

Sygn. akt: KIO 1615/12

WYROK
z dnia 9 sierpnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Stręciwilk

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 sierpnia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 lipca 2012 r. przez **Virex Polska Sp. z o.o., ul. Ostrobramska 75C, 04-175 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Ministerstwo Finansów, ul. Świętokrzyska 12, 00-916 Warszawa** działającego przez pełnomocnika, tj. **Izbę Celną w Katowicach, ul. Słoneczna 34, 40-136 Katowice**

orzeka:

1. **oddala odwołanie**
2. kosztami postępowania obciąża **Virex Polska Sp. z o.o., ul. Ostrobramska 75C, 04-175 Warszawa** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Virex Polska Sp. z o.o., ul. Ostrobramska 75C, 04-175 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 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 **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Ministerstwo Finansów działające poprzez pełnomocnika, tj. Izbę Celną w Katowicach (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Zaprojektowanie, wykonanie, dostawę i wdrożenie Systemu Help Desk, czyli jednolitej platformy udzielenia informacji i pomocy dla użytkowników Systemu Informacyjnego Służby Celnej budowanego w ramach „Programu e-Cło””. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE z dnia 17 lipca 2012 r. pod nr 2012/S 135-225142.

W postępowaniu tym wykonawca Virex Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący”) w dniu 27 lipca 2012 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Złożone odwołanie dotyczy postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”). SIWZ została zamieszczona na stronie internetowej w dniu 17 lipca 2012 r. Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w dniu 27 lipca 2012 r.

Izba postanowiła skierować odwołanie do rozpoznania na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestnika postępowania, a następnie na rozprawie. Posiedzenie oraz rozprawa w przedmiotowej sprawie odbyły się w dniu 31 lipca 2012 r.

Uwzględniając pisma złożone w sprawie odwołania oraz oświadczenia złożone w trakcie rozprawy Izba ustaliła następujące stanowiska stron postępowania odwoławczego:

I. Stanowisko Odwołującego

Odwołujący wniósł odwołanie wobec postanowień SIWZ wraz z załącznikami. W tym przedmiocie w pkt 1) odwołania określił zakres zaskarżenia postanowień SIWZ:

- a) pkt 61 tiret 2 Załącznika nr 9 do SIWZ: TABELA WYMAGAŃ o treści: „System musi umożliwiać rejestrację zgłoszeń: - operatorowi przez klienta www i grubego klienta”
- b) postanowienia Załącznika 1: Opis Przedmiotu Zamówienia dla Systemu Help Desk Programu e-Cło (s. 20- 21) o treści: „Zamawiając wymaga jednakże, aby dostarczone przez Wykonawcę narzędzie klasy SD - wdrażane jako System było kompatybilne z wymienionym powyżej oprogramowaniem HP Service Manager w

zakresie obsługi procesów:

- a. zarządzanie incydentami, (IM)
 - b. zarządzanie problemami, (PM)
 - c. zarządzanie zmianami, (CHG)
 - d. zarządzanie komponentami usług i konfiguracją, (SA CM)
 - e. zarządzanie poziomem usług TT, (SLM)
 - f. zarządzanie wiedzą (KM)”
- c) pkt 1 Załącznika XIV do SOPZ „Warunki równoważności”;
 - d) pkt 1 ppkt 1 Załącznika XIV do SOPZ „Warunki równoważności”
 - e) pkt 1 ppkt 2 Załącznika XIV do SOPZ „Warunki równoważności”
 - f) pkt 1 ppkt 3 Załącznika XIV do SOPZ „Warunki równoważności”
 - g) pkt 1 ppkt 4 ppkt 3-5 Załącznika XIV do SOPZ „Warunki równoważności”
 - h) pkt 1 ppkt 5 Załącznika XIV do SOPZ „Warunki równoważności”
 - i) pkt 1 ppkt 6 Załącznika XIV do SOPZ „Warunki równoważności”;
 - j) pkt 1 ppkt 7 Załącznika XIV do SOPZ „Warunki równoważności”;
 - k) k) pkt 2 Załącznika XIV do SOPZ „Warunki równoważności”
 - l) pkt 5 Załącznika XIV do SOPZ „Warunki równoważności”
 - m) pkt 3 w Załączniku nr 9 do SIWZ „Tabela wymagań”
 - n) pkt 4 w Załączniku nr 9 do SIWZ „Tabela wymagań”
 - o) pkt 23 w Załączniku nr 9 do SIWZ „Tabela wymagań”.
 - p) postanowienia Załącznika XIV do SOPZ „Warunki równoważności” o treści: „Jeżeli Zamawiający określił w SIWZ wymagania z użyciem nazw własnych produktów lub marek producentów, w szczególności w obszarze specyfikacji przedmiotu zamówienia, to należy traktować wskazane produkty jako rozwiązania wzorcowe. W każdym takim przypadku Zamawiający oczekuje dostarczenia produktów wzorcowych lub równoważnych; spełniających poniższe warunki równoważności.

Odwołujący w tym zakresie zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- a) art. 29 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w zakresie postanowień wskazanych powyżej w pkt 1 ppkt d, e, i, j odwołania w sposób dopuszczający zaoferowanie przez wykonawców oprogramowania równoważnego wyłącznie o parametrach takich samych bądź korzystniejszych od produktów określonych przez Zamawiającego jako wzorcowe, co jest niedozwolonym sposobem określenia warunków równoważności, a w konsekwencji uniemożliwienie wykonawcom złożenia oferty na oprogramowanie o parametrach równoważnych, co w konsekwencji narusza uczciwą konkurencję

- między wykonawcami oraz nie zapewnia równego traktowania wykonawców;
- b) art. 29 ust. 2 ustawy Pzp w związku z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w zakresie postanowień wskazanych powyżej w pkt 1 ppkt b - l, p odwołania w sposób niejednoznaczny, niedostatecznie dokładny, wskazujący na konkretnego producenta oprogramowania, w sposób praktycznie uniemożliwiający złożenie ważnej i niepodlegającej odrzuceniu oferty wykonawcom posiadającym w ofercie oprogramowanie innych producentów niż Hewlett-Packard, a w konsekwencji w sposób naruszający i utrudniający uczciwą konkurencję między wykonawcami oraz niezapewniający równego traktowania wykonawców;
- c) art. 29 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w zakresie postanowień wskazanych powyżej w pkt 1 ppkt a, m, n, o odwołania w sposób, który narusza i utrudnia uczciwą konkurencję, a także w konsekwencji niezapewniający równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz:

1. nakazanie Zamawiającemu zmiany postanowień wskazanych powyżej w pkt 1 ppkt a - h, j-k, m, o, p odwołania i nadania im treści wskazanej w treści uzasadnienia odwołania;
2. nakazanie Zamawiającemu usunięcia postanowień wskazanych powyżej w pkt 1 ppkt i, l, n odwołania;
3. obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał na następujące okoliczności.

