

Sygn. akt: KIO 1477/12

WYROK
z dnia 23 lipca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Agata Mikołajczyk**

Protokolant: **Jakub Banasiak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **23 lipca 2012 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 lipca 2012 r. przez **Odwołującego** – SAMAXON Sp. z o.o., ul. Stolarska 10/7, 43-190 Mikołów, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego** - Polskie Radio - Regionalna Rozgłośnia w Poznaniu Radio "Merkury" Spółka Akcyjna, ul. Berwińskiego 5, 60-765 Poznań,

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża **Odwołującego - SAMAXON Sp. z o.o., Ul. Stolarska 10/7, 43-190 Mikołów** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego - SAMAXON Sp. z o.o., Ul. Stolarska 10/7, 43-190 Mikołów**, tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) 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

Wykonawca - SAMAXON Sp. z o.o. z Mikołowa wniósł odwołanie w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego o wartości zamówienia poniżej tzw. „progów unijnych” na dostawę sprzętu komputerowego i oprogramowania w trzech zadaniach - zadanie nr 2 - na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113 poz. 759 ze zm.) [dalej: ustawa Pzp], zarzucając Zamawiającemu - Polskie Radio - Regionalna Rozgłośnia w Poznaniu „Radio Merkur” S.A. naruszenie przepisów (1) art. 7 ust. 1 ustawy, poprzez niezachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania Wykonawców, w związku z naruszeniem art. 89 ust 1 pkt 2 polegającą na odrzuceniu oferty Odwołującego ze względu na zaproponowanie przez niego produktu niezgodnego z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SIWZ, pomimo, iż oferta Odwołującego nie podlega odrzuceniu ze względu na zaproponowanie produktu zgodnego z wymaganiami Zamawiającego; (2) art. 7 ust 3 ustawy w związku z art. 91 ust 1 poprzez wybór oferty wykonawcy - VOL Sp. z o.o. sp. k. z Poznania, pomimo, że oferta ta nie jest ofertą najkorzystniejszą cenowo złożoną na zadanie nr 2 przedmiotowego postępowania; (3) uznaniu oferty wykonawcy - VOL Sp. z o.o. sp. k. z Poznania, jako oferty najkorzystniejszej w zadaniu nr 2 przedmiotowego postępowania oraz (4) odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych z powodu zaproponowania przedmiotu niezgodnego z wymaganiami Zamawiającego (rozdział II SIWZ, opis zadania 2, str 10) oraz zaproponowania przez wykonawcę programu OpenOfficePL. W uzasadnieniu wykonawca podał, że złożył ofertę na zadanie 2 przedmiotowego postępowania - oprogramowanie biurowe - 10 szt. W dniu 10 lipca 2012 r. za pośrednictwem faksu został poinformowany o wyborze oferty wykonawcy - VOL sp. z o.o. Sp. k z Poznania, jako oferty najkorzystniejszej w zadaniu nr 2 oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. pkt 2 ustawy PZP, jako oferty niezgodnej z SIWZ. Podał także, że Zamawiający w przedmiotowym piśmie poinformował wykonawcę, że: „Zaproponowany przedmiot zamówienia jest niezgodny z wymaganiami Zamawiającego (rozdział II SIWZ, opis zadania 2, str 10). Ponadto cena zaproponowania przez Wykonawcę programu OpenOfficePL Standard 2012 - 984 zł z VAT/sztukę jest kilkukrotnie wyższa niż cena podana w Sklepie OpenOffice Software - 269 zł/sztukę ”. Kwestionując powyższą decyzję Odwołujący podniósł następujące okoliczności. Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia zawarł następujące zapisy: „Zadanie 2 Oprogramowanie biurowe MS Office — (nieprzypisane do zakupionych komputerów) a) program do tworzenia: dokumentów, arkuszy kalkulacyjnych, prezentacji, (...); b) obsługiwane formaty plików: DOCx, XLSx, PPSx (oraz starsze DOC, XLS, PPS), c) platforma systemowa: Windows; d) wersja zapewniająca możliwość przenoszenia oprogramowania na inne komputery (np. BOX lub MOLP), e) wersja

komercyjna, f) nośnik (min 2 szt. - osobno wyceniony, jeżeli licencja nie ma własnego nośnika np. MOLP lub bez wyceny, gdy licencja ma go w swoim opakowaniu [każda osobny] jak przy BOX) ”. Odwołujący w ofercie wskazał następujące parametry techniczne: „przedmiot oferty: Oprogramowanie OpenOfficePL Standard 2012 wersja wielostanowiskowa - szt. 10; producent/firma: OpenOffice Software sp. z o.o.; nazwa programu: OpenOfficePL Standard 2012 wersja wielostanowiskowa wersja: 2012; Opis (krótki i zwięzły) dostępnych funkcji programu (wyszczególnić najbardziej znaczące lub wymienić podprogramy składowe): a) edytor tekstu - Writer, b) arkusz kalkulacyjny – Calc; c) program do tworzenia prezentacji – Impress; d) program do tworzenia grafik i diagramów – Draw; e) edytor formuł matematycznych – Math; f) bazę danych - Base, g) program służący do tworzenia i organizowania notatek i informacji - RedNotebook, program do tworzenia materiałów marketingowych i skład DTP - Scribus, przeglądarka internetowa - Firefox, klient poczty email - Thunderbird, kalendarz/terminarz – Lightning; h) aplikacja do czytania i drukowania plików PDF - Adobe Reader; i) archiwizator plików - 7zip; j) wersja demonstracyjna programu CAD – Qcad; k) wersja demonstracyjna oprogramowania do tworzenia baz danych – Kexi; l) podręcznik użytkownika w formacie PDF, szablony, kliparty, czcionki oraz ł) Nośnik (tak/nie, jaki) CD-ROM 2 sztuk”. Tym samym – zdaniem wykonawcy - oprogramowanie zaproponowane przez Odwołującego spełnia wszystkie wymagania Zamawiającego, tzn. jest oprogramowaniem biurowym nieprzypisanym do komputerów, posiada program do tworzenia dokumentów, arkuszy kalkulacyjnych, prezentacji, obsługuje formaty plików: DOCx, XLSx, PPSx (oraz straszę DOC, XLS, PPS), pracuje na platformie systemowej Windows, zapewnia możliwość przenoszenia oprogramowania na inne komputery, jest wersją komercyjną, posiada 2 szt. nośniki. Dodatkowo oprócz wymagań Zamawiającego oprogramowanie posiada dodatkowo: program do tworzenia grafik i diagramów - Draw, 2) edytor formuł matematycznych - Math, 3) bazę danych - Base, 4) program służący do tworzenia i organizowania notatek i informacji - RedNotebook, 5) program do tworzenia materiałów marketingowych i skład DTP - Scribus, 6) przeglądarkę internetową - Firefox, 7) klienta poczty email - Thunderbird, 8) kalendarz/terminarz - Lightning, 9) aplikację do czytania i drukowania plików PDF - Adobe Reader, 10) archiwizator plików - 7zip, 11) wersję demonstracyjną programu CAD - Qcad, 12) wersję demonstracyjną oprogramowania do tworzenia baz danych - Kexi, 13) podręcznik użytkownika w formacie PDF, oraz 14) szablony, kliparty, czcionki. Podniósł także, że jeśli nawet przyjąć, że Zamawiający przez bardzo ogólnikowy i niejednoznaczny zapis „*Oprogramowanie biurowe MS Office*” miał na myśli oprogramowanie firmy Microsoft to na podstawie dyspozycji art. 29 ust 3 ustawy Pzp, Odwołujący zaproponował oprogramowanie równoważne wskazując w sposób oczywisty i wystarczający, że oferowany przez niego pakiet zawiera wszystkie komponenty wymagane przez Zamawiającego w SIWZ. Oprogramowanie OpenOfficePL Standard 2012 jest

funkcjonalnie równoważne oraz kompatybilne z oprogramowaniem Microsoft Office. Obsługuje formaty takie jak między innymi DOCx, XLSx, PPSx (oraz starsze DOC, XLS, PPS) oraz w znakomitej większości przypadków umożliwia bezbłędny i bezproblemowy odczyt oraz edycję plików zapisanych w ww. formatach. Program OpenOffice jest wśród dostępnych na rynku pakietów biurowych najbardziej zbliżonym odpowiednikiem oprogramowania Microsoft Office. Powyższe potwierdza także – zdaniem wykonawcy - jednolita linia orzecznictwa KIO. Biorąc pod uwagę powyższe Odwołujący żąda: (1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej; (2) unieważnienia czynności odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego (3) ponownej oceny ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu z uwzględnieniem oferty Odwołującego (4) wyboru oferty złożonej przez Odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej, niepodlegającej odrzuceniu oraz spełniającej wszystkie wymagania opisane w SIWZ.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie przede wszystkim stwierdził, że przedmiotem zamówienia Wniósł o oddalenie odwołania w całości z powodu jego bezzasadności. Podkreślił przede wszystkim, że przedmiotem zadania nr 2 była dostawa oprogramowania biurowego MS Office w ilości 10 sztuk, o parametrach szczegółowo określonych w SIWZ (rozdział II, opis zadania - s. 10). Zgodnie z SIWZ oferty należało przygotować według załączonego do nich wzoru (załącznik nr 2 pt. Zestawienie parametrów technicznych). W treści wzoru oferty na oprogramowanie biurowe, zamawiający poinformował wykonawców, że w sytuacji, gdy parametry oferowanego oprogramowania będą niższe od minimalnych wymagań technicznych określonych w SIWZ, oferta taka zostanie odrzucona. Zamawiający nie przewidział możliwości zaoferowania produktu równoważnego w stosunku do oprogramowania MS Office, wykluczając tym samym taką możliwość. Odwołujący zaoferował oprogramowanie producenta OpenOffice Software Sp. z o.o. w cenie 9.840,00 zł brutto, czyli 984,00 zł brutto za sztukę i zamawiający poinformował [pismem z dnia 10.07. 2012 r.] odwołującego o odrzuceniu jego oferty. W uzasadnieniu podano dwie przyczyny odrzucenia oferty. Po pierwsze wskazano, iż zaoferowany przedmiot jest niezgodny z wymaganiami zamawiającego określonymi w SIWZ. Po drugie wskazano, że cena zaproponowanego przez odwołującego programu OpenOfficePL Standard 2012 jest kilkukrotnie wyższa niż cena oferowana w sklepie internetowym producenta oprogramowania. Zamawiający podkreślił, że (...) Odwołujący, jako jedyny z wykonawców zaoferował produkt OpenOfficePL Standard 2012, inny niż oprogramowanie wskazane w SIWZ. Stwierdził także, że (...) Opisując przedmiot zamówienia Zamawiający nie dopuścił zaoferowania programu równoważnego MS Office. Tym samym treść oferty nie odpowiadała treści SIWZ, co w konsekwencji zobligowało zamawiającego do jej odrzucenia. Niezależnie od powyższego, nawet gdyby hipotetycznie przyjąć, że odrzucona oferta była zgodna z

treścią SIWZ, to z uwagi na podaną w niej ceną zaoferowanego oprogramowania, jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (zwanej dalej w skrócie „uznk”), a co za tym idzie obligowało zamawiającego do jej odrzucenia. W tym przypadku odwołujący zaoferował oprogramowanie OpenOfficePL Standard 2012 w cenie 9.840,00 zł brutto za 10 sztuk, czyli 984,00 zł brutto za sztuką. Według cennika dostępnego na stronie internetowej firmy OpenOffice Software Sp. z o.o. (...) cena oprogramowania OpenOfficePL Standard 2012 w wersji zaoferowanej przez odwołującego wynosi 169,00 zł brutto. Natomiast w sklepach internetowych niezwiązanych bezpośrednio z producentem oprogramowania, jego cena oscyluje w granicach około 150,00 zł brutto. Tym samym cena zaoferowana przez odwołującego prawie sześciokrotnie przewyższa ceną rynkową oprogramowania OpenOfficePL Standard 2012 i pozwoliłaby na zakup nie 10, ale blisko 60 sztuk oprogramowania. Taka oferta – zdaniem Zamawiającego zawierająca ceną, której wysokość w sposób rażący odbiega od rzeczywistej wartości oprogramowania - jest sprzeczna zarówno z prawem jak i dobrymi obyczajami oraz zagraża usprawiedliwionym interesom zamawiającego oraz pozostałych wykonawców, a więc wypełnia znamiona klauzuli generalnej deliktu nieuczciwej konkurencji (art. 3 ust. 1 uznk). Zamawiający podniósł także, że oferta odwołującego mogła w praktyce prowadzić do wyzysku, gdyż jej wybór doprowadziłby do zawarcia umowy, w której zachodziłaby rażąca dysproporcja pomiędzy świadczeniem zamawiającego, a świadczeniem wykonawcy.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

Tak jak stwierdziła Izba przedmiotem tego zamówienia jest dostawa, której wartość nie przekracza kwoty ustalonej przepisami rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2009 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot [stanowi kwotę 48.400 zł, co stanowi równowartość 12.040, 99 euro] i ogłoszenie o tym zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych. Tym samym w niniejszej sprawie ma zastosowanie art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym w postępowaniach o wskazanej wartości odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności: (1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę; (2) opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu; (3) wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia; oraz wobec (4) odrzucenia oferty odwołującego.

Czynnością zaskarżoną, w niniejszym odwołaniu jest przede wszystkim czynność odrzucenia na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp oferty odwołującego się wykonawcy oraz wybór oferty wykonawcy - VOL Sp. z o.o. sp. k. z Poznania. Mając na uwadze wskazany art. 180 ust. 2 ustawy Pzp nie jest możliwe, zatem zaskarżenie czynności wyboru oferty innego wykonawcy. Jednakże wykonawca mimo takiego ograniczenia prawnego możliwości podnoszenia zarzutów tylko do jego oferty, ma w tych konkretnych okolicznościach faktycznych, możliwość powoływania się na interes w rozumieniu art. 179 ust.1 ustawy Pzp do wnoszenia odwołania, albowiem złożył najkorzystniejszą ofertę cenową [cena jedynym kryterium wyboru] i tym samym uwzględnienie zarzutu, co do braku podstaw odrzucenia jego oferty umożliwia temu wykonawcy uzyskanie zamówienia.

Rozpoznając niniejsze odwołanie Izba przede wszystkim miała na uwadze dyrektywę zawartą w art. 192 ust.7 ustawy Pzp, zgodnie, z którą Krajowa Izba Odwoławcza może orzekać tylko w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu. Rozpoznając z kolei zarzuty podniesione w odwołaniu, Izba ma także obowiązek stwierdzić, czy dany zarzut został wniesiony w terminie określonym w art. 182 ustawy Pzp oraz, czy wobec treści art. 180 ust.2 ustawy Pzp – może być skutecznie podnoszony. Tak jak ustaliła Izba w przedmiotowym odwołaniu podniesiono zasadniczy zarzut naruszenia art. 7 ust.1 w związku z art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp oraz zarzut naruszenia art. 7 ust.3 w art. 91 ust.1 ustawy Pzp.

W okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy odwołania podlega oddaleniu. Tak jak przyznał w odpowiedzi na odwołanie zamawiający postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie pozwalały na zaoferowanie programu równoważnego do MS Office, wymaganego w niniejszym postępowaniu. Odwołujący z kolei powołując się na art. 29 ust. 3 ustawy Pzp przyznaje, że oprogramowanie OpenOfficePL Standard 2012 nie jest tożsame z wymaganym w niniejszym postępowaniu. Tym samym treść oferty nie odpowiada treści SIWZ, co w konsekwencji zobowiązywało zamawiającego do jej odrzucenia. Izba jednocześnie zwraca uwagę, że co do zasady nie jest dopuszczalne skuteczne kwestionowanie postanowień specyfikacji po złożeniu oferty, z uwagi na upływ terminu do wniesienia odwołania - w tym stanie faktycznym po upływie terminu określonego art. 182 ust.2 pkt 2 ustawy Pzp. Zatem brak odwołania się w specyfikacji do art. 29 ust.3 ustawy Pzp i jednocześnie nie określenie parametrów równoważności dla produktu innego niż Microsoft Office nie pozwalał wykonawcy na złożenie oferty w zadaniu 2 na oprogramowanie biurowe inne niż MS Office.

W tym stanie rzeczy, Izba orzekła jak w sentencji. O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, uwzględniając przepisy 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).

.....