



**BIURO FINANSÓW
KOMENDY GŁÓWNEJ POLICJI**

02-542 Warszawa
ul. Domaniewska 36/38

tel. 60-116-08

fax. 60-126-94

FZ – 8380/11

Warszawa 12.2011 r.

**Do wykonawców ubiegających się
o udzielenie zamówienia publicznego**

Dotyczy postępowania na dostawę 12 000 licencji oprogramowania antywirusowego Dr Web Enterprise Security Suite Antivirus zapewniającego ochronę antywirusową w sieci PSTD w KWP/KSP/KGP oraz Szkołach Policji, nr sprawy 249/BŁil/11/KD

Uprzejmie informuję, że zgodnie z zapisami art. 38 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113 poz. 759) poniżej podaję treść pytań, które wpłynęły do Zamawiającego od uczestników postępowania oraz udzielonych na nie odpowiedzi:

Pytanie nr 1:

Działając na podstawie art. 36 ust. 1 pkt. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. 2010, nr 113, poz. 759 z zm.) zwracam się z wnioskiem o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie niżej opisanym oraz dokonanie koniecznej zmiany SIWZ.

I. Opis przedmiotu zamówienia zawarty w pkt. IV SIWZ

Przedmiotem postępowania jest „Dostawa 12000 licencji oprogramowania antywirusowego Dr Web Enterprise Security Suite Antivirus zapewniającego ochronę antywirusową w sieci PSTD w KWP/KSP/KGP oraz Szkołach Policji”.

W pkt. IV SIWZ pn. Opis przedmiotu zamówienia, wskazana została „Nazwa programu” kierująca wprost konkretną nazwą oprogramowania, które ma zostać dostarczone, tj. Dr Web Enterprise Security Suite Antivirus.

Mając na względzie poczynione wyżej ustalenia koniecznym i niezbędnym stało się wystąpienie do Zamawiającego o wyjaśnienie ww. zapisów SIWZ wraz z żądaniem zmiany tych zapisów, w sposób niżej wskazany w celu doprowadzenia do sytuacji gdy zapis dotyczący opisy przedmiotu zamówienia zostanie sporządzony zgodnie z wymaganiami ustawy PZP.

II. Obowiązująca regulacja prawna dotycząca opisu przedmiotu zamówienia oraz orzecznictwo i poglądy doktryny Wskazać należy, iż dokonanie opisu przedmiotu zamówienia stanowi jeden z kluczowych obowiązków spoczywających na Zamawiającym w ramach przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, o czym stanowi art. 15 ust. 1 ustawy PZP. Zasadą też jest, iż za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia odpowiada Kierownik Zamawiającego (art. 18 ust. 1 ustawy PZP). Zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy PZP Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Jak to wyżej zostało już zaznaczone, najbardziej istotnym elementem przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, także ze względu na obowiązek spoczywający na Zamawiającym zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, jest sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia.

Przepis art. 29 ust. 1 ustawy PZP stanowi podstawowy przepis, będący dla Zamawiającego wytyczną jak należy prawidłowo i w zgodzie z ustawą PZP sporządzić opis przedmiotu zamówienia. Mianowicie: *"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."*

