

UZP/DKUE/KD/7/2015

Informacja o wyniku kontroli doraźnej następczej

1. Określenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które było przedmiotem kontroli:

Zamawiający:	Uniwersytet Łódzki ul. Narutowicza 65 90-131 Łódź
Rodzaj zamówienia:	dostawa
Przedmiot zamówienia:	dostawa i instalacja sprzętu komputerowego, notebooków, urządzeń dla potrzeb sieci komputerowej, akcesoriów komputerowych oraz oprogramowania dla Uniwersytetu Łódzkiego
Tryb postępowania:	przetarg nieograniczony
Wartość zamówienia:	762 124,78 zł(tj. 189 602,14 euro)
Środki UE:	Europejski Fundusz Społeczny, Program Operacyjny Kapitał Ludzki na lata 2007-2013 – finansowane części 2 poz. 9, 3 ,8, 15

2. Informacja o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku:

1. Przedmiotem zamówienia kontrolowanego postępowania była dostawa i instalacja sprzętu komputerowego, notebooków, urządzeń dla potrzeb sieci komputerowej, akcesoriów komputerowych oraz oprogramowania dla Uniwersytetu Łódzkiego.

Przedmiot zamówienia został podzielony na 17 części. Pełna lista przedmiotów składających się na zamówienie została zamieszczona w Arkuszu cenowym stanowiącym załącznik nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Ze względu na fakt, iż ustalenie i ocena stanu faktycznego przedmiotowej sprawy wymagała wiadomości specjalnych dotyczących opisu przedmiotu zamówienia, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wystąpił do biegłego z prośbą o sporządzenie opinii w zakresie stwierdzenia m.in.:

- czy opis przedmiotu niniejszego zamówienia wskazywał na konkretnych producentów, konkretne produkty oraz czy pozwalał na zaoferowanie produktów innych producentów niż pośredni lub bezpośrednio wskazane w opisie,
- czy żądanie przez zamawiającego certyfikatu EPEAT w wersji Gold mogło utrudnić uczciwą konkurencję oraz czy urządzenia zaoferowane przez wykonawców, a nie posiadające ww. certyfikatu lub posiadające inny np. ENERGY STAR, byłyby wystarczające do należytego wykonania zamówienia.

Powołany przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych biegły sporządził ekspertyzę, w której dokonał analizy wszystkich pozycji sprzętu komputerowego wymienionego w Szczegółowym Opisie Przedmiotu Zamówienia (załącznik nr 1 do siwz – arkusz cenowy). Biegły stwierdził m.in., że opis przedmiotu zamówienia wskazywał na konkretnych producentów oraz konkretne produkty w przypadku niektórych pozycji:

Część 1

Pozycja 1 – Komputer przenośny typu notebook

Biegły stwierdził, iż opis przedmiotu zamówienia dotyczący laptopa wskazuje na konkretnego producenta – **DELL**., *Technologia TrueLife oznacza de facto użycie technologii Anti-Reflective LCD, tj. technologii polegającej na zastosowaniu dodatkowej powłoki matrycy, której zadaniem jest m.in. pochłanianie padających na nią promieni światła. Istnieje wielu producentów wykorzystujących opisywaną technologię, m.in. Acer, Asus, DELL, Sony itd., jednak każdy z producentów nazywa tą technologię inaczej. Użycie w siwz nazwy technologii wykorzystywanej przez jednego producenta może sugerować konieczność oferowania produktów tego producenta. Zwłaszcza, że – jak często bywa – producenci adaptując rozwiązania technologiczne dla swoich celów wprowadzają w nich swoje modyfikacje i przygotowujący ofertę może mieć to na uwadze. Na pewno zaś przygotowujący ofertę chcąc spełnić jej wymogi może sugerować się zastosowanym przez zamawiającego zapisem – zwłaszcza że zamawiający zawarł w tabeli wskazanie przykładowego modelu laptopa właśnie producenta stosującego wskazaną z nazwy technologię.*

