

"Krajewski i Partnerzy Kancelaria Radców Prawnych Spółka Cywilna"

^ ^ ^ ^

ARKUSZ FAKSU

DO/TO:	OD/FROM:
Generalna Dyrekcja Dróg i Autostrad Oddział we Wrocławiu	Krajewski i Partnerzy Kancelaria Radców Prawnych S.C.
FIRMA:	DATA:
	2009-11-25
NUMER FAKSU:	CAŁKOWITA LICZBA STRON RAZEM ZE STRONĄ TYTUŁOWĄ:
NUMER TELEFONU:	NUMER IDENTYFIKACYJNY NADAWCY:
DOT.:	TWÓJ NUMER IDENTYFIKACYJNY:

B PILNE • DO PRZEGLĄDU • PROSZĘ O KOMENTARZ S PROSZĘ O ODPOWIEDZ • PROSZĘ PRZEKAZAĆ DALEJ

Szanowni Państwo

Przesyłam Protest zawierający 5 Stron oraz pełnomocnictwo w sprawie GDDKiA O7WR100/PN/D/R-2/2009.

Upierzejmie proszę o potwierdzenie na piśmie, faxem zwrotnyotrzymania niniejszych pism.

Z wyrazami szacunku

Radców Prawnych Spółka Cywilna

Tłókoju 'A't 51-548 Kraków. Skr.Poczt.35

IM O ?_r«f^- 12-294 JSSI, 29'* 25 30

,-«c- . !1.5717<->-»35



Podpis.

^6 II. Z<##

/Tomasz Michalski

Al. Pokoju 1A/1
11 - 54S Kraków
Skr. Poczt. >5
teL/toc0- 12-413 54 83, 0- 12-413 12 M
tcL 0- 1- 294 25 80, 0- 12- 7»4 25 81,
PLUS asmi: 0 - 6D5 • 610 622, 0 - 605 • 410 623
e'pofit: Kqncclariaifyl<rpssc.co;m.pl



k ii t c c l i i i r

Konfoflonton^ :
Bank BPH SA nr: 15 1060 0076 0000 3200 0062 B441
INC Bank Sliipki SA nr: 19 1050 1445 1000 00218249 7391
NIP: 679-26-2B- 147RE00N: 357170435

'Krajewski i Partnerzy Kancelaria Radców Prawnych Spółka Cywilna'

Kraków, dnia 19 listopada 2009 r.

Zamawiający: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad
Oddział we Wrocławiu
ul. Powstańców Śląskich 186
51-139 Wrocław

Protestujący: Lilianna Cianciara i Aleksander Cianciara
prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „SejsCom” s.c.
ul. Sapiehy 19, 31-644 Kraków
reprezentowani przez radcę prawnego Krzysztofa Stefańskiego
z kancelarii „Krajewski i Partnerzy” s.c.,
Al. Pokoju 1 A/I, 31-548 Kraków

Znak: GDDKiA O/WR 100/PN/D/R-2/2009

Dot.: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego

nr przetargu: GDDKiA O/WR 100/PN/D/R-2/2009 przeprowadzanego w trybie przetargu nieograniczonego na „Dostawę sprzętu dla Laboratoriów Drogowych GDDKiA”

Działając w imieniu Lilianny Cianciary i Aleksandra Cianciary w oparciu o załączone pełnomocnictwo, na podstawie art. 180 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) wnoszę:

PROTEST

na czynność Zamawiającego, polegającą na udzieleniu w dniu 17 listopada 2009 r. wyjaśnień w przetargu nieograniczonym, ogłoszonym w dniu 29 października 2009 roku na „Dostawę sprzętu dla Laboratoriów Drogowych GDDKiA”, nr przetargu GDDKiA O/WR 100/PN/D/R-2/2009, w sposób niezgodny z art. 38 ust. 1 Prawa zamówień publicznych oraz naruszający art. 7 ust. 1 ustawy i art. 29 ust. 1 - 3 Prawa zamówień publicznych, co powoduje obarczenie postępowania wadą prawną w rozumieniu art. 92 ust. 1 pkt 7 Prawa zamówień publicznych oraz stwarza domniemanie istnienia porozumienia określonego w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy



z dnia 16 lutego 2007 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz. U. 2007, Nr 50, poz. 331 ze zm.).

