

Sygn. akt: KIO 2125/19

WYROK
z dnia 8 listopada 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Monika Szymanowska**

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 listopada 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 października 2019 r. przez wykonawcę Oxygen Information Technology Sp. z o.o. w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Komendę Główną Policji w Warszawie

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę Oxygen Information Technology Sp. z o.o. w Warszawie i:
 - 2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Oxygen Information Technology Sp. z o.o. w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy Oxygen Information Technology Sp. z o.o. w Warszawie na rzecz zamawiającego Komendy Głównej Policji w Warszawie kwotę w wysokości 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego w postaci wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 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 Warszawie.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

wyroku z dnia 8 listopada 2019 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 2125/19

Zamawiający – Komenda Główna Policji, ul. Puławska 148/150, 02-642 Warszawa, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Zakup wsparcia technicznego producenta (subskrypcji) dla oprogramowania RED Hat Enterprise Linux oraz Ymware”, podzielone na dwa zadania, o ogłoszeniu o zamówieniu publicznym opublikowanym w dniu 13 sierpnia 2019 r. pod numerem 2019/S 155-381800 w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, zwane dalej jako „postępowanie”.

Izba ustaliła, że postępowanie, o wartości powyżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.) zwanej dalej jako „p.z.p.”, jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego.

W dniu 11 października 2019 r. zamawiający przekazał wykonawcy Oxygen Information Technology Sp. z o.o., ul. Domaniewska 37, 02-672 Warszawa (dalej zwanemu jako „odwołujący”) informację o odrzuceniu jego oferty, którą zaskarżono w dniu 21 października 2019 r. Odwołujący we wniesionym środku zaskarżenia postawił zamawiającemu zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. i wniósł o unieważnienie czynności odrzucenia jego oferty oraz o zasądzenie od zamawiającego na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu wniesionego środka ochrony prawnej odwołujący podniósł co następuje.

Zgodnie z pkt 8 rozdziału IV SIWZ zamawiający dopuścił możliwość składania ofert równoważnych. Odwołujący złożył ofertę na część nr 1 – zakup wsparcia technicznego producenta (subskrypcji) dla oprogramowania Red Hat Enterprise Linux, oferując rozwiązanie równoważne, podając nazwy i numery katalogowe, tj.: RH00002F3EL EuroLinux support for Red Hat Enterprise Linux for Virtual Datacenters, Standard 3Y – ilość 3, RH00003F3EL EuroLinux support for Red Hat Enterprise Linux Server, Premium (Physical or Virtual Nodes) 3Y – ilość 21, RH00003F3EL EuroLinux support for Red Hat Enterprise Linux for Virtual Datacenters, Premium 3Y – ilość 6, RH00003F3EL EuroLinux support for Red Hat Enterprise Linux Server, Premium (Physical or Virtual Nodes) 3Y – ilość 8. Odwołujący załączył również dokument potwierdzający równoważność w postaci „wyciągu z opinii”, który został wydany przez Polskie Towarzystwo Informatyczne.

Odwołujący podniósł, że zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia jego oferty wskazał, iż zwrócił się do wykonawcy o złożenie wyjaśnień w zakresie rozbieżności, kiedy pismo datowane na dzień 24.09.2019 r. odnosi się do wyjaśnienia treści oferty i nie ma w nim mowy o rozbieżnościach oferty odwołującego w stosunku do treści SIWZ. Ponadto, odwołujący

dodał, że nie zapoznał się z rzezonym wezwaniem w terminie określonym w piśmie i zwrócił się do zamawiającego o wyznaczenie nowego terminu, zgłaszając gotowość do udzielenia odpowiedzi, jednakże zamawiający nie wyraził na to zgody. Tym niemniej, w ocenie odwołującego wszystkie odpowiedzi zostały zawarte w złożonej ofercie.

Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty wskazał:

1. „Zamawiający w SIWZ określił przedmiot zamówienia jako „Zakup wsparcia technicznego producenta (subskrypcji) dla oprogramowania Red Hat Enterprise Linux”. Wykonawca złożył ofertę na usługę wsparcia technicznego EuroLinux dla RHEL. Zgodnie z wiedzą zamawiającego oferowane wsparcie nie będzie widoczne na kontach Zamawiającego w Red Hat Enterprise Linux, wskazanych w OPZ, stanowiącym załącznik nr 2, co oznacza niezgodność oferty z treścią SIWZ”.

Natomiast zdaniem odwołującego, po pierwsze – zamawiający w żadnym miejscu informacji o odrzuceniu nie wskazał, iż dopuścił składanie ofert równoważnych, co biorąc pod uwagę stan faktyczny i ofertę odwołującego jest istotne, ponieważ odwołujący złożył ofertę obejmującą rozwiązanie równoważne. Po drugie, według odwołującego w żadnym miejscu dokumentacji nie wskazano, iż niezależnie od oferowanego produktu, wsparcie ma być widoczne na kontach zamawiającego w Red Hat Enterprise Linux pod numerem 974693 lub 5382686. Wskazane przez zamawiającego numery są nadawane przez producenta, pełniąc rolę numeru klienta. Należy także podkreślić, że przedmiotem zamówienia jest zakup wsparcia technicznego producenta, a nie obsługa konta posiadanego przez zamawiającego. Każdy producent przekazuje zamawiającemu aktywne konto do obsługi.

