

sygn. akt KIO 643/10

WYROK
z dnia 10 maja 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie: **Paweł Trojan**

protokolant: **Wioleta Paczkowska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **5 maja 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 14 kwietnia 2010r. przez wykonawcę **TOYA Systemy Komputerowe Spółka z o.o., ul. Narutowicza 26, 90-135 Łódź** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez zamawiającego **Ministerstwo Środowiska reprezentowane przez Biuro Dyrektora Generalnego, ul. Wawelska 52/54, 00-922 Warszawa**, którego przedmiotem jest zakup i dostawa 112 komputerów stacjonarnych oraz 112 monitorów TFT dla Ministerstwa Środowiska

przy udziale wykonawcy **FORMAT Sp. z o.o., ul. Jagiellońska 78, 03-301 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i znakuje Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, jak również nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty Odwołującego,

2. kosztami postępowania obciąża Ministerstwo Środowiska reprezentowane przez Biuro Dyrektora Generalnego, ul. Wawelska 52/54, 00-922 Warszawa i nakazuje:

1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **7500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **TOYA Systemy Komputerowe Spółka z o.o., ul. Narutowicza 26, 90-135 Łódź**

2) dokonać wpłaty kwoty 7500 zł 00 gr (słownie: tysięcy pięćset złotych zero groszy) przez **Ministerstwo Środowiska reprezentowane przez Biuro Dyrektora Generalnego, ul. Wawelska 52/54, 00-922 Warszawa** na rzecz **TOYA Systemy Komputerowe Spółka z o.o., ul. Narutowicza 26, 90-135 Łódź** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu.

UZASADNIENIE

Zamawiający – Ministerstwo Środowiska, ul. Wawelska 52/54, 00-922 Warszawa reprezentowane przez Biuro Dyrektora Generalnego prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Zakup i dostawa 112 komputerów stacjonarnych oraz 112 monitorów TFT dla Ministerstwa Środowiska”.

Szacunkowa wartość zamówienia jest mniejsza od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Przedmiotowe postępowanie zostało wszczęte przez Zamawiającego w dniu **24.02.2010 r.** poprzez zamieszczenie ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 24.02.2010 r. pod nr ogłoszenia 51960-2010.

W dniu **09.04.2010 r.** Zamawiający przekazał wykonawcom informację o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W uzasadnieniu Zamawiający wskazał, że oferta Odwołującego w załączniku nr 2a w pozycji 16 „Oprogramowanie biurowe” zawiera pakiet OpenOfficePL Professional 2009 OEM, który w świetle zdefiniowanych przez Zamawiającego w SIWZ kryteriów równoważności nie może zostać uznany za równoważny. Zamawiający podniósł, że w trakcie przygotowywania SIWZ określił istotne z punktu widzenia przyszłych użytkowników kryteria równoważności zaoferowanego oprogramowania biurowego, tj. „(...) równoważne, rozumiane jako właściwe pod względem funkcjonalnym oraz obsługi interfejsu użytkownika zamienniki”, zaś w oparciu o jego wiedzę oraz treść oferty Odwołującego, której integralną część stanowi załączone oświadczenie OpenOffice Software Spółka z o.o. oraz w oparciu o późniejsze wyjaśnienia Odwołującego z dnia 26.03.2010 r. Zamawiający uznaje, że nie zostały spełnione kryteria równoważności, zarówno w obszarze oferowanej funkcjonalności, jak i obsługi interfejsu użytkownika. Zdaniem Zamawiającego z załączonego do oferty Odwołującego oświadczenia może wynikać, że kilkadziesiąt procent dokumentów, jakie dziś znajdują się w infrastrukturze informatycznej Zamawiającego, będzie nieprawidłowo lub wadliwie odczytywanych przez zaoferowane oprogramowanie, a zdolność do prawidłowego odczytania (otwarcia) plików z danymi jest bezspornie podstawową funkcjonalnością oczekiwaną od każdego oprogramowania przeznaczonego do przetwarzania danych, a takim jest oprogramowanie biurowe. Jednocześnie Zamawiający oświadczył, że za niedostatecznie rekompensujące brak podstawowej funkcjonalności bezproblemowego otwarcia plików należy uznać zawarte w oświadczeniu zapewnienie o świadczonym przez producenta oprogramowania wsparciu technicznym w przypadku pojawienia się problemów, które zdaniem Zamawiającego jest bardzo prawdopodobne. Zdaniem Zamawiającego oferowane wsparcie techniczne nie wskazuje granicznego terminu,

w jakim problem zostanie rozwiązany, co więcej nie gwarantuje nawet jego rozwiązania. W oparciu o treść uzasadnienia wyroku Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO/UZP 1274/09) Zamawiający wskazał, iż oferta Odwołującego nie spełnia określone w ww. wyroku wymogu zachowania kompatybilności rozumianej jako „konieczność dokonania dodatkowych czynności”. Zamawiający wskazał ponadto, iż w jego jednostkach funkcjonuje Elektroniczny System Obiegu Dokumentów (ESOD), zaś w okresie ostatnich 6 miesięcy w tym systemie zarejestrowano ponad 30.000 pism wewnętrznych i wychodzących, z których zdecydowana większość to dokumenty wytworzone we wspomnianych w oświadczeniu formatach.

Na potwierdzenie zasadności swoich zastrzeżeń Zamawiający powołał się na pismo Urzędu Marszałkowskiego Województwa Śląskiego, zobligowanego wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO/UZP 1274/09) do przyjęcia oferty Odwołującego zawierającej oprogramowanie OpenOffice.

Zamawiający uznał również, iż proponowane przez Odwołującego funkcjonalności w zakresie pakietów bazodanowych Base i Kexi nie mogą być uznane za wystarczająca rekompensatę żądanych w SIWZ funkcji, gdyż takich Zamawiający nie wymagał. Wskazał, że gdyby jego intencją było pozyskanie również oprogramowania bazodanowego wskazałby inną wersję pakietu MS Office. Zamawiający ponadto zwrócił uwagę na fakt, iż oferowany pakiet OpenOffice nie posiada odpowiednika dla programu Business Contact Manager.