Protestujący domaga się usunięcia niezgodności treści wyjaśnień z ustawą poprzez usunięcie z odpowiedzi na pytanie nr 6 Części III wymogów przedmiotu zamówienia wskazujących wyłącznie na program Road Doctor firmy Roadscanners w postaci dodatkowych funkcji łączenia danych z FWD i Profilografu, na który wyłączność ma firma TOROPOL Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i dostosowanie odpowiedzi na pytanie nr 6 Części III do wymogów art. 38 ust. 1, art. 7 ust. 1 ustawy i art. 29 ust. 1-3 Prawa zamówień publicznych.

Uzasadnienie

Zgodnie z częścią III Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, w przetargu nieograniczonym ogłoszonym przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział we Wrocławiu na „Dostawę sprzętu dla Laboratoriów Drogowych GDDKiA”, nr przetargu GDDKiA O/WR 100/PN/D/R-2/2009, przedmiotem zamówienia jest dostawa georadarów w ilości 5 sztuk. Zgodnie ze Specyfikacją Techniczną DN 03, georadary winny być wyposażone w oprogramowanie do zbierania, identyfikacji i opracowywania danych, o funkcjonalności opisanej w SIWZ. Jak stanowi wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 października 2008 r. (KIO/UZP 989/08, LEX nr 463165): „Zamawiający w specyfikacji umieszcza wymagania, których spełnienie w danym postępowaniu jest dla niego istotne. Jeżeli nie zawarł specjalnych wymagań, to należy rozumieć je, jako wymagania podstawowe, zasadnicze, bez możliwości ich zawężania czy rozszerzania.”

W odpowiedzi na zapytanie, jak domniemywa Protestujący, firmy TOROPOL Sp. z o.o., które w istocie rzeczy było zapytaniem sugerującym produkt- Road Doctor firmy Roadscanners, w dniu 17 listopada 2009 r. Zamawiający sformułował wyjaśnienie w którym przedstawił dodatkowe wymogi techniczne oprogramowania georadarów w postaci: łączenia danych z GPR, FWD, Profilografu, kamer video itd. Należy zauważyć, że **dodatkowe funkcje łączenia danych z FWD i Profilografu są funkcjami nie występującymi w tego typu produktach** i nie ma żadnego racjonalnego uzasadnienia dla żądania ich Zamawiającego.

Podstawowym zarzutem Wykonawcy jest zarzut sformułowania w treści wyjaśnień, wymogów przedmiotu zamówienia jednoznacznie wskazujących na jeden produkt Road

Doctor firmy Roadscanners, gdyż **funkcje łączenia danych z FWD i Profilografu posiada wyłącznie ten program**, biorąc pod uwagę wszystkie programy dostępne na rynku światowym. „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.” (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 maja 2008 r., IO/UZP 407/08, LEX nr 428325). Zwłaszcza w kwestii udzielenia zamówienia na oprogramowanie komputerowe wielokrotnie wypowiadała się nie tylko Krajowa Izba Arbitrów czy Sąd Najwyższy ale również ETS, który np. „w sprawie oprogramowania komputerowego czy sprzętu komputerowego zakazał takiego określania warunków przedmiotowych, które ograniczałyby uczciwą konkurencję do jednego producenta. (...) (tenże wyrok KIO z dnia 16 maja 2008 r., IO/UZP 407/08, LEX nr 428325).

Z opisu przedmiotu zamówienia nie może bowiem wynikać wskazanie konkretnego producenta i jedynie iluzoryczne dopuszczenie rozwiązań równoważnych. Należy wskazać, że w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia Zamawiający dopuszcza oferowanie materiałów lub rozwiązań równoważnych pod warunkiem, że zapewnią one uzyskanie parametrów technicznych nie gorszych od założonych w dokumentach „Nie jest wystarczające dla dokonania prawidłowego opisu przedmiotu zamówienia jedynie wskazanie, iż [Zamawiający] dopuszcza, zastąpienie wskazanych w dokumentacji projektowej urządzeń i elementów na materiały i urządzenia o porównywalnej jakości, o co najmniej równoważnych parametrach technicznych”. (Wyrok KIO z dnia 5 września 2008 r., Sygn. akt: KIO/UZP 867/08,). „Zamawiający powinien skutecznie udowodnić, że więcej niż jeden produkt spełnia parametry graniczne wyznaczone w specyfikacji. W przeciwnym wypadku fakt eliminacji technologii stosowanych przez innych producentów stanowi o naruszeniu art. 29 ust. 2 ustawy Pzp.”. (Wyrok KIO z dnia 1 października 2008 r., Sygn. akt: KIO/UZP 984/08).