Według niego zaskarżone postanowienia SIWZ faktycznie powodują, że w postępowaniu możliwe jest zaoferowanie wyłącznie oprogramowania jednego producenta - Hewlett Packard, pomimo że na rynku działa więcej producentów, którzy mają w swojej ofercie konkurencyjne oprogramowanie, co do istoty podobne. Zaskarżone zapisy SIWZ według niego eliminują z postępowania wykonawców oferujących oprogramowanie inne niż producenta Hewlett Packard, nawet jeżeli spełnia ono cele Zamawiającego, m. in., oprogramowanie IBM. Odwołujący wskazał ponadto, że sformułowanie zaskarżonych przez Odwołującego postanowień SIWZ może również stanowić naruszenie dyscypliny finansów publicznych, wskazując na dyspozycję art. 17 ust. 1 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z dnia 25 stycznia 2005 r.)

Co do zarzutu naruszenia art. 29 ust. 3 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp wskazał, że warunki równoważności powinny być opisane w SIWZ i niedopuszczalne są postanowienia, które powodują, że wykonawca zamierzający zaoferować oprogramowanie równoważne jest zmuszony do porównywania się z produktem konkurenta i musi zaoferować produkt w każdym aspekcie nie gorszy lub lepszy od konkurenta. Odwołujący wskazał, że każdy z producentów oprogramowania stosuje nieco odmienne zasady licencjonowania, funkcjonowania produktu, zasad gwarancji, serwisu, asysty technicznej i konserwacji, które co do istoty są podobne, jednak w szczegółach mogą się różnić. Sposób sformułowania przez Zamawiającego postanowień SIWZ prowadzi, że w postępowaniu można faktycznie zaoferować wyłącznie oprogramowanie wzorcowe. Warunki konkurencyjne powinny być jednakowe dla wszystkich wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. Na poparcie swojego stanowiska powołał się na stanowisko doktryny oraz orzecznictwo KIO (wyrok w sprawie: KIO 2734/11).

Co do zarzutu naruszenia art. 29 ust. 2 w związku z art. 29 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp wskazał, że zgodnie z utrwalonym stanowiskiem zajmowanym w orzecznictwie KIO, dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia na podstawie katalogu jednego producenta jest działaniem utrudniającym uczciwą konkurencję, a Zamawiający powinien unikać takiego opisywania przedmiotu zamówienia (w tym przez określanie jego parametrów technicznych, licencyjnych, funkcjonalnych, dotyczących wsparcia, itp.), aby spełnienie wymogów dotyczących przedmiotu zamówienia było możliwe wyłącznie przez jednego producenta (czy też konkretny produkt możliwy do zaoferowania przez konkretnego producenta). Na poparcie swojego stanowiska powołał się na orzecznictwo KIO (orzeczenia w sprawach: KIO 464/12, KIO 2188/11, KIO/KD 17/11, KIO 2188/11).

Zdaniem Odwołującego Zamawiający świadomie próbuje wyeliminować z postępowania wykonawców oferujących oprogramowanie inne niż producenta oprogramowania „wzorcowego” (Hewlett-Packard), nawet jeżeli oprogramowanie innych producentów spełnia ono cele Zamawiającego.

Z uwagi na powyższe Odwołujący uszczegółowił w tym zakresie swoje zarzuty i żądania w określony sposób:

- 1) Co do wymogów opisanych w Załączniku 1 na str. 20-21 podkreślił, że niejasny jest tutaj zakres kompatybilności. Odwołujący wskazał, że wyraz „kompatybilny” może być różnie rozumiany, np. może oznaczać, między innymi: *„mogący współgrać z innym czynnikiem, elementem, nie powodując zakłóceń; wzajemnie się uzupełniający; zgodny z czymś”* (definicja zaczerpnięta ze słownika języka polskiego www.sip.pH, jak i wg Słownika Języka Polskiego PWN produkt „kompatybilny” winien *„odpowiadać czemuś lub być przystosowanym do czegoś pod każdym względem”*. W ocenie

Odwołującego należy uściślić powyższe postanowienie, tak aby można było ustalić jednoznaczne i dostatecznie dokładne kryterium kompatybilności. Odwołujący wskazał, że oferowany równoważny system z punktu widzenia osiągnięcia celów postępowania nie musi być kompatybilny z każdym z elementów produktu uznawanego przez Zamawiającego za podstawowe (tj. produkty Hewlett Packard), a powinien jedynie zagwarantować jego bezawaryjną pracę w jednoznacznie określonym zakresie, jednakże nie musi odpowiadać wszystkim parametrom, czy też wymogom produktów HP. W związku z faktem, iż zakres kompatybilności jest niejednoznaczny, niewyczerpujący, niedostatecznie dokładny, opisany w sposób naruszający uczciwą konkurencję, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany treści wyżej wymienionego postanowienia SIWZ i nadanie mu następującej treści: *„Zamawiający wymaga jednakże, aby dostarczone przez Wykonawcę narzędzie klasy SD - wdrażane jako System było kompatybilne z wymienionym powyżej oprogramowaniem HP Service Manager w zakresie obsługi procesów:*

- a. zarządzanie incydentami, (IM)*
- b. zarządzanie problemami, (PM)*
- c. zarządzanie zmianami, (CHG)*
- d. zarządzanie komponentami usług i konfiguracją, (SACM)*
- e. zarządzanie poziomem usług IT, (SLM)*
- f. zarządzanie wiedzą (KM).*

Zamawiający uznaje wymóg kompatybilności, o którym mowa w akapicie powyżej, za spełniony, w sytuacji, jeżeli dostarczone przez Wykonawcę narzędzie klasy SD - wdrażane jako System będzie umożliwiała realizację obsługi procesów wskazanych w pkt a-f.”

- 2) Co do postanowień zawartych w pkt 1 Załącznika XIV do SOPZ „Warunki równoważności” Odwołujący podniósł, że wykonawca oferujący w przetargu oprogramowanie równoważne jest zmuszony do dokonywania interpretacji postanowień całego SIWZ (który liczy ponad 200 stron wraz z załącznikami, które są częścią SIWZ), ponosząc ciężar identyfikacji relewantnych postanowień, które mogą mieć zastosowanie, podczas gdy wykonawca oferujący oprogramowanie preferowane przez Zamawiającego nie ponosi takiego ciężaru. Powyższe prowadzi do utrudnienia uczciwej konkurencji. Ponadto, powyższy zapis nie spełnia wymogu jednoznaczności oraz dostatecznej dokładności. W rezultacie, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany treści pkt 1 Załącznika XIV do SOPZ „Warunki równoważności” polegającą na usunięciu wyrazów „w szczególności”.
- 3) Co do postanowień zawartych w pkt 1 ppkt 1 Załącznika XIV do SOPZ „Warunki równoważności” *Odwołujący podniósł, że produkt preferowany przez Zamawiającego*

wskazany w SIWZ to oprogramowanie Hewlett Packard Service Manager. Odwołujący wskazał, że każdy z producentów oprogramowania stosuje własne zasady licencjonowania, które choć podobne - w szczególności mogą się różnić. Bez określenia precyzyjnego zakresu warunków licencji/sublicencji nie jest możliwe dokonanie przez Zamawiającego obiektywnej oceny porównania produktów. Wyżej określone postanowienie *według niego* narusza również art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, ponieważ wykonawca oferujący produkty równoważne ponosi ryzyko, że jego oferta zostanie odrzucona na podstawie niejasnych oraz nadmiernie restrykcyjnych kryteriów, podczas gdy oferent oferujący oprogramowanie producenta Hewlett-Packard nie ponosi takiego ryzyka, ponieważ oprogramowanie Hewlett Packard uznawane jest przez Zamawiającego za wzorcowe. Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany treści postanowienia SIWZ i nadanie mu brzmienia: *"1) warunków licencji/ sublicencji wskazanych przez Zamawiającego w Załączniku nr 1 do SIWZ w pkt 2.4.3 w podpunktach dotyczących pól eksploatacji, to jest ppkt a-I"*.