W dalszej części uzasadnienia Zamawiający wskazał, iż nie uznaje również równoważności obu programów w odniesieniu do interfejsu użytkownika, gdyż oprogramowanie OpenOfficePL oferuje interfejs użytkownika oparty o powstałą w latach 70-tych XX wieku koncepcję rozwijalnych menu i dostępnych w nim poleceń. Nowatorskim rozwiązaniem, które ułatwia użytkownikowi dostęp do funkcji przydatnych w określonym kontekście ich pracy, jest interfejs użytkownika oparty o „wstążki”, zaś proponowany program OpenOfficePL w zakresie obsługi interfejsu wprowadza całkowitą zmianę podejścia do jego realizacji. W odniesieniu do powyższego Zamawiający powołał się na publikacje na społecznościowych stronach internetowych twórców oprogramowania, z których wynika, że ich efekty prac nad programem zmierną w stronę interfejsu opartego o wstążkę. Tym samym Zamawiający wskazał, iż nie przez przypadek wskazał na wymóg równoważności interfejsu użytkownika z pakietem MS Office w wersji 2007, który jako pierwszy na świecie zaoferował interfejs użytkownika oparty o bardziej ergonomiczny model „wstążki” uznając jego wyższość nad dotychczasowymi rozwiązaniami. Zamawiający ponadto wskazał, iż kwestię oceny jakości technicznej oprogramowania odnosi również do normy ISO 9126, która definiuje m. in. różne podejścia do jakości: jakość wewnętrzną (istotną w procesie wytwarzania oprogramowania), jakość zewnętrzną oraz jakość użytkową. Zdaniem Zamawiającego większość tych modeli, w tym ten umocowany normą ISO, w zakresie jakości zewnętrznej, oparta została o ocenę następujących atrybutów oprogramowania:

funkcjonalność, niezawodność, użyteczność, efektywność, konserwowalność oraz przenośność. W tym zakresie Zamawiający uznał za istotne ze swojego punktu widzenia, zachowanie równowagi w zakresie funkcjonalności, która definiowana jest szczegółowo m. in. jako dostarczenie odpowiedniego zbioru funkcji, zgodność rozumiana jako zdolność wygenerowania właściwych wyników i zdolność współdziałania z innymi systemami. Tym samym Zamawiający wskazał, iż w kontekście tych powszechnie uznanych standardów jakości oprogramowania nie może uznać równowagi zaproponowanego oprogramowania. W uzasadnieniu zostało wskazane, że jakość użytkowa oprogramowania, określona przez Zamawiającego jako zgodność interfejsu użytkownika, oceniana jest zgodnie z powyższą normą na podstawie następujących atrybutów: efektywności, produktywności, satysfakcji i bezpieczeństwa, zaś przy uwzględnieniu przytoczonych powyżej argumentów Zamawiający uznał zaoferowane oprogramowanie jako niespełniające przynajmniej trzech pierwszych kryteriów.

W dniu **14.04.2010 r.** wykonawca TOYA Systemy komputerowe Spółka z o.o. wniósł do Prezesa KIO odwołanie wobec czynności odrzucenia jego oferty.

Odwołujący wskazał, iż Zamawiający niesłusznie odrzucił jego ofertę, dopuszczając się tym samym rażącego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, obligującego do odrzucenia oferty wyłącznie wówczas, jeśli jej treść nie odpowiada treści SIWZ, co w przedmiotowym przypadku, zdaniem Odwołującego, nie miało miejsca.

Ponadto wskazał, iż powodem odrzucenia oferty przez Zamawiającego było zaoferowanie pakietu biurowego OpenOfficePL 2009 Professional 2009 OEM w miejsce wskazanego w SIWZ pakietu biurowego Microsoft Office Small Business 2007 PL OEM.

W SIWZ Zamawiający w następujący sposób określił wymagany pakiet biurowy: „Microsoft Office Small Business 2007 PL OEM - instalacja, nośnik, licencja (lub równoważne, rozumiane jako właściwe pod względem funkcjonalnym oraz obsługi interfejsu użytkownika zamienniki)”.

Odwołujący nadmienił, iż w toku badania ofert Zamawiający zwrócił się do niego pismem z dnia 24.03.2010 prosząc o wyjaśnienie treści oferty w zakresie oferowanego pakietu biurowego. Na ww. zapytanie Odwołujący odpowiedział pismem z dnia 26.03.2010, przedstawiając swoje stanowisko.

Ponadto Odwołujący wskazał, iż do jego oferty załączone było oświadczenie producenta - firmy OpenOffice Software Sp. z o.o., przedstawiające stanowisko producenta w kwestii równoważności pakietów OpenOfficePL do produktów firmy Microsoft.

Odwołujący wskazał w uzasadnieniu, iż Zamawiający, rozstrzygając przedmiotowe postępowanie pismem z dnia 09.04.2010, dokonał odrzucenia jego oferty.

W jego ocenie, argumentacja przedstawiona przez Zamawiającego w uzasadnieniu odrzucenia oferty opiera się w całości na daleko idącej nadinterpretacji zapisów SIWZ, zaś wszystkie podnoszone w rozstrzygnięciu powody nie uznania pakietu OpenOfficePL za równoważny, nie mają odzwierciedlenia w zapisach SIWZ.

Odwołujący podniósł, iż Zamawiający zarzuca, iż skoro jedynie w „znakomitej większości” przypadków OpenOfficePL umożliwia bezbłędny i bezproblemowy odczyt oraz edycję plików zapisanych w określonych formatach, wówczas jest to niewystarczające dla uznania go za równoważny.

Tym samym Odwołujący zwrócił uwagę na fakt, iż Zamawiający nigdzie w SIWZ nie zawarł żadnego zapisu, iż za równoważny zostanie uznany taki pakiet, który zapewnia perfekcyjną kompatybilność w plikami utworzonymi w Microsoft Office w zakresie 100% możliwych do utworzenia plików. Zamawiający, definiując kryteria równoważności, w ogóle nie użył nawet słowa „kompatybilność”. Wobec powyższego Odwołujący uznał, iż brak jest podstaw do dokonania przez Zamawiającego oceny jego oferty z użyciem tego kryterium.

Odwołujący przedstawił stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w orzeczeniu KIO/UZP 1274/09 w uzasadnieniu którego, Izba stwierdziła, że: „Stwierdzić bowiem należy, iż pakiety biurowe (informatyczne) wyprodukowane przez różnych producentów nie mogą być identyczne, a jedynie kompatybilne, z uwzględnieniem różnic w obsłudze charakterystycznych dla danego producenta. Jak bowiem podniósł Odwołujący na rozprawie, czemu Zamawiający nie zaprzeczył, każdy producent w produkowanym przez siebie produkcie wprowadza pewne utrudnienia bądź ograniczenia w użyciu produktu konkurencyjnego producenta. Nie oznacza to jednak braku kompatybilności, a jedynie konieczność dokonania dodatkowych czynności”.

