

Sygn. akt: KIO/UZP 1274/09

WYROK
z dnia 28 września 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:	Małgorzata Rakowska
Członkowie:	Andrzej Niwicki
	Marzena Teresa Ordysińska
Protokolant:	Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 września 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **TOYA Systemy Komputerowe Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, ul. Narutowicza 26, 90-135 Łódź** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Województwo Śląskie z siedzibą w Katowicach, ul. Ligonia 46, 40-037 Katowice** protestu z dnia 5 sierpnia 2009 r.,

przy udziale wykonawcy **PROGRESS Systemy Komputerowe, Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, Al. Mickiewicza 27, 31-120 Kraków** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

- 1.uwzględnia odwołanie i nakazuje ponowne badanie i ocenę ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego,**
- 2.kosztami postępowania obciąża Województwo Śląskie z siedzibą w Katowicach, ul. Ligonia 46, 40-037 Katowice i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 462 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **TOYA Systemy Komputerowe Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, ul. Narutowicza 26, 90-135 Łódź,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **4 462 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) przez **Województwo Śląskie z siedzibą w Katowicach, ul. Ligonia 46, 40-037 Katowice** na rzecz **TOYA Systemy Komputerowe Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, ul. Narutowicza 26, 90-135 Łódź** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania,
- 3) dokonać zwrotu kwoty **10 538 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **TOYA Systemy Komputerowe Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, ul. Narutowicza 26, 90-135 Łódź.**

U z a s a d n i e n i e

Województwo Śląskie, zwane dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, wszczęło w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na „Dostawę sprzętu komputerowego”, z podziałem na 25 części. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich z dnia 15 maja 2009 r., nr 2009/S 93-133623.

Pismem z dnia 30 lipca 2009 r. (wpływ do Odwołującego w tej samej dacie) Zamawiający poinformował wykonawcę TOYA Systemy Komputerowe Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, zwanego dalej „Protestującym” lub „Odwołującym” o odrzuceniu jego oferty w zakresie części 13 na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, tj. ze względu na to, że treść oferty nie odpowiada treści SIWZ, ponieważ oferowany pakiet biurowy OpenOffice PL 2009 Professional nie zapewnia bezbłędnej współpracy (w tym konwersje tabel) z MS Word, MS Excel.

Nadto pismem tym Zamawiający poinformował Odwołującego o wyborze w zakresie części 13 oferty wykonawcy PROGRESS Systemy Komputerowe Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, zwanego dalej „PROGRESS” jako najkorzystniejszej.

Pismem z dnia 5 sierpnia 2009 r. (wpływ do Zamawiającego faksem w tej samej dacie) Odwołujący wniósł protest wobec odrzucenia jego oferty, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, obligującego do odrzucenia oferty wyłącznie wówczas, jeżeli jej treść faktycznie nie odpowiada treści SIWZ,
2. art. 7 ust. 2 ustawy Pzp, poprzez niezastosowanie fundamentalnej zasady obiektywizmu podczas oceny oferty Odwołującego,
3. art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, zobowiązującego do udzielenia zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy Pzp.

Jednocześnie Odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie czynności odrzucenia jego oferty,
2. dokonanie wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu do podniesionych w proteście zarzutów Odwołujący wskazał m.in., iż w dniu 21 lipca 2009 r. został zaproszony przez Zamawiającego na spotkanie w celu przeprowadzenia testów kompatybilności pakietu zaoferowanego przez niego sprzętu z pakietem określonym w SIWZ. Przygotowane przez Zamawiającego pliki, ich ilość oraz poziom skomplikowania świadczyły wyłącznie o tym, iż Zamawiający nie tylko testował pliki zawierające funkcje, co do których nie postawił żadnych wymagań w SIWZ (np. tzw. funkcja makra), ale wręcz włączył do testów pliki utworzone w aplikacji Microsoft PowerPoint, podczas gdy w SIWZ żądał jedynie bezbłędnej współpracy z aplikacjami Microsoft Word i Microsoft Excel. Do badania przeznaczono 17 testów zawierających pliki o dużym stopniu skomplikowania i wątpliwej adekwatności do postanowień SIWZ.