Część 2

Pozycja 1 – Komputer przenośny typu notebook

Biegły stwierdził, iż opis przedmiotu zamówienia dotyczący laptopa wskazuje na konkretnego producenta – **Sony** – modele podmarki **Vaio**. *„Zamawiający wskazał jako przykładowy spełniający wymogi laptop Sony Vaio VPC-SB3S9E/B. Istnieją wersje wskazanego laptopa spełniające wymagania. Nie znaleziono jednak laptopów innych producentów spełniających te wymagania. Wymogami ograniczającymi w połączeniu z innymi parametrami wyniki wyszukiwania laptopów do wskazanej podmarki okazały się: wielkość matrycy 13,3” oraz posiadanie dwóch kart graficznych. Niezrozumiałe dla sporządzającego opinię jest zawarcie w siwz wymogu posiadania przez oferowany laptop dwóch kart graficznych, których parametry wydajnościowe relatywnie niewiele się różnią. W ocenie sporządzającego opinię wymóg nie znajduje uzasadnienia z technicznego punktu widzenia, a skutkiem jego zawarcia jest wskazane wcześniej ograniczenie wyników wyszukiwania.”*

Pozycja 2 – Zestaw komputerowy

Biegły stwierdził, iż opis przedmiotu zamówienia dotyczący laptopa wskazuje na konkretnego producenta – **HP**.

Pozycja 4 – Zestaw komputerowy

Biegły stwierdził, iż opis przedmiotu zamówienia dotyczący monitora wskazuje na konkretną serię modeli - **LG E1942**.

Pozycja 5 – Akcesoria komputerowe (drukarka)

Biegły stwierdził, iż opis przedmiotu zamówienia dotyczący drukarki wskazuje na konkretnego producenta – **HP**.

Pozycja 10 – Akcesoria komputerowe (drukarka)

Biegły stwierdził, iż opis przedmiotu zamówienia dotyczący drukarki wskazuje na konkretnego producenta – **Kyocera**.

Pozycja 18 – Zestaw komputerowy

Biegły stwierdził, iż opis przedmiotu zamówienia dotyczący monitora wskazuje na konkretnego producenta- **iiyama**.

Pozycja 22 – Komputer przenośny typu notebook

Biegły stwierdził, iż opis przedmiotu zamówienia dotyczący laptopa wskazuje na konkretnego producenta – **Lenovo**.*„Opis przepisany ze specyfikacji notebooka firmy Lenovo. Świadczy o tym m.in. wymóg, aby klawiatura była typu AccuType, co widnieje wyłącznie w opisach komputerów tej firmy.”*

Część 4

Pozycja 5 i 9 – Serwer

Biegły stwierdził, iż opis przedmiotu zamówienia dotyczący serwera wskazuje na konkretnego producenta - **DELL**.

Pozycja 18 – Akcesoria komputerowe

Biegły stwierdził, iż opis przedmiotu zamówienia dotyczący drukarki wskazuje na konkretnego producenta – **Xerox**.

Część 6

Pozycja 1– Akcesoria komputerowe

Biegły stwierdził, iż opis przedmiotu zamówienia dotyczący drukarek wskazuje na konkretnego producenta – **HP**.

