

znak: *AP-2611-33/08*

Warszawa, dnia 27 października 2008 r.

Do wszystkich zainteresowanych,
którzy pobrali SIWZ

Stosownie do art. 181 ust. 3 ustawy z dnia 29.01.2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655), Narodowy Fundusz Zdrowia Centrala informuje, że w dniu 27.10.2008 r. do NFZ wpłynął protest w sprawie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na „**Dostawę wyspecjalizowanych serwerów typu Blade wraz z systemem operacyjnym linux**”.

Zamawiający wzywa Wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesionego protestu. Zgodnie z art. 181 ust. 4 ustawy Wykonawcy, którzy przystąpią do postępowania w terminie 3 dni od dnia otrzymania niniejszego pisma stają się uczestnikami postępowania dotyczącego wniesionego protestu.

W załączeniu kopia protestu.

Z poważaniem
Przewodniczący Komisji

Waldemar Rybak

Warszawa dnia 27.10.2008 r.

PROTESTUJACY:

**Unizeto Technologies S.A.
ul. Królowej Korony Polskiej 21
70-486 Szczecin**

ZAMAWIAJACY:

**Narodowy Fundusz Zdrowia w Warszawie
ul. Grójecka 186
02-390 Warszawa**



PROTEST

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na „Dostawę wyspecjalizowanych serwerów typu Blade wraz z systemem operacyjnym linux.” znak sprawy: AZP – 2611-33/08

1. Na podstawie art. 180 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 roku nr 223 poz. 1655 z późn. zm.), (zwanej dalej „ustawą”) Unizeto Technologies S.A., ul. Królowej Korony Polskiej 21, 70-486 Szczecin (zwane dalej „protestujący”) wnosi protest, wobec treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej w skrócie „SIWZ”) sporządzonej przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu.

2. Czynności oraz zaniechaniu Zamawiającego protestujący zarzuca:

- a) naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 ustawy poprzez naruszenie zasady równego traktowania wykonawców ;
- b) naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy w związku z naruszeniem: przepisu art. 29 ust. 1 ustawy poprzez określenie przedmiotu zamówienia w sposób nie jednoznaczny i wyczerpujący oraz nie uwzględniając wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty.
- c) naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy w związku z naruszeniem: przepisu art. 29 ust. 2 ustawy poprzez określenie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję oraz przez opis przedmiotu zamówienia, który wskazuje jako Wykonawcę jednego producenta firmę IBM.

3. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego wyżej wymienionych przepisów ustawy interes prawny Protestującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku. W przypadku gdyby Zamawiający działał zgodnie z przepisami ustawy, Protestujący mógłby ubiegać się o udzielenie mu przedmiotowego zamówienia. Poprzez

CZŁONEK ZARZĄDU
Dyrektor Handlowy
Robert Muciel

wskazane wyżej naruszenia przepisów Zamawiający pozbawił Protestującego możliwości uzyskania niniejszego zamówienia, uchylając jednocześnie zasadzie równego traktowania Wykonawców ubiegających się o niniejsze zamówienie oraz przygotowania i prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji. Powyższe dowodzi naruszeniu interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia, co czyni zadość wymaganiom określonym w art. 179 ust. 1 ustawy.

4. Zgodnie z art. 180 ust. 3 pkt 2) ustawy protest dotyczący treści ogłoszenia, a jeżeli postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, także dotyczący postanowień SIWZ wnosi się w terminie 14 dni od dnia zamieszczenia SIWZ na stronie internetowej – jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie At. 11 ust. 8. Zamawiający udostępnił SIWZ na swojej stronie internetowej w dniu 13.10.2008 r. Biorąc pod uwagę czternastodniowy termin na wniesienie protestu, protest jest wnoszony z zachowaniem ustawowego terminu.

5. Wskazując na powyższe Protestujący wnosi o uwzględnienie protestu i :

- dokonanie zmian SIWZ w zakresie rezygnacji z wymogu niezależnego podwójnego doprowadzenia sygnałów we/wy oraz zasilania do każdego z serwerów blade
- dokonanie zmian SIWZ w zakresie interfejsów sieciowych i interfejsów FC poprzez wymaganie 2 interfejsów sieciowych i 4 FC na każdy serwer
- określenie wymogu wyposażenie obudowy typu Blade w 2 przełączniki sieciowe i 4 przełączniki FC

lub w przypadku niemożności dokonania zmian o ;

unieważnienie przedmiotowego postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Ustawy, ze względu na obarczenie postępowania wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy.