W cytowanym wyroku Krajowa Izba Arbitrów rozpatrywała odwołanie w sprawie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w którym Zamawiający w taki sposób sformułował opis przedmiotu zamówienia, iż wskazywał on w sposób pośredni na konkretny produkt i wykonawcy oferujący inne rozwiązania nie mieli możliwości wykazania ich równoważności, gdyż inne od wskazanych przez Zamawiającego w opisie charakterystyki systemy nie potwierdzały spełniania warunków przedmiotowych.

W przedmiotowym przetargu działanie Zamawiającego jest identyczne, gdyż żadne inne oprogramowanie poza Road Doctor firmy Roadscanners nie posiada funkcji łączenia danych z FWD i Profilografu. Taki opis przedmiotu zamówienia pozostaje w sprzeczności z art. 29 ust. 1-3 ustawy w związku z art. 7 ust. 1 ustawy i skutkuje koniecznością unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy." (por. wyrok KIO z dnia 9 kwietnia 2008, IOAJZP 270/08, LEX nr 395875).

W tym konkretnym przypadku firma TOROPOL Sp. z o.o. z Warszawy, która prawdopodobnie złożyła owe sugerujące zapytanie jest wyłącznym przedstawicielem Roadscanners w stosunku do odbiorcy Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad i tylko ona może zaoferować program Road Doctor. „Utrudnieniem uczciwej konkurencji lub możliwością takiego utrudnienia jest opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który eliminuje z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego niemal wszystkich potencjalnych producentów." (wyrok KIO z dnia 20 marca 2009 r., KIO/UZP 285/09; KIO/UZP 300/09; KIO/UZP 303/09, LEX nr 494475). **Zamawiający poprzez taki opis przedmiotu zamówienia eliminuje nie tylko wszystkich innych dostawców, eliminuje również wszystkich innych producentów oprogramowania poza Roadscanners.** Takie działanie narusza naruszający art. 7 ust. 1 ustawy i art. 29 ust. 1-3 Prawa zamówień publicznych, co powoduje obarczenie postępowania wadą prawną w rozumieniu art. 92 ust. 1 pkt 7 Prawa zamówień publicznych. Dodatkowo biorąc pod uwagę, że taki opis przedmiotu zamówienia pojawił się dopiero w wyjaśnieniach, w odpowiedzi na sugerujące zapytanie TOROPOL Sp. z o.o., stwarza to domniemanie istnienia porozumienia określonego w art. 6 ust.1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Działanie Zamawiającego narusza również art. 38 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem w SIWZ zostały określone w sposób wyczerpujący parametry oprogramowania. Już z tego powodu Zamawiający nie może dokonując wyjaśnień, zmieniać opisu przedmiotu zamówienia. Co więcej w wyjaśnieniach z dnia 17 listopada 2009 r., w kwestionowanej przez Protestującego odpowiedzi na pytanie nr 6 Zamawiający nie dokonał formalnej zmiany Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, tak jak to uczynił np. w pytaniu nr 13, uzupełniając opis przedmiotu zamówienia, **co stanowi swoiste obejście prawa.** Należy też wskazać, że już z punktu widzenia proceduralnego sama taka zmiana treści SIWZ w opisie przedmiotu zamówienia jest niedopuszczalna. „Zmiana treści specyfikacji jest reglamentowana przez odpowiednie przepisy P.z.p. i dopuszczalna jest wyłącznie w przypadkach i na zasadach