- 4) Co do postanowień zawartych w pkt 2 Załącznika XIV do SOPZ „Warunki równoważności” Odwołujący wskazał, że oprogramowanie każdego producenta różni się w jakiś sposób. Nie ma dwóch takich samych produktów pochodzących od różnych producentów - produkty co do istoty są podobne, jednak - w szczególności mogą się różnić. Bez określenia precyzyjnego zakresu warunków funkcjonalności nie jest możliwe dokonanie przez Zamawiającego obiektywnej oceny porównania produktów. Wyżej określone postanowienie *według niego* narusza również art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, ponieważ wykonawca oferujący produkty równoważne ponosi ryzyko, że jego oferta zostanie odrzucona na podstawie niejasnych oraz nadmiernie restrykcyjnych kryteriów, podczas gdy oferent oferujący oprogramowanie producenta Hewlett-Packard nie ponosi takiego ryzyka, ponieważ oprogramowanie Hewlett Packard uznawane jest przez Zamawiającego za wzorcowe. Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany treści postanowienia SIWZ i nadanie im brzmienia: *„2) funkcjonalności równoważnej produktu, która powinna spełniać warunki wskazane przez Zamawiającego w Załączniku nr 9 do SIWZ: Tabela Wymagań."*
- 5) Co do postanowień zawartych w pkt 1 ppkt: 3, 4, 5, 6, 7 Załącznika nr XIV do SOPZ Odwołujący wskazał, że wyżej wymienione postanowienia są niejednoznaczne oraz niedostatecznie określone, ponieważ:
 - a) dotyczy pkt 1 ppkt 3 Załącznika XIV do SOPZ „Warunki równoważności” - nie sposób ustalić zakresu wymaganej przez Zamawiającego kompatybilności oraz określenia rodzaju sprzętu i oprogramowania, z jakim ma dostarczone przez wykonawcę oprogramowanie równoważne w sposób niezakłócony współdziałać.

- b) dotyczy pkt 1 ppkt 4 Załącznika XIV do SOPZ „Warunki równoważności”- nie sposób ustalić, o jakie środowisko systemowo-programowe chodzi: czy o całość sprzętu i oprogramowania jakie ma Zamawiający czy jedynie jego część?
- c) dotyczy pkt 1 ppkt Załącznika XIV do SOPZ „Warunki równoważności” - nie sposób ustalić zakresu współpracy z systemami Zamawiającego, ponieważ nie wiadomo o jakie systemy chodzi;
- d) dotyczy pkt 1 ppkt 6 Załącznika XIV do SOPZ „Warunki równoważności” - nie sposób ustalić zakresu wymogu „pełnej, równoległej współpracy w czasie rzeczywistym” oraz zakresu „pełnej zamienności”. Takie sformułowanie świadczy jednoznacznie o pozorności równoważności. Ponadto, wymaganie, aby równoważne oprogramowanie było „w pełni zamienne” z produktem Hewlett Packard Service Manager oraz współpracowało w czasie rzeczywistym w sposób pełny i równoległy jest absurdalne, ponieważ każde oprogramowanie pochodzące od innego producenta różni się w pewien sposób. Dlatego konieczne jest doprecyzowanie tego postanowienia w sposób określony poniżej.
- e) dotyczy pkt 1 ppkt 7 Załącznika XIV do SOPZ „Warunki równoważności”- postanowienie jest niejednoznaczne i niedostatecznie określone ponieważ, Zamawiający odwołuje się do warunków dotyczących produktu firmy Hewlett Packard, nie podając samemu jednocześnie tych warunków w SIWZ. Zdaniem Odwołującego taki sposób sformułowania postanowienia utrudnia uczciwą konkurencję. Wyłącznie wymagania przedstawione precyzyjnie w SIWZ mogą stanowić podstawę do oceny produktu równoważnego oferowanego przez Wykonawcę. Zdaniem Odwołującego Zamawiający powinien określić, że jedynie warunki przedstawionych w Załączniku nr 1: Opis Przedmiotu Zamówienia dla Systemu Help Desk Programu E-cło - Rozdział 8 - mogą stanowić podstawę do oceny produktu oferowanego przez Wykonawcę. Dlatego konieczne jest doprecyzowanie tego postanowienia w sposób określony poniżej.

Według Odwołującego sposób sformułowania powyższych postanowień prowadzi do możliwości dokonywania przez Zamawiającego nadmiernie subiektywnej oceny i powoduje niepewność wykonawcy, który oferuje oprogramowanie równoważne, co do zakresu wymagań Zamawiającego. Zamawiający nakłada nadmierne wymagania na wykonawcę oferującego produkty równoważne. Produkty równoważne powinny co do istoty, nie co do każdego aspektu, odpowiadać warunkom produktu wzorcowego. W związku z faktem, iż powyższe postanowienia w jego ocenie są niejednoznaczne, niedostatecznie dokładne, opisane w sposób naruszający uczciwą konkurencję, Odwołujący wniosł o:

nakazanie Zamawiającemu zmiany treści pkt 1 ppkt 3 Załącznika XIV do SOPZ „Warunki równoważności” i nadanie mu następującej treści: „3) sprzętu i oprogramowania, które muszą być kompatybilne i w sposób niezakłócony współdziałać ze sprzętem i oprogramowaniem funkcjonującym u Zamawiającego, w zakresie określonym w pkt a i b:

a) Zamawiający uznaje wymóg kompatybilności, o którym mowa w zdaniu powyżej, za spełniony, w sytuacji, jeżeli dostarczony przez Wykonawcę sprzęt i oprogramowanie będą umożliwiały realizację obsługi procesów wskazanych w Załączniku nr 1: Opis Przedmiotu Zamówienia dla Systemu Help Desk Programu e-Cło pkt 2.4.3 ppkt a-f (strona 20-21).

b) sprzętem i oprogramowanie funkcjonujące u Zamawiającego to: Platforma sprzętowo-programowa, o której mowa w Rozdziale III - Opis Przedmiotu Zamówienia pkt C SIWZ”

nakazanie Zamawiającemu zmiany treści pkt 1 ppkt 4 Załącznika XIV do SOPZ „Warunki równoważności” i nadanie mu następującej treści: „4) sprzętu i oprogramowania, które nie mogą zakłócić pracy środowiska systemowo-programowego Zamawiającego - Zamawiający oświadcza, że w zakres środowiska systemowo-programowego wchodzi: Platforma sprzętowo-programowa, o której mowa w Rozdziale III - Opis Przedmiotu Zamówienia pkt C SIWZ”

nakazanie Zamawiającemu zmiany treści pkt 1 ppkt 5 Załącznika XIV do SOPZ „Warunki równoważności” i nadanie mu następującej treści: „5) sprzętu i oprogramowania>, które muszą w pełni współpracować z systemami Zamawiającego, opartymi o dotychczas użytkowane oprogramowanie; Zamawiający uznaje, że wymóg współpracy z systemami Zamawiającego będzie spełniony, gdy dostarczony przez Wykonawcę sprzęt i oprogramowanie nie zakłóci pracy systemów Zamawiającego, opartych o dotychczas użytkowane oprogramowanie”;

nakazanie Zamawiającemu usunięcia pkt 1 ppkt 6 Załącznika XIV do SOPZ „Warunki równoważności”.

nakazanie Zamawiającemu zmiany treści pkt 1 ppkt 7 Załącznika XIV do SOPZ „Warunki równoważności” i nadanie mu następującej treści: „7) warunków i zakresu usług gwarancji, serwisu pogwarancyjnego, asysty technicznej i konserwacji produktu równoważnego, muszą spełniać wymagania określone w Załączniku nr 1: Opis Przedmiotu Zamówienia dla Systemu Help Desk Programu E-cło - Rozdział 8”.