Odnosząc się do wymogu posiadania przez wykonawców certyfikatu EPEAT w wersji Gold, biegły wskazał, iż „*Certyfikacja EPEAT ma charakter wyróżnika dla urządzeń przyjaznych dla środowiska. Według wiedzy sporządzającego opinię certyfikat ten nie jest wymagany w Polsce. Kwestia zasadności zawarcia wymogu w siwz od strony prawnej leży poza kompetencjami sporządzającego opinię. Sporządzający opinię stoi na stanowisku, że zawarcie w opisie poszczególnych pozycji siwz wymogów posiadania certyfikatu EPEAT GOLD wynika z niewłaściwego sposobu formułowania tych wymogów. W ocenie sporządzającego opinię opisy zostały zaczerpnięte z opisów istniejących urządzeń zamiast na podstawie rzeczywistych oczekiwań zamawiającego. Świadczyć o tym może m.in. fakt zawarcia wymogów posiadania certyfikatu EPEAT GOLD tylko w niektórych pozycjach siwz. Gdyby wymóg ten wynikał z uwarunkowań dotyczących funkcjonowania instytucji zamawiającego, miałby on charakter ogólny i powinien zostać w treści siwz lub w innym dokumencie powiązany uzasadniony.*” Zdaniem biegłego „(...) żądanie zamawiającego mogło utrudnić (w ocenie sporządzającego opinię utrudniło) uczciwą konkurencję rozumianą jako umożliwiającą oferowanie urządzeń spełniających wymogi zamawiającego zasadne wobec jego rzeczywistych potrzeb i wynikającego z nich przeznaczenia zamawianych urządzeń i oprogramowania. Istnieje wiele urządzeń o parametrach wystarczających do zaspokojenia potrzeb zamawiającego – nieposiadających certyfikatu EPEAT GOLD.”

Ponadto biegły wskazał, iż „*Opisy zawarte w siwz dotyczące oprogramowania systemowego zawierają elementy charakterystyczne oprogramowania firmy Microsoft Inc. powodując tym samym zawężenie zbioru możliwego do zaoferowania oprogramowania systemowego do oprogramowania tego producenta. Bardzo podobnie wygląda sytuacja z wymogami związanymi z pakietami biurowymi. Wymagana zawartość oraz funkcjonalność a także ściśle*

określone powiązania, funkcje i cechy charakterystyczne zawężają wybór do wyłącznie oprogramowania Microsoft Office. Zaznaczyć stanowczo należy, że istnieje duża ilość pakietów konkurencyjnych oraz współpracującego z nimi oprogramowania, które po skonfigurowaniu mogą w ocenie sporządzającego opinię w sposób spełniający wszystkie uzasadnione oczekiwania zamawiającego zastąpić pakiety firmy Microsoft. Sposób przygotowania siwz wyklucza je jednak w sposób nieuzasadniony z technicznego punktu widzenia z kręgu oprogramowania możliwego do zaoferowania. Jednym z przykładowych wymogów wyłączających oprogramowanie innych producentów jest wymóg zintegrowanego z pakietem programu umożliwiającego „zarządzanie informacją prywatną”. Ogólny kierunek rozwoju oprogramowania biurowego i organizacyjnego jest taki, że oprogramowanie obu rodzajów udostępnia narzędzia i interfejsy programowe umożliwiające współpracę ich ze sobą. Rozwiązanie takie ma przewagę nad rozwiązaniem firmy Microsoft polegającą na możliwości wyboru programu organizacyjnego, pocztowego czy innego do współpracy z zainstalowanym pakietem biurowym. W ocenie sporządzającego opinię zamawiający powinien określić zakres oczekiwanych funkcjonalności zestawu zainstalowanego oprogramowania dając możliwość konfiguracji bez określania warunku, aby oprogramowanie pełniące określoną funkcję było integralnym elementem wskazanego pakietu biurowego. Wskazane przez zamawiającego wymogi związane z oprogramowaniem antywirusowym w sposób jednoznaczny wskazują na jego współpracę z oprogramowaniem firmy Microsoft, a więc wymuszają stosowanie oprogramowania tego producenta. Sporządzający opinię stoi na stanowisku, że sposób formułowania wymogów zastosowany przez zamawiającego ma niewątpliwie bardzo duży wpływ na monopolizację (w znaczeniu: „opanowanie rynku przez jednego dominującego sprzedawcę” - <http://encyklopedia.pwn.pl/szukaj/monopolizacja.html>) rynku oprogramowania. Twierdzenie to jest subiektywne, lecz poparte wieloletnią obserwacją rynku oprogramowania, a ponadto posiada odzwierciedlenie w mediach.”

