

WYROK

z dnia 6 lipca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Brzeska

Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 lipca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 18 maja 2020 r. przez **wykonawcę Integrale IT Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego: Uniwersytet Szczeciński z siedzibą w Szczecinie**

przy udziale **wykonawcy Xcomp Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie** zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego;**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:**
 - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr.** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), uiszczoną przez **wykonawcę Integrale IT Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2) zasądza od **Zamawiającego: Uniwersytetu Szczecińskiego z siedzibą w Szczecinie** kwotę **11 100 zł 00 gr.** (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) na rzecz **wykonawcy Integrale IT Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu**

stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu uiszczanego wpisu oraz koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. nr 2019 r., poz. 1843 ze zm. 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 **Szczecinie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Uniwersytet Szczeciński z siedzibą w Szczecinie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (zwanej dalej również „*ustawą Pzp*”), postępowanie o udzielenie zamówienia na: *„Zakup usług wsparcia i gwarancji producenta oraz licencji funkcji bezpieczeństwa dla urządzeń zabezpieczających usługi i sieć komputerową (firewalle sprzętowe pracujące w klastrach) wraz z dostawą licencji i ich kompletną instalacją na pracującym sprzęcie Uniwersytetu Szczecińskiego”*.

Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Wykonawca Integrale IT Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu (zwany dalej: „*Odwołującym*”) w dniu 18 maja 2020 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie na czynność odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego uznając ją za spełniającą wymagania SIWZ, uwzględnienie oferty Odwołującego w toku oceny ofert.

Podstawą wniesienia niniejszego odwołania była czynność Zamawiającego z dnia 12 maja 2020 r. t.j. odrzucenia oferty wykonawcy Integrale IT Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu oraz wyboru najkorzystniejszej oferty.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, ofertę wykonawcy: Integrale IT Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu - jak również oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu. Ze względu na brak przesłanek uzasadniających odrzucenie odwołania Izba przeprowadziła rozprawę merytorycznie je rozpoznając.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba nie potwierdziła skuteczności przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcy Xcomp Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie, z uwagi na nieprzekazanie kopii zgłoszenia przystąpienia Odwołującemu. Jak wynika z akt postępowania odwoławczego (w szczególności zgłoszonego przystąpienia) wykonawca Xcomp Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie nie przekazał kopii tego zgłoszenia Odwołującemu (przystąpienie bez załączników) wobec powyższego zgłoszenie przystąpienia nie spełniało wymogów formalnych wymaganych przepisem art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie jest zasadne i zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut Odwołującego postawiany Zamawiającemu w przedmiocie niezasadnego odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w świetle przedstawionego materiału dowodowego należało uznać za zasadny.

Zamawiający w Rozdziale I SIWZ „Opis sposobu przygotowania ofert” w pkt 15 wskazał, że ilekroć w treści SIWZ, w tym opisie przedmiotu zamówienia, użyte są znaki towarowe patenty lub pochodzenie, europejskie oceny techniczne, aprobaty, certyfikat, normy i inne wymienione w ustawie Pzp, Zamawiający dopuszcza rozwiązanie równoważne i zastrzega sobie prawo weryfikacji oferowanych rozwiązań równoważnych na etapie badania i oceny ofert. Wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne opisywanym przez Zamawiającego, jest obowiązany wykazać (zgodnie z treścią art. 30a i 30b ustawy Pzp), że oferowane przez niego usługi spełniają wymagania określone przez Zamawiającego.

Ponadto w toku postępowania wykonawcy zadawali Zamawiającemu pytania dotyczące postanowień SIWZ i tak na pytanie nr 1 Zamawiający w dniu 28 kwietnia 2020 r. udzielił następującej odpowiedzi:

Pytanie nr 1:

Zgodnie z art. 29 ust. 3 PZP, opis przedmiotu zamówienia przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia jest możliwy tylko w przypadku, gdy Zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń. Jednakże wskazaniu konkretnego przedmiotu spełniającego oczekiwania Zamawiającego, zawsze muszą towarzyszyć słowa: „lub równoważny”. Widać wyraźnie, że przytoczony przepis nie uprawnia Zamawiającego do decydowania, kiedy dopuści rozwiązanie równoważne. Innymi słowy, rozwiązanie równoważne może mieć miejsce tylko w sytuacji, gdy bez podania przykładu, przedmiot zamówienia zostałby opisany w sposób niezgodny z art. 29 ust. 2 PZP, czyli utrudniający uczciwą konkurencję. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 7 września 2016 r. (KIO 1582/16) zwróciła uwagę, że opisując przedmiot zamówienia z wykorzystaniem art. 23 ust 3 PZP, Zamawiający jest zobowiązany określić minimalne parametry równoważności produktów. Parametry te, muszą być jasne oraz precyzyjne, tak aby Wykonawcy, którzy planują wziąć udział w postępowaniu i złożyć ofertę, mieli pełną wiedzę, co do oczekiwań Zamawiającego. Jaki jest oczekiwany przez niego przedmiot zamówienia. Jakiego winien on posiadać cechy i właściwości. Regulacje określone w art. 23 ust. 2 (zakaz opisywania przedmiotu zamówienia, w sposób utrudniający uczciwą konkurencję) oraz ust. 3 PZP (wykorzystanie rozwiązań równoważnych) w sposób nie budzący wątpliwości, są związane z zasadami wynikającymi z art. 7 ust. 1 PZP. Przepis ten zobowiązuje Zamawiającego do przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie Wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Zgodnie z wyrokiem KIO, złamanie przez Zamawiającego obowiązków wynikających z art. 23 ust. 2 oraz ust. 3, prowadzi do jednoczesnego naruszenia normy wynikającej z art. 7 ust. 1 PZP. „Zamawiający nie ma dowolności w ustalaniu postanowień SIWZ w celu realizacji swoich potrzeb w trybie zamówień publicznych. Zapisy SIWZ winny być precyzyjne jasne i zrozumiałe dla potencjalnych Wykonawców danej branży, nie powinny sugerować wskazania na konkretnego producenta, ale winny opisywać w sposób obiektywny przedmiot zamówienia którego realizacji oczekuje Zamawiający. Ten wymóg ma także zastosowanie do rozwiązań równoważnych.” Stanowisko (w sprawie KIO 1582/16 przedmiotem było m.in. oprogramowanie), w myśl którego Zamawiający może swobodnie decydować dla którego oprogramowania dopuszcza on rozwiązania równoważne, a dla którego oprogramowania nie, jest zdaniem Izby bezpodstawne. Zamawiający muszą pamiętać ponadto, że równoważny nie oznacza identyczny. Takie podejście prowadziłoby do zupełnego wypaczenia „równoważności”, a w praktyce uniemożliwiłoby stosowanie przez Wykonawców rozwiązań równoważnych. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2016-02-16, KIO 142/16 "w takim przypadku obowiązkiem zamawiającego jest opisanie, w jaki sposób będzie oceniał

taką równoważność, gdyż wiadome jest, że produkt równoważny nie będzie identyczny, tożsamy z produktem referencyjnym, ale ma posiadać pewne zbliżone do niego cechy i parametry, które winien wskazać zamawiający." Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2016-09-07, KIO 1582/16 "Istotne jest to, że w sytuacji, gdy zamawiający dokonuje opisu przedmiotu zamówienia, korzystając z dyspozycji art. 29 ust. 3 ustawy Pzp, winien sprecyzować zakres minimalnych parametrów równoważności produktów, w oparciu o które dokona oceny spełnienia wymagań określonych w SIWZ. Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem oraz stanowiskiem doktryny, wymogi co do równoważności produktów winny być podane w sposób dokładny, przejrzysty i jasny tak (tak jak wymóg w ustal art. 29 Pzp), aby z jednej strony zamawiający, dokonując oceny ofert, mógł w sposób jednoznaczny przesądzić kwestię równoważności zaproponowanych produktów, z drugiej zaś strony aby wykonawcy, przystępujący do udziału mieli pewność co do oczekiwań zamawiającego w zakresie właściwości i istotnych cech charakteryzujących przedmiot zamówienia. Odnosząc się do powyższego podkreślić należy, że obowiązkiem zamawiającego jest opisanie zakresu parametrów równoważności "od - do", a obowiązkiem wykonawcy jest wykazanie, że zaoferowane rozwiązania równoważne zawierają się w zakresie wskazanych przez zamawiającego parametrach równoważności. „Mając na uwadze powyższe prosimy o podanie warunków równoważności innego producenta niż Fortinet — dostawa sprzętu równoważnego wraz z licencjami.

Odpowiedź Zamawiającego:

Zgodnie z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, „(.. .) Ilekroć w treści SIWZ, w tym w opisie przedmiotu zamówienia, użyte są znaki towarowe, patenty lub pochodzenie, europejskie oceny techniczne, aprobaty, certyfikaty, normy i inne wymienione w ustawie PZP, Zamawiający dopuszcza rozwiązanie równoważne i zastrzega sobie prawo do weryfikacji oferowanych rozwiązań równoważnych na etapie badania i oceny ofert. Wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne opisywanym przez Zamawiającego, jest obowiązany wykazać (zgodnie z treścią art. 30a i 30b PZP), że oferowane przez niego usługi spełniają wymagania określone przez Zamawiającego(.. .)” Uszczegóławiając powyższe, Zamawiający informuje, iż przedmiotem zamówienia jest odnowienie usług wsparcia i gwarancji producenta oraz licencji funkcji bezpieczeństwa dla urządzeń zabezpieczających usługi i sieć komputerową (urządzeń przez Zamawiającego obecnie posiadanych). Jednocześnie, Zamawiający nie wyklucza składania ofert równoważnych. Przy tym oferowane rozwiązania równoważne musi zapewniać co najmniej taki sam poziom zabezpieczeń i funkcjonalności, jak obecnie posiadany. Reasumując, za ofertę równoważną zostanie uznana oferta przewidująca wymianę wszystkich urządzeń na modele innego producenta o funkcjonalności nie gorszej niż posiadana – podana w SIWZ

oraz specyficzna dla niżej wymienionych urządzeń) oraz zapewnienie usług wsparcia i gwarancji producenta oraz licencji funkcji bezpieczeństwa dla dostarczonych urządzeń zabezpieczających usługi i sieć komputerową (firewalle sprzętowe pracujące w klastrach) wraz z dostawą licencji i ich kompletną instalacją na dostarczonych urządzeniach. Zamawiający podał listę obecnie posiadanych urządzeń Fortinet, które wymagają odnowienia.

Zamawiający w dniu 12 maja 2020 r. odrzucił ofertę Odwołującego, uznając że jest ona niezgodna z SIWZ i podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Zatem jak wynikało z dokumentacji postępowania Zamawiający nie wykluczał składania ofert równoważnych a oferowane rozwiązanie równoważne musiało zapewniać co najmniej taki sam poziom zabezpieczeń i funkcjonalności, jak obecnie posiadany. Zamawiający nie wskazał, które z parametrów będzie oceniał w ramach równoważności, które z nich są na tyle istotne że będą przedmiotem oceny równoważności. Nie określił również granic równoważności. W konsekwencji wobec postanowień SIWZ oraz odpowiedzi na zadane Zamawiającemu pytanie za ofertę równoważną miała zostać uznana oferta przewidująca wymianę wszystkich urządzeń na modele innego producenta o funkcjonalności nie gorszej niż posiadana - podana w SIWZ oraz specyficzna dla niżej wymienionych urządzeń) oraz zapewnienie usług wsparcia i gwarancji producenta oraz licencji funkcji bezpieczeństwa dla dostarczonych urządzeń zabezpieczających usługi i sieć komputerową (firewalle sprzętowe pracujące w klastrach) wraz z dostawą licencji i ich kompletną instalacją na dostarczonych urządzeniach. Odpowiedź Zamawiającego (wskazująca na posiadanie takiego samego poziomu zabezpieczeń i funkcjonalności jak obecnie posiadany) wskazywała, że Zamawiający dopuścił rozwiązania, w tym urządzenia inne, niż dotychczas u niego stosowane, pod warunkiem, że te zaoferowane będą zapewniały co najmniej taki sam poziom zabezpieczeń i funkcjonalności, które określone zostały w SIWZ. Jak słusznie zauważył Odwołujący odpowiedź Zamawiającego można było interpretować w ten sposób, że Zamawiający dopuszcza możliwość oferowania rozwiązań, w tym urządzeń, których poziom zabezpieczeń i suma funkcjonalności nie będzie gorsza niż poziom zabezpieczeń i suma funkcjonalności wskazanych w SIWZ. Odwołujący opierając się na wyjaśnieniach Zamawiającego, zaoferował dla urządzeń Zamawiającego właściwe rozwiązania równoważne, które posiadają wszystkie wskazane w Rozdziale II SIWZ. Izba zgodziła się ze stanowiskiem Odwołującego, że gdyby przyjąć rozumowanie Zamawiającego w takim zdefiniowaniu pojęcia „równoważności” wykonawca zmuszony byłby do zaoferowania tego samego produktu, który opisała Zamawiający w SIWZ. Należałoby – jak słusznie zauważył Odwołujący zaoferować dokładnie ten sam produkt. Powyższe przeczy istocie

równoważności wprowadzonej do ustawy Pzp. Jednocześnie w ocenie Izby wszelkie wątpliwości Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia nie można interpretować na niekorzyść Odwołującego, wobec ewentualnych niejasności postanowień SIWZ. Również decyzja Zamawiającego – dotycząca odrzucenia oferty Odwołującego odnosi się wyłącznie do treści art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, co potwierdza tezę że Zamawiający wprost opisaną równoważność utożsamiał z opisem przedmiotu zamówienia wskazanym w Rozdziale II SIWZ. Mając powyższe na względzie – w ocenie Izby – wobec przedstawionej argumentacji należało uznać, że Odwołujący wykazał równoważność tak opisaną w SIWZ, poprzez wykazanie że przyjęte przez niego rozwiązanie zapewnia co najmniej taki sam poziom zabezpieczeń i funkcjonalności jak obecnie posiadany. Nie można zgodzić się z Zamawiającym, który oceniając opisaną przez Odwołującego równoważność badał w oparciu o wymagania, które nie zostały wyspecyfikowane w SIWZ jako istotne.

Mając powyższe na względzie należało odwołanie uwzględnić oraz nakazać Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

W konsekwencji na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp Izba w punkcie 1 sentencji orzekła w formie wyroku, uwzględniając odwołanie. W punkcie 2 sentencji Izba orzekła o kosztach na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do jego wyniku, zaś zgodnie z § 3 pkt 1 lit. a) i b) 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 z późn. zm.), Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego koszty strony poniesione z tytułu wpisu w kwocie 7.500,00 zł oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600 zł, co łącznie stanowi kwotę 11.100,00 zł.

Przewodniczący:

.....