6) Co do postanowień zawartych w pkt 2 Załącznika XIV do SOPZ „Warunki równoważności” Odwołujący wskazał, że powyższy zapis jest niejednoznaczny i niedostatecznie określony, ponieważ nie jest jasne, co Zamawiający rozumie przez „środowisko sprzętowo-programowe”. Na stronie 9 SIWZ rozdział IV w pkt 5 Zamawiający stwierdza, iż „Zamawiający przewiduje, że udostępnienie Platformy

sprzętowo-programowej będzie możliwe nie wcześniej niż w lipcu 2013r.” Nie jest według Odwołującego jasne, czy „środowisku sprzętowo programowe” to jest to samo platforma sprzętowo programowa, o której mowa w zdaniu powyżej. Opis pkt 2 Załącznika XIV do SOPZ „Warunki równoważności” może prowadzić do utrudnienia uczciwej konkurencji, ponieważ Zamawiający mógłby stosować inne kryteria w stosunku do wykonawcy oferującego oprogramowanie preferowane przez Zamawiającego (Hewlett-Packard) niż w stosunku do wykonawcy oferującego oprogramowanie równoważne. Z uwagi na powyższe, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany treści pkt 2 Załącznika XIV do SOPZ „Warunki równoważności” i nadanie mu następującej treści: *„2. W przypadku zaoferowania przez Wykonawcę produktu równoważnego Wykonawca dokona wspólnie z Zamawiającym instalacji i testowania produktu równoważnego w środowisku sprzętowo programowym Zamawiającego. Testy produktu równoważnego nastąpią nie wcześniej niż w terminie określonym w rozdziale IV pkt 5 SIWZ. Przez środowisku sprzętowo Zamawiający rozumie Platformę sprzętowo-programową, o której mowa w Rozdziale III - Opis Przedmiotu Zamówienia pkt C SIWZ”*.

- 7) Co do postanowień zawartych w pkt 4 pkt 3, 4, 5 Załącznika XIV do SOPZ „Warunki równoważności” Odwołujący podniósł, że w zakresie wymagań określonych w pkt 3, 4, 5 - wymagania Zamawiającego są nadmierne i nakładają na wykonawcę oferującego oprogramowanie równoważne obowiązki, których nie ponosi wykonawca oferujący oprogramowanie preferowane przez Zamawiającego. Zakres ww. postanowień jest niejasny, niewyczerpujący, niedokładny. Zamawiający powinien wymagać co najwyżej złożenia takich dokumentów, które odnoszą się do konkretnych postanowień SIWZ. Wykonawca oferujący oprogramowanie równoważne jest narażony na negatywną ocenę Zamawiającego złożonych przez wykonawcę dokumentów, ponieważ nie są precyzyjnie określone kryteria oceny tych dokumentów. Wprowadzenie do opisu przedmiotu zamówienia ww. postanowień powoduje zatem ograniczenie kręgu potencjalnych wykonawców mogących złożyć ofertę na przedmiot zamówienia, bowiem wykonawcy posiadający w swej ofercie oprogramowanie spełniające istotne dla Zamawiającego wymogi funkcjonalne, techniczne czy użytkowe, nie mogą złożyć ważnej oferty, jeśli oferowane przez oprogramowanie nie posiadają szczególnych parametrów charakterystycznych dla oprogramowania Hewlett-Packard. Zaskarżone zapisy SIWZ naruszają zasadę uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami w postępowaniu. Z uwagi na powyższe, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu usunięcia pkt 5 ppkt 2-5 Załącznika XIV do SOPZ „Warunki równoważności”.

- 8) Co do postanowień zawartych w Załączniku XIV do SOPZ „Warunki równoważności” Odwołujący wskazał, że Zamawiający w SIWZ wymienia z nazwy oprogramowanie: HPOV Service Desk oraz HP Service Manager (strona 19-20 Załącznika 1: Opis Przedmiotu Zamówienia dla Systemu Help Desk Programu e-Cło). Zapis powyższy według niego jest skonstruowany nieprawidłowo, ponieważ HPOV Service Desk i HP Service Manager, to są dwa różne oprogramowania. Nie jest dopuszczalne postanowienie, z którego wynika, że oprogramowanie równoważne oferowane przez wykonawcę w postępowaniu musi jednocześnie spełniać warunki równoważności dotyczące dwóch różnych rodzajów oprogramowania w każdym zakresie określonym w Załączniku XIV do SOPZ. Odwołujący podał przykład: zdaniem Zamawiającego warunki licencji/sublicencji w każdym aspekcie licencjonowania/sublicencjonowania nie powinny być gorsze niż dla produktu wymienionego w SIWZ, tj. dla HPOV Service Desk oraz HP Service Manager, nawet jeżeli HPOV Service Desk oraz HP Service Manager mają różne warunki licencyjne. Powyższy zapis jest sprzeczny z zasadami logiki, niedostatecznie dokładny i utrudnia uczciwą konkurencję. Wymogi nakładane na wykonawcę oferującego oprogramowanie równoważne są nie do spełnienia, m. in. przez producenta oprogramowania IBM. Z uwagi na powyższe, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany postanowienia SIWZ i nadanie im brzmienia: *„Jeżeli Zamawiający określił w SIWZ wymagania z użyciem nazwy własnej: HP Service Manager, w szczególności w obszarze specyfikacji przedmiotu zamówienia, to należy traktować wskazany produkt jako rozwiązanie wzorcowe. W każdym takim przypadku Zamawiający oczekuje dostarczenia HP Service Manager lub produktów równoważnych, spełniających poniższe warunki równoważności.”*

Co do zarzutu naruszenia art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp Odwołujący wskazał na następujące okoliczności:

1. Zamawiający w Załączniku nr 9 do SIWZ: TABELA WYMAGAŃ” pkt 61 tiret 2 umieścił określone postanowienie. Powyższe według Odwołującego prowadzi do jednoznacznego wskazania na zastosowanie technologii HP, i uniemożliwia zastosowanie systemów opartych o nowoczesnej technologii dostępu do systemu tej klasy. Istnienie grubego klienta bowiem jest domeną systemów o technologii klient-serwer, która jest znacząco przestarzała w stosunku do architektur wielowarstwowych typu J2EE, gdzie cała funkcjonalność oprogramowania dostępna jest w postaci cienkiego klienta przez przeglądarkę WWW, nie powodując żadnych strat w ramach oferowanych przez system funkcjonalności. Brak konieczności instalacji dedykowanego kodu na stacjach roboczych znacząco obniża całkowity koszt utrzymania produktu i jego dostępność dla

poszczególnych grup odbiorców. Odwołujący nie widzi żadnego uzasadnienia dla takiego wymogu poza wspieraniem technologii Hewlett Packard, która jest oparta o technologię grubego klienta w związku z zaszłościami historycznymi produktu HP Service Manager i tym samym eliminowaniem konkurencyjnych technologii. Zdaniem Odwołującego, wyżej wymienione postanowienie ogranicza konkurencję i powoduje, że Odwołujący nie może zaoferować rozwiązania opartego na przykład o technologię IBM. W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany treści pkt 61 tiret 2 i nadanie mu brzmienia: „*System musi umożliwiać rejestrację zgłoszeń: - operatorowi przez klienta www lub grubego klienta*”.

2. Zamawiający określił w ZAŁĄCZNIKU NR 9 DO SIWZ: TABELA WYMAGAŃ – określone Wymagania ogólne pkt 3. Zapisy te w ocenie Odwołującego są kompletnie niezasadne ponieważ: funkcjonalność Hewlett-Packard Service Manager dla operatorów linii wsparcia w zupełności wystarczy przez WWW. Klient gruby jest konieczny w Hewlett-Packard Service Manager wyłącznie dla administratorów systemu do zaawansowanej administracji. Zapis w obecnym brzmieniu (zastosowanie zwrotu: „a także zapewnić”) wymusza konieczność zastosowania aplikacji klienckiej w postaci instalowanego „grubego klienta” oraz dodatkowej możliwości zastosowania klienta wykorzystującego przeglądarkę internetową. Z uwagi na powyższe, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany treści wyżej wymienionego i nadanie mu treści: „*System musi zagwarantować operatorom Unii wsparcia Help Desk możliwość wykorzystania w pełni funkcji składających się na pełną obsługę wspieranych w ramach swoich kompetencji procesów UIL poprzez zastosowanie interfejsu WWW (przeglądarka internetowa) lub poprzez zainstalowanie na komputerze specjalisty aplikacji klienckiej.* „
3. Zamawiający określił w ZAŁĄCZNIKU NR 9 DO SIWZ: TABELA WYMAGAŃ - Wymagania ogólne pkt 4. Zdaniem Odwołującego zgodnie z przyjętymi zasadami architektonicznymi nie jest możliwe przechowywanie wszystkich parametryzacji wyłącznie w bazie danych w żadnych z dostępnych na rynku systemów ITSM. Z jego wiedzy eksperckiej wynika bowiem iż żadne dostępne na rynku oprogramowanie nie przechowuje w pełni wszystkich ustawień konfiguracyjnych wyłącznie w bazie danych rozwiązania. Wynika to z faktu wykorzystania modelu trój warstwowej architektury niniejszych rozwiązań, tj. prezentacji (warstwa użytkownika), warstwa logiki systemu (serwera aplikacji) oraz warstwa przechowywania danych (warstwa bazy danych). W każdym funkcjonującym na rynku systemie ITSM część związania z logiką jego działanie jest po części zaszyta w bazie danych z wykorzystaniem wyzwalaczy i procedur składowych, jednakże znaczna część zaimplementowana jest w ramach skryptów oraz plików typu java na serwerze aplikacji. A w celu zachowania pełnej funkcjonalności systemu w

przypadku przeniesienia na innych serwer wymagane jest również przeniesienie plików skryptowych. Dotyczy to zarówno systemów technologii HP, IBM, BMC oraz innych funkcjonujących na rynku. Z uwagi na powyższe, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu usunięcia pkt 4 z ZAŁĄCZNIK NR 9 DO SIWZ: TABELA WYMAGAŃ.

4. Zamawiający określił w ZAŁĄCZNIKU NR 9 DO SIWZ: TABELA WYMAGAŃ - Wymagania ogólne pkt 23, wskazując, że ze względu na sformułowanie Zamawiającego wskazujące na konieczność posiadania przez rozwiązanie aplikacji typu „gruby klient” co w rażący sposób ogranicza dopuszczenie rozwiązań równorzędnych oraz jest całkowicie nieuzasadnione Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany treści tego postanowienia SIWZ i nadanie mu następującej treści: *„System musi zapewniać dla funkcjonalności dostępnych przez www lub przez aplikację kliencką, że wprowadzenie nowych funkcjonalności lub dokonanie zmian w istniejących funkcjonalnościach systemu nie będzie wymagało oddzielnych działań dla obu interfejsów.”*

Odwołujący w toku rozprawy wobec zmiany przez Zamawiającego postanowień SIWZ z dnia 6 sierpnia 2012r. złożył oświadczenie o nie podtrzymywaniu zarzutów opisanych w treści odwołania w pkt 1 lit.: a, b, m, n, o, p. W pozostałym zakresie Odwołujący podtrzymał zarzuty, żądania i argumentację zawarte w treści odwołania, wnosząc o jego uwzględnienie.

Jednocześnie też Odwołujący sprostował omyłki pisarskie zawarte w treści odwołania: co do zarzutu określonego w:

- pkt 1. lit. l – co do którego wskazał, że chodzi w tym przypadku o zaskarżenie pkt 5 ppkt 3-5 załącznika nr 14 do SOPZ „Warunki Równoważności”, co wynika w dalszej części z uzasadnienia odwołania.
- pkt 1 lit. g – co do którego wskazał, że chodziło o zaskarżenie pkt 1 ppkt 4 załącznika nr 14 do SOPZ „Warunki Równoważności” bez wskazywania ppkt 3-5, ponieważ wskazany punkt i podpunkt dokumentu nie zawiera przywołanych podpunktów.

II. Stanowisko Zamawiającego

Zamawiający w toku rozprawy wniósł o oddalenie odwołania. Wskazała na dokonaną w dniu 6 sierpnia 2012 r. modyfikację SIWZ, która powinna zaspokoić żądania Odwołującego. Modyfikacją tą Zamawiający wprowadził zmiany w zakresie Załącznika nr 1 do SIWZ w pkt 2.4.3 co do kompatybilności oczekiwanego rozwiązania dopisał, iż:

„Zamawiający uzna dostarczone przez Wykonawcę narzędzie klasy SD – wdrażane jako System za kompatybilne z oprogramowaniem HP Service Manager, jeżeli narzędzie to

posiada certyfikat Pink VERIFY 3.1 lub równoważny w zakresie procesów wymienionych w lit. „a” do „f”

Uwaga: oprogramowania IIP Service Manager nie należy traktować jako rozwiązania wzorcowego w rozumieniu „warunków równoważności”, wymienionych w pkt 7 dokumentacji technicznej architektury referencyjnej) Załącznik nr 2 do SIWZ)”.

Zamawiający w wyniku tej modyfikacji nadał również nowe brzmienie Załącznika nr 9 do SIWZ, wskazując, że zmianie uległy zapisy punktów: 3, 4, 23 i 61.