UZASADNIENIE

Po analizie zapisów zawartych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia Protestujący stwierdza, iż nastąpiło naruszenie wyżej wymienionych przepisów ustawy poprzez wprowadzenie w opisie przedmiotu zamówienia następujących wymogów:

Punkt 2.1 SIWZ „Obudowa typu Blade” –pozycja 2 i 3 tabeli z połączeniem z wymogiem SIWZ punktu 2.2 i 2.3 „Serwery typu Blade” zawartego w pozycji 9 tabeli, niezależne podwójne doprowadzenie sygnałów we/wy oraz zasilania, powoduje, że Protestujący nie może złożyć oferty nie podlegającej odrzuceniu, a zamówienie o udzielenie zamówienia publicznego może zrealizować jeden producent IBM.

Identyczna sytuacja ma miejsce w przypadku wymogów określonych w punkcie 2.1 SIWZ „Obudowa typu Blade” pozycja w tabeli 4 i 5 w połączeniu z pozycją 8 oraz pozycje 2.2 i 2.3 SIWZ oraz pozycje 6 i 7 dotyczące 4 interfejsów sieciowych i 4 interfejsów FC które w połączeniu z wymogami dotyczącymi modułów zarządzających również prowadzą do sytuacji w której opisane parametry sprzętu spełnia jeden producent firma IBM.

CZŁONEK ZARZĄDKU
Dyrektor
Robert Musiał

Zamawiający naruszył w/w zapisami, przepisy art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 1 i ust. 2 Ustawy – poprzez opis przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji oraz przepisy Dyrektywy UE nr 93/36/ EEC z dnia 14 czerwca 1993 r. o koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych.

Poprzez wprowadzenie powyższych wymogów Zamawiający w sposób wyraźny i jednoznaczny naruszył zasadę równego traktowania Wykonawców. Ustalone przez Zamawiającego w SIWZ wymogi w zakresie przedmiotu zamówienia powinny w sposób dokładny i zrozumiały określać i opisywać kluczowe wymagania stawiane przedmiotowi zamówienia, niezbędne potrzebne Zamawiającemu – nie mogą natomiast prowadzić do nieuzasadnionego faworyzowania jednych i tym samym do dyskryminowania innych Wykonawców. Każde odstępianie od zasad udzielania zamówień publicznych, poprzez formułowanie wymogów nadmiernych należy uznać za działanie niedopuszczalne w świetle obowiązujących przepisów.

Wskazane wyżej zapisy SIWZ naruszają przepisy ustawy mówiące o tym że Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie Wykonawców, ponadto przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Zamawiający wprowadził do treści SIWZ takie zapisy, które jednoznacznie faworyzują jednego producenta IBM, jednocześnie nie dopuszczając do postępowania wielu liczących się na rynku producentów, którzy przy zmianach SIWZ żądanych przez Protestującego mogliby zrealizować niniejsze zamówienie.

Zamawiający powinien rozważyć opinię Urzędu Zamówień Publicznych dotyczącą przepisów ustawy Pzp w zakresie „Opisu przedmiotu zamówienia” dostępną na stronie www.uzp.gov.pl. Zgodnie z tą opinią „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. 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.” niedozwolone, subiektywne zapisy które faworyzują jednego Wykonawcę i uniemożliwiają złożenie oferty przez innych Wykonawców wskazał również Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 18 września 2002 r. (sygn. akt III CPP 52/02) w której

CZŁONEK ZARZĄDKU
Dyrektor

Robert Musiał

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 ma charakter dyskryminacyjny wówczas gdy prowadzi do wyłączenia określonej kategorii potencjalnych dostawców lub wykonawców bez uzasadnionej przyczyny”.

Powyższe potwierdzają również wyroki KIO i Zespołów Arbitrów np. wyrok KIO z dnia 2008.05.16 sygn. akt KIO/UZP 407/08 cyt. „Zarzut ten potwierdził się. Istotnie Zamawiający, opisując przedmiot zamówienia, wskazał na jeden konkretny produkt, a co za tym idzie jednego producenta.....

Niewątpliwie Zamawiający zamierzał zakupić aparat o wyższej jakości niż standardowy, mający zapewnić możliwość wdrożenia w przyszłości nowych procedur, jak i minimalizujący koszt jego zakupu. Niemniej jednak, określając przedmiot zamówienia, tak określił parametry techniczne żądanego produktu, iż w sposób niebudzący żadnych wątpliwości dało się przyporządkować określone parametry techniczne konkretnym produktom oferowanym przez konkretnego producenta. Powyższe potwierdza i fakt, iż w przedmiotowym postępowaniu ofertę złożyła tylko jedna firma i zaoferowała produkt właśnie marki A., a detektor marki C.