ustalonych w ustawie." (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 lutego 2009 r., KIO/UZP 82/09; KIOAJZP 85/09, LEX nr 487634). „Ustawa nie definiuje pojęcia „szczególnie uzasadnione przypadki", pozostawiając to praktyce, piśmiennictwu, a przede wszystkim orzecznictwu arbitrażowemu (obecnie orzecznictwu Izby) oraz sądów powszechnych, przy wykorzystaniu bogatego dorobku orzecznictwa ETS, (...). Należy zatem przyjąć, że owe szczególnie uzasadnione przypadki oznaczają wynikające z nich względy natury ekonomicznej (gospodarcze, finansowe, rynkowe)." (Komentarz do prawa zamówień publicznych, Jerzy Baehr, Tomasz Czajkowski, Włodzimierz Dzierżanowski, Tomasz Kwieciński, Waldemar Łysakowski, Urząd Zamówień Publicznych, Wydanie III, Warszawa 2007 r.). W tym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego takich przesłanek do zmiany przez Zamawiającego treści SIWZ nie było.

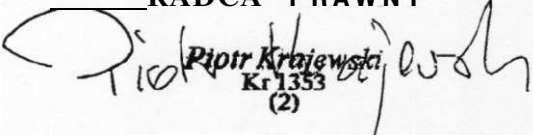
Protestujący w przypadku nieuwzględnienia protestu i nie dostosowania wyjaśnień do obowiązujących przepisów prawa, zamierza nie tylko wykorzystać przysługujące mu środki odwoławcze w ramach ochrony prawnej na gruncie zamówień publicznych. Z uwagi na fakt, iż w ocenie Protestującego naruszenie procedury zamówień publicznych przez Zamawiającego ma wpływ na wynik postępowania, Wykonawca wystąpi z wnioskiem do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych **o wszczęcie kontroli doraźnej w trybie art. 165 Prawa Zamówień Publicznych**. Dodatkowo Wykonawca zamierza interweniować w sprawie niniejszych praktyk i złożyć zawiadomienie do Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów wraz z wnioskiem o wszczęcie postępowania w sprawie praktyk ograniczających konkurencję.

Biorąc pod uwagę wyżej wymienione okoliczności, uważamy, że interes prawny Protestującego doznał uszczerbku i wnoszę o uwzględnienie protestu w całości.

W związku z faktem, że informację stanowiącą podstawę do wniesienia protestu Protestujący otrzymał w dniu 17 listopada 2009 r., niniejszy protest został złożony w terminie.

Załącznik:

> pełnomocnictwo

RADCA PRAWNY

Piotr Krzywicki
Kr1353
(2)

Radców Prawnych > Spółka Cywilna
al. Pokoju 1A/1, 31-548 Kraków, Skr. Pocz. 35
tel./fax 0-(prefix)-12 24 83, 414 12 93
tel. 0-(prefix)-12 24 24 81, 294 25 80
PLUS GSM 0-605 614 012 0-632-610 823, 0-601-657 784
NIP: 679-261 241 472 KRS 0000157171135

Pełnomocnictwo

My, niżej podpisani, Lilianna Cianciara i Aleksander Cianciara, wspólnicy SejsCom s.c. z siedzibą w Krakowie przy ul. Sapiechy 19, niniejszym upoważniamy:

radcę prawnego Piotra Krajewskiego

oraz

radcę prawnego Krzysztofa Stefańskiego

każdego z osobna, wspólników w kancelarii Krajewski i Partnerzy Kancelaria Radców Prawnych Spółka Cywilna w Krakowie przy AL Pokoju 1A/1 do reprezentowania nas we wszystkich sprawach związanych z naszym uczestnictwem w przetargu ogłoszonym w dniu 29 października 2009 roku na „Dostawę sprzętu dla Laboratoriów Drogowych GDDKiA”, nr przetargu GDDKiA O/WR 100/PN/D/R-2/2009, w tym przed sądami powszechnymi wszystkich instancji, Sądem Najwyższym, sądami administracyjnymi, Naczelnym Sądem Administracyjnym, sądami arbitrażowymi, Krajowej Izbie Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych, organami administracji publicznej oraz do udzielania dalszych pełnomocnictw.

./f^K'Z\$(i&~---

Lilianna Cianciara

**<v;"!<...r.....*

Aleksander Cianciara