W opinii prawnej zawartej na stronie www.uzp.gov.pl czytamy: "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 (zob. Wyrok SO w Bydgoszczy z dnia 25 stycznia 2006 r., II Ca 693/5). 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. Narusza zasadę uczciwej konkurencji przy opisie przedmiotu zamówienia np. grupowanie leków w pakiety, w taki sposób, który z góry eliminuje z postępowania dostawców leków nie związanych umowami z jedynym producentem jednego z leków, zawartego w pakiecie (wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 30 grudnia 2003 r.). Podobnie KIO w wyroku z dnia 16 czerwca 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 553/08, „ (...) Zamawiający zawarł wymóg zaoferowania przez wykonawców do dezynfekcji drzwi - strefy dotykowej preparatu Incidin Liquid Spray. Jak przyznał na rozprawie Zamawiający, wymagał zaproponowania w ofercie przez wszystkich wykonawców ww. preparatu mimo istnienia na rynku innych preparatów o podobnym działaniu. Nie dopuścił jednocześnie rozwiązań równoważnych w tym zakresie. Izba uznała, iż powyższy zapis stanowi naruszenie zasady równego traktowania wykonawców oraz zasady uczciwej konkurencji i jest niezgodny z dyspozycją art. 29 ust. 2 i 3 ustawy Pzp (UZP, Zamówienia publiczne w orzecznictwie, zeszyt orzeczniczy nr 2, Warszawa 2008, s. 45)." Zgodnie z art. 29 ust. 2 ustawy PZP zakazane jest przez prawo opisywanie przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Do wyjątków dopuszczających odmienny od uregulowanego w art. 29 ust. 1 ustawy PZP opis przedmiotu zamówienia, należy przepis art. 29 ust. 3 ustawy PZP w którym ustawodawca dopuścił pod pewnymi warunkami opisanie przedmiotu zamówienia przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia jeżeli jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny”.

Przepis art. 29 ust. 3 ustawy PZP ma charakter wyjątkowy i może być on stosowany tylko w wyjątkowych sytuacjach i interpretowany ściśle, tj. jego zastosowanie jest możliwe gdy jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia lub gdy zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń a opisowi towarzyszą wyrazy "lub równoważne" albo podobne, co nadaje wymienionym konkretnym produktom charakter przykładowy. W przypadku gdy opis przedmiotu zamówienia jest dokonywany zgodnie z art. 29 ust. 3 ustawy PZP, bezwzględny obowiązkiem Zamawiającego jest :

- dopuszczenie składania ofert równoważnych,
- dokładne określenie wymagań dotyczących ofert równoważnych.

Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 7 kwietnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 254/08 wskazała, iż „Dla oceny w postępowaniach, w których przewidziano składanie ofert równoważnych nie wystarczy językowa wykładnia pojęcia „równoważność”, ale zawarte w SIWZ określenia uściślające wymogi Zamawiającego, odnoszące się do dopuszczalnego przez niego zakresu równoważności ofert (...). Zamawiający w SIWZ powinien doprecyzować zakres dopuszczalnej równoważności ofert. W przeciwnym razie nie będzie w stanie ocenić ofert pod kątem własnych potrzeb oraz porównać złożonych ofert. Określenie chociażby minimalnych wymagań w zakresie parametrów oferowanych wyrobów pozwala uznać ów wybór za równoważny bądź nie, a w konsekwencji dopuści ofertę do oceny, bądź ją odrzuci jako niezgodną z treścią SIWZ” (UZP, Zamówienia publiczne w orzecznictwie, zeszyt orzecznicy nr 1, Warszawa 2008, s. 40).

W ślad za opinią Urzędu Zamówień Publicznych, zamieszczoną na stronie www.uzp.gov.pl, podają iż: "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. 1 pkt. 3 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 narusza ustawę Prawo zamówień publicznych 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 przesądzających o wyborze konkretnej marki."

Dodać należy, iż w przypadku gdy Zamawiający opisuje przedmiot zamówienia za pomocą cech technicznych i jakościowych, z zachowaniem Polskich Norm przenoszących normy europejskie lub norm innych państw członkowskich EOG przenoszących te normy, mianowicie wg zasad ustalonych w art. 30 ust. 1-3 ustawy PZP, to w takim przypadku ustawodawca nakazuje aby Zamawiający przy takim opisie przedmiotu zamówienia wskazał, że dopuszcza rozwiązania równoważne opisywanym (art. 30 ust. 4 ustawy PZP). Wskazać należy, iż Wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne opisywanym, jest obowiązany wykazać, że oferowane przez niego dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez Zamawiającego (art. 30 ust. 5 ustawy PZP).

