

**WYROK**

**z dnia 16 lipca 2010 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska**

**Protokolant: Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 lipca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 2 lipca 2010 r. przez **TOYA Systemy Komputerowe sp. z o.o., 90 – 135 Łódź, ul. Narutowicza 26** w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Poznań, 61 – 841 Poznań, Plac Kolegiacki 17**

**orzeka:**

- 1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje powtórzenie badania i oceny ofert w części I postępowania.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Miasto Poznań, 61 – 841 Poznań, Plac Kolegiacki 17 i nakazuje:**
  - 1) zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez TOYA Systemy Komputerowe sp. z o.o., 90 – 135 Łódź, ul. Narutowicza 26 tytułem wpisu od odwołania,**
  - 2) dokonać wpłaty kwoty 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) przez Miasto Poznań, 61 – 841 Poznań, Plac Kolegiacki 17 na rzecz TOYA Systemy Komputerowe sp. z o.o., 90 – 135 Łódź, ul. Narutowicza 26 stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych 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:**

.....

## **Uzasadnienie**

I. Miasto Poznań (zwane dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na udzielenie zamówienia publicznego na dostawę sprzętu komputerowego dla Miejskiego Ośrodka Pomocy Rodzinie (MOPR) w Poznaniu w roku 2010 r.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 6 maja 2010 r. pod poz. 110251.

Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759, dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 2 lipca 2010 r. TOYA Systemy Komputerowe sp. z o.o., 90-135 Łódź, ul. Narutowicza 26 (dalej: Odwołujący) wniósł odwołanie na czynność Zamawiającego (wybór oferty najkorzystniejszej i odrzucenie oferty Odwołującego w części I postępowania o udzielenie zamówienia), o której Zamawiający poinformował wykonawcę, przesyłając informację w dn. 29 czerwca 2010 r.

Odwołujący kwestionował prawidłowość odrzucenia jego oferty (oferta została odrzucona z powodu zaferowania przez Odwołującego pakietu biurowego OpenOfficePL 2009 Professional Plus OEM CD zamiast wskazanego w opisie przedmiotu zamówienia pakietu Microsoft Office 2007 Small Business Edition PL OEM, co według Zamawiającego było „niezgodne z wymaganiami Zamawiającego”), i wskazywał na naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych.

Odwołujący wniósł o powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

Zamawiający odpowiedział na odwołanie, nie zgadzając się z podniesionymi zarzutami. Podnosił, że rozwiązania równoważne dopuścił tylko w odniesieniu do sprzętu, a nie do oprogramowania – stanowczo twierdził, że w zakresie oprogramowania nie dopuścił rozwiązań równoważnych.

Żaden z pozostałych uczestników postępowania o udzielenie zamówienia nie przystąpił do postępowania odwoławczego.

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 187 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Odwołujący ma interes we wnoszeniu środków ochrony prawnej, ponieważ w konsekwencji uwzględnienia odwołania, i powtórnej oceny ofert, jego oferta miałaby szansę zostać uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą w I części zamówienia.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, co następuje:

Niesporne było, że Odwołujący zaoferował pakiet biurowy OpenOfficePL 2009 Professional Plus OEM CD zamiast wskazanego w opisie przedmiotu zamówienia pakietu Microsoft Office 2007 Small Business Edition PL OEM, Strony miały inny pogląd na dwie kwestie: po pierwsze, czy przy postanowieniach specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) takich, jak określono w niniejszym postępowaniu, można było zaoferować oprogramowanie równoważne do wskazanego przez Zamawiającego, a po drugie – czy pakiet biurowy Open Office jest równoważny do pakietu Microsoft Office.

W pierwszej kolejności Izba zbadała możliwość zaoferowania rozwiązań równoważnych w zakresie oprogramowania na gruncie SIWZ (kopia SIWZ w aktach sprawy).

1. Zamawiający w pkt III SIWZ wskazał, iż „przedstawione w załącznikach do umowy nazwy oferowanego sprzętu stanowią wzorzec jakościowy. Zamawiający dopuszcza zaproponowanie sprzętu równoważnego o parametrach takich samych lub wyższych”.
2. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia znajdował się we wzorach załączników do przyszłej umowy (wzory te stanowiły załączniki do SIWZ). Tamże Zamawiający określił swoje wymagania co do pożądanых cech przedmiotu zamówienia (w zakresie części I, będącej przedmiotem odwołania – jest to „Załącznik nr 1 do umowy II”).
3. Zamawiający „Załącznik nr 1 do umowy II” zatytułował „Zestaw oferowanego sprzętu komputerowego”. Wskazał, że wykonawcy mają zaoferować „1 zestaw komputerowy typu Fujitsu Esprimo P3520 lub równoważny lub wyższy”. Dalej, w tabeli opisał szczegółowo „parametry techniczne oferowanego sprzętu”. W kolejnych wersach tabeli wymieniono pożądane cechy zarówno sprzętu (szybkość procesora, płyta Główna itd.), jak i oprogramowania (oprogramowanie systemowe i pakiet biurowy – oba oprogramowania typu OEM, wyłącznym producentem obu oprogramowań wskazanych przez Zamawiającego jest Microsoft), a także inne elementy (wymagane certyfikaty).
4. Zamawiający na rozprawie twierdził, że należy wyraźnie rozróżnić oprogramowanie od sprzętu, i w pełni świadomie dopuścił rozwiązania równoważne w zakresie wyłącznie sprzętu, natomiast w zakresie oprogramowania oczekiwał produktu takiego, jak wskazany w SIWZ (którego producentem jest Microsoft). Podnosił, że taki wymóg jest uzasadniony okolicznością, iż użytkownik sprzętu MOPR nie działa odrębnie w oderwaniu od pozostałych jednostek Zamawiającego, ale jest podłączony do sieci miejskiej Urzędu Miasta i korzysta z jej zasobów: systemy kolejkowe oraz zintegrowany system wspomaganie zarządzanie miastem wykorzystują oprogramowanie Microsoft Office, stąd konieczne jest posiadanie

takiego oprogramowania, aby wszystkie systemy współpracowały poprawnie. Na powyższą okoliczność jednak nie przedstawił żadnych dowodów, wobec czego Izba uznała, że Zamawiający nie wykazał, czy w jakim zakresie konieczna jest współpraca pomiędzy przyszłym użytkownikiem sprzętu (MOPR), a siecią miejską i czy niezbędne jest dysponowanie przez MOPR oprogramowaniem wyłącznie jednego producenta.

Na podstawie tak ustalonego stanu faktycznego Izba stwierdziła, że niewykluczone, że rzeczywiście intencją Zamawiającego było wykluczenie możliwości zaoferowania rozwiązań równoważnych w zakresie oprogramowania, jednak nie znalazło to odbicia w treści SIWZ.

Faktycznie w części ogólnej SIWZ Zamawiający wskazał, że dopuszcza rozwiązania równoważne dla sprzętu – jednak w tabeli (co do której również wskazał, że dopuszcza równoważne parametry tam określone), gdzie opisał kolejno pożądane cechy (lub równoważne lub wyższe) przedmiotu zamówienia, wskazał kilka innych elementów, niż elementy sprzętowe (np. certyfikaty), co do których nie wykluczył przecież równoważności. W ocenie Izby rozstrzygająca o treści SIWZ w zakresie możliwości zaoferowania rozwiązań równoważnych jest treść wszystkich parametrów (a raczej: cech, właściwości) przedmiotu zamówienia opisanych w kolejnych wersach tabeli w „Załączniku nr 1 do umowy II”. Aby jasno i w sposób wyraźny wykluczyć zaoferowanie oprogramowania równoważnego, Zamawiający musiałby wyraźnie to wskazać w poszczególnych wersach tabeli (w wersach, w których określił właściwości, co do których nie dopuszcza równoważności). Skoro bowiem Zamawiający dopuścił rozwiązania równoważne w zakresie „sprzętu” (pkt III SIWZ), a przed tabelą („Załączniku nr 1 do umowy II”) wskazał, że zawiera ona „parametry techniczne oferowanego sprzętu”, to oznacza to, że dopuścił rozwiązania równoważne w odniesieniu do wszystkich elementów tabeli (inaczej byłoby w sytuacji, gdyby w poszczególnych wersach tabeli dopisał „lub równoważny”, a przy wersach dotyczących oprogramowania – gdyby takiego dopisku nie było).

Reasumując, takie wyraźne rozróżnienie, pomiędzy sprzętem a oprogramowaniem, o jakim Zamawiający mówił na rozprawie, w ocenie Izby nie wynikało z brzmienia SIWZ. Ponadto słusznie zwrócił uwagę Odwołujący, iż oprogramowanie wchodzące w zakres przedmiotu zamówienia w części I postępowania było oprogramowaniem typu OEM (Original Equipment Manufacturer), tj. oprogramowaniem nierozzerwalnie połączonym z komputerem (lub jego częścią), na którym jest ono zainstalowane (nie może być osobnym przedmiotem obrotu). Zatem w takim przypadku trudno oddzielić oprogramowanie od sprzętu.

Zamawiający nie zakwestionował, że oferowany przez Odwołującego pakiet biurowy jest pakietem typu OEM, który był wymagany w SIWZ (Izba nie badała tej kwestii, ponieważ

rozpatruje odwołanie wyłącznie w granicach podniesionych zarzutów, a oferta Odwołującego nie była odrzucona w związku z zaoferowaniem oprogramowania innego typu, niż OEM).

Dokonując interpretacji treści SIWZ, należy pamiętać, że zgodnie z art. 29 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, Zamawiający powinien unikać wszelkich sformułowań lub parametrów, które wskazywałyby na konkretny wybór albo na konkretnego wykonawcę. Nie można mówić o zachowaniu uczciwej konkurencji w sytuacji, gdy przedmiot zamówienia określany jest w sposób wskazujący na konkretny produkt, przy czym produkt ten nie musi być nazwany przez zamawiającego, wystarczy, że wymogi i parametry dla przedmiotu zamówienia określone są tak, że aby je spełnić oferent musi dostarczyć jeden konkretny produkt (wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 20 kwietnia 2004 roku sygn. akt UZP/ZO/0-725). Zgodnie z wyrokiem Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 9 listopada 2005 roku (sygn. akt II Ca 587/05) istotne jest, by przedmiot zamówienia został opisany w sposób neutralny i nie utrudniający uczciwej konkurencji.

Wyjątek dopuszczający odmienny od uregulowanego w art. 29 ust. 1 Prawa zamówień publicznych opis przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, został określony w art. 29 ust. 3 Prawa zamówień publicznych. Jednakże ze względu na to, iż przepis ma charakter wyjątkowy, może być on stosowany tylko w szczególnych sytuacjach i interpretowany ściśle: gdy jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia lub gdy zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń a opisowi towarzyszą wyrazy: „lub równoważne” albo podobne, co nadaje wymienionym konkretnym produktom charakter przykładowy.

Na rozprawie Zamawiający nie wykazał, za pomocą jakichkolwiek środków dowodowych, że oprogramowanie tylko i wyłącznie jednego producenta zaspokoi jego uzasadnione potrzeby. W ocenie Izby, aby Zamawiający mógł wykazać, że jedynie pakiet biurowy firmy Microsoft nadaje się do wykorzystania w danej jednostce, konieczne jest przedstawienie konkretnych dowodów, a powoływanie się przed Izbą na ustne informacje pochodzące od informatyków nie może być uznane za wystarczające.

Należy zauważyć również, że gdyby przyjąć taką interpretację SIWZ, jak chciałby Zamawiający – iż SIWZ nie dopuściła rozwiązań równoważnych w zakresie oprogramowania – to wówczas, wobec nieudowodnienia przez Zamawiającego, że oprogramowanie jednego producenta spełni jego wymagania, postępowanie byłoby – ze względu na sprzeczność z art. 29 w zw. z art. 7 Prawa zamówień publicznych - obarczone wadą, uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy.

Odnosząc się do zagadnienia równoważności obu pakietów – Microsoft Office i Open Office – okolicznością notoryjnie znaną jest, że są to pakiety biurowe, posiadające co

najmniej podobne możliwości i funkcjonalności. Strony na rozprawie zasadniczo zgodziły się, że co do pewnych funkcjonalności pakiety nie są kompatybilne (możliwość zaimplementowania plików pocztowych i współdzielenia kalendarza). Zamawiający jednak nie wykazał w tym zakresie (podobnie jak podnosząc argumentację o sieciowym współdzieleniu zasobów), za pomocą jakichkolwiek środków dowodowych, że akurat te funkcjonalności, które nie są kompatybilne w obu pakietach, są Zamawiającemu niezbędne.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania, Izba stwierdziła, że wobec treści SIWZ nie było przeszkód, aby zaoferować rozwiązania równoważne również w zakresie oprogramowania, a więc nie było podstaw do odrzucenie oferty Odwołującego, który zaoferował pakiet biurowy OEM inny, niż wskazano w SIWZ. Wobec takiej konstatacji, Izba stwierdziła naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych i orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 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. Nr 41, poz. 238), uwzględniając koszty pełnomocnika Odwołującego zgodnie z rachunkiem złożonym do akt sprawy.

**Przewodniczący:**

.....