W odniesieniu się do zarzutów odwołania Zamawiający wskazał, że są one oparte na porównaniu oprogramowania HP z oprogramowaniem oferowanym przez Odwołującego, co jest nieuzasadnione, z uwagi na to, że wymogi opisu przedmiotu zamówienia sformułowane przez Zamawiającego w SIWZ, nie były oparte na oprogramowaniu wzorcowym HP. Zamawiający wymogi te sformułował abstrakcyjnie, w oparciu o swoje potrzeby oraz uwzględniając dodatkowo obecnie stosowany w ramach Ministerstwa Finansów system HP i konieczność w tym zakresie zachowania kompatybilności z tym systemem przez oferowane w postępowaniu oprogramowania, co leży w interesie Zamawiającego. Zamawiający podkreślił, że dokument opisu przedmiotu zamówienia w niniejszym postępowaniu jest standardowym dokumentem stosowanym przez Zamawiającego w innych postępowaniach o zamówienie publicznych, prowadzonych z ramienia Ministerstwa Finansów przez inne Izby Celne, w tym zakresie ten dokument nie był zaskarżany.

Co do załącznika nr 14 do SOPZ Zamawiający wskazał, że warunku równoważności tam określone nie odnoszą się do produktów HP tylko są określone, co do abstrakcyjnego produktu opisanego przez Zamawiającego w SIWZ. Dokument ten ma charakter ogólny, jego konstrukcja związana jest z wymogami ustawy Pzp, dopuszczania możliwości oferowania produktów równoważnych. Zamawiający wskazał też, że w ramach pkt 1 załącznika nr 14 do SOPZ oczekiwał wykazania przez wykonawcę oferującego rozwiązanie równoważne, wykazania tych okoliczności, zgodnie z przepisami Pzp, które ciężar taki nakładają właśnie na wykonawcę. Wyjaśnił, że przy ocenie równoważności zgodnie ze wskazanym punktem i jego podpunktami będzie brał pod uwagę poszczególne elementy, wymienione w sposób generalny w podpunktach od 1-7. Podkreślił też, że wymóg określony w pkt 2 załącznika nr 14 będzie weryfikowany na etapie realizacji zamówienia. Co do wymogów zawartych w pkt 5 załącznika 14 wskazał, że w oparciu o wymagane w tym punkcie oświadczenia i dokumenty będzie przeprowadzana przez Zamawiającego ocena równoważności oferowanego produktu.

Zamawiający wskazał również, że w pkt 2.4.3 załącznika nr 1 OPZ wskazano oprogramowanie HP OpenView Service Desk włącznie jako oprogramowanie poprzedzające

oprogramowanie HP Service Manager, które Zamawiający zamierza u siebie wdrożyć. W tym przypadku nie ma wątpliwości, iż chodzi o kompatybilność oferowanego przez wykonawcę oprogramowania z oprogramowaniem, które będzie funkcjonowało u Zamawiającego, tj. HP Service Manager. Chodzi tu o kompatybilność w zakresie funkcjonalności procesów wskazanych na str. 20 i 21 załącznika nr 1 w pkt. a – f.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron, zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba ustaliła także, że Odwołujący ma interes w złożeniu odwołania. W odwołaniu podnosi on zarzuty postanowień SIWZ, które – w jego ocenie – ograniczają mu dostęp do niniejszego zamówienia publicznego, narażając go na utratę możliwości uzyskania niniejszego zamówienia publicznego i tym samym poniesienie wymiernej szkody. W związku z czym Izba stwierdziła, że została wypełniona w tym zakresie materialnoprawna przesłanka rozpatrzenia odwołania, opisana w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła też, że podmiotem Zamawiającym w rozumieniu art. 2 pkt 12 ustawy Pzp, w związku z art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest Ministerstwo Finansów. Izba Celna w Katowicach zaś występuje tutaj jako pełnomocnik Zamawiającego na zasadach określonych w art. 15 ust. 2 i 3 ustawy Pzp. Powyższe wynika z dokumentu - upoważnienie Ministra Finansów z dnia 6 marca 2012 r. nr BMI/0140/49/2012, wskazującego na powierzenie przez Ministerstwo Finansów przygotowania i przeprowadzenia niniejszego postępowania o zamówienie publiczne Izbie Celnej w Katowicach.

Izba po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, uwzględniając dowody zgromadzone w sprawie i po wysłuchaniu stron postępowania odwoławczego stwierdziła odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W tym zakresie Izba ustaliła, co następuje.

Zamawiający wszczął niniejsze postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w dniu 17 lipca 2012 r. poprzez publikację ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym UE. Wartość tego zamówienia przekracza wartości progów unijnych (wartości, o których mowa w rozporządzeniu wydanym w oparciu o art. 11 ust. 8 ustawy Pzp). W dniu publikacji ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający zamieścił także SIWZ na stronie internetowej. Opis przedmiotu zamówienia został zawarty w Rozdziale III SIWZ. Jednocześnie też szczegółowy opis przedmiotu zamówienia Zamawiający zamieścił w Załączniku Nr 1 do SIWZ (Opis przedmiotu zamówienia). W Załączniku nr 2 do SIWZ Zamawiający określił szczegółową Dokumentację techniczną architektury referencyjnej. Wśród tej dokumentacji w Załączniku nr XIV do SOPZ Zamawiający opisał warunki równoważności w tym postępowaniu. W Załączniku nr 9 (Tabela Wymagań) Zamawiający określił szereg szczegółowych wymagań technicznych dotyczących zamawianego systemu.

Odwołujący zaskarżył w treści odwołania postanowienia SIWZ zawarte:

- w Załączniku nr 9 w zakresie:

- pkt 61 tiret 2
- pkt 3
- pkt 4
- pkt 23

- w Załączniku nr 1 do SIWZ na str. 20-21

- w Załączniku nr XIV do SOPZ Warunki równoważności w zakresie:

- pkt 1
- pkt 1 ppkt 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7
- pkt 2
- pkt 5 ppkt 3-5
- wprowadzenia zawartego w tym załączniku

Zamawiający w dniu 6 sierpnia 2012 r. zmodyfikował SIWZ w zakresie Załącznika nr 1 do SIWZ w pkt 2.4.3, dookreślając wymóg i sposób weryfikacji co do kompatybilności oferowanego przedmiotu zamówienia z rozwiązaniami funkcjonującymi, wdrożonymi bądź implementowanymi przez Zamawiającego oraz w zakresie Załącznika nr 9 co do pkt 3,4,3 i 61.

W toku rozprawy Odwołujący złożył oświadczenie o niepodtrzymywaniu zarzutów odwołania co do postanowień z Załącznika nr 1 do SIWZ oraz z Załącznika nr 9 do SIWZ. Odwołujący zatem podtrzymywał zarzuty w zakresie Załącznika nr XIV do SOPZ.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba rozpoznała odwołanie w zakresie zarzutów, które zostały przez Odwołującego podniesione w odwołaniu i podtrzymane w toku rozprawy. Powyższe wskazuje na konieczność odniesienia się do zarzutów dotyczących konkretnych, zaskarżonych zapisów SIWZ, co do opisu przedmiotu zamówienia w kontekście zastosowania równoważności, co – zdaniem Odwołującego - może wskazywać na naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 29 ust. 3 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp) oraz niejednoznacznością i brakiem wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia, co również – według niego - może wskazywać na naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 29 ust. 1 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp).