W kontekście powyższego należy podkreślić, iż Zamawiający powinien „unikać wszelkich sformułowań i parametrów, które by wskazywały na konkretne urządzenie lub konkretnego producenta. Trudno mówić o zachowaniu uczciwej konkurencji, gdy przedmiot zamówienia określony jest w sposób wskazujący na konkretne urządzenie, przy czym wystarczy, że wymogi i parametry dla przedmiotu zamówienia określone są tak, aby mógł je spełnić tylko jeden wykonawca lub jeden konkretny produkt” (A. Kurowska, Analiza wyroków sądów okręgowych oraz analiza orzeczeń zespołów arbitrów, Warszawa 2006, s. 80). Produkt taki nie musi być wyraźnie nazwany, wystarczy, że wykonawca chcący spełnić wymogi Zamawiającego musi dostarczyć jeden konkretny produkt, w przedmiotowym przypadku firmy A.”, wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 21.07.2006 r. sygn. akt UZP/ZO/0-2081/06 cyt. „Odwołującego dowody wskazują na to, że opisując przedmiot zamówienia w pakietach 1, 3, 4 i 5 Zamawiający wskazał na jedną firmę tj. Ken. - jedyne dystrybutora producenta firmy Ken., której produkty mogą spełnić wymogi stawiane przez SIWZ.... Zamawiający nie potrafił określić firm, których produkty spełniłyby parametry techniczne określone w SIWZ. W ocenie Zespołu Arbitrów, Zamawiający nie uprawdopodobnił także na rozprawie, że stawiane przez niego wymogi dotyczące przedmiotu zamówienia są dla niego konieczne. Jeżeli jednak uznać, że faktycznie Zamawiający nie mógł kupić innego sprzętu niż określony w SIWZ nie powinien był stosować trybu konkurencyjnego, jakim jest przetarg nieograniczony. Stosując ten tryb i opisując przedmiot zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję naruszył podstawową zasadę określoną w art. 7 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych i skonkretyzowaną co do przedmiotu zamówienia w art. 29 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.” i inne.

Należy stwierdzić, iż działanie Zamawiającego w niniejszym postępowaniu stanowi klasyczny przykład przetargu dyskryminującego i naruszającego wolną konkurencję. Przedmiotu zamówienia nie można opisywać więc w sposób który mógłby utrudnić uczciwą konkurencję. Zasadę tę złamie zamawiający także wtedy gdy opisze przedmiot zamówienia na tyle rygorystycznie, że nie będzie to uzasadnione potrzebami zamawiającego, a jednocześnie ograniczy krąg wykonawców zdolnych do wykonania przedmiotu zamówienia

CZŁONEK ZARZĄDKU
Dyrektor Zarządu

Robert Musiał

Z uwagi na opis przedmiotu zamówienia, który wskazuje na konkretnego Wykonawcę 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 zmianę w tym zakresie zapisów SIWZ w przedmiotowym postępowaniu bądź w przypadku niemożności dokonania zmian wnosimy o unieważnienie przedmiotowego postępowania, gdyż przepis art. 97 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 konkluduje 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. Do takich przypadków należy zaliczyć sytuację opisaną w art. 146 ust. 1 pkt 6 ustawy, kiedy to w postępowaniu o zamówienia publiczne doszło do naruszenia przepisów określonych w ustawie, a następnie naruszenie to miało wpływ na wynik postępowania oraz sytuacja opisana w art. 146 ust. 1 pkt 5 ustawy, który to przepis odwołuje się do dokonania wyboru oferty z rażącym naruszeniem ustawy.

Jeżeli Zamawiający nie zmieni SIWZ bądź nie unieważni przedmiotowego postępowania, wybór oferty odbędzie się z rażącym naruszeniem przepisów ustawy Pzp.

Nie uznając niniejszego protestu Zamawiający, doprowadza do nieracjonalnego wydatkowania środków publicznych dając prawo Wykonawcom żądania na podstawie art. 93 ust.4 ustawy Pzp zwrotu uzasadnionych kosztów uczestnictwa w postępowaniu, poprzez unieważnienie niniejszego postępowania z uwagi na wady postępowania prowadzące do nieważności umowy.

Zważywszy na powyższe argumenty, wniesiony protest jest zasadny i zasługuje na uwzględnienie.

Załączniki:

1. Aktualne zaświadczenie z KRS
2. Pełnomocnictwo

CZŁONEK PRZETWU
Dyrektor

Robert Musiał