Powyższa regulacja prawna zawarta w ustawie PZP tudzież orzecznictwo Zespołów Arbitrów, Krajowej Izby Odwoławczej, Sądu Najwyższego oraz oficjalnych opiniach wydawanych przez Urząd Zamówień Publicznych -powinna być stosowana przez Zamawiającego przy formułowaniu opisu przedmiotu zamówienia.

III. Wady prawne opisu przedmiotu zamówienia w postępowaniu na dostawę oprogramowania antywirusowego

1. Zamawiający ogłaszając postępowanie o udzielnie zamówienia publicznego w formie przetargu nieograniczonego (konkurencyjnego) wprowadził do opisu przedmiotu

zamówienia wprost nazwę towaru, który zamierza zakupić, mianowicie program o nazwie: Dr Web Enterprise Security Suite Antivirus.

Powyższe jest wprost zakazane przez ww. przepisy ustawy PZP, obowiązkiem Zamawiającego jest dokonanie opisu w sposób zgodny z art. 29 ust. 1 i ust. 2 ustawy PZP. Wykonawca żąda dokonania opisu przedmiotu zamówienia zgodnie z ww. przepisami. Na wypadek gdyby Zamawiający opisywał przedmiot zamówienia na podstawie art. 29 ust. 3 ustawy PZP, Wykonawca żąda wprowadzenia zapisu o dopuszczalności składania ofert równoważnych i w związku z tym opisania tej równoważności. Wykonawca wskazuje, iż poza Załącznikiem 4 SIWZ w SIWZ nie zostały zamieszczone w ogóle parametry techniczne wymagane od przedmiotu zamówienia. W tym miejscu Zamawiający wyjaśnia, iż w przypadku podania przez Zamawiającego ww. wymagań od przedmiotu zamówienia (np. parametrów technicznych) Wykonawca po zapoznaniu się z nimi będzie miał prawo do żądania wyjaśnień w trybie art. 38 ustawy PZP i wnoszenia odwołania, w przypadku gdy z opisu tych wymagań wynikać będzie, iż naruszona zostaje zasada konkurencyjności oraz równego traktowania wykonawców, np. jeden parametr lub zespół parametrów wskazywać będzie na jednego wykonawcę lub gdy parametry te są nieuzasadnione a ich wprowadzenie ma na celu jedynie ograniczenia konkurencyjności i dopuszczenie do udziału w postępowaniu jednego konkretnego wykonawcę oferującego produkt, który zamierza zakupić Zamawiający. Wskazać należy, iż ciężar udowodnienia, iż dany parametr lub zespół parametrów jest niezbędny dla Zamawiającego, zgodnie z ogólnymi zasadami rozkładu ciężaru dowodu, czyli przepisem art. 6 k.c, spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne, tj. Zamawiającym.

IV. Konsekwencje prawne zaniechania zmiany SIWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia Wykonawca wskazuje, iż zaniechanie zmiany SIWZ, zgodnie z powyższymi wskazaniem oraz szerokim uzasadnieniem prawnym wywoła daleko idące konsekwencje prawne, zwłaszcza w zakresie odpowiedzialności za naruszenie ustawy prawo zamówień publicznych oraz dyscypliny finansów publicznych.

Odpowiedź:

Zgodnie z zapisami art. 29 ustawy Pzp. Zamawiający dopuszcza zastosowanie rozwiązań równoważnych.

Zamawiający posiada licencje Dr Web Enterprise Security Suite Antivirus zarządzane w wewnętrznej sieci policyjnej poprzez dedykowaną konsolę zarządzającą. Posiadane przez Zamawiającego serwery dysponują ograniczoną wydajnością, a w związku z tym brak jest możliwości instalacji dodatkowej konsoli zarządzającej innym oprogramowaniem.

W związku z powyższym, za oprogramowanie równoważne Zamawiający uzna oprogramowanie dysponujące modułami wymienionymi w Załączniku nr 4 do SIWZ, pod warunkiem że będzie ono obsługiwane za pomocą posiadanej przez Zamawiającego konsoli zarządzającej bez konieczności jej konfiguracji.