Odnosząc się do zarzutów związanych z równoważnością - zapisy pkt 1 ppkt 1, 2, 6 i 7 Załącznika nr XIV do SOPZ – Izba uznała, że zarzuty te nie zasługują na uwzględnienie. Odwołujący wskazywał, że zaskarżone przez niego w tym zakresie postanowienia SIWZ i postawione zarzuty związane są z zastosowaniem przez Zamawiającego przy opisie przedmiotu zamówienia jako wzorcowego oprogramowania HP. Odwołujący wykazywał, że stworzony przez Zamawiającego załącznik nr XIV do SOPZ wskazujący na określone warunki równoważności daje Zamawiającemu dużą swobodę w ocenie oferowanego rozwiązania pod kątem równoważności z oprogramowaniem HP. Powyższe prowadzi do jedynie pozornej równoważności składania ofert w postępowaniu we wskazanym zakresie utrudniając Odwołującemu dostęp do zamówienia.

W ocenie Izby tak sformułowane zarzuty odwołania nie mogą się ostać. Odwołujący przede wszystkim nie udowodnił zasadniczego twierdzenia, na którym opierają się zarzuty jego odwołania – ustalenia przez Zamawiającego jako wzorcowe oprogramowania HP w niniejszym postępowaniu. Odwołujący w tym zakresie sformułował jedynie twierdzenie odwołania opierające się o przywołaną powyżej tezę nie przedstawiając żadnych dowodów, a nawet nie wskazując konkretnych postanowień dotyczących opisu przedmiotu zamówienia,

które wskazywałyby na te okoliczności. Tymczasem Zamawiający w toku rozprawy zaprzeczył stawianej w odwołaniu przez Odwołującego tezie. W związku z powyższym – biorąc pod uwagę zasadę ciężaru dowodowego, który spoczywa na podmiocie, który wywodzi określone okoliczności z konkretnych twierdzeń – Izba uznała, że Odwołujący nie udowodnił zasadniczej okoliczności, na której opierają się zarzuty odwołania.

Wskazać również należy, że Zamawiający zgodnie z art. 29 ust. 3 ustawy Pzp dopuścił w niniejszym postępowaniu możliwość oferowania przez wykonawców rozwiązań równoważnych. Przywołany przepis wskazuje, że przy używaniu przez zamawiającego przy opisie przedmiotu zamówienia, ze względu na jego specyfikę, określonych znaków towarowych, patentów, pochodzenia, kiedy przedmiotu nie można opisać przy użyciu dostatecznie dokładnych określeń, zamawiający powinien wprowadzić w SIWZ sformułowanie (wyraz): „lub równoważny”. Literalnie, przy formalnym i legalnym badaniu postanowień SIWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia dla wypełnienia wymogów wskazanej normy prawnej wystarczające jest użycie przy opisie przedmiotu zamówienia przywołanego w tym przepisie sformułowania „lub równoważny”. W stanowisku doktryny i orzecznictwie przyjęło się wskazywać, że w tym zakresie Zamawiający powinien wskazać pewne wyznaczniki dopuszczonej równoważności oferowanych w postępowaniu rozwiązań. Izba również podziela ten pogląd, wskazując jednocześnie, że z punktu widzenia późniejszego etapu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego – etapu badania i oceny ofert – taki uszczegółowiony w stosunku do literalnego brzmienia wytycznej zawartej w art. 29 ust. 3 ustawy Pzp, opis równoważności jest wskazany w celu uniknięcia ewentualnych wątpliwości co do oceny równoważności oferowanego rozwiązania. Wątpliwości te mogą się bowiem pojawiać w tym zakresie w trakcie badania i oceny ofert co do tego, jakich elementów w opisie przedmiotu zamówienia dotyczyła równoważność i w jakim zakresie powinna ona być weryfikowana (co do wszystkich elementów opisu przedmiotu zamówienia, czy też w stosunku do niektórych, czy też weryfikacja ta powinna dotyczyć zgodności z konkretnym minimalnym, czy maksymalnym parametrem, czy też w określonych zakresach).

W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający oprócz wskazania w konkretnych zapisach SIWZ odnoszących się do konkretnych funkcjonalności i wymogów w zakresie żądanego oprogramowania literalnego odwołania do równoważności, sformułował generalne wytyczne dotyczące równoważności, przygotowując w tym celu specjalny załącznik do SIWZ. Wskazał w nim w sposób wyraźny, w jakich sytuacjach owa równoważność jest dopuszczona, tj. w każdej z sytuacji, gdy w SIWZ Zamawiający określił swoje wymagania z użyciem nazw własnych produktów lub marek producentów, w szczególności w obszarze specyfikacji przedmiotu zamówienia. W każdej

takiej sytuacji Zamawiający określa to rozwiązanie jako wzorcowe (nie wskazując, iż chodzi wyłącznie o rozwiązanie HP), dopuszczając w tym zakresie także rozwiązanie równoważne. Taki sposób opisu równoważności nie prowadzi do naruszenia – w ocenie Izby – art. 29 ust. 3 ustawy Pzp. Określenie, że Zamawiający co do równoważności ciężar wykazania jej przekłada na wykonawcę (pkt 1 Załącznika Nr XIV do SOPZ), jest zgodne z kolei z dyspozycją art. 30 ust. 5 ustawy Pzp. Jednocześnie też wskazanie, że co do równoważności Zamawiający będzie weryfikował ofertę wykonawcy w zakresie:

- warunków licencji / sublicencji w każdym aspekcie i powyższe nie mogą być gorsze niż dla produktu wymienionego w SIWZ (pkt 1 ppkt 1 Załącznika nr XIV do SOPZ)

- warunków funkcjonalności produktu, która nie może być gorsza od funkcjonalności produktu wymienionego w SIWZ (pkt 1 ppkt 2 Załącznika nr XIV do SOPZ)

- warunków sprzętu i oprogramowania, które muszą zapewniać pełną, równoległą współpracę w czasie rzeczywistym i pełną funkcjonalną zamienną produktu równoważnego z produktem określonym w SIWZ (pkt 1 ppkt 6 Załącznika nr XIV do SOPZ)

- warunków i zakresu usług gwarancji, serwisu pogwarancyjnego, asysty technicznej i konserwacji produktu równoważnego, które muszą być nie gorsze niż dla produktu wymienionego w SIWZ (pkt 1 ppkt 7 Załącznika nr XIV do SOPZ),

w ocenie Izby nie może wskazywać na naruszenie przywołanego przepisu ustawy Pzp. Zamawiający wyznaczył - w sposób co prawda ogólny, ale trudno zaprzeczyć jakoby w ogóle tego nie uczynił – określone pola, na których, w sytuacjach, gdy w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia zostały wskazane określone nazwy własne produktów lub marki producentów, będzie dokonywał oceny równoważności. Nie można pominąć w tym zakresie zapisów SIWZ odnoszących się do szczegółowych postanowień dotyczących opisu przedmiotu zamówienia, do których także odwołuje się załącznik nr XIV do SOPZ. Odwołujący, formułując zarzuty odwołania, które zostały podtrzymane na rozprawie, nie określił żadnego zarzutu dotyczącego równoważności, wskazując na konkretne postanowienia szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia dotyczące licencji, sublicencji, funkcjonalności produktu, sprzętu, oprogramowania, czy usług gwarancji, serwisu, asysty technicznej czy konserwacji produktu, które w jego ocenie wskazywałyby na pozorną równoważność, czy w tym kontekście na dyskryminację Odwołującego w tym postępowaniu. Zarzuty odwołania opierają się zatem na zaskarżeniu wyłącznie postanowień zawartych w Załączniku nr XIV do SOPZ, nie odnosząc powyższego w żadnej mierze do konkretnych zapisów SIWZ dotyczących opisu przedmiotu zamówienia, które prowadziłyby do określonego naruszenia przepisów ustawy Pzp. Tym samym zarzuty te nie zostały – zdaniem Izby – wykazane. Odwołujący nie udowodnił konkretnego naruszenia przepisów

ustawy Pzp przy opisie przedmiotu zamówienia ponieważ konkretne zapisy dotyczące właśnie opisu przedmiotu zamówienia nie zostały przez niego zaskarżone.

