate) nie mniejszej niż ____ GHz*".

Podsumowując, należy stwierdzić, że działanie Zamawiającego stanowi klasyczny przykład przetargu dyskryminującego i naruszającego wolną konkurencję. Zamawiający naruszając przepisy prawne dopuszcza jedynie system konkretnego producenta oraz sprzęt konkretnych producentów, ograniczając w ten sposób liczbę wykonawców, którzy mogą zaoferować dowolnie wysokie ceny, co nie powinno mieć miejsca w przypadku środków publicznych gdzie powinno szukać się rozwiązań najbardziej uzasadnionych ekonomicznie.

Jeżeli więc Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób wskazujący na konkretny produkt to dokonanie wyboru oferty odbędzie się z rażącym naruszeniem przepisów Prawa zamówień publicznych. W konsekwencji wybór taki nie mógłby prowadzić do zawarcia ważnej umowy.

Wskazując na powyższe wnosimy o modyfikację ogłoszenia o przedmiotowym zamówieniu bądź w przypadku niemożności dokonania modyfikacji wnosimy o unieważnienie przedmiotowego postępowania, gdyż przepis art. 93 ust. 1 pkt. 7 Ustawy nakłada na zamawiającego obowiązek unieważnienia postępowania w sytuacji, gdy postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Z treścią tego przepisu koresponduje wyliczenie naruszeń postępowania skutkujące nieważnością umowy, dokonane w art. 146 ust. 1 Ustawy, co pozwala na wskazanie m.in. przypadków, w których zachodzi bezwzględna konieczność unieważnienia postępowania. Wśród takich przypadków jest opisana art. 146 ust. 1 pkt. 6 Prawa zamówień publicznych sytuacja, kiedy w postępowaniu o zamówienie publiczne doszło do naruszenia przepisów określonych w Ustawie, a następnie naruszenie to miało wpływ na wynik postępowania, oraz sytuacja określona art. 146 ust. 1 pkt. 5, który odwołuje się do dokonania wyboru oferty z rażącym naruszeniem Ustawy. Jeżeli więc Zamawiający nie zmieni ogłoszenia bądź nie unieważni przedmiotowego postępowania, wybór oferty odbędzie się z rażącym naruszeniem przepisów Ustawy. W konsekwencji wybór taki nie mógłby prowadzić do zawarcia ważnej umowy.

ComArch S.A. zamierza wytknąć Zamawiającemu naruszenie powyższych przepisów we wniesionym do Prezesa UZP odwołaniu, na wypadek innego niż spodziewane rozstrzygnięcia niniejszego protestu.

ComArch S.A. ma interes prawny we wniesieniu protestu, ponieważ – gdyby Zamawiający nie naruszył wyżej wskazanych przepisów Ustawy oraz Rozporządzenia mógłby ubiegać się o udzielenie zamówienia publicznego, a jego oferta mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza.

Z uwagi na powyższe niniejszy protest zasługuje na uwzględnienie.

Z poważaniem,

WICEPREZES Zarządu
ComArch S.A.

Rafał Chwał

PROKURENT
ComArch S.A.

Jadwiga Grzytyk

Załączniki:

- kopia protestu KRS Comarch S.A.