Wykonawca, który złoży ofertę na produkt równoważny musi do oferty załączyć dokładny opis oferowanego produktu, z którego wynikać będzie zachowanie warunków równoważności.

Pytanie nr 2:

Czy Zamawiający dopuszcza możliwość zaoferowania produktu równoważnego w stosunku do oprogramowania Dr Web Enterprise Security Suite Antivirus? Jeżeli tak, to proszę o podanie kryteriów równoważności.

Odpowiedź:

Zgodnie z odpowiedzią udzieloną na pytanie nr 1.

Pytanie nr 3:

W dn. 01.12.2011r. Zamawiający zamieścił na swojej stronie internetowej www.policja.pl ogłoszenie o przetargu nieograniczonym (nr. 249/BŁi/11/KD) na dostawę licencji na oprogramowanie Dr Web. Dostępny na stornie Zamawiającego SIWZ zawiera określenie przedmiotu zamówienia wyłącznie za pomocą nazwy konkretnego oprogramowania – Dr Web (Enterprise Security Suite Antivirus). Zgodnie z art. 29 ust.3 Ustawy przedmiotu zamówienia nie można opisywać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, chyba, że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny”. Chcielibyśmy zwrócić Państwa uwagę na obowiązek zamawiającego zawarcia klauzuli dopuszczającej składanie ofert równoważnych przez zamieszczenie wyrazów „lub równoważny” w każdym przypadku posłużenia się znakiem towarowym, w tym przypadku Dr Web. Ponadto, zgodnie z art. 29 ust 2 Ustawy, przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Dopuszczenie możliwości wskazania znaku towarowego nie stanowi, wobec generalnego zakazu opisywania przedmiotu zamówienia w sposób mogący utrudniać uczciwą konkurencję, przepisu szczególnego uchylającego taki zakaz. Celem tego przepisu jest wskazanie technicznego sposobu wykorzystania znaków towarowych, zgodnego z prawem zamówień publicznych, do sprecyzowania przedmiotu zamówienia. W tym znaczeniu opis przedmiotu zamówienia dokonany z wykorzystaniem znaków towarowych – zawsze uzupełniony o obligatoryjne oświadczenie Zamawiającego o dopuszczeniu składania ofert równoważnych – nie zawęży dopuszczalnej konkurencji do ofert zawierających jedynie wskazane przedmioty. Biorąc pod uwagę powyższe uwarunkowania prawne zwracamy się do Zamawiającego z prośbą o uzupełnienie zapisów SIWZ o klauzulę dopuszczającą składanie ofert równoważnych.

Odpowiedź:

Zgodnie z odpowiedzią udzieloną na pytanie nr 1.

Pytanie nr 4:

Czy zamawiający dopuszcza w powyższym postępowaniu złożenie oferty równoważnej w stosunku do oprogramowania DR Web Enterprise Security Suite Antivirus? Jeżeli tak to jak Zamawiający rozumie równoważność produktów pod względem funkcjonalnym? Prosimy o wypunktowanie tej funkcjonalności.

Odpowiedź:

Zgodnie z odpowiedzią udzieloną na pytanie nr 1.

Pytanie nr 5:

Czy Wykonawca może wystartować w przetargu z oprogramowaniem równoważnym bądź lepszym niż opisanym w specyfikacji?

Odpowiedź:

Zgodnie z odpowiedzią udzieloną na pytanie nr 1.

Pytanie nr 6:

W związku z chęcią wzięcia udziału w postępowaniu Znak sprawy: 249/BŁi/11/KD z dnia 1 grudnia 2011 i zapisami zawartymi w Rozdziale 2 Ustawy Pzp. art. 29 ust. 3 oraz art. 30 zwracamy się do Zamawiającego usunięcie wszelkich znaków towarowych z treści SIWZ niniejszego przetargu.

Proszę o określenie terminu ważności licencji § 1 pkt. 4 wyklucza się z § 7 pkt. 1.