Co do kwestii związanej z badaniem równoważności i kompatybilności oferowanego rozwiązania z oprogramowaniem funkcjonującym aktualnie u Zamawiającego czy rozwiązaniem, które będzie implementowane u Zamawiającego oparte o oprogramowanie HP (HPOV Service Desk i HP Service Manager) postanowienia SIWZ zawarte w pkt 2.4.3 Załącznika nr 1 do SIWZ wyraźnie wskazują, na jakich polach owa kompatybilność będzie badana (zarządzenie incydentami, problemami, zmianami, komponentami usług i konfiguracją, zarządzanie poziomem usług i wiedzą). Dodatkowo Zamawiający w wyniku modyfikacji SIWZ wyraźnie wskazał, że owa kompatybilność będzie weryfikowana w oparciu o certyfikat Pink VERIFY 3.1 lub równoważny. Formalny zarzut w tym zakresie dotyczący naruszenia uczciwej konkurencji Odwołujący wycofał w toku rozprawy, jednakże argumentacja podnoszona w tym zakresie przez Odwołującego w kontekście naruszenia zasad związanych z równoważnością także w ocenie Izby – w świetle wskazanych powyżej postanowień SIWZ – nie zasługuje na uwzględnienie.

Odnosząc się do zarzutów związanych z niejednoznacznością opisu przedmiotu zamówienia co do pkt 1 oraz pkt 1 ppkt 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, pkt 2, pkt 5 ppkt 3-5 Załącznika nr XIV do SOPZ – Izba uznała, że zarzuty te nie zasługują na uwzględnienie.

Wskazać należy, podtrzymując argumentację podniesioną powyżej, odnoszącą się do zarzutu związanego z opisaniem przez Zamawiającego równoważności oferowanych rozwiązań, że zarzut odwołania dotyczący niejednoznaczności opisu przedmiotu zamówienia także opiera się na zaskarżeniu przez Odwołującego określonych postanowień Załącznik Nr XIV do SOPZ. Odwołujący wskazywał, że zapisy tego Załącznika w sposób nieprecyzyjny określają, na jakich polach i w jakim zakresie Zamawiający będzie dokonywał oceny równoważności w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołujący wyraźnie wskazał, że nie kwestionuje zapisów SIWZ dotyczących opisu przedmiotu zamówienia – w związku z modyfikacją SIWZ dokonana przez Zamawiającego w dniu 6 sierpnia 2012 r. Żądania sformułowane w tym zakresie w odwołaniu sprowadzają się zasadniczo do konieczności modyfikacji Załącznika nr XIV do SOPZ poprzez odwołanie do konkretnych zapisów odnoszących się do szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia.

Izba zwraca uwagę, że uwzględnianie odwołania i nakazywanie Zamawiającemu modyfikacji postanowień SIWZ, która sprowadzałaby się *de facto* do powielenia zapisów już szczegółowo określonych przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia (odwołanie do opisu przedmiotu zamówienia) jest niecelowe. Przywołany Załącznik nr XIV do SOPZ

faktycznie ma charakter generalny, jednakże – biorąc pod uwagę systematykę SIWZ, jak również samą treść tego Załącznika – nie sposób uznać, że na etapie badania i oceny ofert ocena równoważności będzie mogła być dokonywana przez Zamawiającego z pominięciem zapisów Załącznika nr 1 do SIWZ (Opis przedmiotu zamówienia). W treści Załącznika nr XIV do SOPZ Zamawiający w zaskarżonych postanowieniach tego Załącznika wskazywał także na odesłanie do postanowień SIWZ. Oczywistym jest także, że Zamawiający oceny równoważności będzie dokonywał na etapie badania i oceny ofert w zakresie określonym w SIWZ. W przypadku postanowień zawartych w pkt 2 Załącznika nr XIV do SOPZ wskazuje się natomiast na czynność instalacji i testowania produktu równoważnego w środowisku sprzętowo-programowym Zamawiającego, dokonywanej wspólnie przez wykonawcę wyłonionego w postępowaniu i Zamawiającego, więc w tym przypadku postanowienia SIWZ jasno wskazują na taki sposób testu oferowanego przez wykonawcę produktu równoważnego. Co do klarowności tego postanowienia także nie ma wątpliwości. W pkt 5 ppkt 3-5 Załącznika nr XIV do SOPZ Zamawiający oczekiwał od wykonawców dostarczenia pełnego wykazu funkcjonalności produktu równoważnego, pełnych warunków i zasad świadczenia usług gwarancyjnych, serwisu pogwarancyjnego, asysty technicznej i konserwacji dla produktu równoważnego oraz wykazu miejsc użycia produktu równoważnego, a w sytuacji gdy będzie on zastosowany w blokach architektonicznych – opisu przeddefiniowanego bloku architektonicznego. W ocenie Izby nie można w tym zakresie zarzucić Zamawiającemu niejasności związanych w żądanymi dokumentami na potwierdzenie oferowania rozwiązania równoważnego. Zamawiający określił wskazane minimalne dokumenty, nie ograniczając jednocześnie wykonawcom – w świetle dyspozycji art. 30 ust. 5 ustawy Pzp – możliwości wykazania także w inny sposób równoważności oferowanego rozwiązania. Co do pozostałych postanowień Załącznika nr XIV do SOPZ Izba także nie stwierdziła nieprawidłowości, którym można byłoby zarzucić naruszenie art. 29 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba uznała również, że zarzuty co do niejednoznaczności postanowień wskazanego Załącznika w kontekście oceny równoważności w zakresie kompatybilności z rozwiązaniem będącym aktualnie w dyspozycji Zamawiającego, także nie znalazły potwierdzenia. Jak wskazano powyżej SIWZ w szczegółowych postanowieniach dotyczących opisu przedmiotu zamówienia (Załącznik nr 1 do SIWZ) określała zakres badania tej kompatybilności. Nie sposób także pominąć zmiany postanowień SIWZ wprowadzonej przez Zamawiającego modyfikacją SIWZ z dnia 6 sierpnia 2012 r., która określił w sposób konkretny procedurę badania równoważności w tym zakresie poprzez przedstawienie przez wykonawców certyfikatu Pink VERIFY 3.1 lub równoważnego. Tym samym zarzut nie potwierdził się.

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 oraz 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, obciążając nimi Odwołującego. Wśród kosztów postępowania odwoławczego Izba uwzględniła - stosownie do regulacji zawartej w § 3 pkt 1 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 w sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – koszty wpisu uiszczonego przez Odwołującego.

Przewodniczący: