



Gdańsk, 19 kwietnia 2016 r.

BZP.271. *385*.2016.MW

WYKONAWCY

dot.: postępowania o zamówienie publiczne w trybie przetargu nieograniczonego na „Dostawę dla Urzędu Miejskiego w Gdańsku komputerów klasy PC z oprogramowaniem” (sygn. post.: BZP-271-015/BI/16/MW).

WEZWANIE DO PRZYSTĄPIENIA DO POSTĘPOWANIA ODWOŁAWCZEGO

Działając na podstawie art. 185 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j.: Dz. U z 2015 roku, poz. 2164) Zamawiający informuje, iż w niniejszym postępowaniu w dniu 18 kwietnia 2016 roku przez Wykonawcę -Dorotę Bukalską prowadzącą działalność gospodarczą pn. Dorota Bukalska F.H.U. „Diament”, ul. Traugutta 2/4 lok. 1, 42-215 Częstochowa, wniesione zostało odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

W związku z powyższym Zamawiający wzywa Wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego

Zgodnie z art. 185 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych Wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu, a jego kopię przesyła się Zamawiającemu oraz Wykonawcy wnoszącemu odwołanie.

Zamawiający w załączeniu do niniejszego pisma przekazuje kopię wniesionego odwołania.

Z poważaniem

Marek Komorowski
DYREKTOR
BIURA ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH
Marek Komorowski

Gotkowicz Kosmus Kuczyński

i p a r t n e r s t w o a d w o k a t o w e
Warszawa, dnia 18 kwietnia 2016 roku

Prezes Krajowej Izby

Odwolawczej

ul. Postępu 17a

02 - 676 Warszawa

Zamawiający: Gmina Miasta Gdańska

ul. Nowe Ogrody 8/12

80-803 Gdańsk

tel.: +48 58 32-36-127

faks: +48 58 32-36-529,

e-mail:

monika.wilczynska@gdansk.gda.pl

Odwołujący: Dorota Bukalska

prowadząca działalność gospodarczą

pod firmą: Dorota Bukalska Firma

Handlowo – Usługowa „Diament”

NIP: 5730039135

REGON: 150961855

ul. Traugutta 2/4 lok. 1

42 – 215 Częstochowa

reprezentowana przez:

radcę prawnego Krzysztofa Kufla

Gotkowicz Kosmus Kuczyński

i Partnerzy Adwokaci

ul. Derdowskiego 26/3

80 – 310 Gdańsk

nr fax: 48583000478

Nr ogłoszenia: 2016/S 068-118297

Znak postępowania: BZP-271-015/BI/16/MW

dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej 209 000 EURO na: „dostawę dla Urzędu Miejskiego w Gdańsku komputerów klasy PC z oprogramowaniem”.

Odwołanie

od treści ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia

Działając w imieniu Doroty Bukalskiej prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Dorota Bukalska Firma Handlowo – Usługowa „Diament” (pełnomocnictwo w załączeniu) wnoszę odwołanie od treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej jako siwz) oraz od treści ogłoszenia o zamówieniu w ww. postępowaniu, w zakresie:

Siedziba: ul. Derdowskiego 26/3, 80-310 Gdańsk, tel.: [48 58] 300 04 73, fax: [48 58] 300 04 78

Oddział w Warszawie: ul. Kopernika 30 lok. 512, 00-336 Warszawa, tel./fax: [48 22] 692 70 54

NIP: 584 260 34 86, Bank Millennium: 27 1160 2202 0000 0000 8515 8170

www.gkkadwokaci.pl

1. postanowienia zawartego w opisie przedmiotu zamówienia (rozdział I siwz), tj. pkt II ad. 5:

Ad. 5. Oprogramowanie biurowe:

Pakiet biurowy MS Office 2016 Standard PL na jednej licencji MOLP - otwarta licencja Microsoft dla jednostek publicznych lub równoważny, kryteria równoważności podane w pkt. III. Do licencji Wykonawca dołączy 10 sztuk nośników (płyta DVD, pendrive) z ww. oprogramowaniem.

2. Postanowienia zawartego w opisie przedmiotu zamówienia (rozdział I siwz) w pkt III.2 ppkt d, e, j, r, t, u, v, tj.:

Warunki równoważności dla MS Office 2016 Standard PL:

- d) klient poczty współpracujący w pełnym zakresie funkcjonalności z serwerem MS Exchange 2013 (e-mail, zadania, kalendarze, książki adresowe).*
- e) współpraca z serwerem MS Sharepoint 2013 (publikowanie arkuszy kalkulacyjnych w Excel Services, łącz do danych w formacie ODC, przekazywanie metadanych do MS SharePoint, wersjonowanie dokumentów).*
- j) w systemach pocztowych – możliwość delegacji uprawnień do otwierania, drukowania, modyfikowania i czytania załączanych dokumentów i informacji;*
- r) możliwość zaszyfrowania danych w dokumentach i arkuszach kalkulacyjnych zgodnie ze standardem CryptoAPI;*
- t) prawidłowe odczytywanie i zapisywanie danych w dokumentach w formatach: .DOC, .DOCX, XLS, .XLSX, .PPT, .PPTX, w tym obsługa formatowania, makr, formuł, formularzy w plikach wytworzonych w MS Office 2010 i MS Office 2013;*
- u) pełna zgodność i współpraca z MS SQL Server 2012 (pobieranie danych z tabel MS SQL oraz kostek analitycznych OLAP);*
- v) bezterminowa licencja z jednym kluczem licencyjnym dla wszystkich instalacji.*

