

Sygn. akt: KIO/UZP 1733/09

WYROK
z dnia 26 stycznia 2010r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Członkowie: Anna Packo
Małgorzata Rakowska

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 stycznia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **TOYA Systemy Komputerowe Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, 90-135 Łódź, ul. Narutowicza 26** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Śląski Szpital Reumatologiczno-Rehabilitacyjny im. gen. Jerzego Ziętka, 43-450 Ustroń, ul. Szpitalna 11** protestu z dnia 3 listopada 2009 r.

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu Śląskiemu Szpitalowi Reumatologiczno-Rehabilitacyjnemu im. gen. Jerzego Ziętka, 43-450 Ustroń, ul. Szpitalna 11 unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienie czynności odrzucenia oferty TOYA Systemy Komputerowe Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, 90-135 Łódź, ul. Narutowicza 26 i dokonanie ponownej oceny ofert.

2. Kosztami postępowania obciąża **Śląski Szpital Reumatologiczno-Rehabilitacyjny im. gen. Jerzego Ziętka, 43-450 Ustroń, ul. Szpitalna 11**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 444 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **TOYA Systemy Komputerowe Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, 90-135 Łódź, ul. Narutowicza 26,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 4 444 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) przez **Śląski Szpital Reumatologiczno-Rehabilitacyjny im. gen. Jerzego Ziętka, 43-450 Ustroń, ul. Szpitalna 11** na rzecz **TOYA Systemy Komputerowe Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, 90-135 Łódź, ul. Narutowicza 26** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania,
- 3) dokonać zwrotu kwoty 3 056 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **TOYA Systemy Komputerowe Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, 90-135 Łódź, ul. Narutowicza 26.**

Uzasadnienie

Zamawiający – Śląski Szpital Reumatologiczno-Rehabilitacyjny im. Gen. Jerzego Ziętka, 43-450 Ustroń, ul. Szpitalna 11 – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę zestawów komputerowych.

Postępowanie prowadzone jest z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 roku Nr 223, poz. 1655 ze zmianami), zwanej dalej ustawą Pzp.

Pismem z dnia 3 listopada 2009 roku wykonawca TOYA Systemy Komputerowe Sp. z o.o. wniósł protest na czynność zamawiającego polegającą na odrzuceniu jego oferty. Protestujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- art. 89 ust. 1 pkt ustawy Pzp obligującego do odrzucenia oferty wyłącznie wówczas, gdy jej treść nie odpowiada treści SIWZ,

- art. 7 ust. 2 ustawy Pzp poprzez niestosowanie zasady obiektywizmu podczas oceny oferty,

- art. 7 ust. 3 ustawy Pzp zobowiązanemu do udzielenia zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Protestujący zażądał:

- unieważnienia czynności wyboru oferty ComPro,

- unieważnienia czynności odrzucenia oferty protestującego,

- dokonania powtórnej oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego się,

- wyboru oferty odwołującego się jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu protestujący podniósł, że Zamawiający, odrzucił jego ofertę podając w uzasadnieniu :

„(...) treść oferty nie odpowiada wymogom zawartym w Specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) tj. oferta w pozycji 12 zawiera Oprogramowanie Open Office Home OEM CD a zamawiający wymagał oprogramowania MS Office SB PL OEM. ”

W ocenie protestującego powyższa czynność wraz z jej uzasadnieniem stoi w bezpośredniej sprzeczności z zapisami zawartymi w SIWZ. Zamawiający na str. nr 1 SIWZ w pkt, 3 ppkt 1 zawarł następującą uwagę :

„Dopuszcza się zastosowanie materiałów równoważnych, których parametry nie są gorsze od wymaganych w SIWZ.”

Następnie w zakresie wymaganego pakietu biurowego w poz. 12 na załączniku nr 2 do SIWZ Zamawiający określił żądany produkt następująco :

„ Oprogramowanie MS Office 2007 SB PL OEM”

i następnie w rubryce obok :

„ Word, Excel, Powerpoint - wymagany oryginalny nośnik CD z kluczem ”

Zamawiający, oprócz powyższych zapisów, nie określił żadnych dodatkowych, szczegółowych wymagań odnośnie żadanego pakietu biurowego.

