

ONS

Kraków, dnia 16 marca 2009 r.

**Zamawiający:**  
Uniwersytet Śląski  
ul. Bankowa 12  
40-007 Katowice  
tel. 032 3592048, faks 032 3592048

**Protestujący:**  
Wykonawca:  
ONS sp. z o.o.  
ul. Złoty Róg 53  
30-095 Kraków

dotyczy: dostawa do Zamawiającego serwerów z wyposażeniem i oprogramowaniem  
[dalej „Postępowanie”]  
CPV: 30.23.12.40-1.  
nr RU/DW/05/09

## PROTEST

na treść SIWZ

ONS sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (30-095), przy ul. Złoty Róg 53, wpisana do rejestru przedsiębiorców prowadzonego przez Sąd Rejonowy dla Krakowa - Śródmieścia w Krakowie, XI Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego pod numerem KRS: 0000136423, posiadająca NIP: 634-012-80-67, REGON: 008119410, wysokość kapitału zakładowego: 50.000 PLN [dalej „Protestujący” lub „ONS”],

działając na podstawie art. 180 ust. 3 w związku z art. 179 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2004 r., nr 19, poz. 177 z późniejszymi zmianami) [zwanej dalej „ustawą PZP” lub „PZP”],

wnosi protest na treść postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia [„dalej SIWZ”], a dokładnie na:

1. opis przedmiotu zamówienia w Załączniku nr 2A do SIWZ, ze wskazaniem znaków towarowych „IBM”, „Molex”, „Ever”, „Cisco”, „Avocent”, „Verbatim”, mimo iż nie jest to uzasadnione specyfiką zamówienia i zamawiający może opisać przedmiot zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń.
2. warunki równoważności dla sprzętu firmy IBM opisane w Załączniku nr 2B do SIWZ, pkt. 2 nie pozwalają na ich spełnienie przez sprzęt innego dostawcy niż firma IBM.

ONS sp. z o.o., ul. Złoty Róg 53, 30-095 Kraków, tel. +48 12 636 4114, fax. +48 12 636 4114, info@openetworks.pl,  
www.openetworks.pl, NIP: 634-012-80-67, REGON: 008119410, KRS: 0000136423. Kapitał zakładowy: 50 000 PLN.  
Sąd Rejonowy dla Krakowa-Śródmieścia w Krakowie, XI Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego

**W związku z powyższym Protestujący żąda:**

modyfikacji treści SIWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia poprzez:

1. zmianę treści Załącznika nr 2A do SIWZ poprzez usunięcie z nazwy serwerów oznaczenia „IBM x3650”
2. zmianę treści Załącznika nr 2A do SIWZ poprzez usunięcie nazw producentów: „Molex”, „Ever”, „Cisco”, „Avocent”, „Verbatim”
3. zmianę treści Załącznika nr 2B do SIWZ poprzez usunięcie punktu 2.

**Protestujący zarzuca Zamawiającemu:**

1. Naruszenie art. 29 ust. 3 PZP poprzez opisanie przedmiotu zamówienia ze wskazaniem znaku towarowego „IBM”, „Molex”, „Ever”, „Cisco”, „Avocent”, „Verbatim”, mimo iż nie jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający może opisać przedmiot zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, co uniemożliwia Wykonawcy złożenie oferty w Postępowaniu.
2. Naruszenie art. 7 ust. 1 PZP poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i zasadę równego dostępu do zamówienia publicznego.
3. Naruszenie art. 2 w zw. z art. 23 ust. 8 Dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 roku w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (dalej Dyrektywa 2008/18”) poprzez konkretne odniesienie w specyfikacji technicznej do określonego producenta oraz tym samym naruszenie zasady zakazu dyskryminacji wykonawców poprzez wprowadzenie do SIWZ postanowień dyskryminujących w sposób nieuzasadniony niektórych wykonawców.

## UZASADNIENIE

### 1. Naruszenie art. 29 ust. 3 PZP

W dniu 13 marca 2009 roku Zamawiający w Biuletynie Zamówień Publicznych oraz na swojej stronie internetowej (<http://prac.us.edu.pl/-dzp/DW05/61844-2009.html>) zamieścił ogłoszenie o przetargu nieograniczonym, w którym przedmiotem zamówienia jest „DOSTAWA SERWERÓW Z WYPOSAŻENIEM I OPROGRAMOWANIEM”

Po pobraniu i przeprowadzeniu analizy SIWZ, Protestujący doszedł do wniosku, iż treść SIWZ zawiera postanowienia sprzeczne z PZP, co uniemożliwia złożenie Protestującemu oferty.

Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia posłużył się znakiem towarowym serwera: „IBM x3650” oraz nazwami producentów „IBM”, „Molex”, „Ever”, „Cisco”, „Avocent”, „Verbatim”, które stanowią główny element przedmiotu zamówienia, a w opisie

warunków równoważności zamieścił specyficzne wymogi, które spośród produktów dostępnych na rynku spełniają tylko serwery firmy IBM. W rzeczywistości zatem Zamawiający sprecyzował wymogi dotyczące serwera, które nie pozwalają wykonawcom złożyć ofert równoważnych. Biorąc pod uwagę powyższe argumenty należy uznać, iż zamówienie kierowane jest wyłącznie do jednego wykonawcy i nie ma możliwości zaoferowania innych produktów niż produkt marki IBM, a analiza poszczególnych wymogów technicznych wskazuje, iż sformułowane one zostały w sposób uniemożliwiający innym wykonawcom złożenie ofert. Zamawiający posłużył się tu zatem specyficznym dla jednego producenta określeniem warunków równoważności, które i tak wskazują markę IBM, gdyż na rynku nie występuje inny serwer, spełniający warunki równoważności, co wcale nie oznacza, że wykonawcy nie są w stanie przedstawić oferty na serwer równorzędny. Chodzi tu o następujące wymogi: „wykorzystywanie tych samych sterowników do zainstalowanych urządzeń jak w wyspecyfikowanym sprzęcie IBM” oraz „możliwości wykorzystania oprogramowania wspomagającego firmy IBM (np. oprogramowanie wspomagające instalacje systemów operacyjnych, oprogramowanie monitorujące stan systemów komputerowych itp.)

Żaden z konkurencyjnych producentów nie ma w swojej ofercie produktów spełniających te wymogi. Powyższe w sposób jednoznaczny narusza treść art. 29 ust. 3 PZP.

W sytuacji gdy na rynku są dostępne równoważne produkty dla serwera IBM, tyle że o odmiennych parametrach technicznych, które w sumie dają Zamawiającemu taki sam lub lepszy produkt pod względem użytkowym i funkcjonalnym, a także o tej samej lub wyższej wydajności - nie ma uzasadnienia dla posłużenia się w opisie przedmiotu zamówienia nazwą określonego towaru, jak i specyficznymi dla jednego producenta wymaganiami technicznymi. Jak niejednokrotnie podkreślano w orzecznictwie art. 29 ust. 3 PZP zawiera wyjątek, który jest odstępstwem od generalnej zasady i jako taki wymaga szczególnego uzasadnienia dla jego stosowania. W niniejszym Postępowaniu brak jest takiego uzasadnienia, co wykazano powyżej. „Odejście od konieczności określania przedmiotu zamówienia za pomocą obiektywnych cech technicznych i jakościowych może mieć charakter wyjątkowy i incydentalny, zaś wyjątku tego nie można interpretować w sposób rozszerzający.” (cyt. Wyrok Zespołu Arbitrów - Urząd Zamówień Publicznych z dnia 16 maja 2006 r. UZP/ZO/0-1359/06). Tym samym Zamawiający nie udowodnił, że opis jest uzasadniony specyfiką przedmiotu zamówienia.

Zamawiający wskazując w specyfikacji istotnych warunków zamówienia na konkretny produkt, a pomijając minimalne wymagania dające obraz realnych oczekiwań co do oferowanego produktu, nie tylko narusza zasadę określoną w art. 29 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, ale także zasadę uczciwej konkurencji i zasadę równego dostępu do zamówienia publicznego określone w art. 7 ust. 1 ustawy, zniechęcając do udziału w postępowaniu wykonawców oferujących produkty innych marek. Narusza ustawę także wówczas jeżeli, mimo że istnieją sposoby opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, opisuje go poprzez wskazanie na znak towarowy lub wskazanie innych parametrów przesadzających o wyborze konkretnej marki. (tak też Postanowienie

Zespołu Arbitrów - z dnia 13 czerwca 2006 r. UZP/ZO/0-1665/06).

Zamawiający narusza zatem ustawę gdyż mimo, że istnieją sposoby opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, opisuje go poprzez wskazanie na znak towarowy lub wskazanie innych parametrów przesądzających o wyborze konkretnej marki.

Protestujący podkreśla również, iż Zamawiający opisał przedmiot zamówienia nie za pomocą standardowych określeń technicznych tylko za pomocą określeń które właściwe są dla jednego tylko producenta a zatem w sposób naruszający art. 29 ust. 3 PZP i art. 7 PZP (por. wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 21 czerwca 2006 r. UZP/ZO/0-1755/06).

## 2. Naruszenie art. 7 ust. 1 PZP

Załącznik 2B do SIWZ narusza zasadę równego traktowania wykonawców oraz przepisy PZP w zakresie sposobu opisu przedmiotu zamówienia, gdyż uniemożliwia niektórym wykonawcom złożenie oferty i uzyskanie zamówienia.

Zamawiający w SIWZ opisał przedmiot zamówienia w sposób niezgodny z przepisami PZP tj. naruszył art. 7 ust. 1 PZP również poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję.

Powyższe stanowisko Protestującego potwierdza również Wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 22 marca 2007 r. (Sygnatura UZP/ZO/0-287/07) zgodnie, z którym „ograniczenie przez Zamawiającego kręgu potencjalnych wykonawców w sposób nieuprawniony, narusza zasady udzielania zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji”.