2. „Brak widoczności wykupionego wsparcia producenta na kontach Red Hat Zamawiającego uniemożliwia dokonanie pozytywnego odbioru przedmiotu umowy ponieważ zgodnie z § 8 ust. 4 Projektu umowy stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ, podstawą pozytywnego odbioru stanowiącym będzie Protokół odbioru dokumentu, który zostanie podpisany po dokonaniu weryfikacji przekazanego dokumentu (tj. oświadczenia Wykonawcy bądź innego dokumentu potwierdzającego wykupienie u producenta oprogramowania na rzecz Zamawiającego wsparcia technicznego na Przedmiot umowy), a także po zalogowaniu się na konto Zamawiającego i zweryfikowaniu terminu na jaki zostało wykupione wsparcie techniczne”.

W ocenie odwołującego powołany przez zamawiającego paragraf projektu umowy należy połączyć również z jego ustępem 1, który brzmi: „Wykonawca w terminie do 10 dni kalendarzowych od dnia zawarcia Umowy przekaże Komisji do odbioru przedmiotu umowy oświadczenie Wykonawcy bądź inny dokument potwierdzający wykupienie u producenta oprogramowania na rzecz Zamawiającego wsparcie techniczne na przedmiot umowy określony wraz z terminem obowiązywania w załączniku nr 1 do Umowy”, a także z ustępem 4 w brzmieniu: „Komisja do odbioru przedmiotu umowy ze strony Zamawiającego dokona

weryfikacji przekazanego dokumentu, a także logując się na konto Zamawiającego potwierdzi wykupienie usługi wsparcia oprogramowania oraz zweryfikuje termin na jaki zostało wykupione wsparcie techniczne, o którym mowa w ust. 1 powyżej. Potwierdzeniem pozytywnego odbioru stanowić będzie protokół odbioru dokumentu podpisany bez uwag.”

Odwołujący oświadczył, iż zaoferowane przez niego rozwiązanie równoważne zostanie zrealizowane zgodnie z umową, spełniając wszystkie warunki, w tym ww. oświadczenie, protokół, jak również obowiązek zalogowania się na konto zamawiającego, przydzielone przez producenta. Jak również zostanie potwierdzone wykupienie usługi wsparcia oprogramowania oraz zweryfikowany termin, na jaki zostało wykupione wsparcie techniczne, o czym mowa w § 8 ust. 1 umowy. Odwołujący dodał, iż potwierdza, że zaoferowane przez niego rozwiązanie równoważne spełnia wszystkie wymagania zamawiającego, jak również sposób realizacji będzie zgodny z umową.

Odwołujący podkreślił także, że zamawiający jako profesjonalista i dysponent środków publicznych, winien dokonać oceny oferty zgodnie z dokumentacją opublikowaną przed terminem składania ofert. Zmiany w sposobie oceny i doprecyzowanie zapisów SIWZ na etapie oceny ofert są niedopuszczalne i wskazują, iż zamawiający dokonał oceny jego oferty z pominięciem zasad obowiązujących w ustawie p.z.p.

Działając w imieniu i na rzecz zamawiającego odpowiedź na odwołanie, w formie ustnej, wniósł pełnomocnik strony wskazując, iż zamawiający wnosi o oddalenie odwołania w całości oraz o zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego, poniesionych tytułem zastępstwa procesowego, zgodnie ze złożonym rachunkiem.

Krajowa Izba Odwoławcza wskazuje, że z materiału procesowego wynika, iż do postępowania odwoławczego w dniu 24.10.2019 r. zgłosił przystąpienie wykonawca „Comtegra” S.A., ul. Puławska 474, 02-884 Warszawa. Zgłoszenie przystąpienia podpisał pan D.C., do przystąpienia dołączono odpis z KRS wykonawcy, z którego nie wynika, że osoba podpisująca pismo procesowe jest uprawniona do składania oświadczeń w imieniu strony.

Należy przypomnieć, że ustawodawca nie zdecydował się na ustanowienie procedury naprawczej w stosunku do zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego, tak jak ma to miejsce w zakresie odwołania (art. 187 ust. 3 p.z.p. w zw. z § 9 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2018 r. poz. 1092 ze zm.)). Zatem brak wykazania przy czynności procesowej zgłoszenia przystąpienia, że osoba, która składa oświadczenie posiada umocowanie do działania w imieniu podmiotu, który chce uzyskać status uczestnika postępowania, nie może zostać konwalidowany. Regulacja art. 185 ust. 2 p.z.p. ma charakter restrykcyjny i wymaga od

wykonawców zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego zachowania ostrożności i staranności w działaniu (por. postanowienie Sądu Okręgowego w Warszawie z 11.06.2015 r., sygn. akt XXIII Ga 622/15). *Ratio legis* normy nie jest przypadkowe i ma na celu zapewnienie sprawności postępowania, co wiąże się z koniecznością prawidłowego wykazania umocowania, przy pierwszej czynności procesowej, jaką jest przesłanie Izbie zgłoszenia przystąpienia.