Zamawiający, dokonując następnie oceny, czy ewentualny zaoferowany pakiet biurowy jest rzeczywiście równoważny do powyższego, winien w tej sytuacji kierować się ogólną definicją równoważności. 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. Nie jest bowiem znana w świecie sytuacja, aby dwa produkty dwóch różnych producentów były identyczne.

Jednak zamawiający, odrzucając ofertę protestującego, kierował się własną subiektywną oceną równoważności obu pakietów, co godzi w fundamentalną zasadę obiektywizmu. Zamawiający nie wskazał żadnych konkretnych powodów dlaczego zaoferowany przez protestującego pakiet został przez zamawiającego uznany za nierównoważny do wskazanego MS Office. Zaoferowany przez naszą firmę pakiet biurowy OpenOffice Home OEM CD jest jak najbardziej produktem równoważnym do wskazanego w SIWZ MS Office 2007 SB PL OEM, chociażby z takich powodów jak niżej :

- Jest powszechnie uznawany na rynku jako bezpośredni pakiet konkurujący z produktem firmy Microsoft i jest jedynym tak dojrzałym pakietem mogącym w znacznym zakresie dorównać, a w niektórych zastosowaniach nawet przewyższać pakiet firmy Microsoft. Nadto, jest drugim, po MS Office pakietem pod względem popularności w administracji publicznej.

- Zawiera równoważne aplikacje do wskazanych przez Zamawiającego w SIWZ,

tj. program sWriter jako odpowiednik programu Word, program sCaic jako odpowiednik programu Excel, oraz program Impress jako odpowiednik programu Powerpoint.

- Zawiera oryginalny nośnik CD z kluczem oraz jest w polskiej wersji językowej - tak jak wymaga! tego Zamawiający w SIWZ.
- Oba pakiety wspierają te same formaty plików (pliki utworzone w MS Office i OpenOffice są w ogromnej większości w pełni ze sobą kompatybilne).

Pismem z dnia 13 listopada 2009 roku zamawiający oddalił protest. W uzasadnieniu wskazał, że Zamawiający w SIWZ udzielił zamówienia na oprogramowanie MS Office SB PL OEM lub oprogramowanie równoważne, a protestujący zaoferował oprogramowanie Open Office Home OEM CD. Do protestującego na etapie składania oferty należało przy oferowaniu oprogramowania równoważnego wskazania iż oferowane oprogramowanie spełnia wymogi równoważności. Nie jest bowiem obojętne dla zamawiającego pracującego na oprogramowaniu MS Office SB PL OEM sprawa równoważności obu programów, a zwłaszcza jego kompatybilności.

Powoływany przez Protestującego wyrok z dnia 28 września 2009 r. o sygn. akt KIO/UZP 1274/09 nie może być brany pod uwagę, gdyż jak to zauważono, na stronie 7 uzasadnienia wyroku w ostatnim akapicie, pakiety biurowe wyprodukowane przez różnych producentów nie mogą być identyczne, a jedynie kompatybilne, z uwzględnieniem różnic w obsłudze charakterystycznych dla danego producenta.

Tymczasem protestujący nie dość że nie wykazał na etapie składania ofert równoważności obu programów, to w proteście na stronie 3 oświadczył, iż oba pakiety wspierają te same formaty plików i wyjaśnił, iż pliki tworzone w MS Office i Open Office są ogromnej większości w pełni ze sobą kompatybilne. Brak jest zatem pełnej kompatybilności, a zatem w świetle cyt. wyroku, brak jest równoważności. Stanowisko zamawiającego w swoim przystąpieniu do protestu popiera firma ComPro Firma Komputerowa Marcin Spaczyński w Gliwicach. Wskazuje, iż precyzując zamówienie na pakiet MS Office 2007 SB PL lub inny równoważny, mógł zamawiający oczekiwać iż zostanie mu zaoferowany pakiet oprogramowania biurowego spełniającego wszystkie funkcje pakietu MS Office 2007 SB PL, a więc dający możliwość pracy na wszystkich plikach w formatach charakterystycznych dla danego oprogramowania, śledzenia zmian w dokumentach tekstowych oraz obsługę makr VBA. Zamówienie zostało sformułowane zatem precyzyjnie dla fachowców, którzy winni bez szczegółowego opisu technicznego wiedzieć jakie szczegółowe cechy posiada zamawiany pakiet biurowy, a zatem winien zaoferować żądany w SIWZ produkt albo równoważny, czyli w pełni kompatybilny, a niekoniecznie tożsamy.