Odwołujący podniósł, iż Zamawiający wyolbrzymia problem twierdząc, że nawet kilkadziesiąt procent dokumentów w infrastrukturze informatycznej Zamawiającego może być nieprawidłowo lub wadliwie obsługiwanych przez pakiet OpenOfficePL. Odwołujący zwrócił w odniesieniu do powyższego uwagę na fakt, iż na rozprawie dotyczącej KIO/UZP 1274/09

miała miejsce prezentacja testów kompatybilności obu pakietów. Kompatybilność zachowana była nawet w przypadku bardzo zaawansowanych i skomplikowanych plików utworzonych w Microsoft Office 2007.

Odwołujący wskazał, iż Zamawiający stwierdza również, iż za niedostatecznie satysfakcjonujące uznaje zapewnienie przez producenta pakietów OpenOfficePL o świadczonym wsparciu technicznym w przypadku pojawienia się problemów, oraz że zapewnienie to nie zawiera ani określenia granicznego terminu, w jakim problem zostanie rozwiązany, ani też nie gwarantuje nawet jego rozwiązania.

Odwołujący w odniesieniu do powyższego podniósł, iż oprogramowanie biurowe jest niezwykle zaawansowanym narzędziem. Żaden producent żadnego oprogramowania nie jest w stanie w 100% zagwarantować, iż nigdy nie pojawi się jakikolwiek problem, ani określić terminu, w jakim będzie on rozwiązany. Zamawiający najwyraźniej uważa, że oprogramowanie Microsoft Office jest oprogramowaniem idealnym, nie posiadającym żadnej wady i nie ma prawa wystąpić jakikolwiek błąd podczas jego użytkowania. Otóż jest to absolutnie mylne przekonanie. Użytkując oprogramowanie Microsoft Office, tak samo jak OpenOfficePL, można napotkać na błąd lub problem, który winien być rozwiązany przez producenta, a firma Microsoft nie gwarantuje żadnego terminu rozwiązania problemu. Mało tego, Zamawiający zdaje się zapominać, iż w SIWZ wskazał pakiet Microsoft Office w wersji OEM. Tym samym Odwołujący podniósł, że w przypadku oprogramowania w wersji OEM, firma Microsoft w ogóle nie zapewnia żadnego wsparcia technicznego (odsyła najwyżej do sprzedawcy), podczas gdy firma OpenOffice Software zapewnia wsparcie niezależnie od nabytej wersji pakietu.

Jak wskazał Odwołujący Zamawiający, za niewystarczającą „rekompensatę” uznaje fakt zaoferowania pakietu OpenOfficePL w wersji Professional, które zawiera w swoim składzie programy bazodanowe Base oraz Kexi, podczas gdy wskazany w SIWZ pakiet firmy Microsoft nie posiada żadnych odpowiedników w/w programów.

Otóż okoliczność, czy Zamawiający będzie lub nie będzie ich wykorzystywał, jest zdaniem Odwołującego bez znaczenia wobec faktu, iż programy te niewątpliwie są obecne w pakiecie biurowym OpenOfficePL, wobec czego pakiet OpenOfficePL przewyższa funkcjonalnie wskazany w SIWZ pakiet firmy Microsoft.

Natomiast w zakresie podnoszonego przez Zamawiającego programu Business Contact Manager Odwołujący podniósł, iż nie jest to nawet program rozumiany jako osobna

aplikacja wchodząca w skład pakietu. Business Contact Manager jest jedynie dodatkiem, wtyczką do aplikacji Outlook, umożliwiającym zrealizowanie szerszej funkcjonalności. Oferowany zaś przez Odwołującego pakiet OpenOfficePL zawiera w swoim składzie odpowiednik ww. aplikacji, program Thunderbird, za pomocą którego można zrealizować podobną funkcjonalność, jak również posiada on możliwość darmowego pobrania i zainstalowania wielu wtyczek i dodatków jeszcze bardziej jego funkcjonalność rozszerzających.

Odwołujący wskazał, iż Zamawiający nie uznał równoważności pakietu OpenOfficePL również w zakresie obsługi interfejsu użytkownika. Zamawiający wystosował długi wywód, który w ocenie Odwołującego, brzmi bardziej jak manifest firmy Microsoft, niż merytoryczne uzasadnienie, dlaczego obsługa interfejsu w pakiecie OpenOfficePL miałaby być gorsza i nierównoważna, do pakietu Microsoft Office 2007.

Odwołujący wskazał, iż interfejs użytkownika oparty o tzw. „wstażki” jest wyłącznie umownym określeniem nie mającym swojej jasnej definicji. Zarówno w pakiecie Microsoft Office 2007 jak i OpenOfficePL 2009 interfejs oparty jest o „wstażki”. Różnica polega jedynie na tym, iż w przypadku produktu firmy Microsoft „wstażki” rozwijają się poziomo i są węższe, podczas gdy w OpenOfficePL 2009 „wstażki” rozwijane są pionowo i są szersze. Natomiast w obu tych przypadkach możemy z powodzeniem mówić o pojęciu „wstażki”.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający zdaje się jednak rozumieć pojęcie „wstażki” wyłącznie w oparciu o bliżej nieokreśloną definicję tego pojęcia pojmowaną przez firmę Microsoft. Rozumując w taki sposób jest przecież oczywiste, iż firma Microsoft będzie uznawała „swoje” „wstażki” za lepsze od innych. Dodatkowo, firma Microsoft zastrzegła swój konkretny rodzaj stosowanej „wstażki” jako patent. Zatem Zamawiający przy ocenie oferty Odwołującego zdaje się przyjmować za punkt odniesienia bardzo subiektywną definicję „wstażki” rozumianą jako jeden konkretny typ wstażki stworzony, i w dodatku opatentowany, wyłącznie przez firmę Microsoft. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, w reprezentowanym podejściu, rażące naruszenie zasady obiektywizmu, o której mowa w art. 7 ustawy Pzp. Odwołujący wskazał także, iż Zamawiający nie ma podstaw powoływać się na taką funkcjonalność, gdyż powoływanie się na „wstażkę” jako kluczowy element interfejsu, mający decydować o jego równoważności, jest nieuprawnione, skoro Zamawiający nie zawarł na ten temat żadnych zapisów w SIWZ.

Zdaniem Odwołującego także przytoczone przez Zamawiającego informacje, iż obecnie trwają „prace” na wprowadzeniu „wstażki” do interfejsu pakietu OpenOffice zostały przez Zamawiającego niewłaściwie zinterpretowane.

OpenOffice, w odróżnieniu od Microsoft Office, posiada tzw. otwarty kod źródłowy. Społeczność informatyczna na całym świecie ma prawo dowolnie modyfikować kod programu i wprowadzać na rynek wiele jego wersji. Fakt, że niektóre społeczności OpenOffice zastanawiają się nad wprowadzeniem interfejsu jeszcze bardziej zbliżonego do Microsoft Office, czyli w oparciu o wstażki możliwie jak najbardziej przypominające te w produkcie firmy Microsoft, nie może zaprzeczać faktom, iż obecna obsługa interfejsu pakietu OpenOffice jest i tak zbliżona do Microsoft Office 2007 i również opiera się o swojego rodzaju „wstażki”.

W uzasadnieniu Odwołujący podniósł również, że Zamawiający określił w SIWZ jedynie bardzo ogólnie, iż pakiet ma być równoważny w zakresie „obsługi interfejsu użytkownika”. Pakiet OpenOfficePL posiada interfejs bardzo zbliżony do Microsoft Office 2007. Żaden inny pakiet biurowy na świecie nie posiada tak zbliżonego interfejsu do Microsoft Office 2007, jak właśnie pakiet OpenOfficePL 2009. Jeżeli Zamawiający miał szczególne wymagania w tym zakresie, wówczas winien je konkretnie sprecyzować w SIWZ. W uzasadnieniu zostało wskazane, iż przytoczone przez Zamawiającego normy są dla Odwołującego niezrozumiałe. Odwołujący wskazał, iż środek ochrony prawnej nie dotyczy etapu tworzenia zapisów SIWZ, lecz etapu oceny oferty w oparciu o zapisy SIWZ, które zostały już w niej zawarte. Zamawiający nie zawarł w SIWZ żadnego zapisu, iż oceny równoważności będzie dokonywał w oparciu o normę ISO 9126, która w dodatku nie jest żadną prawnie obowiązującą na świecie normą, lecz określonym standardem, który może wdrożyć dane przedsiębiorstwo. Na obecnym etapie postępowania Zamawiający nie jest uprawniony do dokonywania daleko idących nadinterpretacji zapisów SIWZ, sprowadzających się do rozszerzania i doprecyzowania użytych w SIWZ sformułowań. Tym bardziej, iż gdyby przyjąć interpretację Zamawiającego, wówczas należałoby uznać, że pakiet równoważny musi być w zasadzie tożsamy ze wskazanym w SIWZ. A jest przecież niemożliwym, żeby dwa pakiety biurowe dwóch różnych producentów posiadały identyczne interfejsy użytkownika, do czego sprowadza się rozumowanie Zamawiającego.

Odwołujący na potwierdzenie swojej argumentacji przywołał ponadto stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w orzeczeniu o sygn. akt KIO/UZP 1733/09, w którego uzasadnieniu Izba stwierdziła, że: „Pojęcie równoważności nie może oznaczać bowiem tożsamości produktów, ponieważ przeczyłoby to istocie oferowania produktów równoważnych i czyniłoby oferowanie produktów równoważnych w praktyce niemożliwym do

spełnienia. Należy zgodzić się z prezentowanym w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej poglądem, że oferta równoważna to taka, która przedstawia przedmiot zamówienia o właściwościach funkcjonalnych i jakościowych takich samych lub zbliżonych do tych, które zostały zamieszczone w SIWZ, lecz oznaczonych innym znakiem towarowym, patentem lub pochodzeniem. Istotne jest przy tym to, że produkt równoważny to produkt, który nie jest identyczny, tożsamy z produktem referencyjnym, ale posiada pewne, istotne dla zamawiającego, zbliżone do produktu referencyjnego cechy i parametry, które powinny zostać określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Stwierdzenie przez zamawiającego dopiero po złożeniu ofert, że pewne cechy lub parametry są istotne dla zamawiającego, jest spóźnione".

Odwołujący zgodził się w uzasadnieniu z poglądem prezentowanym przez Zamawiającego jak i w dotychczasowym orzecznictwie, iż produkt równoważny nie może oznaczać zgody Zamawiającego na otrzymanie produktu gorszej jakości. Jednakże wskazał, iż ocena tejże jakości może odbywać się tylko i wyłącznie w oparciu o zapisy zawarte w SIWZ, oraz w oparciu o zasadę obiektywizmu, nie zaś subiektywną interpretację Zamawiającego.

Jak wskazał Odwołujący Zamawiający stwierdził także, iż gdyby oprócz użytych w SIWZ zapisów miał dokładniej sprecyzować wymagane cechy, wówczas musiałby podjąć trud wyspecyfikowania ponad 1000 funkcji oferowanych przez pakiet Microsoft Office.

Odwołujący w odniesieniu do powyższego podniósł, iż wystarczyłoby wyspecyfikowanie tylko jednej, wybranej oraz konkretnej funkcji, aby pakiet OpenOfficePL nie był w stanie jej spełnić. Wystarczyłoby, aby Zamawiający dodał do zapisów SIWZ wymóg: „obsługa makr VB". Ta jedna funkcja, obok niektórych innych, jest wyjątkowo charakterystyczna dla pakietu firmy Microsoft. Spowodowałaby to, że pakiet OpenOfficePL nie mógłby jej spełnić. Chęć zaoferowania przez Odwołującego pakietu OpenOfficePL sprowadzałaby się wówczas do konieczności podjęcia trudu dostosowania pakietu do obsługi ww. funkcji, co ze względu na koszty i wysiłek niewspółmierny do wartości przedmiotu zamówienia nie byłoby, zdaniem Odwołującego, racjonalnym działaniem.

W odniesieniu do twierdzenia Zamawiającego, że na 29 ofert w przedmiotowym postępowaniu tylko Odwołujący zaoferował pakiet OpenOfficePL Odwołujący wskazał, iż to nie sytuacja po złożeniu oferty, lecz wyłącznie zapisy SIWZ mogą decydować o uznaniu, bądź nie uznaniu równoważności produktu. Wykonawcy składający oferty w postępowaniu

działają w sposób suwerenny. Nikt nie zabraniał innym wykonawcom poszukiwać równoważnych rozwiązań do wskazanego w SIWZ pakietu, a Zamawiający nie ma wiedzy, jakie motywy kierowały wykonawcami. W ocenie Odwołującego, jako podmiotu działającego w sektorze zamówień publicznych od kilkunastu lat, powszechna niechęć wykonawców do poszukiwania i oferowania równoważnych rozwiązań jest głównie wynikiem obawy przed odrzuceniem oferty i niechęci do ewentualnego podjęcia trudu w korzystaniu ze środków ochrony prawnej.