Powyższym postanowieniom siwz oraz ogłoszenia o zamówieniu zarzucam:

1. naruszenie art. 7 w zw. z art. 29 ust. 2 pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób naruszający uczciwą konkurencję, w szczególności poprzez określenie kryteriów równoważności dla oprogramowania biurowego (pkt III.2 siwz) w ten sposób, że jedynym oprogramowaniem biurowym spełniającym wymogi zamawiającego jest w przedmiotowym postępowaniu oprogramowanie MS Office na licencji MOLP produkowane przez Microsoft Corporation
2. naruszenie art. 29 ust. 3 pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia z użyciem znaków towarowych i określeń wskazujących na konkretne pochodzenie produktu (Microsoft, MS Office) podczas gdy w przedmiotowym postępowaniu nie zachodziły przesłanki uzasadniające dokonanie opisu przedmiotu zamówienia z użyciem znaków towarowych i określeń wskazujących na pochodzenie.

Na podstawie ww. zarzutów **wnoszę o:**

1. zmianę pkt II ad. 5 opisu przedmiotu zamówienia (rozdział I siwz) poprzez usunięcie wszelkich określeń wskazujących na konkretnego producenta oprogramowania biurowego – firmę Microsoft Corporation, a także poprzez usunięcie wymogu dostarczenia oprogramowania biurowego na jednej licencji otwartej i dopuszczenie oferowania licencji jednostkowych (przypisanych do konkretnych stacji roboczych).
2. usunięcie z opisu przedmiotu zamówienia (rozdział I siwz) pkt III.2 ppkt d, e, j, r, t, u, v.

Ponadto, wnoszę o:

1. dopuszczenie i przeprowadzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą dowodu z opinii biegłego z zakresu informatyki na okoliczność, że wymogi dla oprogramowania biurowego określone w pkt II ad. 5 oraz w pkt III.2 opisu przedmiotu zamówienia (rozdział I siwz) spełnia wyłącznie oprogramowanie biurowe MS Office produkowane przez Microsoft.
2. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą, w tym kosztów zastępstwa, według norm przepisanych.

Uzasadnienie

I. Termin na wniesienie odwołania.

Zgodnie z art. 182 ust. 2 pkt 1 pzp odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu, a jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, także wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wnosi się w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej - jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 pzp

W postępowaniu przetargowym, którego dotyczy niniejsza sprawa, specyfikacja istotnych warunków zamówienia zamieszczona została na stronie internetowej zamawiającego w dniu 7 kwietnia 2016 roku. W tym samym dniu ogłoszenie zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.

Dowód: wydruk ze strony internetowej zamawiającego
na okoliczność daty publikacji siwz na stronie internetowej zamawiającego.

Wobec powyższego 10 - dniowy termin na wniesienie odwołania został zachowany (17 kwietnia 2016 roku to niedziela).

II. Interes w uzyskaniu zamówienia

Wykonawcy przysługuje interes w uzyskaniu zamówienia kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia w przedmiotowym postępowaniu (oraz ogłoszenie o zamówieniu) w zakresie opisu przedmiotu zamówienia zawiera postanowienia naruszające pzp. Gdyby siwz została sporządzona zgodnie z pzp odwołujący miałby możliwość złożenia oferty zgodnej z siwz, co w konsekwencji mogłoby doprowadzić do uzyskania zamówienia.

Powyższe rozumienie interesu w uzyskaniu zamówienia określonego w art. 179 pzp znajduje pełne odzwierciedlenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, o czym świadczą cytowane niżej, jedynie tytułem przykładu, orzeczenia KIO.

⇒ **z uzasadnienia wyroku** Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 31 lipca 2015 r. **sygn. KIO 1519/15:**

W odwołaniach od treści SIWZ wykonawca nie tyle wskazuje na brak bezpośredniej możliwości uzyskania zamówienia, co na wadliwe i niekonkurencyjne postanowienia SIWZ, które utrudniają mu złożenie prawidłowej i zgodnej z przepisami p.z.p. oferty - zgodnie z art. 29 ust. 2 p.z.p. wystarczające jest uprawdopodobnienie tego faktu. Tym samym krąg podmiotów, które mogą korzystać z odwołań od treści SIWZ jest szeroki. Uprawnienie to przysługuje każdemu wykonawcy, który potencjalnie może ubiegać się o udzielenie tego zamówienia.

Na powyższym etapie wystarczające jest wykazanie jedynie hipotetycznej szkody polegającej na niewłaściwym sformułowaniu treści SIWZ, które może utrudniać wykonawcy dostęp do zamówienia. Tym samym wystarczająca jest dla uznania interesu danego wykonawcy jedynie deklaracja, że jest zainteresowany uzyskaniem tego zamówienia i tego faktu nie ma obowiązku udowodnić. Na tym etapie postępowania interes wykonawcy jest interesem faktycznym w szerokim tego słowa znaczeniu.

⇒ **z uzasadnienia** wyroku Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 26 lipca 2013 roku **sygn. KIO 1702/13; KIO 1708/13:**

Ustalono dalej, że wykonawcy wnoszący odwołania posiadają interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Czynności Zamawiającego uniemożliwiają Odwołującym złożenie oferty. Gdyby Zamawiający nie naruszył przepisów ustawy P.z.p. wskazanych w odwołaniu, Odwołujący mogliby złożyć oferty, które mogłyby zostać wybrane jako oferta najkorzystniejsza. Na etapie kształtowania zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia i postanowień przyszłego kontraktu łączącego strony, brak jest możliwości określenia i udowodnienia konkretnej szkody, którą wykonawca może ponieść.

oraz

Wystarczające jest zatem wskazanie na naruszenie przepisów prowadzące do powstania hipotetycznej szkody w postaci utrudnienia dostępu do zamówienia lub spowodowania konieczności ubiegania się o zamówienie niezgodnie z prawem, w tym zawarcia niezgodnej z przepisami prawa umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wypełnione zostały zatem materialno-prawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p.

III. Uzasadnienie zarzutów

a.

Przedmiotem zamówienia w niniejszym postępowaniu jest dostawa dla Urzędu Miejskiego w Gdańsku sprzętu komputerowego oraz voucherów na szkolenia. Przedmiot zamówienia obejmuje m. in. dostawę 289 licencji na oprogramowanie biurowe. W pkt II ad. 5 opisu przedmiotu zamówienia (rozdział I siwz) zamawiający określił wymogi w odniesieniu do pakietu biurowego w następujący sposób:

*Pakiet biurowy MS Office 2016 Standard PL na jednej **licencji MOLP** - otwarta licencja Microsoft dla jednostek publicznych lub równoważny, kryteria równoważności podane w pkt. III. Do licencji Wykonawca dołączy 10 sztuk nośników (płyta DVD, pendrive) z ww. oprogramowaniem.*

Jak wynika z powyższego, zamawiający opisał przedmiot zamówienia w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego posługując się nazwą własną – znakiem towarowym konkretnego producenta. Co więcej, zamawiający nie poprzestał na wskazaniu konkretnego producenta oprogramowania (**Microsoft Corporation**), ale określił także wymaganą nazwę pakietu biurowego (**MS Office**) oraz konkretną wersję tego pakietu (wersja **2016 Standard**). Ponadto, zamawiający określił w opisie przedmiotu zamówienia konkretny typ licencji oferowanej wyłącznie przez Microsoft, której wymaga w odniesieniu do pakietu biurowego („na jednej licencji **MOLP**”). Tymczasem zgodnie z art. 29 ust. 3 pzp przedmiotu zamówienia nie można opisywać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia.

=> z uzasadnienia **wyroku Krajowej Izby Odwoławczej** z dnia 4 października 2013 r., sygn. KIO 2258/13:

Powołanie w specyfikacji istotnych warunków zamówienia jedynie nazwy producenta narusza art. 29 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, który zakazuje dokonania opisu przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia towarów.

Jedynie wyjątkowo można przy opisie przedmiotu zamówienia posługiwać się określeniami wskazującymi na znaki towarowe, patenty lub pochodzenie jeżeli kumulatywnie zostaną spełnione przesłanki określone w art. 29 ust. 3 in fine pzp, tj.

- 1) posłużenie się znakiem towarowym jest uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia,
- 2) zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń,
- 3) wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny”.

Należy pamiętać, że przepis art. 29 ust. 3 pzp dopuszczający zastosowanie nazwy własnej z dopuszczeniem równoważności **ma charakter *lex specialis* i jako taki powinien być interpretowany zawężająco**, co potwierdza zarówno orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej jak i opinia Urzędu Zamówień Publicznych (opinia UZP – „Opinia dotycząca przedmiotu zamówienia”, źródło www.uzp.gov.pl).