Mając na uwadze powyższe ustalenia faktyczne, należy zważyć, co następuje.

Zagadnienie opisu przedmiotu zamówienia stanowi istotną część regulacji ustawowej prawa zamówień publicznych. Opis przedmiotu jest bowiem jedną z najważniejszych czynności dokonywanych w toku przygotowywania postępowania. Na zamawiającym ciąży ustawowy obowiązek jasnego i precyzyjnego określenia przedmiotu zamówienia za pomocą standardowych określeń technicznych, które zazwyczaj są używane w danej dziedzinie, rozumiałych dla wszystkich osób trudniących się działalnością w danej branży. W ustawie Pzp ustawodawca pozostawił zamawiającemu możliwość precyzowania przedmiotu zamówienia w sposób chroniący jego zobiektywizowane potrzeby, jednakże każdy

z podmiotów dokonujących zakupów określonego rodzaju dostaw, usług lub robót budowlanych ma obowiązek przy dokonywaniu opisu przedmiotu zamówienia uwzględnić pewne generalne warunki, jakie nakłada na niego ustawa Pzp.

Po pierwsze zamawiający zobowiązany jest opisać przedmiot zamówienia i jego cechy w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na proces sporządzania oferty (art. 29 ust. 1 ustawy Pzp).

Po drugie opisu przedmiotu zamówienia nie można dokonywać w sposób, który mógłby utrudnić uczciwą konkurencję (art. 29 ust. 2 ustawy Pzp), w szczególności poprzez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia (nazw producentów), chyba że jest to uzasadnione jego specyfiką i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy "lub równoważny" (art. 29 ust. 3 ustawy Pzp). Naruszenie zasady wynikającej z treści art. 29 ust. 2 ustawy Pzp może mieć zatem charakter bezpośredni (jeśli zamawiający wprost stosuje nazwy własne wskazujące konkretnego wykonawcę lub produkt) lub pośredni (jeśli nazwy własne nie zostają wskazane, ale szczegółowy opis parametrów wskazuje na jeden konkretny produkt). Niezależnie od powyższego wszelkie czynności zamawiającego muszą być dokonywane zgodnie z zasadą równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy.

Z powołanych przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wynika zatem, iż przedmiot zamówienia winien być opisany w sposób neutralny i nieutrudniający uczciwej konkurencji. Oznacza to konieczność eliminacji z opisu przedmiotu zamówienia wszelkich sformułowań, które mogłyby wskazywać konkretny produkt lub konkretnego wykonawcę, bądź które eliminowałyby konkretnych wykonawców, uniemożliwiając im złożenie ofert lub powodowałyby sytuację, w której jeden z zainteresowanych wykonawców byłby bardziej uprzywilejowany od pozostałych (podobnie - wyrok SO w Lublinie z dnia 9 listopada 2005 r., sygn. akt II Ca 587/05, niepubl.; wyrok SO w Bydgoszczy z dnia 25 stycznia 2006 r., sygn. akt II Ca 693/05, niepubl.).

W szczególności zważyć należy, że – jak wskazuje KIO w wyroku z dnia 17 marca 2009 r. (KIO/UZP 253/09) - *„Naruszeniem zasady uczciwej konkurencji jest opisanie przedmiotu zamówienia z użyciem oznaczeń, które wskazują na konkretnego producenta lub konkretny produkt albo z użyciem parametrów wskazujących na konkretnego producenta albo konkretny wyrób. Dyskryminacja wykonawców następuje również w sytuacji, gdy wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia*

są tak rygorystyczne i nie uzasadnione potrzebami zamawiającego przez co ograniczają krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia.”

W przypadku oceny konkretnego stanu faktycznego jako naruszenia zakazu sformułowanego w art. 29 ust. 2 ustawy wystarczającym jest uprawdopodobnienie utrudnienia konkurencji przy opisie przedmiotu zamówienia. Z przepisu tego wynika bowiem zakaz opisywania przedmiotu zamówienia w taki sposób, który mógłby potencjalnie zagrozić uczciwej konkurencji.

