

Sygn. akt: KIO 256/14

**WYROK**  
**z dnia 24 lutego 2014 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Małgorzata Rakowska**

**Protokolant: Cyprian Świś**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 lutego 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 lutego 2014 r. przez wykonawcę **HARPO Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, ul. 27 Grudnia 7, 61-737 Poznań** w postępowaniu prowadzonym przez **Państwową Wyższą Szkołę Zawodową (PWSZ) w Płocku, Pl. Dąbrowskiego 2, 09-402 Płock**

przy udziale wykonawcy **Altix Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Chlubna 88, 03-051 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 256/14 po stronie zamawiającego

**orzeka:**

**1. uwzględnia odwołanie i nakazuje: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę HARPO Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu oraz dokonanie ponownej czynności badania i oceny ofert**

**2. kosztami postępowania obciąża Państwową Wyższą Szkołę Zawodową (PWSZ) w Płocku, Pl. Dąbrowskiego 2, 09-402 Płock i:**

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **HARPO Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, ul. 27 Grudnia 7, 61-737 Poznań** tytułem wpisu od odwołania

- 2.2. zasądza od **Państwowej Wyższej Szkoły Zawodowej (PWSZ) w Płocku, Pl. Dąbrowskiego 2, 09-402 Płock** na rzecz wykonawcy **HARPO Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, ul. 27 Grudnia 7, 61-737 Poznań** kwotę **11 100 zł 00 gr** (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego 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 (Dz. U. z 2013 r., poz. 907) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Płocku**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Państwowa Wyższa Szkoła Zawodowa w Płocku, zwana dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Dostawę wraz z montażem urządzeń, części komputerowych oraz sprzętu dla studentów niepełnosprawnych wraz z oprogramowaniem”. Zamówienie podzielono na dwie części.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 8 stycznia 2014 r., poz. 3961

W dniu 7 lutego 2014 r. (pismem z tej samej daty) zamawiający poinformował wykonawcę HARPO Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, zwanego dalej „odwołującym”, o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w postępowaniu dla Części II. W uzasadnieniu zamawiający wskazał, iż zamawiający w załączniku nr 8 do SIWZ wymagał w pozycji 4 wymagał, aby program zaoferowany przez wykonawcę był równoważny o parametrach nie gorszych niż wskazane w opisie przedmiotu zamówienia. Wykonawca zaoferował program o parametrach gorszych niż wynika to z opisu przedmiotu zamówienia.

W dniu 12 lutego 2014 r. (pismem z tej samej daty) odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do zamawiającego w dniu 12 lutego 2014 r.) od niezgodnych z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętych w postępowaniu w zakresie Części II oraz od zaniechania czynności, do których zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy w zakresie Części II, tj. od:

1. zaniechania podania uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty odwołującego
2. czynności badania i oceny oferty złożonej przez odwołującego
3. czynności odrzucenia oferty złożonej przez odwołującego
4. czynności wyboru oferty złożonej przez wykonawcę Altix Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwanego dalej „wykonawcą Altix”, jako najkorzystniejszej oferty
5. zaniechania czynności dokonania wyboru oferty złożonej przez odwołującego jako najkorzystniejszej oferty

zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie podania uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty odwołującego
2. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez dokonanie czynności odrzucenia oferty złożonej przez odwołującego, pomimo, iż treść oferty odwołującego odpowiada treści SIWZ

3. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy Altix jako najkorzystniejszej oferty oraz poprzez zaniechanie dokonania wyboru oferty złożonej przez odwołującego jako najkorzystniejszej oferty

Jednocześnie odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu, aby:

1. unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty
2. unieważnił czynność odrzucenia oferty złożonej przez odwołującego
3. dokonał ponownego badania i oceny złożonych ofert
4. dokonał czynności wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej oferty

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał m.in.:

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie podania uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty odwołującego odwołujący podniósł, iż w piśmie z dnia 7 lutego 2014 r. zamawiający wskazał uzasadnienie prawne odrzucenia jego oferty, tj. powołany w nim został art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, o tyle nie sposób uznać, że pismo to zawiera wymagane uzasadnienie faktyczne decyzji zamawiającego. Zawarte w piśmie uzasadnienie w rzeczywistości uzasadnieniem nie jest, bowiem nie wyjaśnia z jakich konkretnie powodów zamawiający uznał, że treść oferty odwołującego nie odpowiada treści SIWZ. W szczególności z powyższego uzasadnienia w żaden sposób nie wynika jakie konkretnie parametry programu zaoferowanego przez odwołującego zamawiający uznał za gorsze niż wynika to z opisu przedmiotu zamówienia, dlatego uznał je za gorsze i na czym oparł swoją ocenę w tym zakresie.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez dokonanie czynności odrzucenia oferty złożonej przez odwołującego, pomimo, iż treść oferty odwołującego odpowiada treści SIWZ, odwołujący podniósł, iż skoro zamawiający nie podał z jakich konkretnie powodów uznał, że treść oferty odwołującego nie odpowiada treści SIWZ, to odwołujący nie jest w stanie odnieść się do niezakomunikowanych mu przyczyn odrzucenia jego oferty, jak i nie jest w stanie wykazać, że odrzucenie jego oferty jest bezpodstawne. Odwołujący może jedynie stwierdzić, że wbrew ocenie zamawiającego zaoferowany przez niego program jest programem równoważnym o parametrach nie gorszych niż wskazane w opisie przedmiotu zamówienia. Odwołujący zaoferował zamawiającemu program równoważny, tj. program Supernova Screen Reader SMA produkowany przez Dolphin Computer Access Ltd, który to program spełnia wszystkie wymagania SIWZ stawiane programowi udźwiękawiającemu podane przez zamawiającego w SIWZ, tj.:

- jest programem udźwiękawiającym,

- służy do odczytu ekranu,
- został zaoferowany z dwiema darmowymi aktualizacjami,
- posiada parametry nie gorsze.

Reasumując stwierdził, iż odrzucenie jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nie jest możliwe, skoro zamawiający nie określił w pkt 4, Dział II SIWZ kryteriów równoważności poprzez sformułowanie zamkniętego i precyzyjnego katalogu, tj. ani nie wskazał parametrów równoważności wprost w SIWZ, ani nie określił dopuszczalnego poziomu odstępstwa od tych parametrów.

W dniu 13 lutego 2014 r. (pismem z tej samej daty) zamawiający wezwał wykonawcę Altix do przystąpienia do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku wniesienia odwołania, przekazując jednocześnie kopię odwołania.

W dniu 17 lutego 2011 r. (pismem z dnia 13 lutego 2014 r.) wykonawca Altix przystąpił do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia odwołującemu i zamawiającemu.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu, treść SIWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępującego złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, iż zamawiający w rozdziale III SIWZ „Informacje ogólne”, pkt 10 zamieścił postanowienie „Wszędzie tam, gdzie w opisie przedmiotu zamówienia zostało wskazane pochodzenie (marka, znak towarowy, producent) sprzętu lub oprogramowania, Zamawiający dopuszcza oferowanie materiałów równoważnych pod warunkiem, że zagwarantują one realizację dostawy w zgodzie z Opisem przedmiotu zamówienia oraz zapewnią uzyskanie parametrów technicznych nie gorszych od założonych w wyżej wymienionych dokumentach. W przypadku jakichkolwiek wątpliwości zgodnie z art. 30 ust. 5 ustawy Pzp udowodnienie „równoważności” spoczywa na wykonawcy”.

W Dziale II SIWZ „opis przedmiotu zamówienia” – część II, pkt 4 zamawiający podał „program udźwiękawiający JAWS wersja PROFESSIONAL służący do odczytu ekranu z dwiema darmowymi aktualizacjami lub równoważny o parametrach nie gorszych”.

Odwołujący w treści oferty objętej tajemnicą przedsiębiorstwa podał nazwę oferowanego programu, tj. produktu równoważnego do wskazanego w SIWZ.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Oferta równoważna to taka oferta, która przedstawia przedmiot zamówienia o właściwościach funkcjonalnych i jakościowych takich samych lub zbliżonych do tych, które zostały zamieszczone w SIWZ. Istotne jest przy tym to, aby to rozwiązanie (produkt) równoważne było rozwiązaniem, które nie jest identyczne ani też tożsame z rozwiązaniem referencyjnym, ale aby posiadało pewne, istotne dla zamawiającego, zbliżone do produktu referencyjnego cechy i parametry, które zostały przez zamawiającego określone w treści SIWZ. Zamawiający wskazując z jednej strony w SIWZ konkretne rozwiązanie (produkt), a z drugiej strony dopuszczając w tym zakresie możliwość rozwiązania równoważnego, winien określić przynajmniej minimalne parametry albo oczekiwane rozwiązania technologiczne, czy funkcjonalności, które mają być zapewnione przez to rozwiązanie (produkt), a czego niewątpliwie zamawiający nie określił. Zamawiający nie wskazał bowiem w treści SIWZ jakie parametry będą decydować o uznaniu zaoferowanego rozwiązania za równoważne. Zamawiający zamieścił w SIWZ jedynie informację, że „dopuszcza oferowanie materiałów równoważnych pod warunkiem, że zagwarantują one realizację dostawy w zgodzie z Opisem przedmiotu zamówienia oraz zapewnią uzyskanie parametrów technicznych nie gorszych od założonych w wyżej wymienionych dokumentach”. W odniesieniu do kwestionowanego produktu nadto wskazał, że oczekuje „programu udźwiękawiającego JAWS wersja PROFESSIONAL służącego do odczytu ekranu z dwiema darmowymi aktualizacjami lub równoważnego o parametrach nie gorszych”. Nie podał jednak jakie parametry są dla niego istotne oraz w jaki sposób tę równoważność będzie badał, jak również mimo, że w treści SIWZ powołał art. 30 ust. 5 ustawy Pzp, za pomocą jakich dokumentów wykonawca zobowiązany jest wykazać, że oferowany program jest programem równoważnym do wskazanego w punkcie 4 tabeli załącznika nr 8. Odwołujący w punkcie tym zaoferował zamawiającemu „program równoważny, tj. program Supernova Screen Reader SMA produkowany przez Dolphin Computer Acces Ltd” (informację tę, mimo iż nazwę tę zastrzegł w treści oferty, ujawnił i zamieścił w treści wniesionego odwołania), zamieszczając stosowne informacje w kolumnie „specyfikacja techniczna”. Informacje te – jak przyznał zamawiający na rozprawie - w pewnym sensie wskazywały na równoważność zaoferowanego programu do programu wskazanego w SIWZ, tj. JAWS wersja PROFESSIONAL. Jednak zamawiający oceny równoważności dokonywał poprzez porównywanie parametrów i funkcjonalności programu zaoferowanego przez odwołującego z programem JAWS wersja

PROFESSIONAL. Informacje dotyczące tych programów pozyskał z ogólnie dostępnych stron internetowych ich producentów, przy czym informacji o takim sposobie oceny równoważności nie zamieścił w treści SIWZ. Jeśli z tak pozyskanych informacji wynikało, że określoną funkcjonalność program posiada, to uznawał, że taka funkcjonalność jest dostępna. Tymczasem w trakcie rozprawy ustalono, że określone, przykładowo wskazane na rozprawie funkcjonalności, w które program zaoferowany przez odwołującego miał nie posiadać, w istocie jest w nie wyposażony. I tak program zaoferowany przez odwołującego – jak wykonawca ten podniósł na rozprawie - posiada funkcjonalność OCR wbudowaną w system operacyjny Windows, która przy pomocy skrótów klawiszowych pozwala odczytywać zawartość ekranu i mimo, że jest to funkcja wbudowana, to uzyskiwany efekt jest taki sam jak w przypadku systemu JAWS. Posiada również funkcję o tej funkcjonalności co tandem, tj. Dolphin Remote Support. Program ten obsługuje także skróty brajlowskie jednak ze względu na małe zainteresowanie tą funkcją producent jej nie włącza. Odwołujący nie przedstawił żadnych dokumentów, gdyż – jak konsekwentnie podnosił – nie posiadał wiedzy niespełnienie jakich parametrów, jak również brak jakich funkcjonalności skutkowało odrzuceniem jego oferty. Zamawiający w treści informacji o odrzuceniu jego oferty nie podał bowiem takich skonkretyzowanych przyczyn, mimo iż - zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy Pzp – powinien to uczynić.

Pojęcie równoważności nie może oznaczać tożsamości produktów, ponieważ przeczyłoby to istocie oferowania produktów równoważnych i czyniłoby oferowanie produktów równoważnych w praktyce niemożliwym do spełnienia. Oferta równoważna to taka, która przedstawia przedmiot zamówienia o właściwościach funkcjonalnych i jakościowych takich samych lub zbliżonych do tych, które zostały zamieszczone w SIWZ. 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 funkcjonalności i parametry, które bezwzględnie powinny zostać określone w treści SIWZ. Stwierdzenie przez zamawiającego dopiero po złożeniu ofert, że pewne funkcjonalności lub parametry są dla niego istotne jest spóźnione. Zamawiający, dokonując badania i oceny oferty, zobowiązany jest bowiem interpretować SIWZ tak, jak wskazuje na to jej brzmienie i okoliczności. Nie wolno mu oceniać ofert w sposób dowolny, lecz jedynie na podstawie sformułowanych w SIWZ zasad i wymagań. Zamawiający nie jest uprawniony, aby dopiero na etapie oceny ofert nadawać postanowieniom SIWZ inne, niż pierwotnie ustalone, znaczenie. Skoro więc zamawiający nie zawarł opisu wymogów dotyczących równoważności na etapie SIWZ, a odwołujący wykazał, iż zaoferowany przez niego produkt nosi cechy równoważności w stosunku do produktu wymaganego przez zamawiającego, Izba stwierdziła brak podstaw do odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono, jak w sentencji.

Izba w poczet materiału dowodowego zaliczyła dokumentację przedmiotowego postępowania oraz dokumenty złożone na rozprawie, uznając je za stanowiska je składających.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego i ograniczając je do wysokości 3 600,00 zł, na podstawie faktury złożonej do akt sprawy.

**Przewodniczący:** .....