⇒ z uzasadnienia **uchwały Krajowej Izby Odwoławczej** z dnia 27 marca 2015 r., sygn. KIO/KD 15/15:

Wymagania zamawiającego, na tle przepisu art. 29 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych, jakkolwiek można uzasadniać potrzebami, to nie można czynić tego w oderwaniu od ich usprawiedliwienia. W przeciwnym bowiem wypadku dyspozycja wskazanego przepisu nie byłaby w ogóle realizowana. Nie można ograniczyć dostępu do zamówienia tylko z tej przyczyny, że wola zamawiającego jest uzyskanie konkretnego produktu. Tym bardziej nie znajduje uzasadnienia takie działanie, jeśli zamawiający dobierając parametry sprzętu komputerowego, co prawda nie wskazuje wprost na konkretną markę, model produktu, ale czyni to pośrednio.

Jako oczywisty jawi się fakt, że w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, nie aktualizują się przesłanki uzasadniające zastosowanie opisanego powyżej wyjątku. Oprogramowanie biurowe niewątpliwie nie charakteryzuje się tego typu „specyfiką”, która wymaga od zamawiającego dokonania opisu przedmiotu zamówienia z użyciem znaków towarowych należących do konkretnej spółki. Należy zauważyć, że w analogicznych przetargach, których przedmiotem jest oprogramowanie biurowe, zamawiający w zdecydowanej większości nie wskazują przy opisie przedmiotu zamówienia na konkretnego producenta (**Microsoft**), tym bardziej nie wymieniają konkretnego typu oprogramowania (**MS Office**), wersji tego oprogramowania (**2016 Standard**) oraz licencji na oprogramowanie oferowane przez tego producenta (**MOLP**).

⇒ z uzasadnienia **wyroku Krajowej Izby Odwoławczej** sygn. KIO 1470/11 z dnia 26 lipca 2011 roku:

*Nie ulega wątpliwości, że przepis art. 29 ust. 3 ustawy p.z.p. ma charakter przepisu *lex specialis*, oznacza to, iż w każdym przypadku, gdy Zamawiający ma możliwość opisanie przedmiotu zamówienia bez konieczności posłużenia się nazwami własnymi, powinien tak postąpić. Uprawnienie, wskazane w art. 29 ust. 3 ustawy p.z.p. może być realizowane tylko w wyjątkowych sytuacjach po spełnieniu wymienionych w tym przepisie przesłanek.*

⇒ z uzasadnienia **wyroku Krajowej Izby Odwoławczej** z dnia 24 listopada 2010 r. sygn. akt: KIO 2480/10:

Dodatkowo wymaga podkreślenia, iż zamawiający narusza ustawę także wówczas jeżeli mimo, że istnieją sposoby opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych

określeń, opisuje go poprzez wskazanie na znak towarowy lub podanie innych parametrów przesądzających o wyborze konkretnej marki.

Mając powyższe na uwadze, stwierdzić należy, że w niniejszym postępowaniu, zamawiający nie był uprawniony do zastosowania wyjątku, o którym mowa w art. 29 ust. 3 pzp.

b.

Zamawiający w pkt III. 2 opisu przedmiotu zamówienia określił tzw. „**kryteria równoważności**” dla oprogramowania biurowego:

Warunki równoważności dla MS Office 2016 Standard PL:

Oferowane równoważne oprogramowanie użytkowe musi spełniać następujące warunki:

- a) tworzenie i edycja tekstu;
- b) tworzenie i edycja arkuszy kalkulacyjnych;
- c) tworzenie i edycja prezentacji;
- d) klient poczty współpracujący w pełnym zakresie funkcjonalności z serwerem MS Exchange 2013 (e-mail, zadania, kalendarze, książki adresowe);
- e) współpraca z serwerem MS Sharepoint 2013 (publikowanie arkuszy kalkulacyjnych w Excel Services, łącz do danych w formacie ODC, przekazywanie metadanych do MS SharePoint, wersjonowanie dokumentów);
- f) możliwość automatycznej instalacji komponentów (przy użyciu instalatora systemowego);
- g) możliwość zdalnej instalacji pakietu poprzez zasady grup (GPO);
- h) całkowicie zlokalizowany w języku polskim system komunikatów i podręcznej pomocy technicznej w pakiecie;
- i) możliwość prowadzenia dyskusji i subskrypcji dokumentów w sieci z automatycznym powiadomieniem o zmianach w dokumentach;
- j) w systemach pocztowych – możliwość delegacji uprawnień do otwierania, drukowania, modyfikowania i czytania załączanych dokumentów i informacji;
- k) możliwość blokowania niebezpiecznej lub niechcianej poczty;
- l) wsparcie dla formatu XML w podstawowych aplikacjach;
- m) możliwość nadawania uprawnień do modyfikacji i formatowania dokumentów lub ich fragmentów;
- n) automatyczne przesyłanie poczty na podstawie reguł, automatyczne odpowiedzi,
- o) automatyczne wypisywanie hiperłącz;
- p) możliwość automatycznego odświeżania danych pochodzących z Internetu w arkuszach kalkulacyjnych;
- q) możliwość dodawania do dokumentów i arkuszy kalkulacyjnych podpisów cyfrowych, pozwalających na stwierdzenie czy dany dokument/arkusz pochodzi z bezpiecznego źródła i nie został w żaden sposób zmieniony;
- r) możliwość zaszyfrowania danych w dokumentach i arkuszach kalkulacyjnych zgodnie ze standardem CryptoAPI;