Wykonawca podnosił również, że pełnomocnictwo dla pana D.C. znajduje się w dokumentacji postępowania przekazanej Izbie przez zamawiającego – zostało złożone wraz z ofertą. W ocenie składu orzekającego, po pierwsze z treści tego dokumentu wynika jedynie umocowanie do składania oświadczeń w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a nie w postępowaniu odwoławczym przed Izbą, gdzie wymagane jest pełnomocnictwo rodzajowe o właściwym zakresie. Po wtóre, to obowiązkiem wykonawcy jest wykazanie umocowania, tak aby umożliwić Izbie weryfikację formalną przystąpienia, jak również tak, aby nie ograniczyć prawa stron do zgłoszenia opozycji. W szczególności, że brak zapewnienia możliwości kontroli zgłoszenia przystąpienia stronom i uczestnikom postępowania odwoławczego – również tym, którzy nie posiadają dostępu do oferty wykonawcy, byłoby naruszeniem gwarancji zapewnienia równości stron kontradyktoryjnego procesu. Strona winna mieć możliwość zweryfikowania nie tylko samego istnienia umocowania osoby, która powołuje się na jego istnienie, ale również jego zakresu. Pozbawienie stron tej możliwości naruszałoby przysługujące im uprawnienia i gwarancje, a w konsekwencji zagrażałoby zachowaniu zasady „równości broni”.

Mając powyższe na uwadze skład orzekający nie dopuścił do postępowania odwoławczego wykonawcy „Comtegra” S.A. w Warszawie, zgłaszającego przystąpienie po stronie zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie, konfrontując je z zebrany w sprawie materiałem dowodowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przedstawioną w postaci elektronicznej przez zamawiającego, w szczególności po weryfikacji postanowień ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ, złożonych ofert i korespondencji prowadzonej w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pomiędzy zamawiającym a odwołującym oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk stron, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy – ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład rozpoznający spór ustalił, iż odwołanie mieści się w zakresie przedmiotowym ustawy p.z.p., zostało wniesione przez podmiot uprawniony, a także dotyczy materii określonej w art. 180 ust. 1 p.z.p., zatem podlega kognicji Krajowej Izby Odwoławczej.

Izba ustaliła dalej, że odwołanie podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 187 ust. 1 p.z.p. i nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 p.z.p., a których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania *meritum* sprawy. Skład orzekający stwierdził również, że odwołujący posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia, określoną w art. 179 ust. 1 p.z.p.

W oparciu o określone we wcześniejszej części uzasadnienia akta sprawy odwoławczej, Izba ustaliła następujące okoliczności w zakresie istotnym dla rozstrzygnięcia:

- I. Zamawiający w rozdziale IV SIWZ – opis przedmiotu zamówienia wskazał:
 1. w pkt 1 – przedmiotem zamówienia jest zakup wsparcia technicznego producenta (subskrypcji) dla zadania 1 – oprogramowania Reh Hat Enterprise Linux. Przedmiot zamówienia został szczegółowo opisany w załączniku nr 2 do SIWZ;
 2. w pkt 8 – „zgodnie z art. 29 ustawy Pzp zamawiający dopuszcza możliwość składania ofert równoważnych. Ilekroć w niniejszej SIWZ przedmiot zamówienia został określony przez wskazanie znaków towarowych, patentów, pochodzenia itp. intencją zamawiającego było przedstawienie „typu” towaru spełniającego wymagania zamawiającego. W związku z tym dopuszczalne jest zaoferowanie przez wykonawcę rozwiązania równoważnego, które zagwarantuje nie gorsze normy, parametry i standardy techniczno-jakościowe oraz funkcjonalne. Wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne opisywane przez zamawiającego, jest obowiązany wykazać w złożonej ofercie, że oferowane przez niego dostawy spełniają wymagania określone przez zamawiającego”.
- II. W załączniku nr 3 do SIWZ znajduje się wzór umowy, zgodnie z którym wymagania opisu przedmiotu zamówienia zawarto w załączniku nr 1 do wzoru umowy, który stanowi załącznik nr 2 do SIWZ, szczegółowy opis przedmiotu zamówienia.
- III. Zamawiający w dniu 24.09.2019 r. wezwał odwołującego w trybie art. 87 ust. 1 p.z.p. do złożenia wyjaśnień treści oferty w przedmiocie, czy zaoferowane przez wykonawcę produkty objęte są wsparciem wymaganym w SIWZ oraz wskazania, kto będzie świadczył przedmiotowe wsparcie. Poproszono także o potwierdzenie, czy wykupione wsparcie techniczne producenta (subskrypcji) będzie widoczne na koncie użytkownika wymienionym w SIWZ, Red Hat Account Number 974693 lub 5382686. Termin na złożenie wyjaśnień upłynął 27.09.2019 r.

W odpowiedzi na powyższe, w dniu 30.09.2019 r., odwołujący poprosił o wyznaczenie nowego terminu na złożenie wyjaśnień, na co zamawiający nie wyraził zgody (pismo z 02.10.2019 r.)

- IV. W dniu 11.10.2019 r. zamawiający odrzucił ofertę odwołującego jako niezgodną z treścią SIWZ (art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p.). W uzasadnieniu odrzucenia opisano postępowanie wyjaśniające w sprawie oferty odwołującego, a także wskazano, że oferowane wsparcie nie będzie widoczne na kontach zamawiającego w Red Hat Linux, wskazanych w opisie przedmiotu zamówienia, stanowiącym załącznik nr 2 do SIWZ, co powoduje niezgodność oferty z SIWZ. Ponadto brak widoczności wykupionego wsparcia na kontach Red Hat zamawiającego uniemożliwia dokonanie pozytywnego odbioru przedmiotu umowy, zgodnie z § 8 ust. 4 projektu umowy.

Stan faktyczny rozpoznawanej sprawy nie był pomiędzy stronami sporny, sporna była ocena odrzucenia oferty odwołującego, dokonana przez zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza dokonała oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 192 ust. 2 p.z.p., który stanowi, że Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Skład orzekający – po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania przedstawionej przez zamawiającego, biorąc pod uwagę zakres sprawy, zakreślony przez okoliczności faktyczne podniesione w odwołaniu – stwierdził, że sformułowane przez odwołującego zarzuty nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie. W ocenie Izby całość zebranego materiału procesowego wskazuje, w sposób niebudzący wątpliwości, że oferta odwołującego jest niezgodna z treścią SIWZ i zamawiający, działając zgodnie z dyspozycją art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p., odrzucił ją w sposób prawidłowy.

Na wstępie rozważań należy zaznaczyć, że na obecnym etapie postępowania, po upływie terminu na składanie ofert, nie ma już możliwości zmiany – faktycznie, czy pozornie – niejednoznacznych lub niedoprecyzowanych postanowień treści dokumentacji postępowania. Tym samym, nie ma też podstaw do rewidowania jej treści – uczestnicy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również Krajowa Izba Odwoławcza, są związani opisem przedmiotu zamówienia i sposobem spełniania wymagań zamawiającego zamieszczonym w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ, w tym, co istotne, opisem wykazywania równoważności oferowanych przedmiotów, który zamawiający określił w sposób nieprawidłowy.

W orzecznictwie Izby, sądów powszechnych i sądów administracyjnych ugruntował się pogląd, że dopuszczenie składania ofert równoważnych wymaga precyzyjnego określenia

przez zamawiającego minimalnych parametrów równoważności produktów, w oparciu o które dokonana zostanie ocena spełnienia wymagań opisu przedmiotu zamówienia. Zatem, aby prawidłowo zastosować art. 29 ust. 3 p.z.p. niezbędnym jest jasne i przejrzyste wskazanie w dokumentacji postępowania technicznych, funkcjonalnych czy jakościowych wymogów, dotyczących cech rozwiązań równoważnych. Brak takiego określenia z jednej strony uniemożliwia wykonawcom weryfikację, czy oferowane przez nich produkty spełniają wymagania zamawiającego – w tym porównanie istotnych właściwości oferowanych urządzeń do właściwości oczekiwanych przez zamawiającego – co uniemożliwia jednoznaczne przesądzenie kwestii równoważności produktów wykonawcy. Zaś z drugiej strony brak jasności w zakresie skwantyfikowanych oczekiwań równoważności przez zamawiającego, powoduje brak możliwości oceny i porównania złożonych ofert, w warunkach uczciwej i równej konkurencji. Dla wykonawcy, który chce zaoferować rozwiązanie równoważne do wzorcowego, opisanego w przedmiocie zamówienia, a nie zadba o własny interes i nie będzie zabiegał o klarowne określenie wymagań równoważności, powoduje to istotną trudność, a często wręcz brak możliwości, udowodnienia zamawiającemu, że jego oferta spełnia cechy równoważne do przedmiotów wymaganych przez jednostkę zamawiającą. Brak określenia kryteriów równoważności, poprzez brak wskazania w dokumentacji postępowania jakie cechy i parametry w odniesieniu do konkretnego rozwiązania będą decydowały o równoważności stanowi istotną wadę SIWZ, a zarazem naruszenie art. 29 ust. 3 p.z.p.

W postępowaniu rozpoznawanym odwołaniem zamawiający w ogóle nie zdecydował się na określenie parametrów równoważności, które winny być sformułowane w formie katalogu zamkniętego. Zamawiający wskazał w SIWZ, że jego intencją było przedstawienie typu towaru spełniającego wymagania zamawiającego, w związku z tym dopuszczalne jest zaoferowanie przez wykonawcę rozwiązania równoważnego, które zagwarantuje nie gorsze normy, parametry i standardy techniczno-jakościowe oraz funkcjonalne (*vide* pkt I ppkt 2 okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia) i na tym poprzestano.

Takie sformułowanie równoważności powoduje, że nie wiadomym jest jakimi kryteriami zamawiający posłuży się przy ocenie właściwości równoważnych, co powoduje sprzeczną z prawem uznaniowość co do ewentualnej akceptacji proponowanych przez wykonawcę rozwiązań, a także *de facto* brak możliwości porównania i oceny złożonych ofert. Jednoznaczne wskazanie parametrów, których spełnienie skutkować będzie uznaniem danego produktu za równoważny, którego w SIWZ zabrakło, ma jeszcze jedno znaczenie – określa, co musi udowodnić wykonawca. Precyzyjne określenie granic równoważności (dopuszczalnych wartości odstępstw od parametrów produktu wzorcowego) ma istotny wpływ na sporządzenie oferty przez wykonawcę, który zobowiązany jest wykazać, że oferowane rozwiązanie mieszczą się we wskazanych widełkach równoważności, a nie udowadniać równoważności w ogólnym, niesprecyzowanym zakresie. Przyjęcie takiej koncepcji nie

zabezpieczałoby niczyjego interesu – zamawiający mógłby bowiem zachować się arbitralnie, wypaczając istotę postępowania o udzielenie zamówienia, którą jest wybór najkorzystniejszej oferty realizującej jego potrzeby, a wykonawca mógłby próbować sam ustalić sobie co w jego ocenie jest, a co nie jest równoważne i przez pryzmat jakich parametrów chciałby to wykazywać. Brak jednoznacznego uszczegółowienia co zamawiający rozumie przez „typ towaru o nie gorszych normach, parametrach i standardach techniczno-jakościowych i funkcjonalnych”, przy wymaganiu od wykonawcy „wykazania w złożonej ofercie, że oferowane przez niego dostawy spełniają wymagania określone przez zamawiającego”, powoduje, że złożenie oferty równoważnej nie ma w postępowaniu charakteru rzeczywistego, lecz pozorny. W istocie bowiem ani zamawiający, ani wykonawca, nie wiedzą co kryje się pod tym pojemnym i nader ogólnym sformułowaniem, i brak jest jakichkolwiek obiektywnych kryteriów pozwalających na weryfikację, czy oferowany produkt w istocie jest, czy nie jest równoważny.

Tym niemniej, na obecnym etapie postępowania, twierdzenia o braku prawidłowego określenia cech i parametrów, na podstawie których wykonawca oferujący przedmioty zamienne zobowiązany jest wykazać równoważność swoich produktów, co do wymagań określonych przez zamawiającego, nie podlegają rozpoznaniu przez Izbę. Zawity dziesięciodniowy termin na wniesienie zarzutów w stosunku do treści dokumentacji postępowania (art. 182 ust. 2 pkt 1 p.z.p.), który rozpoczyna bieg od dnia publikacji ogłoszenia, lub zamieszczenia specyfikacji na stronie internetowej, dawno już upłynął i obecnie zarzuty w tym zakresie są spóźnione.

Jedynie na marginesie wypada zauważyć, zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z 5 czerwca 2014 r. sygn. akt IV CSK 626/13, w którym pojawiło się istotne zagadnienie prawne wymagające analizy przepisów p.z.p., które nakładają na zamawiającego obowiązek rzetelnego określenia przedmiotu zamówienia (art. 29 i 30 p.z.p.) w korelacji z prawem wykonawcy do uzyskania od zamawiającego wyjaśnienia treści SIWZ (art. 38 p.z.p.), że brak zadania pytań w razie niejasności treści dokumentacji postępowania może świadczyć o niedochowaniu należytej staranności przez wykonawcę.

Wykonawca, który zamierza złożyć ofertę równoważną, uwzględniając zawodową staranność wymaganą od profesjonalisty (art. 355 § 2 k.c. w zw. z art. 14 p.z.p.), przy zachowaniu absolutnego minimum staranności wymaganej w takim przypadku od przedsiębiorcy – w sytuacji, gdy zamawiający dopuścił oferowanie produktów równoważnych, jednakże *de facto* nie określił dla nich parametrów, które pozwalałyby dokonać oceny pod względem równoważności – powinien co najmniej, przy wykorzystaniu możliwości wynikającej z art. 38 ust. 1 p.z.p., zadać w tym zakresie zamawiającemu pytania, celem uzyskania wyjaśnienia i doprecyzowania jakie produkty zamawiający uzna za równoważne produktom określonym w opisie przedmiotu zamówienia. Odwołujący nie skorzystał z żadnej instytucji

przewidzianej ustawą umożliwiającą korektę SIWZ, czy to w postaci obowiązku wyjaśnienia treści SIWZ przez zamawiającego, czy też z możliwości wniesienia środka ochrony prawnej w tym zakresie. Zatem skoro odwołujący takich czynności nie podjął, to obecnie ponosi negatywne konsekwencje swojej bierności, gdyż ciężar wykazania spełnienia wymogu równoważności oferowanych produktów, zgodnie z art. 30 ust. 5 p.z.p., spoczywa na wykonawcy.