Odwołujący wskazał ponadto, iż nie zgadza się również z prezentowanymi przez Zamawiającego statystykami i poglądami, jakoby z rynkowego punktu widzenia pakiet OpenOfficePL był gorszy, a jego wdrażanie powodowane było tylko i wyłącznie oszczędnościami, gdyż nie istnieje w pełni wiarygodna statystyka pozwalająca stwierdzić, jaki procent pakietów biurowych OpenOffice jest na rynku w użytkowaniu. Z całą pewnością produkt firmy Microsoft nadal cieszy się dominacją, lecz popularność pakietów OpenOffice charakteryzuje się nieprzerwanie trendem wzrostowym od wielu lat.

Z wiedzy i z obserwacji Odwołującego, jako podmiotu działającego w branży od wielu lat wynika, iż jeśli firmy, przedsiębiorstwa lub administracja publiczna wdraża oprogramowanie OpenOffice, to wynika to przeważnie z uświadomienia sobie, iż za niższą cenę możliwy jest zakup oprogramowania nie gorszej jakości. Nadto, według obserwacji Odwołującego, często występuje zależność polegająca na tym, że im większa wiedza i świadomość danego użytkownika tym prędzej doceni on oprogramowanie open source, do którego należy OpenOffice.

Wobec powyższego Odwołujący wniósł o :

- uwzględnienie odwołania;
- unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
- wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W dniu **16.04.2010** r. do Prezesa KIO wpłynęło przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wszczęcia odwołania po stronie Zamawiającego przez wykonawcę FORMAT Sp. z o.o.

W uzasadnieniu zgłaszający przystąpienie wskazał, iż jest uczestnikiem przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wskazał, iż zarzuty podniesione przez Odwołującego są bezzasadne i Przystępujący wnosi o ich oddalenie.

Oferta Przystępującego została oceniona przez Zamawiającego jako oferta najkorzystniejsza, zatem Przystępujący ma interes prawny w oddaleniu ww. odwołania, ponieważ w razie jego uwzględnienia zostałby pozbawiony możliwości uzyskania rzeczonożego zamówienia.

Przystępujący wskazał ponadto, iż przystąpienie wnoszone jest w dniu 16.04.2010 r., co oznacza, iż Przystępujący uczynił zadość wymoganiom określonym w art. 185 ust. 2 ustawy (tj. przystępuje do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania).

Zgłaszający wskazał także, iż kopie niniejszego przystąpienia do postępowania odwoławczego zostały w dniu jego zgłoszenia przesłane drogą faksową oraz wysłane listem poleconym Zamawiającemu i Odwołującemu.

W dniu **05.05.2010 r.** Zamawiający na rozprawie złożył odpowiedź na odwołanie. W powyższym piśmie Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości oraz obciążenie kosztami postępowania Odwołującego powtarzając argumentację zawartą w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego.

Izba ustaliła, że podstawą wniesienia odwołania była czynność Zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, w tym po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z uzasadnieniem odrzucenia oferty Odwołującego, jego ofertą, postanowieniami SIWZ, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem, odpowiedzią Zamawiającego na odwołanie, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, po dniu 29 stycznia 2010 r., tj. po dniu wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw

(Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp w brzmieniu nadanym ww. ustawą nowelizującą.

W drugiej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania. Jednocześnie Izba stwierdziła, że wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zdaniem Izby w przypadku uwzględnienia odwołania i nakazania Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz nakazania dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty Odwołującego, z uwagi na złożenie przez tego ostatniego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oferty najkorzystniejszej ekonomicznie w oparciu o kryteria oceny ofert ma on szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z treści oferty złożonej w postępowaniu przez wykonawcę TOYA Systemy Komputerowe Spółka z o.o., treści SIWZ wraz z załącznikami, uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego, odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie złożonej na rozprawie oraz ze stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w trakcie rozprawy.

W odniesieniu do stanu faktycznego będącego przedmiotem niniejszego rozstrzygnięcia Izba jako zasadniczy dowód uznała dokumentację przedmiotowego postępowania w postaci SIWZ wraz z załącznikami, oferty wykonawcy TOYA Systemy Komputerowe Sp. z o.o. oraz wyjaśnień i oświadczeń stron złożonych na rozprawie.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Izba uznała, iż zasługuje on na uwzględnienie.

Skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń odnośnie ww. zarzutu.

Po pierwsze Izba w odniesieniu do powyższego zarzutu ustaliła, iż z analizy postanowień SIWZ, w tym w szczególności opisu przedmiotu zamówienia uszczegółowionego w załączniku nr 1 do SIWZ wynika, iż zamówienie dotyczy zakupu i dostawy 112 zestawów

komputerów stacjonarnych oraz 112 monitorów TFT dla Ministerstwa Środowiska, których szczegółowy opis oraz minimalne parametry techniczne zawarte zostały w załączniku nr 1 do SIWZ. W pkt 16 powyższego załącznika do SIWZ zostało wskazane, iż Zamawiający wymaga aby jednostki komputerowe zostały wyposażone w pakiet oprogramowania biurowego, gdzie jako opis tego oprogramowania Zamawiający wskazał oprogramowanie Microsoft Office Small Business 2007 PL OEM – instalacja, nośnik oraz licencja. W odniesieniu do powyższego zapisu Zamawiający zawarł następujący zapis: „(...) lub równoważne, rozumiane jako właściwe pod względem funkcjonalnym oraz obsługi interfejsu użytkownika zamienniki”.

Odwołujący w złożonej ofercie na str. 4 w pkt 16 jako oferowane oprogramowanie biurowe wskazał: „OpenOffice PL Professional 2009 OEM – instalacja, nośnik, licencja. Równoważny, właściwy pod względem funkcjonalnym oraz obsługi interfejsu użytkownika. Funkcjonalnie przewyższający wskazany pakiet”. Jednocześnie wraz z ofertą na str. 5 Odwołujący dołączył oświadczenie z dnia 05.03.2010 r. dystrybutora oprogramowania – OpenOffice Software Spółka z o.o. z siedzibą w Warszawie podpisane przez Tomasza N – Sales Managera. Powyższe oświadczenie zawierało następującą treść: „OpenOffice Software, jako producent oprogramowania OpenOffice PL oświadcza, że pakiet OpenOffice PL jest funkcjonalnie równoważny oraz kompatybilny z pakietem Microsoft Office. OpenOffice PL obsługuje formaty takie jak, między innymi: .doc, .docx, .xls, .xlsx, .ppt i .pptx oraz w znakomitej większości przypadków umożliwia bezbłędny i bezproblemowy odczyt oraz edycję plików zapisanych w ww. formatach. W sytuacjach, gdy w trakcie użytkowania pakietu pojawi się jakikolwiek problem, firma OpenOffice Software świadczy bezpłatne wsparcie techniczne zmierzające do jego rozwiązania”.

Zamawiający pismem z dnia 24.03.2010 r. wezwał Odwołującego, w związku z zaoferowaniem komputerów z oprogramowaniem biurowym OpenOffice PL Professional 2009 OEM do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający wskazał, iż z jego wiedzy wynika, że występują różnice w obsłudze interfejsu użytkownika. Interfejs użytkownika pakietu OpenOffice jest zbliżony do interfejsu starszych wersji pakietu MS Office, a Zamawiający w załączniku do SIWZ wskazał nowszą wersję oprogramowania Microsoft Office Small Business 2007 PL OEM z nowym interfejsem użytkownika. Zamawiający wskazał ponadto, iż z jego wiedzy wynika, że różnice pomiędzy pakietem Microsoft Office Small Business 2007 PL OEM występują również w innych funkcjach np. związanych z obsługą tabel przestawnych oraz wersjonowaniem dokumentów. Dodatkowo OpenOffice PL Professional 2009 OEM nie posiada równoważnego zamiennika programów Outlook oraz Business Contact Manager. Zamawiający w powyższym wezwaniu zwrócił uwagę na fakt, iż w załączonym do oferty oświadczeniu firmy OpenOffice Software Spółka z o.o. zawarte jest stwierdzenie: „pakiet OpenOffice PL jest funkcjonalnie równoważny oraz kompatybilny z pakietem MicrosoftOffice”, zaś Zamawiający w załączniku nr 1 do SIWZ

w pkt 16 podał Microsoft Office Small Business 2007 PL OEM lub równoważne. Zamawiający wskazał, że przez powyższy zapis rozumie, że będzie to oprogramowanie biurowe równoważne do wskazanej w minimalnych parametrach wersji, a nie równoważne do pakietu Microsoft Office.

Jednocześnie Zamawiający oświadczył, iż z zawartego w ofercie Odwołującego oświadczenia wynikają nawzajem wykluczające się zdania, tj. „pakiet OpenOffice PL jest funkcjonalnie równoważny oraz kompatybilny z pakietem Microsoft Office” a drugim zdaniu, że „OpenOffice PL obsługuje formaty takie jak między innymi .doc, .docx, .xlsx, .ppt, .pptx oraz w znakomitej większości przypadków umożliwia bezbłędny i bezproblemowy odczyt oraz edycję plików zapisanych w ww. formatach”.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Odwołujący w piśmie z dnia 26.03.2010 r. wskazał, że w programie OpenOffice PL 2009 Professional obsługa interfejsu w sensie funkcjonalnym jest zbliżona do Microsoft Office 2007 Small Business. Pomędzy tymi programami niewątpliwie występują różnice, jednakże oba pakiety biurowe dają możliwość zrealizowania przez użytkownika bardzo zbliżonej funkcjonalności. Odwołujący wskazał, iż w przypadku pakietu OpenOffice PL 2009 Professional funkcjonalność jest nawet większa, gdyż oferuje on możliwość konwersji do formatu PDF, a także zawiera edytor formuł matematycznych Math oraz programy bazodanowe Base i Kexi (podczas gdy Microsoft Office 2007 Small Business nie zawiera odpowiedników tych aplikacji). Natomiast w zakresie przytoczonego przez Zamawiającego programu do obsługi poczty elektronicznej, Odwołujący wyjaśnił, że program OpenOffice PL 2009 Professional posiada równoważny zamiennik w postaci Mozilla Thunderbird. W odniesieniu do złożonego wraz z ofertą oświadczenia producenta pakietu OpenOffice Odwołujący wskazał, iż po konsultacji z producentem oprogramowania zostało wyjaśnione, że odnosi się ono do całej rodziny pakietów Microsoft, w tym również do pakietu Microsoft Office 2007 Small Business. Odwołujący zwrócił w tym zakresie uwagę na datę wystawienia tego oświadczenia, oraz na fakt, że odnosi się ono do formatów takich jak doc, .docx, .xlsx, .ppt, .pptx, które są charakterystyczne dla programu Microsoft Office 2007 Small Business. W ocenie Odwołującego występowanie sporadycznych błędów oraz niekompatybilności pomiędzy tymi programami nie zaprzecza ogólnemu stwierdzeniu, że pakiet OpenOffice PL 2009 Professional jest funkcjonalnie równoważny oraz kompatybilny z Microsoft Office 2007 Small Business. Poza tym Odwołujący wskazał w złożonych wyjaśnieniach, że producent programu OpenOffice zapewnia użytkownikowi bezpłatne wsparcie techniczne zmierzające do rozwiązania problemu (zgodnie z treścią załączonego do oferty oświadczenia).

Analiza opisu przedmiotu zamówienia wskazuje, iż zasadniczy zakres dostawy obejmuje 112 zestawów komputerów stacjonarnych oraz 112 monitorów TFT. Jednocześnie

Zamawiający wraz z dostawą sprzętu komputerowego żądał dostarczenia oprogramowania w postaci systemu operacyjnego oraz oprogramowania biurowego.

Jako przykładowy system operacyjny Zamawiający wskazał Microsoft Windows 7 Professional 64-bit OEM, zaś jako pakiet biurowy Microsoft Office 2007 Small Business.

Na wstępie Izba pragnie wskazać na fakt, iż różne wersje oprogramowania oferowanego przez producentów, w tym producenta Microsoft, podlegają ciągłym i czasami dość zaawansowanym aktualizacjom. Powyższe aktualizacje dokonywane są przez użytkowników tego oprogramowania poprzez tzw. funkcję update przy użyciu Internetu i w formie połączenia ze stroną internetową producenta oprogramowania (w sposób automatyczny dla aktualizacji automatycznej, lub w sposób ręczny dla aktualizacji inicjowanej przez samego użytkownika). Tym samym poszczególne wersje oprogramowania, w tym oprogramowania Microsoft ulegają ustawicznym zmianom i modyfikacjom, co oznacza, iż w ramach np. darmowej usługi Microsoft Update (dla pakietów biurowych odpowiednio Office Update), która umożliwia wyszukiwanie, pobieranie i instalację różnych aktualizacji do systemu Windows, mogą one ulec zmianie nawet w okresie od wszczęcia postępowania do dnia składania ofert lub czynności badania i oceny ofert. Tym samym jest niemożliwe, bez precyzyjnego określenia przez Zamawiającego zakresu równoważności, ustalenie jakie wymagania funkcjonalne określił on wskazując jako przykładowy pakiet biurowy program Microsoft Office Small Business 2007 PL OEM i tym samym jest niemożliwe dookreślenie i precyzyjne ustalenie zakresu równoważności na podstawie samej nazwy programu.

Tym samym Izba stoi na stanowisku, iż niedookreślenie zakresu równoważności poprzez brak wskazania istotnych dla Zamawiającego funkcji i elementów oprogramowania nie spełnia warunku określonego w art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, tj. wymogu, aby opis przedmiotu zamówienia został dokonany w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, przy użyciu dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, przy uwzględnieniu wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. W tym zakresie, w odniesieniu do stanowiska wyrażonego przez Zamawiającego w toku rozprawy, w którym wskazał, iż miał prawo oczekiwać, że oprogramowanie to będzie się bezproblemowo uruchamiało oraz będzie uruchamiało, obrabiało oraz zapisywało wszystkie pliki, które znajdują się w obiegu dokumentów elektronicznych w jego jednostkach, Izba wskazuje, że w tym wypadku opis przedmiotu zamówienia i opis równoważności mógłby wskazywać rodzaje plików stosowanych w jednostkach Zamawiającego. Izba nie kwestionuje prawa Zamawiającego do tego rodzaju oczekiwań. Nie sposób jednak założyć, iż tego rodzaju oczekiwania mogą zostać wydedukowane z treści SIWZ, gdyż informacje te nie są powszechnie znane, tym bardziej nie zostały zakomunikowane w żaden zwyczajowo przyjęty sposób wykonawcom ubiegającym się o zamówienie publiczne. Treść oferty nie może opierać się jedynie na

domniemaniach i przypuszczeniach wykonawcy, w tym na wycuciu intencji Zamawiającego, co do wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia. Nie sposób jest także założyć, w odniesieniu do twierdzeń Zamawiającego złożonych w toku rozprawy, iż powszechnie wiadome jest, iż w jego strukturze obiegu dokumentów wykorzystywany jest Elektroniczny System Obiegu Dokumentów (ESOD).

Analogicznie do powyższego decyzja Zamawiającego o odrzuceniu oferty wykonawcy nie może również opierać się przypuszczeniach i domniemaniach. Obawy Zamawiającego dotyczące problemów z przetwarzaniem plików, jak również brak wskazania dowodów potwierdzających, iż program OpenOffice PL 2009 Professional nie obsługuje formatów: .doc, .docx, .xlxs, .ppt oraz .pptx nie mogą być uznane za wystarczającą przesłankę do uznania, iż decyzja o odrzuceniu oferty Odwołującego posiadała faktyczne i prawne uzasadnienie.

W tym zakresie sam Zamawiający zdaje się nie dostrzegać braku logiki w swojej argumentacji. W toku rozprawy oraz w treści złożonych na etapie postępowania wyjaśnień Odwołujący wskazał, iż oferowany przez niego program OpenOffice umożliwia przetwarzanie dokumentów tekstowych do formatu PDF, czego nie oferuje żądany przez Zamawiającego pakiet Microsoft Office Small Business 2007 PL OEM. Przystępujący w odniesieniu do powyższego wskazał, iż dzięki aktualizacji pakiet Microsoft Office umożliwia przetwarzanie dokumentów tekstowych do formatu PDF. W odpowiedzi na powyższe Zamawiający wskazał, iż nie żądał od pakietu oprogramowania biurowego tego rodzaju funkcjonalności. Bez względu na prawdziwość twierdzeń Stron w tym zakresie, tzn. czy Microsoft Office oferuje taką funkcję, czy też jej nie oferuje z powyższego wyłania się zasadniczy wniosek. Zamawiający niedookreślając zakresu równoważności nie dokonał opisu przedmiotu zamówienia w sposób zgodny z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, tym samym opis przedmiotu zamówienia w odniesieniu do oprogramowania biurowego nie pozwala na ustalenie, jakie były oczekiwania Zamawiającego w tym zakresie. Jeżeli jest tak, jak twierdzi Przystępujący, że pakiet Microsoft Office Small Business 2007 PL OEM dzięki aktualizacji oferuje funkcję przetwarzania dokumentów tekstowych do formatu PDF, a jak twierdzi Zamawiający funkcji tej nie oczekiwał to skutkiem powyższego winien wskazać w opisie przedmiotu zamówienia, iż rezygnuje z niej – czego w SIWZ nie uczynił.

Na potwierdzenie zasadności swoich zastrzeżeń Zamawiający powołał się powtórnie w piśmie procesowym na pismo Urzędu Marszałkowskiego Województwa Śląskiego, zobligowanego wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO/UZP 1274/09) do przyjęcia oferty Odwołującego zawierającej oprogramowanie OpenOffice. W odniesieniu do powyższego dowodu Izba stwierdziła, iż przedmiotem zaskarżenia przez Odwołującego jest czynność odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w odniesieniu do postanowień SIWZ oraz przy uwzględnieniu treści oferty Odwołującego. Izba w tym wypadku

bada, czy z obiektywnego punktu widzenia istniała podstaw faktyczna do zastosowania ww. przepisu i w związku z powyższym czy istniała podstawa prawna do odrzucenia oferty Odwołującego. Wszakże Zamawiający nie definiując w SIWZ użytego w pkt 16 załącznika nr 1 do SIWZ pojęcia „(...) rozumiane jako właściwe pod względem funkcjonalnym oraz obsługi interfejsu użytkownika zamienniki” uniemożliwił dokonanie prawidłowej oceny ofert zawierających w tym zakresie rozwiązania równoważne, tym bardziej pozbawił się prawa do odrzucenia oferty wykonawcy, który zaoferował pakiet biurowy o zbliżonych właściwościach do pakietu przykładowego. Niemożliwe jest wszakże dokonanie takiej oceny i tym bardziej odrzucenie oferty jedynie w oparciu o intencje Zamawiającego, które nie zostały wyrażone w sposób stanowczy i zrozumiały w treści SIWZ.

Pożądanee cechy oferowanego przez wykonawców produktu winny zostać precyzyjnie określone. Ich ogólne sformułowanie prowadzi bowiem do sytuacji, iż wykonawcy oferując produkt o zbliżonych cechach będą oczekiwać uznania go za odpowiadający założonym ogólnym parametrom, tj. uznania go za równoważny. Tym samym Zamawiający dopuszczając złożenie oferty na produkt równoważny winien wskazać, jakie cechy powinien on spełniać, aby mógł być za taki uznany. Znaczny stopień doprecyzowania wymagań umożliwia precyzyjną ocenę spełnienia warunku równoważności, tym samym umożliwia Zamawiającemu w większym stopniu podjęcie prawidłowej decyzji w tym zakresie. Jest to o tyle istotne, że na podstawie swoich wymagań określonych wyraźnie w SIWZ Zamawiający będzie mógł ocenić, czy złożone oferty na system równoważny są zgodne z treścią SIWZ.