W przedmiotowej sprawie zapisy siwz dotyczące „komputerów przenośnych typu notebook” w części nr 1 (poz. 1), części nr 2 (poz. 1 i 22) wskazywały na konkretnego producenta - odpowiednio firmy DELL, SONY (model podmarki Vaio) oraz Lenovo. Jak wskazuje opinia biegłego, zamawiający dokonał opisu wymaganych parametrów „komputerów przenośnych typu notebook” poprzez dosłowne przeniesienie do siwz parametrów konkretnych urządzeń, jak np. zastosowanie Technologii TrueLife, posiadanie wielkości matrycy 13,3” oraz posiadanie dwóch kart graficznych. Podobnie w przedmiocie szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia w zakresie zamówienia na pozycje dotyczące „zestawów komputerowych” zapisy siwz wskazywały na konkretnego producenta, tj. w części 2 poz. 2 dotyczącej laptopa na firmę HP, w części 2 poz. 4 dotyczącej monitora firmy LG oraz w części 2 poz. 18 dotyczącej monitora IYAMA. Nadmienić przy tym należy, że w odniesieniu do części 2 poz. 2 zamawiający wprost użył nazwy własnej wymagając „komputera HP”. Również opis przedmiotu zamówienia w części 2 poz. 5, 10, części 4 poz. 18 oraz w części 6 poz. 1 dotyczący „akcesoriów komputerowych (drukarek)” wskazywał na konkretnych producentów firmy: HP, Kyocera oraz Xerox. W odniesieniu do części 4 poz. 18 zamawiający żądając tonerów użył wprost nazwy własnej Xerox.

Biegły w swej opinii odniósł się także do kwestii oprogramowania twierdząc, że możliwe było opisanie go w przedmiocie zamówienia w sposób umożliwiający zaoferowanie oprogramowania także innego niż Microsoft, jednakże zapisy siwz tej możliwości nie uwzględniały.

Biorąc pod uwagę powyższe, należy wskazać, iż jedynie wykonawcy oferujący sprzęt komputerowy danych producentów mogli spełnić wymagania określone przez zamawiającego. Zamawiający w pkt 3.14 siwz dopuścił wprawdzie stosowanie rozwiązań równoważnych, jednakże całościowy zbieg wymagań dla ww. przedmiotów zamówienia powodował, iż wymagania siwz spełniały jedynie urządzenia konkretnego producenta.

Mając na uwadze przytoczony powyżej stan faktyczny i prawny oraz treść opinii biegłego powołanego na potrzeby przedmiotowego postępowania, należy stwierdzić,

iż zamawiający w sposób wadliwy sporządził szczegółowy opis przedmiotu zamówienia dla części nr 1 poz. 1, części nr 2 poz. 1, 2, 4, 5, 10, 18, 22, części nr 4 poz. 5, 9 i 18, części nr 6 poz. 1 oraz dla systemów operacyjnych, gdzie wskazano elementy charakterystyczne dla firmy Microsoft. Uwzględniając zatem powyższą okoliczność – w postępowaniach stanowiących część nr 1, nr 2, nr 4 i nr 6 niniejszego zamówienia, Zamawiający naruszył treść art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, a w częściach część nr 2 i nr 4 dodatkowo art. 29 ust. 3 ustawy Pzp.

Ponadto, wskazać należy, iż zamawiający wymagał, ażeby komputery wchodzące w skład części nr 2 poz. 2 oraz nr 4 poz. 28 przedmiotu zamówienia określonego w arkuszu cenowym stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ posiadały certyfikację EPEAT w wersji Gold dla oferowanego modelu komputera na terenie Polski. Żądanie przez zamawiającego posiadania przez komputer certyfikatu EPEAT na poziomie złotym ograniczało dostęp do zamówienia. Certyfikat EPEAT stanowi część programu Green Electronic Consilium, który jest prowadzony przez fundację non-profit Institute of Electrical and Electronics Engineers. Standard EPEAT został zaaprobowany w USA jako obowiązujący do stosowania przez agencje federalne USA. EPEAT opiera się na standardzie IEEE 1680 stworzonym przez Institute of Electrical and Electronics Engineers, który zawiera zestaw wymagań pozwalających ocenić wpływ na środowisko sprzętu komputerowego wraz z metodami ich oceny. IEEE 1680 odwołuje się także do innych norm m.in. do RoHS, ISO 14001 (System Zarządzania Środowiskiem), Energy Star, ale jednocześnie obejmuje normy związane z całym cyklem życia produktu. Stosowanie tego kryterium oznacza zawężenie wyboru sprzętu elektronicznego tylko do tych producentów, którzy mają dokument EPEAT. Należy bowiem zwrócić uwagę, że posiadanie EPEAT GOLD oznacza konieczność rejestracji produktu w Green Electronics Council i przejścia procesu weryfikacji zgodnie z wymaganiami rejestracji produktu w celu wprowadzenia danego sprzętu komputerowego do rejestru EPEAT. Zgodnie z wymaganiami należy spełnić 23 kryteria obowiązkowe oraz 28 opcjonalnych uzyskując w ten sposób rating środowiskowy porównywalny pomiędzy producentami. Producenci niezarejestrowani w rejestrze EPEAT pomimo spełniania norm wymaganych na rynku europejskim nie mogliby złożyć w tych częściach oferty. W konsekwencji brak rejestracji ogranicza ich liczbę. Istnieje wiele urządzeń o parametrach wystarczających do zaspokojenia potrzeb zamawiającego – nieposiadających certyfikatu EPEAT GOLD. Żądanie posiadania atestu EPEAT GOLD, będącego oznaczeniem, które otrzymują firmy amerykańskie bądź firmy posiadające zarejestrowane oddziały w USA, stanowi wymóg w sposób nieuzasadniony ograniczający konkurencję i prowadzący do nierównego traktowania wykonawców, naruszając tym samym zasadę sporządzania opisu przedmiotu zamówienia określoną w art. 29 ust. 2 ustawy Pzp.

Reasumując, uznać należy, iż zapisy Załącznika 1 do siwz - „Arkusza cenowego” stanowiącego listę przedmiotów składających się na niniejsze zamówienie zostały w wybranych modelach części nr 1, części nr 2, części nr 4 oraz części nr 6, sformułowane w sposób godzący w zasadę uczciwej konkurencji, bowiem wskazywały na konkretnych producentów. Ponadto żądanie posiadania atestu EPEAT GOLD, stanowi wymóg w sposób nieuzasadniony ograniczający konkurencję. Zapisy te zatem naruszały zasadę sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia zawartą w art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, stanowiącą, iż przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby ograniczyć uczciwą konkurencję. W odniesieniu do części nr 2 i nr 4 poprzez użycie konkretnych nazw własnych zamawiający naruszył ponadto art. 29 ust. 3 ustawy Pzp.

2.

Jak wynika z dokumentacji postępowania, pismem z dnia 14.11.2012 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszych ofert w poszczególnych częściach zamówienia oraz o ofertach odrzuconych. Ww. zawiadomienie nie zawiera uzasadnienia faktycznego i prawnego odrzucenia w części nr 8 oferty wykonawcy (...)

Zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający po wyborze najkorzystniejszej oferty zawiadamia wykonawców, którzy złożyli oferty, w szczególności o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, podając uzasadnienie faktyczne i prawne. Faktyczne i prawne uzasadnienie odrzucenia oferty jest integralną częścią zawiadomienia o odrzuceniu oferty.

Wobec powyższego stwierdzić należy, iż zamawiający nie podając uzasadnienia faktycznego i prawnego odrzucenia w części nr 8 oferty wykonawcy(...), naruszył dyspozycję art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.