Protestujący pragnie podkreślić, iż obiektywnie wskazane parametry nie są to wymagania uzasadniające jakimikolwiek warunkami technicznymi, a mają na celu jedynie ograniczenie konkurencji i uniemożliwienie składania ofert innego producenta niż IBM.

## 3. Naruszenie art. 2 w zw. z art. 23 ust. 8 Dyrektywy 2004/18

Art. 2 Dyrektywy 2004/18 ustanawia niezwykle istotną regułę, która instytucjom zamawiającym (Zamawiającemu) zabrania jakiejkolwiek dyskryminacji wykonawców. W szczególności za dyskryminację wykonawców należy uznać opis przedmiotu zamówienia poprzez użycie konkretnego znaku handlowego (tu IBM).

Dopiero w sytuacji, gdy zamawiający nie jest w stanie w sposób dostatecznie precyzyjny i zrozumiały przedstawić charakterystyki przedmiotu zamówienia ani w trybie samodzielnego opisu, ani też poprzez odwołanie do norm lub specyfikacji, może odnieść się do konkretnej marki. W tym przypadku można opisać serwer, który spełniałby oczekiwania Zamawiającego bez wskazywania marki. Przez co Zamawiający naruszył również art. 23 ust. 8 Dyrektywy 2004/18, który jest odpowiednikiem polskiego art. 7 PZP.

#### 4. Interes prawny Protestującego

Wykonawca podnosi, iż treść SIWZ w części wskazanej na wstępie narusza w sposób **rażący interes prawny Wykonawcy**. Obecne brzmienie SIWZ uniemożliwia Wykonawcy złożenie oferty, a tym samym uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Co oznacza wymierną stratę finansową po stronie Wykonawcy, w postaci utraconych korzyści z tytułu realizacji umowy na zamówienie publiczne. W tej sytuacji interes Protestującego jest wykazany, zatem żądania niniejszego protestu powinny zostać uwzględnione w tym zakresie.

Protestujący ponadto podnosi, iż zgodnie z art. 179 ust. 1 PZP prawo wniesienia protestu przysługuje każdemu potencjalnemu wykonawcy uczestniczącemu w postępowaniu, który na skutek naruszenia przez zamawiającego przepisu ustawy utracił szansę na uzyskanie zamówienia publicznego bądź nie przystąpił do udziału w postępowaniu o udzielenie takiego zamówienia (tak też E. Norek Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2006 Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis (wydanie II) s. 596).

Z ostrożności Protestujący podnosi ponadto, że interes prawny należy rozumieć szeroko, zgodnie bowiem z orzeczeniem ETS C-81/98 z dnia 28 października 1999 r. „Pojęcie decyzji zamawiających, które podlegają zaskarżeniu, powinno być rozumiane tak szeroko, jak to tylko możliwe. Każde ograniczenie w tym zakresie prowadziłoby do mniejszej ochrony prawnej wykonawców. Zakresem środków odwoławczych powinny być objęte wszystkie decyzje o udzielenie zamówienia”. Również zgodnie z obowiązującą Dyrektywą (Dyrektywa Rady nr 89/665/EWG z 21 grudnia 1989 r. dotycząca koordynacji przepisów prawnych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane) interes prawny powinien być rozumiany „szeroko” tzn., że **środki odwoławcze powinny przysługiwać każdemu podmiotowi, który ma lub miał interes prawny w uzyskaniu zamówienia publicznego, a jego interes prawny może doznać lub doznał uszczerbku w wyniku naruszenia przepisów prawa**.

#### 5. Zachowanie terminu do wniesienia protestu

Zgodnie z art. 180 ust. 3 pkt 1 protest wnosi się w terminie 7 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych lub zamieszczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej. W związku z zamieszczeniem przez Zamawiającego ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych i zamieszczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej w dniu 13 marca 2009 r., wniesienie niniejszego protestu w dniu 17 marca 2009 r. oznacza, iż 7-dniowy termin na wniesienie protestu został przez Protestującego dochowany.

Mając na uwadze powyższe, niniejszy protest zasługuje w pełni na uwzględnienie, a Protestujący wnosi jak na wstępie.

Opensource Network Solutions  
www.opennetworks.pl

ONS sp. z o.o.  
Złoty Róg 53 30-095 Kraków  
NIP 634-012-80-67

*[Podpis]*  
mgr inż. Marcin Chyła

ONS sp. z o.o., ul. Złoty Róg 53, 30-095 Kraków, tel. +48 12 636 4114, fax: +48 12 636 4114, info@opennetworks.pl,  
www.opennetworks.pl, NIP: 634-012-80-67, REGON: 008119410, KRS: 0000136423, Kapitał zakładowy: 50 000 PLN,  
Sąd Rejonowy dla Krakowa Śródmieścia w Krakowie, XI Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego