

Sygn. akt: KIO 1582/16

WYROK
z dnia 7 września 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa
Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 września 2016 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 sierpnia 2016 r. przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia **PWH WIP – M. S.-G., ul. Reymonta 23, 44-200 Rybnik** w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Leszno, Urząd Miasta Leszna, ul. Kazimierza Karasia 15, 64-100 Leszno**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu; unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz dokonanie ponownego badania i oceny oferty odwołującego
2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Miasto Leszno, Urząd Miasta Leszna, ul. Kazimierza Karasia 15, 64-100 Leszno** i zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 7 500,00 zł (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego, tytułem wpisu od odwołania,
- 3.2. zasądza od zamawiającego na rzecz wykonawcy **PWH WIP – M. S.-G., ul. Reymonta 23, 44-200 Rybnik** kwotę **9 738,00 zł 00 gr** (słownie: dziewięć tysięcy siedemset trzydzieści osiem złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz jego dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015, poz. 2164) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Poznaniu

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 1582/16

UZASADNIENIE

Miasto Leszno, Urząd Miasta Leszno, ul. Kazimierza Karasia 15, 64-100 Leszno, dalej zwany także „Zamawiającym” prowadzi postępowanie o wartości poniżej progów unijnych, w trybie przetargu nieograniczonego pn. *Dostawa sprzętu komputerowego wraz z oprogramowaniem do Urzędu Miasta Leszno, znak sprawy OR-I.271,02.2016.*

W dniu 18 sierpnia 2016 roku Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty, za którą została uznana oferta złożona przez wykonawcę Login Computer B. H., ul. Leszczyńskich 27, 64-100 Leszno, Który to wykonawca zgłosił przestąpienie do postępowania odwoławczego.

Od takiej czynności Zamawiającego wykonawca PWH WIP – M. S.-G., ul. Reymonta 23, 44-200 Rybnik, dalej zwany także „Odwołującym” wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

We wniesionym odwołaniu zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 7 ust. 1 ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, poprzez odrzucenie oferty Odwołującej z powodu zaferowania oprogramowania Open Office PI Standard 2015 zamiast oprogramowania Ms Office 2013 lub nowszego, mimo że treść oferty Odwołującej odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, ponieważ Zamawiający dopuścił w specyfikacji zaferowanie oprogramowania równoważnego.

Podnosząc powyższy zarzut wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującej i wyboru jako najkorzystniejszej i powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

Na wstępie Odwołujący wskazał iż przedmiotowe postępowanie zostało podzielone na dwie, Odwołujący złożył ofertę na część I i od wyboru najkorzystniejszej oferty w tej części wnosi odwołanie. Zgodnie z załącznikiem nr 8a do SIWZ w skład tej części zamówienia wchodziła dostawa 25 zestawów komputerowych wraz z oprogramowaniem Ms Office 2013 lub nowszym, zawierającym min. edytor tekstu, arkusz kalkulacyjny w wersji dla MS Windows, licencję bezterminową (pkt 1.9 załącznika), oraz dostawę 5 sztuk laptopów wraz z oprogramowaniem Ms Office 2013 lub nowszym, zawierającym min. edytor tekstu, arkusz kalkulacyjny w wersji dla MS Windows, licencję bezterminową (pkt 3.15 załącznika).

Następnie Odwołujący podkreślił iż w punkcie 5 w rozdziale 3 SIWZ, Zamawiający dopuścił możliwość zaferowania w ofercie sprzętu lub oprogramowania równoważnego pod warunkiem, iż oferowany sprzęt lub oprogramowanie będzie o takich samych lub lepszych parametrach technicznych, jakościowych, funkcjonalnych oraz użytkowych. W takim

przypadku, Wykonawca zobowiązany był przedstawić wraz z ofertą jego szczegółową specyfikację, z której w sposób nie budzący żadnej wątpliwości Zamawiającego winno wynikać, iż zaoferowany sprzęt lub oprogramowanie jest o takich samych lub lepszych parametrach technicznych, jakościowych, funkcjonalnych oraz użytkowych w odniesieniu do sprzętu określonego przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia. Wskazane postanowienie SIWZ nie było przedmiotem wyjaśnień Zamawiającego przed upływem terminu składania ofert.

Podniósł, że Zamawiający w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty wskazał jako podstawę odrzucenia jego oferty to, że oferta złożona przez Odwołującą jest niezgodna z wymaganiami zawartymi w SIWZ, gdyż:

„Wymagano: w pozycji 1.9 - MS Office 2013 lub nowszy, zawierający min. edytor tekstu, arkusz kalkulacyjny w wersji dla MS Windows, licencja bezterminowa.

Zaoferowano: Open Office Pi Standard 2015

Wymagano: w pozycji 3.15 - MS Office 2013 lub nowszy, zawierający min. edytor tekstu, arkusz kalkulacyjny w wersji dla MS Windows, licencja bezterminowa.

Zaoferowano: Open Office PI Standard 2015”.

Stwierdził, że Odwołujący rzeczywiście zaoferował we wskazanych przez Zamawiającego pozycjach oprogramowanie Open Office PI Standard 2015. Jednakże zaoferowane oprogramowanie jest równoważne oprogramowaniu MS Office 2013 w zakresie określonym przez Zamawiającego, a postanowienia SIWZ jednoznacznie dopuszczały zaoferowanie oprogramowania równoważnego (pkt 5 w rozdziale 3 SIWZ). Dlatego też, odrzucenie oferty Odwołującej na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp było nieuzasadnione. Treść SIWZ co do możliwości oferowania równoważnego oprogramowania i sprzętu była bowiem jednoznaczna. Zamawiający w sposób nie budzący wątpliwości dopuścił w punkcie 5 w rozdziale 3 SIWZ zaoferowanie sprzętu lub oprogramowania równoważnego w stosunku do sprzętu lub oprogramowania określonego przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia.

Podkreślił, że powyższe postanowienie znajduje się w ogólnej części SIWZ, która ma nadrzędny charakter wobec załączników do SIWZ. Postanowienie pkt 5 w rozdziale 3 SIWZ ma zatem zastosowanie do wszystkich pozycji opisu przedmiotu zamówienia w załączniku nr 8a do SIWZ, w tym do spornych pozycji 1.9 i 3.15. Jeżeli zamiarem Zamawiającego było wyłączenie zastosowania powyższego postanowienia do niektórych pozycji opisu przedmiotu zamówienia, a tym samym wykluczenie możliwości zaoferowania dla tych pozycji sprzętu lub oprogramowania równoważnego, Zamawiający powinien był wyraźnie zaznaczyć to w pozycjach, gdzie posłużył się nazwami własnymi. W spornych pozycjach 1.9 i 3.15 brak takiego zastrzeżenia, tym samym Odwołujący był uprawniony do zaoferowania

oprogramowania równoważnego. Podniósł także iż z treści pisma Zamawiającego z 18 sierpnia 2016 r. wynika, iż wyłączną przyczyną odrzucenia oferty Odwołującej jest stanowisko Zamawiającego, że w spornych pozycjach przedmiotu zamówienia Odwołujący nie mógł zaoferować oprogramowania równoważnego. Zamawiający nie kwestionuje natomiast, że zaoferowane oprogramowanie Open Office PI Standard 2015 jest równoważne w stosunku do oprogramowania MS Office 2013.

Podkreślić należy, że uzasadnienie faktyczne zawiadomienia o odrzuceniu oferty powinno wyczerpująco wskazywać przyczyny decyzji zamawiającego, tak aby wykonawca mógł się ustosunkować w odwołaniu do twierdzeń zamawiającego. Nie wypełnia dyspozycji przepisu art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie ze względu na niezasadność podniesionego zarzutu. Podkreślił, iż Odwołujący podnosi, że zaoferowane oprogramowanie było równoważne do opisanego przez Zamawiającego w Specyfikacji, a Zamawiający dopuścił możliwość przedstawienia w ofercie sprzętu lub oprogramowania równoważnego. Ze stwierdzeniem tym, zdaniem Zamawiającego nie sposób się zgodzić, gdyż z treści specyfikacji technicznej przedmiotu zamówienia jednoznacznie wynika nie tylko jakie oprogramowania komputerowe objęte są przez Zamawiającego zamówieniem, ale także co do których dopuszczone zostały rozwiązania równoważne.

W punkcie 5 w rozdziale 3 SIWZ Zamawiający dopuszczał możliwość przedstawienia w ofercie sprzętu lub oprogramowania równoważnego pod warunkiem, iż oferowany sprzęt lub oprogramowanie będzie o takich samych lub lepszych parametrach technicznych, jakościowych, funkcjonalnych oraz użytkowych, jednocześnie w załączniku nr 8a do SIWZ - Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, Zamawiający jednoznacznie wskazał pozycje, co do których dopuszcza lub nie dopuszcza zaoferowania oprogramowania równoważnego.

W „Szczegółowym opisie technicznym przedmiotu zamówienia dla Części 1 zostały wskazane nazwy handlowe dla części produktów. Dotyczy to systemu operacyjnego oraz oprogramowania biurowego w pozycjach:

- „ 1. Zestaw komputerowy - 25 sztuk ” *Windows 10 Professional PL z możliwością downgrade- u do systemu Windows 8.1 Professional PL oraz **Ms Office 2013 lub nowszy, zawierający min. edytor tekstu, arkusz kalkulacyjny w wersji dla MS Windows, licencja bezterminowa** (pkt 8 i 9),*
- „3. Laptop - 5 sztuk ” *Windows 10 Professional PL z możliwością downgrade-u do systemu Windows 8.1 Professional PL oraz **Ms Office 2013 lub nowszy, zawierający min. edytor tekstu, arkusz kalkulacyjny w wersji dla MS Windows, licencja bezterminowa** (pkt 14 i 15),*

- „ 9. Tablet -1 szt. ” Windows 10 PRO 64-bit oraz Ms Office 2013 lub nowszy, zawierający min. edytor tekstu, arkusz kalkulacyjny w wersji dla MS Windows, licencja bezterminowa (pkt 8 i 9),

a także oprogramowania wskazanego w pozycji 12:

- „ 12. Microsoft SQL Server 2014 Standard Edtn MOLP GOV- 1 szt. ” (pkt 3),
- „ 12. Microsoft SQL CAL 2014 Device MOLP GOV- 20 szt. ” (pkt 4),
- „12. Microsoft Windows Server Standard 2012 R2 2Proc MOLP GOV- 3 szt. ”(pkt 5),
- „ 12. Windows 2012 CAL - 20 szt. ” (pkt 6).

Zamawiający odnosząc się do powyższego wykazu stwierdził iż zastosowanie rozwiązań równoważnych dopuszczone zostało tylko w pozycji 12 dla oprogramowania graficznego Corel Draw Graphic (pkt 1) oraz projektanckiego AutoCad LT (pkt 2). Wskazał, że zgodnie z art. 29. ust. 3 ustawy Pzp: *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"*. Sama ustawa nakazuje, że w przypadku zastosowania nazw handlowych w opisie przedmiotu zamówienia koniecznym jest dopisanie przy nazwie handlowej sformułowania "lub równoważny" co Zamawiający dokładnie uczynił w oprogramowaniu gdzie dopuścił rozwiązania równoważne.

Zamawiający dla systemu operacyjnego oraz oprogramowania biurowego nie dopuścił rozwiązań równoważnych, gdyż w Urzędzie Miasta Leszna funkcjonuje środowisko Active Directory dla systemów Windows. Wszystkie stacje robocze podłączone są do domeny Windows i korzystają z usług udostępnionych poprzez Active Directory. W związku z tym, aby zachować pełną funkcjonalność systemu operacyjnego, koniecznym jest, aby był to produkt firmy Microsoft - Windows 10 w wersji Professional. Powyższej zgodności nie uzyska się stosując produkty innych producentów, gdyż nie są one w pełni równoważne. Ponadto ze względu na rozwiązania sprzętowo programowe zastosowane w Urzędzie Miasta Leszna wymagane jest dostarczenie pakietu biurowego Ms Office w wersji 2013 lub nowszej.

Dodał, że komputery, laptopy i tablet, które zostaną zakupione w niniejszym przetargu, przeznaczone są dla pracowników, którzy obecnie pracują na oprogramowaniu biurowym firmy Microsoft, posiadają zasoby plikowe utworzone w powyższym pakiecie i korzystają ze specyficznych funkcji tego oprogramowania, m.in. tworzenie i wymiana szablonów w ramach MS Word i MS Excel, praca na dokumentach zawierających makra, pracownicy korzystają z określonych i ustalonych standardów takich jak czcionki, kliparty, format dokumentów itp.

Nadto dodał, że informacja o powyższym stanie faktycznym, wskazującym na konieczność zaoferowania takich, a nie innych funkcjonalności, z powodu takich a nie innych okoliczności znalazła się w notatce służbowej - *uzasadnienie zastosowanych rozwiązań w opisie przedmiotu zamówienia*, z dnia 15 lipca 2016 r. Notatka była jawna i ogólnie dostępna wszystkim Wykonawcom i stanowiła załącznik do protokołu z przedmiotowego postępowania. Wszyscy Wykonawcy biorący udział w postępowaniu mogli z treścią notatki się zapoznać i dysponować jednoznaczną wiedzą jakie oprogramowanie należy zaoferować Zamawiającemu.

Natomiast Odwołujący w pozycji 1 pkt 9 oraz w pozycji 3 pkt 15 zaoferował oprogramowanie Open Office PI Standard 2015. Wynika z tego, że na każdą pozycję Odwołujący złożył ofertę odbiegającą od wymagań Zamawiającego. Podkreślił iż zaoferowany przez Odwołującego pakiet Open OfficePL Standard 2015 BOX nie jest kompatybilny z produktami Ms Office 2013 lub nowszymi, co wprost wynika z dostarczonej wraz z ofertą karty. Ze strony producenta oprogramowania Open OfficePL, z opisu zaoferowanego przez Odwołującego produktu wynika, że Open OfficePL Standard 2015 BOX umożliwia odczyt/zapis dokumentów w formacie MS Office 97/2000/XP/2003/2007/2010 **brak jest informacji** o zgodności oprogramowania z wersjami Ms Office 2013 i nowszymi.

Podkreślił także, że do pełnej funkcjonalności pakiet OpenOfficePL wymaga oprogramowania firmy trzeciej - środowiska Java, który wymaga osobnej instalacji, a ze względu na problemy związane z bezpieczeństwem środowiska Java, w Urzędzie Miasta Leszna instalacja powyższego została sprowadzona do absolutnego minimum. Luki bezpieczeństwa w oprogramowaniu Java mogą narazić komputery na infekcję wirusami, oprogramowaniem typu malware lub atakami z zewnątrz.

Reasumując swoje stanowisko stwierdził iż określenie przedmiotu postępowania o udzielenie zamówienia jest zawsze decyzją własną Zamawiającego. To bowiem Zamawiający decyduje o tym, co ma być przedmiotem określonego zamówienia (vide wyrok Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 09.11.2005 r. sygn. akt II Ca 587/05). Zamawiający ma prawo do takiego sformułowania wymagań, aby mógł wybrać ofertę najlepiej odpowiadającą jego potrzebom. Postawienie przez Zamawiającego wymagań co do oprogramowania, które są możliwe do spełnienia, nie prowadzi do naruszenia zasad uczciwej konkurencji.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z tego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania przedstawione na piśmie i do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy Izba uznała iż zarzut niezasadnego odrzucenia oferty odwołującego z postępowania potwierdził się i wobec tego odwołanie zostało uwzględnione.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Jednocześnie Izba stwierdziła, że wypełniona została przez Odwołującego materialno-prawna przesłanka posiadania interesu w uzyskaniu zamówienia, określona w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Na wstępie odniesienia Izby wymaga kwestia oceny prawidłowości zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego. Przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu Login Computer B. H., ul. Leszczyńskich 27, 64-100 Leszno, wykonawca ten pomimo prawidłowego poinformowania o terminie posiedzenia przed KIO nie stawiał się. Po analizie spełniania warunków formalnych zgłoszenia przystąpienia o których mowa a przepisie art. 185 ust.2 Pzp Izba stwierdziła iż wykonawca ten o wniesieniu odwołania został poinformowany przez Zamawiającego w dniu 24 sierpnia 2016 roku. Natomiast do Prezesa KIO zgłoszenie przystąpienia do postępowania wpłynęło dopiero w dniu 29 sierpnia, a więc z uchybieniem ustawowego terminu wskazanego w ww. przepisie. Wobec tego Izba stwierdziła nieskuteczność przystąpienia wykonawcy Login Computer B. H. do przedmiotowego postępowania odwoławczego.

Stan faktyczny sprawy był pomiędzy stronami niesporny i w związku z tym brak było potrzeby prowadzenia w tym zakresie przez Izbę dalszych ustaleń.

Osią sporu pomiędzy stronami jest kwestia czy postanowienie pkt 5 rozdziału 3 SIWZ ma zastosowanie do wszystkich pozycji wskazanych w Szczegółowym opisie technicznym przedmiotu zamówienia, a także czy Zamawiający mógł wybiórczo wskazywać iż możliwość zaoferowania rozwiązania równoważnego była możliwa tylko w pewnym zakresie, czy też winna dotyczyć tych wszystkich pozycji, które zostały opisane przy pomocy znaków towarowych czy też wskazania pochodzenia produktów.

Na wstępie wskazać należy iż zgodnie z art. 29 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych 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”. Z kolei art. 30 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazuje, że opisując przedmiot zamówienia za pomocą norm, aprobat, specyfikacji technicznych i systemów odniesienia, o których mowa w ust. 1-3 art. 30, zamawiający jest obowiązany wskazać, że dopuszcza

rozwiązania równoważne opisywanym. Art. 29 ust. 3 ustawy Pzp, który dopuszcza opisanie przedmiotu zamówienia przez wskazanie znaków towarowych, patentów i pochodzenia ma charakter przepisu *lex specialis* i może być stosowany tylko w wyjątkowych sytuacjach i to pod warunkiem, a opisowi towarzyszą wyrazy „lub równoważne”, co powoduje, że konkretnie wskazane produkty mają charakter przykładowy. Zakaz opisu przedmiotu zamówienia za pomocą patentów, wzorów użytkowych czy pochodzenia nie jest zakazem bezwzględnym i może zostać wyeliminowany w sytuacji, gdy specyfika przedmiotu zamówienia uniemożliwia jednoznaczny i dokładny opis w inny sposób, a zamawiający dopuścił rozwiązania równoważne.

Istotne jest to, że w sytuacji, gdy zamawiający dokonuje opisu przedmiotu zamówienia, korzystając z dyspozycji art. 29 ust. 3 ustawy Pzp, winien sprecyzować zakres minimalnych parametrów równoważności produktów, w oparciu o które dokona oceny spełnienia wymagań określonych w SIWZ. Zgodnie z ugruntowanym orzecnictwem oraz stanowiskiem doktryny, wymogi co do równoważności produktów winny być podane w sposób dokładny, przejrzysty i jasny tak (tak jak wymóg w ust.1 art. 29 Pzp), aby z jednej strony zamawiający, dokonując oceny ofert, mógł w sposób jednoznaczny przesądzić kwestię równoważności zaproponowanych produktów, z drugiej zaś strony aby wykonawcy, przystępujący do udziału mieli pewność co do oczekiwań zamawiającego w zakresie właściwości i istotnych cech charakteryzujących przedmiot zamówienia. Odnosząc się do powyższego podkreślić należy, że obowiązkiem zamawiającego jest opisanie zakresu parametrów równoważności „od – do”, a obowiązkiem wykonawcy jest wykazanie, że zaoferowane rozwiązania równoważne zawierają się w zakresie wskazanych przez zamawiającego parametrach równoważności.

Zamawiający nie ma dowolności w ustalaniu postanowień SIWZ w celu realizacji swoich potrzeb w trybie zamówień publicznych. Zapisy SIWZ winny być precyzyjne jasne i zrozumiałe dla potencjalnych wykonawców danej branży, nie powinny sugerować wskazania na konkretnego producenta, ale winny opisywać w sposób obiektywny przedmiot zamówienia którego realizacji oczekuje Zamawiający. Ten wymóg ma także zastosowanie do rozwiązań równoważnych.

Niewątpliwym w tym postępowaniu jest fakt iż Zamawiający opisując wymagania co do oprogramowania biurowego wskazał iż ma to być program *MS Office 2013 lub nowszy, zawierający min. edytor tekstu, arkusz kalkulacyjny w wersji dla MS Windows, licencja bezterminowa*. Poza sporem także jest fakt iż Zamawiający w pkt 5 rozdziału 3 SIWZ dopuścił *możliwość przedstawienia w ofercie sprzętu lub oprogramowania równoważnego pod warunkiem, iż oferowany sprzęt lub oprogramowanie będzie o takich samych lub lepszych parametrach technicznych, jakościowych, funkcjonalnych oraz użytkowych*. Jednocześnie nie zostało podane do jakiego zakresu opisanych w SIWZ programów np.

biurowych ww postanowienie ma zastosowanie. Odnosząc to postanowienie do wymagań art. 29 ust.3 stwierdzić należy iż przepis ustawy nie daje Zamawiającemu prawa wyboru, kiedy można dopuścić rozwiązania równoważne. Z treści tego przepisu jednoznacznie wynika iż dopuszczenie rozwiązań równoważnych musi mieć miejsce zawsze, kiedy Zamawiający opisuje przedmiot zamówienia niezgodnie z wymogiem ust 2 art. 29 i winno to nastąpić wg reguł wskazanych w ust. 3 tegoż artykułu. Dlatego też wywodzenie prawa do swobodnego wskazywania przez Zamawiającego dla którego programu możliwe jest zastosowanie oprogramowania równoważnego i dla którego nie jest zupełnie bezpodstawne. Zamawiający, dopuszczając składanie ofert równoważnych, powołał w SIWZ jedynie ogólną definicję „oferty równoważnej” nie określając jednocześnie, minimalnych wymogów technicznych co do zaoferowanych produktów i nie podając istotnych dla niego parametrów, które będzie brał pod uwagę, oceniając równoważność produktów. W powszechnie przyjętym orzecznictwie produkt równoważny to taki, który jest produktem posiadającym zbliżone parametry i funkcjonalność do produktu wskazanego. Nie musi natomiast być z nim identyczny, gdyż w praktyce powodowałoby to, iż pojęcie równoważności byłoby abstrakcyjne.

Zamawiający na rozprawie wskazywał, iż treść SIWZ powinna być jasna dla Odwołującego, gdyż nie składał wniosków o wyjaśnienie jego treści. W tym zakresie wskazać należy na kwestie, iż postanowieniem pkt 5 rozdziału 3 SIWZ Zamawiający dopuścił rozwiązania równoważne, bez dookreślenia jakichkolwiek ograniczeń w tym zakresie. Ponadto w załączniku 8a do SIWZ pkt 8-10 wskazał iż przy oprogramowaniu biurowym wymaga pakietu MS Office pakietu 2013, bez dalszego dookreślenia iż w tym zakresie nie jest możliwe zaoferowanie rozwiązania równoważnego. Dlatego też trudno w tej sytuacji winić Odwołującego iż nie kwestionował treści postanowień w sytuacji kiedy ich literalna treść była jednoznaczna.

Ponadto Zamawiający podnosił iż u Zamawiającego była dostępna notatka służbowa pn. *uzasadnienie zastosowanych rozwiązań w opisie przedmiotu zamówienia*, gdzie Zamawiający podał iż w zakresie oprogramowania biurowego wymienionego w poz 1;3 i 9, niezbędne jest zaoferowanie tylko oprogramowania Ms Office, gdyż *oczekiwane jest wymaganie dostarczenia pakietu biurowego Ms Office w wersji 2013 lub nowszej. Spowodowane jest to tym, iż część funkcjonalności oferowana jest tylko przez pakiet firmy Microsoft, a nadto komputery, laptopy i tablet, które zostaną zakupione w niniejszym przetargu, przeznaczone są dla pracowników, którzy obecnie pracują na oprogramowaniu biurowym firmy Microsoft, posiadają zasoby plikowe utworzone w powyższym pakiecie.* Argumentacja ta zdaniem Izby wskazuje bardziej na potrzebę zachowania przyzwyczajenia personelu do danego oprogramowania niż konieczność stosowania zasad ustawy Pzp. Odnosząc się do przywołanej Notatki która wg. Oświadczenia Zamawiającego miała być

dostępna dla wszystkich uczestników postępowania, gdyż stanowi załącznik do protokołu postępowania, stwierdzić należy iż argumentacja ta nie zasługuje na aprobatę. Nadmienić należy iż zgodnie z przepisem art. 96 ust.3 Pzp *Załączniki do protokołu udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania*. Dlatego też twierdzenie iż była powszechnie dostępna na etapie składania ofert nie znajduje w prezentowanej sytuacji uzasadnienia.

Izba odnosząc się do powyższego stwierdza iż notatka ta dla wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia nie może mieć żadnego znaczenia prawnego. Wynika to z faktu iż ofertę sporządza się w oparciu o treść postanowień SIWZ. Przedmiotowa notatka nie jest załącznikiem do SIWZ, nie jest elementem wyjaśnień treści SIWZ, nie została także podpisana przez kierownika Zamawiającego lecz przez Kierownika referatu ds. informatyzacji, osoby niedecyzyjnej co do procedury udzielania zamówień publicznych. Tym samym wywodzenie z tej notatki jakichkolwiek obowiązków wykonawców narusza zasady udzielania zamówień publicznych przez Zamawiającego.

Oceniając dokonany opis wymagań Zamawiającego w zakresie oczekiwanego oprogramowania stwierdzić należy iż niewątpliwym jest, że Zamawiający w takim stopniu przywiązał się do oprogramowania *Ms Office* i nie dopuszczał możliwości zaoferowania innego oprogramowania, że zupełnie zaniedbał opis cech samego oprogramowania, pomimo tego, że musiał dopuścić oprogramowanie równoważne do wszystkich programów opisanych w trybie art. 29 ust 3 Pzp i w związku z tym konieczne było wskazanie cech i parametrów oprogramowania równoważnego.

Zatem jeśli koncepcja budowy oprogramowania przygotowana przez danego wykonawcę była dla Zamawiającego niedogodna, ale nie wykazano, że jest niezgodna z wymogami SIWZ (zwłaszcza z braku sformułowania tych wymogów), to jest wyłączną winą i sprawą Zamawiającego. Przy braku jakiegokolwiek wymagania co do równoważności wskazanych w pkt 5 rozdziału 3 SIWZ w zakresie oprogramowania biurowego trudno bowiem wykazać, że oferta jest ze specyfikacją niezgodna, a tylko niezgodność ze specyfikacją jest podstawą do odrzucenia oferty(por wyrok KIO z dnia 29 kwietnia 2015 r. sygn. KIO 740/15).

Trudno również uznać za przekonujące stanowisko Zamawiającego jakoby w sposób jednoznaczny ustalił iż zaoferowany przez Odwołującego pakiet *Open OfficePL Standard 2015 BOX* nie jest kompatybilny z produktami *Ms Office 2013* lub nowszymi, w sytuacji kiedy tylko w oparciu o dane z kart produktu *OpenOfficePL Standard 2015 BOX*, wywiódł że brak jest informacji o zgodności oprogramowania z wersjami *Ms Office 2013* i nowszymi. Podobnie na rozprawie Zamawiający w nawiązaniu do pisma *OPENOFFICE SOFTWARE* z dnia 5 września 2016 roku przy pomocy którego Odwołujący wykazywał, iż *Oprogramowanie OpenOfficePL Standard 2015 jest równoważnym pakietem biurowym w stosunku do Microsoft Office 2016*, stwierdził iż opierając się na informacji ze strony internetowej *OPEN*

OFFICE ustalił, że oprogramowanie OPEN OFFICE, zapisuje poprawnie pliki MS OFFICE do wersji 2010, natomiast nie ma informacji co do nowszych wersji.

W tym zakresie Izba stwierdza iż, aby Zamawiający mógł odrzucić ofertę wykonawcy to winien w sposób jednoznaczny stwierdzić, że zaoferowane rozwiązanie jest niezgodne z treścią SIWZ. Tutaj Zamawiający takich ustaleń nie dokonał, gdyż nie mógł tego zrobić z powodu braku opisu zasad oceny spełniania wymagania równoważnego w SIWZ.

Nadto Izba uznaje naruszenie przez Zamawiającego zasad postępowania z powodu braku wezwania Odwołującego do wyjaśnienia treści rzekomej niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. Zgodnie z przeważającym stanowiskiem doktryny i orzecznictwa czynność odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp winno poprzedzić wezwanie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp.. Stanowią one oświadczenie wykonawcy, którym jest on związany na równi ze złożoną ofertą. Zamawiający jest zobligowany do prowadzenia postępowania z należytą starannością i dlatego nie może pozostawić żadnych elementów treści oferty do końca niewyjaśnionych. Zamawiający może dokonać odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy jedynie w sytuacji ustalenia w sposób nie budzący wątpliwości, że oferta wykonawcy nie zapewni realizacji zamierzonego i opisanego w SIWZ celu, a oferowane świadczenie nie odpowiada wyrażonym w treści SIWZ wymaganiom. To na zamawiającym, jako wywodzącym skutek prawny, w postaci odrzucenia oferty z twierdzenia o jej brakach, spoczywa ciężar dowodu zgodnie z art. 190 ust. 1 Pzp.

Obowiązek starannego działania w tym zakresie spoczywający na Zamawiającym wynika przede wszystkim z faktu, że zamawiający dokonując zamówienia wydatkuje na ten cel środki publiczne, dlatego też działania Zamawiającego w kwestii wyboru najkorzystniejszej oferty winny być podporządkowane właściwemu wydatkowania tych środków.

Stwierdzić nadto należy iż zakaz wyrażony w ust. 2 i nakaz z ust.3 art. 29 Pzp koreluje w sposób nierozdzielny z zasadami zawartymi w art. 7 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym zamawiający ma obowiązek przygotować i przeprowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Złamanie zakazu z art. 29 ust. 2 i 3 Pzp musi więc prowadzić jednocześnie do naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust.2 Pzp Izba może uwzględnić odwołanie tylko wtedy, kiedy stwierdzone naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy może mieć wpływ na wynik postępowania, co miało miejsca w przedmiotowym postępowaniu. Wpływ na wynik w świetle powyższego przepisu należy rozumieć, jako możliwość zmiany sytuacji w postępowaniu w sposób, który pozwoliłby Odwołującemu uzyskać zamówienie.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania i ustalenia, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 i 3 pkt 1 ustawy Pzp,

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

Przewodniczący: