

**WYROK**

**z dnia 20 grudnia 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Ewa Sikorska**

**Protokolant: Paweł Nowosielski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 grudnia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 grudnia 2013 r. przez wykonawcę **Z..... W..... prowadzącego działalność gospodarczą pn. PPUH ENTERPRISE Z..... W....., ul. Krótka 3, 42-200 Częstochowa** w postępowaniu prowadzonym przez **Urząd Kontroli Skarbowej w Krakowie, ul. Władysława Łokietka 20, 30-018 Kraków,**

przy udziale wykonawcy **Integrated Solutions Sp. z o.o., ul. Moniuszki 1a, 00-014 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie i stwierdza naruszenie przez zamawiającego – **Urząd Kontroli Skarbowej w Krakowie** – przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907 ze zmianami)

2. kosztami postępowania obciąża **Urząd Kontroli Skarbowej w Krakowie, ul. Władysława Łokietka 20, 30-018 Kraków** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez **Z..... W..... prowadzącego działalność gospodarczą pn. PPUH ENTERPRISE Z..... W....., ul. Krótka 3, 42-200 Częstochowa** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od **Urzędu Kontroli Skarbowej w Krakowie, ul. Władysława Łokietka 20, 30-018 Kraków** na rzecz **Z..... W..... prowadzącego działalność gospodarczą pn. PPUH ENTERPRISE Z..... W....., ul. Krótka 3, 42-200 Częstochowa** kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero

groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. 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 Krakowie.

**Przewodniczący:** .....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – Urząd Kontroli Skarbowej w Krakowie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest dostawa urządzeń informatycznych i oprogramowania komputerowego dla Urzędu Kontroli Skarbowej w Krakowie.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013, poz. 907 ze zmianami), zwaną dalej ustawą Pzp.

W dniu 11 grudnia 2013 roku wykonawca Z..... W....., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PPUH ENTERPRISE Z..... W..... w Częstochowie, wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego, polegającej na odrzuceniu jego oferty jako niezgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (SIWZ).

W uzasadnieniu odwołania wskazał, że zamawiający oczekiwał zaoferowania między innymi oprogramowania MS Office 2013 i MS Excel 2013 lub produktu równoważnego. Odwołujący zaoferował oprogramowanie OpenOffice 3.4.1 PL wraz z pakietem dodatkowych narzędzi.

Odwołujący podniósł, że zamawiający dopiero w piśmie z dnia 5.12.2013 r. doprecyzował swoje oczekiwania odnośnie aplikacji, które zaoferował odwołujący, jednakże na etapie badania oferty stawianie kolejnych warunków jest niedopuszczalne w ramach postępowania prowadzonego w przetargu nieograniczonym. Gdyby warunki postawione w w/w piśmie znalazły się w SIWZ, wówczas zaoferowałby oprogramowanie firmy Microsoft, które zamawiający wymienił z nazwy jako wzorcowe. Jednakże opis umieszczony w SIWZ pozwalał zaoferować oprogramowanie równoważne, które spełniało warunki podane przez zamawiającego w SIWZ. Oprogramowanie, które zaoferował odwołujący są to programy polskojęzyczne, są to produkty do zastosowań komercyjnych, są to pełne wersje, licencja jest bezterminowa i jest przeznaczona na komputer PC z systemem operacyjnym MS WINDOWS 7 Pro 32/64 PL, wymienione programy są to wersje dla platformy MS Windows w systemie 32 i 64 bitowym. Wszystkie przymioty równoważności zawarte w SIWZ zostały przez odwołującego zbadane i są spełnione.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Stwierdził, że produkt zaoferowany przez odwołującego posiada ograniczenia funkcjonalne i parametryczne, które w zasadniczym

wymiarze nie pozwalają w pełni wykorzystać go w pracy urzędu. Zamawiający poprzez określenie w treści SIWZ wymaganego oprogramowania i ujęcie wymagania równoważności, określił narzędzia i niezbędny poziom równoważności, którego spełnienie pozwala zamawiającemu w pełni wykorzystać posiadane i użytkowane aplikacje i procedury przetwarzania informacji.

**Izba ustaliła, co następuje:**

Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w załączniku Nr 2 do SIWZ, w zakresie oprogramowania komputerowego w sposób następujący:

**1. Oprogramowanie Nr 1 – aplikacja MS Office 2013 – 35 licencji**

Oprogramowanie komputerowe – aplikacja Microsoft Office 2013 w wersji bezterminowej, do użytkowania komercyjnego na komputerach służbowych PC z systemem operacyjnym MS Windows 7 Pro 32/64 PL

- aplikacja w wersji polskojęzycznej,
- produkt do zastosowań komercyjnych,
- pełna wersja, licencja bezterminowa na komputer PC,
- wersja dla platformy MS Windows w systemie 32 i 64 bitowym.

**2. Oprogramowanie Nr 2 – aplikacja MS Excel 2013 – 30 licencji**

Oprogramowanie komputerowe – aplikacja Microsoft Office 2013 w wersji bezterminowej, do użytkowania komercyjnego na komputerach służbowych PC z systemem operacyjnym MS Windows 7 Pro 32/64 PL

- aplikacja w wersji polskojęzycznej,
- produkt do zastosowań komercyjnych,

- pełna wersja, licencja bezterminowa na komputer PC,

- wersja dla platformy MS Windows w systemie 32 i 64 bitowym.

### 3. Oprogramowanie Nr 3 – aplikacja Fences 2.0 – 10 licencji

Oprogramowanie komputerowe – aplikacja Fences 2.0 ([www.stardoch.com](http://www.stardoch.com)) do zarządzania pulpitem systemu MS Windows w wersjach XP, Win7, Win8, do pracy z systemem operacyjnym MS Windows Professional w wersjach 32 i 64 bitowych. Produkt do zastosowań komercyjnych, licencja bezterminowa.

W rozdziale III SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia” w pkt. 5 zamawiający wskazał, iż:

*Zaoferowane urządzenia muszą być nowe, nieużywane, a ich parametry techniczno-funkcjonalne nie gorsze niż przedstawione w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia, stanowiącym Załącznik nr 2 do SIWZ.*

*W przypadku użycia przez Zamawiającego nazw własnych, w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia dopuszcza się zastosowanie elementów równoważnych, o parametrach technicznych i funkcjonalnych nie gorszych niż te, które posiadają elementy wyszczególnione w tym opisie, z uwzględnieniem wymogów szczególnych określonych przez Zamawiającego.*

Odwołujący zaoferował produkt o nazwie OpenOffice 3.4.1 PL wraz z pakietem dodatkowych narzędzi.

Pismem z dnia 5 grudnia 2013 roku zamawiający wezwał wykonawcę o doprecyzowanie i przekazanie dodatkowych informacji, które potwierdziłyby równoważność i kompatybilność oferowanych produktów, a w szczególności o:

- potwierdzenie zgodności systemu rejestrowania zmian w treści i przenaszalność informacji o zmianach dla dokumentów tworzonych na przemian w edytorach tekstów obu produktów (Writer, Word),

- podanie maksymalnej liczby wierszy i maksymalnej liczby kolumn możliwych do obsługi i edycji w arkuszach kalkulacyjnych oraz zestawienie różnic w wartościach tych parametrów w specyfikacji technicznej obu produktów,
- określenie maksymalnej liczby znaków możliwych do zamieszczenia w jednej komórce,
- określenie maksymalnej liczby hiperłączy w arkuszu kalkulacyjnym,
- potwierdzenie możliwości uruchamiania makroinstrukcji używanych w arkuszach formaty Excel 2010/2013 w środowisku oferowanej aplikacji, stworzonych w dotychczasowych formatach MS Excel,
- potwierdzenie możliwości uruchamiania skryptów VBA używanych w arkuszach formatu Excel 2010/2013 w środowisku oferowanej aplikacji, stworzonych w dotychczasowych formatach MS Excel,
- potwierdzenie możliwości poprawnej pracy arkuszy stworzonych w formacie Excel 2010/2013 z użyciem zabezpieczeń, komórek, skoroszytów i wykresów, stworzonych w dotychczasowych formatach MS Excel,
- potwierdzenie poprawnego funkcjonowania aplikacji stworzonych z użyciem Visual Basic (VBA) w istniejących formatach Excel i Word, stworzonych w dotychczasowych wersjach aplikacji MS Office,
- potwierdzenie poprawnej współpracy arkuszy kalkulacyjnych bazujących na formacie MS Excel z istniejącymi plikami formatu MDB, stworzonych w dotychczasowych wersjach pakietu MS Office,
- potwierdzenie możliwości poprawnej pracy arkuszy kalkulacyjnych stworzonych w formacie Excel 2010/2013 z zastosowaniem mechanizmu tabel przestawnych, stworzonych w dotychczasowych formatach MS Excel,
- potwierdzenie możliwości użycia instrukcji języka SQL w arkuszach kalkulacyjnych używanych w formacie Excel i stworzonych dotychczasowych wersjach aplikacji MS Office,

- potwierdzenie pełnej równoważności funkcjonalnej aplikacji klienta poczty z modulem MS Outlook 2013,
- potwierdzenie pełnej równoważności funkcjonalnej aplikacji notatnika Rednotebook z aplikacją OneNote,
- potwierdzenie, że oferowane oprogramowanie posiada pełną zgodność wymiany danych z obecnie użytkowanymi aplikacjami pakietu MS Office, niewymagającą poniesienia dodatkowych nakładów finansowych ze strony zamawiającego w celu dostosowania funkcjonujących aplikacji do nowego środowiska Office,
- potwierdzenie, że oferowane oprogramowanie posiada pełną zgodność funkcjonalną z obecnie użytkowanymi aplikacjami pakietu MS Office, niewymagającą poniesienia dodatkowych nakładów finansowych ze strony zamawiającego w celu przeszkolenia pracowników w niniejszym zakresie.