Jak wspomniano we wcześniejszej części uzasadnienia brak zadbania przez odwołującego o własny interes, poprzez domaganie się klarownego określenia sposobu spełnienia równoważności, w ustalonym stanie rzeczy powoduje brak możliwości udowodnienia zamawiającemu, że jego oferta spełnia cechy równoważne. Ofertę odwołującego odrzucono, ponieważ oferowane przez niego wsparcie techniczne nie będzie widoczne na kontach zamawiającego w Red Hat Linux, wskazanych w opisie przedmiotu zamówienia, stanowiącym załącznik nr 2 do SIWZ (*vide* pkt IV okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia). Izba ustaliła, że w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia postawiono wymóg dostarczenia wsparcia technicznego producenta (subskrypcji) dla oprogramowania Red Hat Enterprise dla produktów, z uwzględnieniem posiadanego wsparcia, na Red Hat Account Numbers 974693 i 5382686 (załącznik nr 2 do SIWZ, później załącznik nr 1 do umowy). Zatem wyraźnie określono numery kont zamawiającego, które należało objąć wsparciem producenta, na 36 miesięcy trwania umowy. Odwołujący tego wymogu nie spełnił, zaproponowano zamawiającemu alternatywę w postaci przekazania mu nowego, aktywnego konta do obsługi (co jednoznacznie przyznano dopiero w treści wniesionego odwołania, a o czym szerzej w dalszej części uzasadnienia). W tej sytuacji, kiedy nie określono w dokumentacji postępowania, czy i w jaki sposób można odejść od wymogu zapewnienia wsparcia producenta na obecnie posiadanych przez zamawiającego kontach Red Hat, trudno w ogóle podjąć się oceny, czy zaproponowane przez odwołującego rozwiązanie ma cechy rozwiązania równoważnego do opisu przedmiotu zamówienia zawartego w SIWZ, a tak swoją ofertę ocenia odwołujący.

Brak szczegółowego sprecyzowania w dokumentacji postępowania czy zamawiający jako rozwiązanie równoważne dopuściłby świadczenie usługi na innym koncie i dalej – o ile zamawiający wyraziłby na takie spełnienie świadczenia zgodę – jakie warunki, parametry i cechy przejście na alternatywne konto powinno spełniać, powoduje, że regulacje SIWZ w tym zakresie obarczone są luką – brakiem adekwatnego elementu treściowego pozwalającego na dokonanie jednoznacznej interpretacji omawianej regulacji. Obowiązująca treść SIWZ jest nazbyt ogólna (niedookreślona) w zakresie dopuszczenia parametrów równoważności i na obecnym etapie próba rozstrzygnięcia jak rozumieć sporny wymóg, wymagałoby zmiany dokumentacji postępowania. Konieczne byłoby dodanie do SIWZ nowej treści, pozwalającej na ustalenie kryteriów oceny równoważności, w tym poprzez dodanie możliwości zaoferowania

obsługi alternatywnego konta klienta od tego, które zamawiający obecnie posiada oraz wskazanie istotnych cech i warunków dotyczących korzystania z zamiennego konta.

Warto podkreślić, że ustalony stan rzeczy rozpoznawanego sporu jest zupełnie odmienny od sytuacji, kiedy dokumentacja postępowania jest niejasna, istnieją wątpliwości jak należy rozumieć daną treść w korelacji z całością dokumentacji, czy kiedy wyjaśnienia zamawiającego są niejednolite. Innymi słowy, nie jest to stan faktyczny, kiedy na kanwie dokumentacji postępowania można rozstrzygnąć jak rozumieć sporny wymóg, ponieważ zamawiający po prostu tego nie sprecyzował i żaden z wykonawców o to nie zapytał. O ile zatem Izba jest uprawniona do dokonania wykładni warunku stawianego w SIWZ, o tyle nie jest uprawniona do jego zmiany – dodania nowej treści do tego, co określił zamawiający. Tymczasem w niniejszej sprawie takie uzupełnienie, do tego obszerne i wymagające wkładu merytorycznego, byłoby konieczne, aby dopuścić rozwiązania zamienne. Ustanowienie przez zamawiającego możliwości zaoferowania rozwiązań równoważnych nie jest bowiem niejednoznaczne, a treściowo puste – interpretacja postulowana przez odwołującego wymagałaby dodania do niego treści, której nie zawiera. Warto przy tym wskazać, że w odróżnieniu od zwykłej wykładni oświadczeń woli na gruncie kodeksu cywilnego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie zezwala interpretatorowi (tu: Izbie) na prowadzenie procesu wykładni tak długo, aż przyniesie to efekt – proces ten jest ograniczony w czasie i zakresie poprzez fakt, że – jak wskazano powyżej, zmiana SIWZ po dokonaniu otwarcia ofert nie jest już możliwa. Na późniejszym etapie możliwa jest jedynie wykładnia istniejącej treści dokumentacji postępowania, nie jest natomiast możliwe uzupełnianie SIWZ nową treścią, konieczną dla wypełnienia istniejącej tam luki. Absolutną barierą na uzupełnienie dokumentacji postępowania jest upływ terminu na składanie ofert i jakiegokolwiek późniejsze rozszerzenie treści SIWZ jest niedopuszczalne. Dlatego też nie ma możliwości, aby Izba dokonała za zamawiającego analizy jego potrzeb, stworzenia w oparciu o to parametrów równoważności poddających się ocenie, a następnie opisu warunków zaoferowania równoważnego przedmiotu zamówienia i zastąpiła zamawiającego w ocenie, czy to co ofertuje odwołujący można byłoby wskazać w SIWZ za spełniające kryteria równoważności, czy też nie.

Należy także zaznaczyć, że budzi poważną wątpliwość, iż gdyby odwołujący we właściwym trybie zwrócił się do zamawiającego o zmianę lub wyjaśnienie treści SIWZ to zamawiający dopuściłby rozwiązanie oferowane przez odwołującego. Zamawiający na rozprawie wielokrotnie podkreślał, że w jego ocenie wykonawca nie oferuje rozwiązania równoważnego, a zaoferowana w ofercie wykonawcy obsługa techniczna na nowym koncie wiąże się z koniecznością zmiany oprogramowania, na co zamawiający nie wyraża zgody. Pomijając ocenę wiarygodności argumentów zamawiającego w przedmiocie licznych trudności, uniemożliwiających nabycie innego rozwiązania, niż opisane w sposób sztywny

w opisie przedmiotu zamówienia, to pewnym jest, że zamawiający nie chce nabyć tego co oferuje odwołujący i nie uznaje tego świadczenia za równoważne w stosunku do opisu przedmiotu zamówienia. Brak tożsamości w zakresie produktów EuroLinux, oferowanych przez odwołującego, w stosunku do wskazanego w dokumentacji postępowania oprogramowania Red Hat Enterprise Linux, zamawiający poparł dowodem w postaci korespondencji elektronicznej oraz oświadczeniem producenta.

Drugim polem sporu było spełnienie przez odwołującego przesłanek określonych w art. 30 ust. 5 p.z.p., poprzez właściwe wykazanie, że złożono ofertę na rozwiązanie równoważne. Było to wtórnie związane z wyżej opisaną wadą SIWZ w postaci pozornej możliwości oferowania produktów równoważnych, co w praktyce okazało się niemożliwe do spełnienia, jak również odwołujący zaniechał prawidłowego udowodnienia równoważności w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Skład orzekający wskazuje, że ciężar dowodu, że rozwiązanie spełnia wymogi zamawiającego spoczywa na wykonawcy, który w swojej ofercie winien wykazać zgodność parametrów w opisanym przez zamawiającego zakresie z proponowanymi przez siebie rozwiązaniami. Odwołujący, celem wypełnienia ciężącego na nim obowiązku, złożył wraz z ofertą wyciąg z opinii „czy system operacyjny EuroLinux jest równoważny funkcjonalnie i technologicznie z systemem Red Hat Enterprise Linux na przykładzie wersji 6.10 oraz 7.5 tych systemów?”. Opinia ta zawiera badanie porównawcze systemów operacyjnych w zakresie analizy zawartości repozytoriów pakietów, wskazanie wyników po instalacji systemów, odesłanie do architektury i głównych komponentów, komunikacji i identyfikacji pochodzenia kodów źródłowych dla głównych komponentów. W opinii wskazano na poprawną przemienną instalację pakietów oraz udostępnienie systemów dla użytkowników na zasadach subskrypcji, gwarantując podobny zakres obsługi. Zatem przedmiotowa opinia wprost dotyczy ww. systemów, kiedy przedmiotem zamówienia nie jest system, a zakup wsparcia technicznego dla oprogramowania, które jednostka zamawiająca obecnie posiada. Opinia jest nieprzydatna dla wykazania równoważności w stosunku do przedmiotu zamówienia, bowiem opisuje alternatywne oprogramowanie, kiedy zamawiający kupuje wsparcie dla konkretnego systemu – tego, który aktualnie użytkuje. Zamiast opisu dotyczącego cech wsparcia technicznego, które stanowi przedmiot zamówienia, mamy opis systemu.

W konsekwencji powyższego Izba stwierdziła, że w ofercie odwołującego brak jest właściwych dowodów na równoważność oferowanych przez niego produktów w stosunku do tych określonych przez zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia. Upraszczając, umknęło uwadze odwołującego, że zamawiający kupuje obsługę techniczną wsparcia oprogramowania producenta – tego, które obecnie posiada i w tym zakresie wskazano na możliwość zaoferowania rozwiązania równoważnego, natomiast odwołujący chciał

zaoferować alternatywne wsparcie techniczne, które wiązałoby się z korzystaniem z zamiennego oprogramowania, co już znacząco wykracza poza przedmiot zamówienia.

Dalej Izba wskazuje, że zamawiający przeprowadził postępowanie wyjaśniające na podstawie art. 87 ust. 1 p.z.p. i zwrócił się do odwołującego o złożenie wyjaśnień treści oferty (*vide* pkt III okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia). Odwołujący w terminie wskazanym przez zamawiającego nie odpowiedział na wskazane wątpliwości. W dniu 30.09.2019 r. zwrócono się z prośbą o wyznaczenie nowego terminu, z powodu „nieobecności w pracy osoby, która była odpowiedzialna za sprawdzenie statusu sprawy na platformie i brak powiadomienia na adres mailowy o dodaniu nowej korespondencji na platformie. Wykonawca nie zapoznał się w terminie z przesłanym pismem, co przełożyło się na brak udzielenia odpowiedzi”. Pismem z dnia 02.10.2019 r. zamawiający nie wyraził zgody na przywrócenie wykonawcy terminu na złożenie wyjaśnień. Odwołujący nie zdecydował się na zaskarżenie decyzji zamawiającego w ustawowym terminie, zatem jedynie na marginesie skład orzekający zauważa, że podziela ocenę zamawiającego, że odwołujący nie wskazał żadnych obiektywnych okoliczności, które uzasadniałyby pozytywne rozpatrzenie jego wniosku, w szczególności, iż zgodnie z pkt 3 rozdziału VIII SIWZ korespondencja w postępowaniu odbywa się za pośrednictwem platformy zamawiającego, do której miało dostęp dwóch pracowników odwołującego, zaś e-mail, o którym mowa w piśmie odwołującego, wysyłany był jedynie dodatkowo.

Przytoczone okoliczności faktyczne są istotne, ponieważ w wezwaniu do wyjaśnień zamawiający żądał wskazania spełnienia spornego wymogu zapewnienia wsparcia technicznego na kontach zamawiającego, co nie wynikało ze złożonej oferty i dopiero w odwołaniu przyznano, że strona oferuje inne, nowe konta, ponieważ oferuje „równoważne” oprogramowanie.

Izba stwierdziła, że zamawiający w sposób prawidłowy odrzucił ofertę odwołującego, ponieważ na podstawie jej treści i opinii przedstawionej przez stronę nie udowodniono zaoferowania rozwiązań równoważnych, a więc nie podołano obowiązkowi nałożonemu na wykonawcę na kanwie art. 30 ust. 5 p.z.p. Zaś w konsekwencji nie wykazano, że oferta spełnia wymagania zawarte w treści SIWZ, bowiem brak wykazania równoważności oferowanych produktów wraz z ofertą stanowi o jej niezgodności w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. Przy czym odpowiednie dowody potwierdzające równoważność jako opisujące sposób wykonania zamówienia, powinny być złożone wraz z ofertą (por. wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z 12.07.2018 r. w sprawie C-14/17 VAR et ATM).

Ponadto należy podkreślić, że odwołujący zaoferował zamawiającemu alternatywne oprogramowanie, kiedy przedmiotem zamówienia jest techniczne wsparcie produkcyjne systemu obecnie użytkowanego przez zamawiającego, na wskazanych kontach jednostki zamawiającej, co jednoznacznie świadczy o tym, że złożona oferta pozostaje w sprzeczności

z treścią SIWZ. Stanowi to o niezgodności w sferze merytorycznego zobowiązania określonego w dokumentacji postępowania z tym, co w swojej ofercie zaoferował odwołujący i trafnie zamawiający stwierdził, że w oparciu o dokumentację postępowania nie byłoby możliwości dokonania odbioru przedmiotu umowy, zgodnie z jej treścią (§ 8 ust. 1 w zw. z § 2 ust. 1 i 3 wzoru umowy). Pomiędzy treścią oferty i treścią SIWZ występuje istotny dysonans, uzasadniający twierdzenie, że wykonawca zaoferował świadczenie inne, niż opisane w SIWZ. Odwołujący twierdząc, że ofertuje równoważne rozwiązanie wsparcia technicznego systemu zamawiającego, określił w ofercie alternatywne wsparcie wiążące się z „równoważnym” oprogramowaniem.

Należy także zaznaczyć, że wada oferty odwołującego nie kwalifikuje się do poprawienia jej w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p., bowiem aby doprowadzić ofertę do stanu zgodnego z treścią SIWZ, należałoby zmienić przedmiot oferowany przez wykonawcę. Oferta nie zawiera przeinaczeń, błędów czy niejasnych elementów – zawiera ona treść wprost niezgodną z dokumentacją postępowania, a takiej treści nie da się poprawić.

Konkludując, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że treść oferty odwołującego jest bezsprzecznie niezgodna z treścią SIWZ, ponieważ w warstwie merytorycznej wprost nie odpowiada oczekiwaniom zamawiającego, wyrażonym w dokumentacji postępowania, zaś odwołujący nie wykazał okoliczności przeciwnej. Zamawiający w sposób prawidłowy odrzucił ofertę odwołującego w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p.

Skład orzekający wskazuje również, że w poczet materiału dowodowego sprawy zostały włączone złożone przez zamawiającego dowody w postaci wyciągu ze szczegółowego opisu zamówienia i informacji o odrzuceniu oferty w postępowaniu nr 163/BŁil/18/AP oraz pismo Red Hat z 31.07.2019 r., tym niemniej dowody te nie dotyczą okoliczności istotnych dla sprawy, zatem są nieprzydatne dla ustalenia faktów, związanych z rozpoznawanym sporem.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 p.z.p. Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Brak potwierdzenia zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 p.z.p.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego wydano na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 p.z.p., tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. 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. z 2018 r. poz. 972), obciążając odwołującego, jako stronę przegrywającą, kosztami postępowania odwoławczego w postaci wpisu i kosztami wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego, zgodnie ze złożonym rachunkiem.

Przewodniczący:

.....