W dniu 18 listopada 2009 roku pismem złożonym w placówce pocztowej operatora publicznego wykonawca TOYA Systemy Komputerowe Sp. z o.o. wniósł odwołanie od rozstrzygnięcia protestu do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. W odwołaniu podtrzymał zarzuty, argumenty i żądania wyrażone w proteście.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, w szczególności specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty odwołującego się, a także biorąc pod uwagę wyjaśnienia i stanowiska stron złożone podczas rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie jest zasadne.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że odwołujący się ma interes prawny w uzyskaniu zamówienia uprawniający go do wnoszenia środków ochrony prawnej na podstawie art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odrzucenie oferty odwołującego się uniemożliwia mu bowiem ewentualne uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący się w przedmiotowym postępowaniu zaoferował inny produkt niż wymagany przez zamawiającego, niemniej jednak w ocenie odwołującego się jest to produkt równoważny do wskazanego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Odwołujący się wskazał na następujące czynniki świadczące o równoważności zaoferowanego przez niego pakietu OpenOffice Home OEM CD w stosunku do wskazanego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia pakietu MS Office 2007 SB PL OEM:

- pakiet OpenOffice Home OEM CD jest powszechnie uznawany na rynku jako bezpośredni pakiet konkurujący z produktem firmy Microsoft i jest jedynym tak dojrzałym pakietem mogącym w znacznym zakresie dorównać, a w niektórych zastosowaniach nawet przewyższać pakiet firmy Microsoft. Nadto jest drugim po MS Office pakietem pod względem popularności w administracji publicznej,

- zawiera równoważne aplikacje do wskazanych przez zamawiającego w SIWZ, tj. program sWriter jako odpowiednik programu Word, program sCalc jako odpowiednik programu Excel oraz program Impress jako odpowiednik programu PowerPoint,

- zawiera oryginalny nośnik CD z kluczem oraz jest w polskiej wersji językowej,

- oba pakiety wspierają te same formaty plików (pliki utworzone w MS Office i Open Office są w ogromnej większości w pełni ze sobą kompatybilne).

Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu w pkt 3 ppkt 1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia zawarł informację, że *dopuszcza się zastosowanie materiałów równoważnych, których parametry nie są gorsze od wymaganych w SIWZ*. Zamawiający nie podał jednak żadnych szczegółowych wymagań świadczących o równoważności zaoferowanych produktów.

Należy zwrócić uwagę, iż na rozprawie zamawiający również nie przedstawił dowodów świadczących o braku równoważności pomiędzy obydwoma produktami. Wyrażone stanowisko, że są problemy z kopiowaniem plików z jednego programu do drugiego nie zostały przez zamawiającego udowodnione. Zaś argument, że pracownicy zamawiającego są przyzwyczajeni do pakietu MS Office nie zasługuje na uwzględnienie.

Należy zgodzić się z odwołującym się, iż nie ma racji zamawiający stwierdzając, że tylko zapewnienie pełnej kompatybilności obydwu pakietów świadczy o ich równoważności w sytuacji, w której nie wskazał w specyfikacji istotnych warunków zamówienia cech oprogramowania, którymi będzie się kierował oceniając równoważność produktów. 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 do produktu, 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.

Reasumując Izba stwierdziła, iż skoro zamawiający nie zawarł opisu wymogów dotyczących równoważności na etapie specyfikacji istotnych warunków zamówienia, odwołujący wykazał, iż zaoferowany przez niego produkt nosi cechy równoważności w stosunku do produktu wymaganego przez zamawiającego. Tym samym Izba stwierdziła brak podstaw do odrzucenia oferty odwołującego się na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp oraz z § 4 ust. 1 lit. a, ust. 4 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zmianami).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Bielsku-Białej**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....