Odpowiedź:

Zgodnie z zapisami Umowy, Wykonawca zobowiązany jest do udzielenia Zamawiającemu niewyłącznej, nieograniczonej terytorialnie i czasowo licencji udzielonej przez producenta tego oprogramowania. Ponadto, Zamawiający wymaga zapewnienia przez Wykonawcę możliwości aktualizacji oprogramowania w terminie do dnia 28 grudnia 2013 r.

Uprzejmie informuję, że zgodnie z zapisami art. 38 ust. 4 Zamawiający dokonuje modyfikacji treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w zakresie:

1) Zapisy Rozdziału XII SIWZ tj. *MIEJSCE ORAZ TERMIN SKŁADANIA I OTWARCIA OFERT* otrzymują następujące brzmienie:

1. Miejsce i termin składania ofert:

- 1) Ofertę wraz ze wszystkimi wymaganymi oświadczeniami i dokumentami, należy umieścić w zamkniętej kopercie, zapieczętowanej w sposób gwarantujący zachowanie poufności jej treści oraz zabezpieczającej jej nienaruszalność do terminu otwarcia ofert.
- 2) Koperta powinna być zaadresowana w następujący sposób:

*Wydział Zamówień Publicznych
Biura Finansów Komendy Głównej Policji
02-672 Warszawa ul. Domaniewska 36/38*

*Oferta na postępowanie nr 249/BŁil/11/KD
„Dostawa 12 000 licencji oprogramowania antywirusowego Dr Web Enterprise Security Suite Antivirus zapewniającego ochronę antywirusową w sieci PSTD w KWP/KSP/KGP oraz Szkołach Policji”*

Nie otwierać przed dniem 13.12.2011 r. godz. 11:00

- 3) Koperta poza oznakowaniem jak wyżej powinna być opatrzona dokładną nazwą i adresem Wykonawcy.
- 4) Ofertę należy złożyć do dnia 13.12.2011 r. do godz. 10:30 w Biurze Finansów KGP, 02-672 Warszawa, ul. Domaniewska 36/38, pokój 531A, tel. 0-22-601 32 04, w godz. 8.30 – 15.30 (od poniedziałku do piątku).
- 5) Konsekwencje złożenia oferty niezgodnie z ww. opisem (np. potraktowanie oferty jako zwykłej korespondencji i nie dostarczenie jej na miejsce składania ofert w terminie określonym w SIWZ) ponosi Wykonawca.
- 6) Oferta złożona po terminie zostanie niezwłocznie zwrócona Wykonawcy.

2. Miejsce i tryb otwarcia ofert

Publiczna sesja otwarcia ofert odbędzie się w siedzibie Zamawiającego w Warszawie przy ul. Domaniewskiej 36/38, w dniu 13.12.2011 r. o godz. 11:00.

2) Zapisy Rozdziału V SIWZ tj. *TERMIN WYKONANIA ZAMÓWIENIA* otrzymują brzmienie:

Termin realizacji umowy: 3 dni robocze od dnia podpisania umowy, nie później niż do 27.12.2011 r.

3) Zapisy § 4 ust 1 Załącznika nr 3 do SIWZ otrzymują brzmienie:

Wykonawca zobowiązuje się do realizacji Przedmiotu umowy określonego w § 1 ust. 2 pkt. 1) – 3) w terminie 3 dni roboczych od dnia podpisania umowy, nie później niż do 27.12.2011 r. Przy czym za termin wykonania Przedmiotu umowy przyjmuje się datę podpisania bez zastrzeżeń przez przedstawicieli Wykonawcy i Zamawiającego Protokołu odbioru produktu, którego wzór stanowi załącznik nr 5 do Umowy.

4) W Rozdz. VII SIWZ dodaje się punkt 3.2. w brzmieniu:

3.2. Opis oferowanego przedmiotu zamówienia, z podaniem jego nazwy, typu i producenta.

Powyższe odpowiedzi i modyfikacja są wiążące dla stron postępowania.

WYKONAWCA
Wydziału Administracji Publicznych
Biura Finansów
Komenda Ochrony Pożarnej
Jarosław J. CZOŃSKI