Wobec powyższego Izba stoi na stanowisku, ugruntowanym w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, że wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego nie mogą ponosić negatywnych konsekwencji, będących wynikiem błędów lub braku wymaganej staranności przy sporządzaniu dokumentacji postępowania przez Zamawiającego, w tym w szczególności przy sporządzaniu opisu przedmiotu zamówienia.

Twierdzenia Zamawiającego w toku rozprawy, iż biorąc pod uwagę liczbę około 1000 funkcji oferowanych przez pakiet Microsoft Office Small Business 2007 PL OEM niemożliwe było ich precyzyjne określenie nie znajdują, zdaniem Izby, uzasadnienia. Trudno jest wszakże wyobrazić sobie sytuację, iż przy tak rozbudowanym pakiecie biurowym jego użytkownicy wykorzystują jego wszystkie możliwości. Ponadto Izba stoi na stanowisku, iż jeżeli Zamawiającemu zależało na zapewnieniu przez pakiet biurowy przeważającej części funkcji oferowanych przez pakiet Microsoft Office Small Business 2007 PL OEM to określenie zakresu równoważności mogłoby zostać dokonane przy użyciu definicji negatywnej, tj. określeniu funkcji, których Zamawiający nie wymaga (tak jak to miało miejsce w przypadku przetwarzania dokumentów do formatu PDF – zgodnie z oświadczeniem Zamawiającego złożonym w toku rozprawy).

Izba podziela argumentację Odwołującego, iż precyzowanie i dookreślenie wymagań Zamawiającego w zakresie opisu przedmiotu zamówienia na etapie badania i oceny ofert, jak również na etapie postępowania odwoławczego jest działaniem niedopuszczalnym i spóźnionym. Na powyższe wskazuje, zdaniem Izby, nieprzypadkowe umiejscowienie przez ustawodawcę przepisów ustawy Pzp odnoszących się do opisu przedmiotu zamówienia w Rozdziale 2 ustawy zatytułowanym „Przygotowanie postępowania”. Tym samym precyzowanie opisu przedmiotu zamówienia przez Zamawiającego na etapie oceny i badania ofert oraz postępowania odwoławczego Izba uznała za spóźnione i bez wpływu na literalną treść SIWZ. Przywołana w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego oraz w piśmie procesowym z dnia 04.05.2010 r. norma ISO 9126 oraz model oceny jakości oprogramowania FURPS nie zostały wskazane w treści SIWZ i tym samym używanie tychże norm i modeli do oceny równoważności zaoferowanego przez Odwołującego oprogramowania na etapie badania i oceny ofert Izba uznała za działanie niedopuszczalne. Niedookreślenie zakresu równoważności dla pakietu biurowego oznacza, iż każdy pakiet biurowy zapewniający podstawowe funkcjonalności w zakresie obróbki dokumentów tekstowych, arkuszy kalkulacyjnych, obsługi poczty elektronicznej, oferujący program do prezentacji i zawierający inne podstawowe narzędzia spełnia wymagania Zamawiającego wyrażone w pkt 16 załącznika nr 1 do SIWZ. Ponadto należy wskazać, iż w tym zakresie, to co należy rozumieć jako podstawowe funkcjonalności pakietu biurowego jest odczuciem subiektywnym. W poszczególnych przypadkach jako funkcje podstawowe mogą zostać uznane aplikacje bazodanowe, zaś nie uznane programy do prezentacji. Tym samym niedookreślenie wymagań przez Zamawiającego może spowodować mylne odczytanie jego intencji. W toku rozprawy Zamawiający wskazał bowiem, iż dodatkowe bazodanowe funkcjonalności (oferowane przez OpenOffice pakiety Base i Kexi) nie były wymagane przez niego i nie może on ich uznać jako rekompensatę braku funkcjonalności oprogramowania. Powyższe należy odnieść do ustalenia, iż nie sposób ustalić w oparciu o treść SIWZ, jakie funkcjonalności były przez Zamawiającego wymagane, a jakie uznał on za zbędne.

Na szczególną uwagę w odniesieniu do powyższego zasługują twierdzenia Przystępującego złożone w toku rozprawy, które nie zostały przez Zamawiającego zanegowane. Przystępujący stwierdził, iż program Microsoft Office Small Business 2007 PL OEM jest programem specyficznym i brak jest na rynku jego idealnego odpowiednika. Przystępujący stwierdził również, iż program OpenOffice jest, wśród dostępnych na rynku pakietów biurowych, najbardziej zbliżonym jego odpowiednikiem – czemu Zamawiający również nie zaprzeczył.

Powyższe mogłoby oznaczać, zdaniem Izby, iż zastosowanie do oprogramowania biurowego wyjątku dopuszczonego w art. 29 ust. 3 ustawy Pzp, tj. wskazania przez Zamawiającego znaku towarowego przy jednoczesnym dopuszczeniu równoważności byłoby działaniem pozornym i *de facto* pozbawionym jakiegokolwiek znaczenia. Spełnienie wszystkich oferowanych przez pakiet biurowy Microsoft Office Small Bussiness 2007 PL OEM funkcji byłoby możliwe tylko i wyłącznie przez pakiet Microsoft Office Small Bussiness 2007 PL OEM. Przy takim rozumieniu pojęcia równoważności oznaczałoby to, iż w tym zakresie Zamawiający nie dopuścił żadnego rozwiązania alternatywnego.

Izba uznała, iż biorąc pod uwagę treść SIWZ, treść oferty Odwołującego, dokumentację postępowania, stanowisko Stron wyrażone w odwołaniu i pismach procesowych oraz ustalenia Izby dokonane w toku rozprawy brak było podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, tj. jako niezgodnej z treścią SIWZ. Zamawiający jest zobligowany do odrzucenia oferty wyłącznie wówczas, jeśli jej treść nie odpowiada treści SIWZ, co w przedmiotowym przypadku nie miało miejsca.

Tym samym biorąc pod uwagę, iż zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp potwierdził się przedmiotowe odwołanie podlegało uwzględnieniu stosownie do treści art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Wobec powyższego stwierdzenie naruszenia któregoś z przepisów wskazanych w treści odwołania obliguje Izbę do uwzględnienia odwołania na podstawie 192 ust. 2 ustawy Pzp.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem postanowień rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) w tym w szczególności § 5 ust. 2 pkt 1.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....