Jednocześnie podniósł, iż zestawienie testowanych plików w odniesieniu do postanowień SIWZ wskazuje na to, iż:

1. realizowanie funkcji przy pomocy tych samych klawiszy i skrótów jest zachowane, gdyż OpenOfficePI 2009 Professional posiada takie same podstawowe skróty jak Microsoft Office 2007 PL SBE, a poza tym wszystkie skróty można samodzielnie zdefiniować wedle potrzeb, w tym przypadku Zamawiającego,
2. pliki nr 9 i 16 dotyczą aplikacji Microsoft PowerPoint. Podczas, gdy w SIWZ wymagana była bezbłędna współpraca jedynie z aplikacjami Microsoft Word i Microsoft Excel. Tym samym Zamawiający niezasadnie wykorzystał Microsoft PowerPoint w testach,
3. pliki nr 10, 12, 13 i 17 są to pliki zawierające specyficzną funkcję, tzw. Makra. Zamawiający w zakresie bezbłędnej współpracy z Microsoft Word i Microsoft Excel wskazał jedynie konwersję tabel, która jest zachowana. W SIWZ nie było zaś mowy o pełnym wspieraniu funkcji makr. Ponadto, gdyby Zamawiający szczegółowo zażądał pełnej zgodności w zakresie funkcji makr, wówczas nie istnieje jakiegokolwiek

inny niż Microsoft Office pakiet biurowy mogący to zapewnić. Pakiet OpenOffice również posiada swoją funkcję makr, jednak ze względu na odrębne języki programowania obu pakietów nie ma możliwości całkowicie pełnego, wzajemnego wspierania się funkcji makr pomiędzy dwoma różnymi pakietami biurowymi,

4. pliki nr 4 i 7 – występuje jedynie zmiana koloru niektórych liter na wykresie, co nie może świadczyć o błędnej współpracy. Kolor można w ciągu kilku sekund zmienić, co nie może wedle potrzeb, a zmiana koloru występuje jedynie w zakresie niektórych tekstów w ramach wykresu, zaś w SIWZ nie ma szczegółowo mowy o zapewnieniu całkowitej zgodności odnośnie wykresów, jest jedynie wymóg dotyczący bezbłędnej konwersji tabel,
5. plik nr 5 występuje jedynie zmiana sposobu wyświetlania adresu www, co nie może stanowić o błędnej współpracy z plikiem, gdyż plik otwiera się prawidłowo, a adres www jest prawidłowo aktywny, jak również jest możliwość jego odczytania (zmienia się jedynie forma jego wyświetlenia),
6. plik nr 2, 3, 8, 11, 14 i 15 – wszelkie różnice ustępują po zmianie rozszerzenia pliku z docx na doc lub też z xlix na xls. Problem ten jest rozwiązywalny poprzez wykonanie prostego zabiegu trwającego zaledwie kilka sekund.

Nadto dodał, iż nie można wymagać aby produkt równoważny był identyczny ze wskazanym w SIWZ.

Pismem z dnia 5 sierpnia 2009 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu protestu, przekazał kopię protestu oraz wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu (przedmiotowe pismo wykonawca PROGRESS otrzymał w tej samej dacie).

Pismem z dnia 7 sierpnia 2009 r. wykonawca PROGRESS przystąpił do protestu (wpływ do Zamawiającego faksem w tej samej dacie), przekazując jednocześnie kopię pisma protestującemu. Wykonawca ten podniósł, iż mimo, że oferowany przez Protestującego pakiet biurowy OpenOfficePI 2009 Professional jest oprogramowaniem opartym o najnowsze źródła nie może być jednak uznawany za równoważny pakietowi Microsoft Office 2007 PL SBB ze względu na liczne ograniczenia, które wskazał szczegółowo w złożonym piśmie.

Pismem z dnia 20 sierpnia 2009 r. (wpływ do Odwołującego w tej samej dacie) Zamawiający rozstrzygnął protest przez jego oddalenie, wskazując m.in., iż miał prawo do przeprowadzenia testów sprawdzających bezbłędne funkcjonowanie oferowanego przez Odwołującego pakietu biurowego i z prawa tego skorzystał, zwłaszcza że powziął wątpliwość co do oceny treści złożonej oferty, a szczególnie oświadczenia załączonego do oferty Odwołującego (oświadczenia pana Tomasza N. przedstawiciela firmy OpenOffice Software Sp. z o.o.).

Nadto podniósł niezgodności w 17-tu pozycjach dotyczących poszczególnych testów, podkreślając, iż oferowany przez Odwołującego pakiet OpenOffice Professional 2009 jest pozornie kompatybilny jedynie w sytuacji zainstalowania na stanowiskach z OpenOffice'm pakietu MS Office 2007, a realizowany przez Zamawiającego projekt nie przewiduje takiego procesu konwertowania, gdyż wiązałoby się to z dodatkowymi kosztami (zakup i instalacja pakietu biurowego MS Office 2007, który taka konwersję w sposób prawidłowy). Wskazał, m.in. na to, iż:

1. oferowany OpenOffice nie jest kompatybilny w kwestii korespondencji seryjnej,
2. prawidłowa konwersja wskazanych przez Zamawiającego plików jest możliwa tylko za pomocą pakietu MS Office,
3. występuje błędne wyświetlenie koloru tła niektórych liter wewnątrz wykresu,
4. występuje brak kompatybilności w kwestii:
 - a) konwersji tabel,
 - b) współpracy z MS Word i MS Excel co przekłada się na wszystkie funkcje, w tym funkcję makro,
5. występuje zmiana kolorystyki wykresów słupkowych (wykres 2), zniknięcie wykresu liniowego (wykres 1).

Wskazał także na uciążliwość związaną z użyciem oprogramowania oferowanego przez Odwołującego, co jest determinowane koniecznością wykonania dodatkowych czynności przez odpowiednio przeszkolonego użytkownika.

Pismem z dnia 26 sierpnia 2009 r. Odwołujący złożył odwołanie od ww. rozstrzygnięcia protestu (wpływ do Prezesa UZP w dniu 27 sierpnia 2009 r., wpływ do Zamawiającego w dniu 26 sierpnia 2009 r.; przedmiotowe pismo nadano w placówce pocztowej operatora publicznego w dniu 26 sierpnia 2009 r.), podtrzymując zarzuty, argumenty oraz wnioski zawarte w proteście.

W dniu 23 września 2009 r. (pismem z dnia 21 września 2009 r.) wykonawca PROGRESS przystąpił do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ wraz z załącznikami, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Przede wszystkim Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 187 ust. 4 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania. Ustalono, że Odwołujący, podnosząc zarzut podjęcia przez Zamawiającego z naruszeniem przepisów ustawy Pzp czynności odrzucenia jego oferty, która była ofertą najtańszą, w sposób wystarczający wykazał uszczerbek w swoim interesie prawnym, związany z bezprawnym pozbawieniem go przez Zamawiającego szans na uzyskanie niniejszego zamówienia.

Odnosząc się do zarzutów podniesionych w odwołaniu skład orzekający Izby ustalił, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie, gdyż zarzuty dotyczące nieuprawnionego odrzucenia oferty Odwołującego potwierdziły się.

Izba ustaliła, iż Zamawiający, opisując przedmiot zamówienia dla zakresu 13, zamieścił postanowienie: pakiet biurowy „MS Office 2007 PL SB lub równoważny (...). Pakiet biurowy jest równoważny pakietowi MS Office 2007 PL SBE, jeśli realizuje wszystkie funkcje przy pomocy tych samych klawiszy na klawiaturze oraz skrótów klawiszowych w trakcie jego obsługi. Musi zapewniać bezbłędną współpracę (w tym konwersje tabel) z MS Word, MS Excel”. Jednocześnie Zamawiający zastrzegł sobie prawo do przeprowadzenia testów sprawdzających poprawność funkcjonowania oferowanego pakietu biurowego pod względem bezbłędnej współpracy z plikami zapisywanymi w MS Office 2000/XP/2003/2007, podkreślając iż niespełnienie przez oferowany pakiet biurowy wymogów Zamawiającego skutkować będzie odrzuceniem oferty.

Odwołujący, w złożonej ofercie, zaoferował, pakiet biurowy Open Office PL Professional 2009, który w dniu 23 lipca 2009 r. poddano testom kompatybilności z pakietem biurowym MS Office 2007 SBE, w wyniku którego Zamawiający stwierdził niekompatybilność oferowanego przez Odwołującego pakietu biurowego w zestawieniu z 17 plikami testowymi, w konsekwencji odrzucając ofertę Odwołującego.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Bezspornym jest, iż wykonawca – zgodnie z postanowieniami SIWZ - mógł zaoferować pakiet biurowy MS Office 2007 PL SBE lub inny, równoważny produkt, o ile spełnił on „określone w SIWZ parametry techniczne/funkcjonalne”, stanowiące „minimalne wymagania Zamawiającego (...) zgodnie z zakresami.”

Zamawiający wskazał wymagany przez niego zakres równoważności podkreślając, iż zaoferowany produkt ma bezbłędnie współpracować z MS Word i MS Excel, kładąc jedynie nacisk na funkcję konwersji tabel. Natomiast nie wyspecyfikował ponadto żadnych szczegółowych wymagań.

Faktycznie, jak podniósł Odwołujący na rozprawie, okazując Izbie przykładowo opis zakresu 14 (s. 13 i 14 załącznika do SIWZ), w odniesieniu do innych zakresów Zamawiający

szczegółowo określił w jakie narzędzia i funkcje program ma być wyposażony, jak również jakich cech programu oczekuje. Tak szczegółowych wymagań istotnie nie wyspecyfikował w odniesieniu do zakresu 13. Uczynił to, jak podniósł Odwołujący, dopiero na etapie badania równoważności zaoferowanego przez Odwołującego pakietu biurowego z pakietem wskazanym w SIWZ, dokonując badań np. w zakresie funkcji makr i kompatybilności z PowerPoint. W trakcie prezentacji – podczas rozprawy - przykładowych plików testowych, którym poddano oferowany przez Odwołującego pakiet na zgodność z wymogami Zamawiającego, nie wystąpiły problemy, czy też niezgodności wskazane w protokole z dnia 23 lipca 2009 r., jak również ujawnione w złożonej do akt sprawy wizualizacji wyników przeprowadzonych przez Zamawiającego testów sprawdzających poprawność funkcjonowania oferowanego pakietu biurowego. Prezentacji dokonano w odniesieniu do „tabel” (s.1 i 3 wizualizacji). W obydwu przypadkach, w trakcie prezentacji, czemu Zamawiający nie zaprzeczył, plik zawierający tabelę otworzył się prawidłowo. Istotnie powyższe wymagało dokonania dodatkowych czynności, tj. zmiany formatu testowanego pliku z rozszerzeniem „*.docx” na „*.doc”, jednak Zamawiający nie wyłączył takiej możliwości, opisując przedmiot zamówienia w zakresie 13. Zamawiający dopuszczając produkt równoważny powinien tak przygotować SIWZ i w taki sposób sprecyzować w niej dodatkowe warunki, by mógł następnie w sposób jednoznaczny przesądzić kwestię równoważności oferty. Natomiast w niniejszym stanie faktycznym Zamawiający ogólnikowo opisał stawiane pakietowi biurowego wymagania. Tym samym nie był uprawniony do badania równoważności w niezakreślonych wcześniej granicach. Dopiero wówczas, tj. po szczegółowym określeniu stawianych produktowi wymagań byłby uprawniony do podjęcia decyzji o zakwalifikowaniu oferty (w takim zakresie jak to uczynił) jako równoważnej bądź jej odrzuceniu. Opis przedmiotu zamówienia powinien bowiem zawierać dokładne określenie precyzujące wymogi Zamawiającego w zakresie równoważności. Skoro jednak takich wymogów Zamawiający nie określił nie może on ich uszczegóławiać dopiero na etapie badania oceny ofert.

Jednocześnie należy podkreślić, iż „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” (wyrok KIO z dnia z dnia 6 sierpnia 2009 r. w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 967/09). Niewątpliwie pakiet biurowy Open Office PL Professional 2009 nie jest identyczny z pakietem biurowym MS Office 2007 PL SB. Niemniej jednak w zakresie wskazanym przez Zamawiającego w SIWZ jest on produktem równoważnym. 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. Czynności takie są już wykonywane w jednostce Zamawiającego, gdyż – jak oświadczył on na rozprawie – część stacji pracuje u niego w oparciu o oprogramowanie MS Office, część zaś w oparciu o program Open Office, a więc taki jaki obecnie zaoferował Odwołujący. Okoliczność, iż pracownicy Zamawiającego nie radzą sobie z takim programem, jaki zaoferował obecnie Odwołujący, jak również to, iż wymaga on wykonania dodatkowych czynności nie zasługuje na uwzględnienie. Bezspornym jest bowiem, iż Zamawiający dopuścił zaoferowanie programu równoważnego, mimo iż sam jak stwierdził na rozprawie, nie wie, czy poza MS Office istnieje program, który byłby równoważny z programem MS Office, a tym samym z postawionymi przez niego wymaganiami.

W tej sytuacji stwierdzić należy, że skoro Zamawiający, dopuszczając równoważność, a jednocześnie – jak wynika z całości akt postępowania – preferując wyłącznie jeden określony produkt (MS Office), wprowadził wymóg pozornej równoważności. Jak bowiem podniósł Odwołujący na rozprawie wymóg tak sformułowany jak w zakresie 13 istotnie dopuszczał produkt równoważny bez jego uszczegóławiania (poprzez jasne i precyzyjne sformułowanie stawianych wymogów), gdyby zaś znalazły się postanowienia wskazujące także na inne funkcje programu (np. funkcje makr) pozwalałoby to stwierdzić wykonawcom faktycznie, iż Zamawiający oczekuje wyłącznie produktów MS Office. Skoro jednak tego nie uczynił nie może on na tym etapie postępowania doprecyzowywać stawianych produktowi wymogów, ale dokonać oceny wyłącznie na podstawie postanowień zawartych w zakresie 13.

W związku z powyższym orzeczono jak w sentencji.

Izba stwierdziła naruszenie wskazanych przez Odwołującego przepisów ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

Stosownie do art. 194 i 195 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 Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w Katowicach.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....