W piśmie z dnia 6 grudnia 2013 roku odwołujący stwierdził, iż oferując pakiet Mozilla, program Rednotebook oraz Scribus, dokładnie opisał zasady równoważności, którymi się kierował.

Produkt, który zaoferował spełnia zapisy: „parametry techniczno-funkcjonalne nie gorsze niż przedstawione w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia, tzn. aplikacja w wersji polskojęzycznej, produkt do zastosowań komercyjnych, pełna wersja, licencja bezterminowa na komputer PC, wersja dla platformy MS Windows w systemie 32 i 64 bitowym, posiadają środowisko graficzne, są odpowiednikami programów wchodzących w skład programów wzorcowych i umożliwia wykonanie zadań, takich jak oprogramowanie wzorcowe, tzn. edycja tekstu, praca na arkuszach kalkulacyjnych, praca na bazach danych (dodatkowa funkcjonalność, której nie posiada program wzorcowy), tworzenie grafiki (dodatkowa funkcjonalność, której nie posiada program wzorcowy), praca z klientem poczty wraz z kalendarzem i zarządzaniem zadaniami, kalendarz i zarządzanie zadaniami.

Odwołujący wskazał, że nie wie, czy zaoferowane przez niego oprogramowanie spełnia każdy produkt, ponieważ na etapie przygotowania oferty takich wymagań ze strony zamawiającego nie było i pod tym kątem nie sprawdzał zaoferowanego oprogramowania, a na obecnym etapie, czyli badania i oceny ofert zaproponowane oprogramowanie nie musi

spełniać tych wymagań.

Pismem z dnia 6 grudnia 2013 roku zamawiający poinformował odwołującego o odrzuceniu jego oferty i wyborze jako najkorzystniejszej oferty Integrated Solutions Sp. z o.o. w Warszawie. Stwierdził, że produkt zaoferowany przez odwołującego posiada ograniczenia funkcjonalne i parametryczne, które w zasadniczym wymiarze nie pozwalają w pełni wykorzystać go w pracy urzędu. Zamawiający poprzez określenie w treści SIWZ wymaganego oprogramowania i ujęcie wymagania równoważności, określił narzędzia i niezbędny poziom równoważności, którego spełnienie pozwala zamawiającemu w pełni wykorzystać posiadane i użytkowane aplikacje i procedury przetwarzania informacji. Zamawiający wskazał, że w części „Oprogramowanie komputerowe” pkt 2 przyjęte i nazwane przez odwołującego kryterium równoważności zostało ograniczone wyłącznie do funkcjonowania w środowisku operacyjnym MS Windows i pomija najważniejszą równoważność funkcjonalną aplikacji. W pkt. 1 w miejsce wymaganego pakietu MS Office 2013 zaoferowany został zestaw odmiennych aplikacji, pochodzących od różnych dostawców, który nie oferuje wewnętrznej zgodności rozwiązania jako pakietu. Jednocześnie przyjęte i nazwane przez firmę kryterium wymaganej równoważności zostało ponownie ograniczone wyłącznie do funkcjonowania w środowisku systemu operacyjnego Windows, pomija najważniejszą równoważność funkcjonalną pakietu aplikacji i tym samym jest niewystarczające w myśl zapisanych w treści SIWZ wymagań równoważności.

Postanowieniem z dnia 16 grudnia 2013 roku sygn. akt KIO/W 60/13 Krajowa Izba Odwoławcza na wniosek zamawiającego uchyliła zakaz zawarcia umowy czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie w sprawie. W odpowiedzi na odwołanie zamawiający poinformował, że w dniu 19 grudnia 2013 roku zawarł umowę w sprawie przedmiotowego zamówienia z przystępującym – Integrated Solutions Sp. z o.o. w Warszawie.

**Izba zważyła, co następuje:**

Odwołanie jest zasadne.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że odwołujący jest uprawniony do wnoszenia środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.



Przepis art. 30 ustawy Pzp nakłada na zamawiającego obowiązek opisanie przedmiotu zamówienia za pomocą cech technicznych i jakościowych, z zachowaniem Polskich Norm przenoszących normy europejskie lub norm innych państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego przenoszących te normy. W przypadku braku takich norm zamawiający obowiązany jest stosować europejskie i polskie aprobaty techniczne, wspólne i polskie specyfikacje techniczne, normy międzynarodowe i Normy Polskie oraz inne techniczne systemy odniesienia ustanowione przez europejskie organy normalizacyjne (ust. 1-3). Opisując w ten sposób przedmiot zamówienia zamawiający obowiązany jest wskazać, że dopuszcza rozwiązania równoważne opisywanym (ust. 4). W myśl ust. 6 zd. 1 zamawiający może odstąpić od powyżej wskazanego sposobu opisywania przedmiotu zamówienia, jeżeli zapewni dokładny opis przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie wymagań funkcjonalnych.

Z powyższego wynika, że wykonawca uprawniony jest do zaoferowania przedmiotu zamówienia równoważnego do opisanego przez zamawiającego. Równoważność to rozwiązania funkcjonalne, które nie są tożsame z opisem przedmiot zamówienia, ale które powodują, że zamawiający uzyska urządzenie w pełni odpowiadające jego potrzebom i celowi zamówienia. Stanowisko takie znajduje poparcie w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 sierpnia 2008 roku sygn. akt KIO/UZP 967/09, zgodnie z którym pojęcie równoważności nie może oznaczać tożsamości produktów, ponieważ przeczyłoby to istocie oferowania produktów równoważnych i czyniłoby ją pozorną i w praktyce niemożliwą do spełnienia. Również w wyroku z dnia 12 grudnia 2008 roku sygn. akt KIO/UZP 1391/08 Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że nie można przyjąć, iż równoważny produkt ma mieć wszystkie identyczne cechy produktu wskazanego w dokumentacji zamawiającego.

Odwołujący w swoim przekonaniu zaoferował oprogramowanie odpowiadające wskazanym wyżej warunkom w zakresie tożsamości z tym, jaki został wskazany przez zamawiającego. W ocenie zamawiającego zaoferowany produkt nie spełnił warunków równoważności.

Rozpatrując zasadność czynności zamawiającego należy zwrócić uwagę, że zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie wskazał żadnych parametrów równoważności dla oprogramowania. Dane takie zostały wskazane dopiero w piśmie z dnia 5 grudnia 2013 roku, w którym zamawiający wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień w kwestii równoważności zaoferowanego rozwiązania z oprogramowaniem MS Office 2013 i MC Excel 2013.

Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem i doktryną dla oceny równoważności produktów nie wystarczy samo użycie sformułowania „lub równoważny” jak również

określenie językowej wykładni pojęcia „równoważny”. Konieczne jest użycie sformułowań uściślających i podanie wymogów, parametrów, odnoszących się do dopuszczalnego zakresu równoważności ofert. Bez doprecyzowania zakresu wymaganej równoważności zamawiający nie jest w stanie ocenić zaproponowanych zamienników pod kątem ich równoważności, dlatego konieczne jest określenie minimalnych wymagań technicznych w zakresie parametrów oferowanych wyrobów. Wskazanie dopiero w trakcie oceny ofert na pewne parametry równoważności, nieokreślone wprost w dokumentacji przygotowanej przez zamawiającego, a wynikające jedynie pośrednio przez podanie konkretnych nazw producentów, nie może stanowić o nieodpowiedniości treści oferty z treścią SIWZ i skutkować odrzuceniem na tej podstawie oferty odwołującego. Skoro SIWZ nie określa jakie parametry zamawiający będzie brał pod uwagę przy ocenie równoważności zaproponowanych produktów to nie może na etapie oceny ofert, powoływać się na nie jako podstawy do odrzucenia oferty odwołującego.

Wykonawca nie może ponosić negatywnych konsekwencji tego, że zamawiający na etapie przygotowania dokumentacji nie wskazał, choćby w sposób ogólny, swoich wymagań dotyczących elementów dla niego istotnych pod względem oceny równoważności zaproponowanych produktów. Ocena ofert winna odbywać się wyłącznie w oparciu o dokumenty, parametry i kryteria wprost określone w dokumentacji postępowania, a odrzucenie oferty w oparciu o dokumenty inne niż podane w przygotowanej przez zamawiającego dokumentacji stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Stanowisko takie wynika z ugruntowanego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, w tym m.in. z wyroków o sygn. akt KIO/UZP 984/09, KIO/UZP 585/09.

Z uwagi na fakt, iż Krajowa Izba Odwoławcza uchyliła zakaz zawarcia umowy do czasu ogłoszenia wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie w sprawie i zamawiający zawarł umowę z przystępującym, Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 3 ustawy Pzp, uwzględniła odwołanie i stwierdziła naruszenie przez zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....