- s) możliwość automatycznego odzyskiwania dokumentów i arkuszy kalkulacyjnych w wypadku odcięcia dopływu prądu;
- t) prawidłowe odczytywanie i zapisywanie danych w dokumentach w formatach: .DOC, .DOCX, .XLS, .XLSX, .PPT, .PPTX, w tym obsługa formatowania, makr, formuł, formularzy w plikach wytworzonych w MS Office 2010 i MS Office 2013;
- u) pełna zgodność i współpraca z MS SQL Server 2012 (pobieranie danych z tabel MS SQL oraz kostek analitycznych OLAP);
- v) bezterminowa licencja z jednym kluczem licencyjnym dla wszystkich instalacji.

Istotą określenia kryteriów równoważności jest to, że muszą one dopuszczać oferowanie rozwiązań innych producentów niż producenci, których znaki towarowe zostały użyte w opisie przedmiotu zamówienia. Jeżeli mimo określenia kryteriów równoważności, wykonawcy w dalszym ciągu stają przed koniecznością oferowania wyłącznie produktów jednej, wskazanej przez zamawiającego firmy, nie można z pewnością mówić o spełnieniu przesłanek z art. 29 ust. 3 pzp, a co z tym idzie dochodzi do istotnego ograniczenia uczciwej konkurencji między wykonawcami. W przedmiotowym przypadku wykonawca określił kryteria równoważności dla oprogramowania biurowego w ten sposób, że spełnia je wyłącznie pakiet biurowy, którego producentem jest firma Microsoft, tj. MS Office.

⇒ z uzasadnienia **wyroku Krajowej Izby Odwoławczej** z dnia 6 sierpnia 2009 roku, sygn. akt KIO/UZP 967/09:

Pojęcie równoważności nie może oznaczać tożsamości produktów, ponieważ przeczyłoby to istocie oferowania produktów równoważnych oraz czyniłoby możliwość oferowania produktów równoważnych pozorną i w praktyce niemożliwą do spełnienia.

W dalszej części niniejszego odwołania odwołujący podda analizie poszczególne kryteria równoważności wskazujące jednoznacznie na fakt, że jedynym oprogramowaniem biurowym spełniającym wymogi zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu jest MS Office wyprodukowany przez Microsoft Corporation.

d) klient poczty współpracujący w pełnym zakresie funkcjonalności z serwerem MS Exchange 2013 (e-mail, zadania, kalendarze, książki adresowe).

Klient poczty spełniający powyższe wymaganie, współpracujący z serwerem MS Exchange, musi opierać się na protokole Extended MAPI. Jest to autorski protokół stworzony i wykorzystywany wyłącznie przez produkty Microsoft Corporation. Protokoły standardowe, wykazujące pełną kompatybilność ze wszystkimi klientami poczty, to protokoły MAPI lub simple MAPI (a nie Extended MAPI produkcji Microsoft). Zatem wykonawcy nie mogą zaoferować żadnego innego rozwiązania niż rozwiązanie produkowane przez Microsoft, a rzekoma „równoważność” staje się fikcją. Z uwagi na omawiane kryterium równoważności jedynym produktem spełniającym wymagania zamawiającego będzie produkt Microsoft Corporation.

e) współpraca z serwerem MS Sharepoint 2013 (publikowanie arkuszy kalkulacyjnych w Excel Services, łącz do danych w formacie ODC, przekazywanie metadanych do MS SharePoint, wersjonowanie dokumentów).

MS Sharepoint podobnie jak MS Exchange stanowi autorskie rozwiązanie Microsoft Corporation. Zamawiający wymagając współpracy z serwerem MS Sharepoint przesądza tym samym, że jedynym oprogramowaniem biurowym spełniającym wymogi będzie oprogramowanie Microsoft. Pakiety biurowe innych producentów nie współpracują z ww. serwerem.

j) w systemach pocztowych – możliwość delegacji uprawnień do otwierania, drukowania, modyfikowania i czytania załączanych dokumentów i informacji;
r) możliwość zaszyfrowania danych w dokumentach i arkuszach kalkulacyjnych zgodnie ze **standardem CryptoAPI**;

CryptoAPI nie jest jak twierdzi zamawiający – „standardem”, jest to narzędzie wbudowane w system operacyjny Windows służące do obsługi szyfrowania i certyfikatów. Szyfrowanie danych może odbywać się z powodzeniem za pomocą jednego z powszechnie stosowanych standardów. Należy wskazać, że z punktu widzenia użytkownika nie ma znaczenia, jakie rozwiązanie wykorzystywane jest do szyfrowania danych. Co więcej, z przyczyn czysto praktycznych wskazane jest powstrzymanie się od używania CryptoApi ze względu na bezpieczeństwo. CryptoAPI jest narzędziem bardzo rozpowszechnionym (jest w każdym Windowsie), wobec czego jest bardzo łatwe do złamania przez hakerów. Zamawiający, jako jednostka publiczna przetwarza dane nie tylko swoich pracowników, ale przede wszystkim osób trzecich – mieszkańców Gdańska. Zamawiający powinien więc unikać stosowania rozwiązań, które są łatwe do złamania.

t) prawidłowe odczytywanie i zapisywanie danych w dokumentach w formatach: .DOC, .DOCX, XLS, .XLSX, .PPT, .PPTX, w tym obsługa formatowania, makr, formuł, formularzy w plikach wytworzonych w MS Office 2010 i MS Office 2013;

Rozszerzenia pliku typu .doc czy .docx to jest format, ale nazwa pliku stosowana przez Microsoft. Formatem jest standard np. standard ISO. W Unii Europejskiej rekomendowanym standardem i podstawowym, powszechnie stosowanym formatem pliku jest format ODF (OpenDocument Format) ISO/IEC 26300:2006. Drugim powszechnie stosowanym standardem jest OOXML (OfficeOpenXML). ISO/IEC 29500:2008. Oprogramowania biurowe innych producentów niż Microsoft nie są w stanie spełnić ww. wymogu. Sam wymóg prowadzi więc do możliwości zaoferowania jedynie oprogramowania Microsoft, ponownie czyniąc fikcyjnymi kryteria równoważności sformułowane przez zamawiającego.

u) pełna zgodność i współpraca z MS SQL Server 2012 (pobieranie danych z tabel MS SQL oraz kostek analitycznych OLAP);

Narzędzie MS SQL Server jest autorskim narzędziem spółki Microsoft, a co za tym idzie pełną zgodność z MS SQL Server wykazuje wyłącznie oprogramowanie biurowe Microsoft – MS Office.

W tym stanie rzeczy jedynym produktem spełniającym wymogi zamawiającego jest produkt firmy Microsoft, oprogramowanie biurowe żadnego innego producenta nie spełnia ww. wymogów.

⇒ z uzasadnienia **wyroku Krajowej Izby Odwoławczej** z dnia 3 listopada 2010 r. sygn. KIO 2274/10:

Naruszeniem art. 29 ust. 2 i art. 7 Prawa zamówień publicznych, jak i art. 29 ust. 3 Prawa zamówień publicznych będzie określenie opisu przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie na konkretne produkty z pozornym dopuszczeniem produktów równoważnych, w sytuacji, gdy nie ma na rynku produktów równoważnych do wskazanych przez zamawiającego. Podobnie podanie nazwy zamawianego towaru, w miejsce podania wymaganej funkcjonalności (nawet przy określeniu warunków równoważności) jest naruszeniem art. 29 Prawa zamówień publicznych w tym zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

⇒ z uzasadnienia **wyroku Krajowej Izby Odwoławczej** z dnia 12 listopada 2012 roku, sygn. sygn. akt: KIO 2283/12:

Produkt równoważny to produkt, który nie jest identyczny, tożsamy z produktem referencyjnym, ale posiada pewne, istotne dla zamawiającego, zbliżone do produktu referencyjnego parametry i funkcjonalności, gdyż pojęcie równoważności nie może oznaczać tożsamości produktów. Produkt zaoferowany jako produkt równoważny nie będzie więc produktem identycznym z produktem już posiadany przez zamawiającego.

Niezależnie od powyższego, zamawiający w pkt III.2 ppkt v opisu przedmiotu zamówienia określił następujące kryterium równoważności: *bezterminowa licencja z jednym kluczem licencyjnym dla wszystkich instalacji.* Tym samym zamawiający przesądził nie tylko to, że jedynym produktem spełniającym wymogi zamawiającego będzie MS Office, ale także to, że musi to być akurat MS Office na licencji MOLP. W ten sposób zamawiający wykluczył możliwość oferowania w przedmiotowym postępowaniu oprogramowania MS Office na licencji BOX lub OEM. Należy podkreślić, że koszt 289 pakietów biurowych na licencji MOLP wyniesie ok. **323 680 zł netto**, zaś cena jednostkowa plasuje się na poziomie 1120 zł netto. Jednocześnie koszt jednostkowy oprogramowania biurowego w przypadku licencji OEM wynosi ok. 150 zł netto, koszt 289 pakietów biurowych wyniósłby więc nie więcej niż **43 350 zł netto**. Różnica w cenie między tym samym oprogramowaniem biurowym na licencji MOLP, a oprogramowaniem na licencji BOX wynosi więc ponad **280 000 zł**. Natomiast **jeżeli chodzi o aspekt użytkowo – techniczny, oprogramowanie na licencji OEM posiada dokładnie te same funkcjonalności, co oprogramowanie na licencji MOLP.** W szczególności trzeba podnieść, że oprogramowanie na licencji OEM także może być przenoszone na inne stacje robocze

(zob. m. in. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 sierpnia 2015 roku w sprawie o sygn. KIO 1712/15, wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 26 listopada 2015 roku, sygn. XXIII Ga 1603/12). Zamawiającego, jako jednostkę publiczną, obowiązują dyscyplina finansów publicznych i nieracjonalne jest wydatkowanie dodatkowych 280 000 zł po to tylko, aby posiadać jeden klucz licencyjny na wszystkie stacje robocze. Jedynym dodatkowym kosztem, jaki może ponieść zamawiający w związku z dopuszczeniem oferowania oprogramowania biurowego na licencji OEM jest koszt instalacji kluczy licencyjnych, który może wynieść maksymalnie kilkaset złotych i należy go uznać za symboliczny.

Należy podkreślić, że zgodnie z wytycznymi Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych - „*Udzielanie zamówień publicznych na systemy informatyczne oraz dostawę zestawów komputerowych*” przedmiot zamówienia w postępowaniach na dostawę systemów informatycznych **powinien być opisany poprzez wskazanie konkretnych – uzasadnionych z punktu widzenia zamawiającego – cech i funkcji systemu informatycznego**. Zgodnie z ww. rekomendacjami Prezesa UZP opisywanie przedmiotu zamówienia poprzez posłużenie się szczegółowymi parametrami technicznymi stanowi praktykę naruszającą zasady uczciwej konkurencji. Jak podnosi się w rekomendacjach, podobne właściwości użytkowe mogą zostać z powodzeniem zapewnione przez oprogramowania bazujące na wielu różnych rozwiązaniach. Tymczasem w przedmiotowym postępowaniu zamawiający opisując przedmiot zamówienia nie posługuje się konkretnymi, pożądanymi funkcjonalnościami wymagając jednocześnie pełnej współpracy oprogramowania z autorskimi rozwiązaniami Microsoft (*MS SQL Server 2012, formaty: .DOC, .DOCX, .XLS, .XLSX, .PPT, .PPTX, standard CryptoAPI, Extended MAPI, MS Sharepoint 2013*). Pełną kompatybilność z ww. rozwiązaniami posiadają jednak tylko produkty firmy Microsoft, co prowadzi do konstatacji, że opis przedmiotu zamówienia w niniejszym postępowaniu pozostaje w zasadniczej sprzeczności z przytoczoną rekomendacją Prezesa UZP. W szczególności zaznaczyć należy, że wymagane przez zamawiającego oprogramowanie biurowe na licencji MOLP posiada dokładnie takie same funkcjonalności jak analogiczne oprogramowanie na licencji OEM. W tym stanie rzeczy, jako w pełni uzasadniony jawi wniosek odwołującego postawiony na wstępie o usunięcie z opisu przedmiotu zamówienia (rozdział I siwz) kryteriów równoważności zawartych w pkt III.2 ppkt d, e, j, r, t, u, v opisu przedmiotu zamówienia.

⇒ **Wytyczne Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych - „Udzielanie zamówień publicznych na systemy informatyczne oraz dostawę zestawów komputerowych”:**

Jednocześnie zaznaczyć należy, iż w odniesieniu do zestawów komputerowych zamawiający, korzystając z wyjątkowej regulacji przewidzianej w art. 29 ust. 3 ustawy Pzp, winni dookreślić zakres równoważności poprzez wskazanie istotnych dla nich funkcji i cech produktu równoważnego. Specyfika sprzętu informatycznego powoduje, iż istotny wpływ na opis ma jego przewidywane zastosowanie, a co za tym idzie szczególnie preferowane w opisie przedmiotu zamówienia będą jego

wymagania funkcjonalne. (...)Dlatego też dokonanie opisu przedmiotu zamówienia, którym jest sprzęt komputerowy może zostać dokonane zgodnie z zasadą wyrażoną w art. 29 ust. 1 i art. 30 ust. 6 ustawy Pzp, tj. za pomocą cech technicznych i jakościowych oraz poprzez wskazanie wymagań funkcjonalnych, w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, uwzględniający wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Istotne jest zatem aby zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia uzewnętrznił swoje oczekiwania w zakresie funkcjonalności, które ma zapewnić nabywany przez niego sprzęt.

Jak wynika z utrwalonego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, a także z przytaczanych wytycznych Prezesa UZP, opisanie przedmiotu zamówienia w sposób wskazujący na konkretnego dostawcę stanowi niewątpliwie naruszenie zasady uczciwej konkurencji i stoi w sprzeczności z art. 29 pzp. Ponadto, podkreśla się, że naruszenie zasady uczciwej konkurencji nie musi przybierać postaci realnego uniemożliwienia konkurencji, wystarczające jest stwierdzenie samej możliwości utrudnienia uczciwej konkurencji między wykonawcami. Poza tym, naruszenie konkurencji może zostać dokonane zarówno bezpośrednio jak i pośrednio, przy czym z pośrednim naruszeniem zasady uczciwej konkurencji mamy do czynienia wówczas, gdy produkt opisany przez zamawiającego nie będzie nazwany, jednakże wymogi zostaną określone tak, że aby je spełnić wykonawca musi dostarczyć produkt konkretnego dostawcy. Odnosząc powyższe rozważanie na grunt przedmiotowego postępowania, należy zwrócić uwagę, że nawet gdyby zamawiający usunął z opisu przedmiotu zamówienia określenia wskazujące *expressis verbis* na produkt firmy Microsoft Corporation (Microsoft, MS Office), to z uwagi na omówione powyżej warunki równoważności (pkt III.2 ppkt d, e, j, r, t, u, v) w dalszym ciągu jedynym oprogramowaniem biurowym zgodnym z siwz byłoby oprogramowanie Microsoft. W tym stanie rzeczy, aby warunki określone w siwz dla pakietu biurowego mogły zostać spełnione przez oprogramowanie innych jeszcze producentów należy nie tylko usunąć z opisu przedmiotu zamówienia określenia wskazujące wprost na Microsoft Corporation, ale trzeba także usunąć kryteria równoważności wymienione w pkt III.2 ppkt d, e, j, r, t, u, v opisu przedmiotu zamówienia.

⇒ **Wytyczne Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych** - „*Udzielanie zamówień publicznych na systemy informatyczne oraz dostawę zestawów komputerowych*”:

Użycie przez zamawiającego przy opisie przedmiotu zamówienia *oznaczeń czy parametrów wskazujących konkretnego producenta (dostawcę) lub konkretny produkt narusza zasady obiektywizmu i równego traktowania wszystkich podmiotów ubiegających się o zamówienie publiczne. Do stwierdzenia nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia, a tym samym sprzeczności z prawem, wystarczy jedynie zaistnienie możliwości utrudniania uczciwej konkurencji poprzez zastosowanie określonych zapisów w specyfikacji, niekoniecznie zaś realnego uniemożliwienia takiej konkurencji. W przypadku oceny konkretnego stanu faktycznego jako naruszenia zakazu sformułowanego w art. 29 ust. 2 ustawy*

wystarczającym jest uprawdopodobnienie utrudnienia konkurencji przy opisie przedmiotu zamówienia. Z przepisu tego wynika bowiem zakaz opisywania przedmiotu zamówienia w taki sposób, który mógłby potencjalnie zagrozić uczciwej konkurencji (...) Podkreślenia wymaga, iż z opisu przedmiotu zamówienia nie może wynikać wybór konkretnego producenta i jedynie iluzoryczne, pozorne dopuszczenie rozwiązań równoważnych, gdyż taki opis przedmiotu zamówienia pozostaje nadal w sprzeczności z art. 29 ust. 1-3 ustawy w związku z art. 7 ust. 1 ustawy. Naruszenie zasady wynikającej z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp może być realizowane w sposób bezpośredni oraz pośredni. Bezpośrednie naruszenie ww. artykułu zachodzi gdy przedmiot zamówienia określany jest w sposób wskazujący na konkretny produkt poprzez wskazanie znaków towarowych, oznaczeń, patentów lub pochodzenia. Natomiast pośrednie naruszenie zasady poszanowania uczciwej konkurencji w odniesieniu do opisu przedmiotu zamówienia będzie miało miejsce gdy produkt opisany przez zamawiającego nie będzie nazwany, jednakże wymogi i parametry przedmiotu zamówienia zostaną określone tak, że aby je spełnić wykonawca musi dostarczyć jeden konkretny produkt. Naruszeniem zasady uczciwej konkurencji jest bowiem opisanie przedmiotu zamówienia z użyciem oznaczeń wskazujących na konkretnego producenta lub konkretny produkt albo z użyciem parametrów wskazujących na konkretnego producenta, dostawcę albo konkretny wyrób. W tym miejscu należy podkreślić, że wystarczającym dla stwierdzenia naruszenia zasady wyrażonej w art. 29 ust. 2 ustawy jest takie zestawienie przez zamawiającego charakterystycznych lub granicznych parametrów nabywanych produktów, że wskazuje ono na konkretny produkt. W szerokim rozumieniu przepisu art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, ograniczenie zasady uczciwej konkurencji może nastąpić w wyniku opisanie przedmiotu zamówienia w sposób na tyle rygorystyczny, że ogranicza to krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia, a jednocześnie nie jest to uzasadnione potrzebami zamawiającego. Ponadto, istotne jest aby przedmiot zamówienia został opisany w sposób neutralny i nie utrudniający uczciwej konkurencji, co oznacza konieczność eliminacji z opisu przedmiotu zamówienia wszelkich sformułowań, które mogłyby wskazywać konkretnego wykonawcę, bądź które eliminowałyby konkretnych wykonawców, uniemożliwiając im złożenie ofert lub powodowałyby sytuację, w której jeden z zainteresowanych wykonawców byłby bardziej uprzywilejowany od pozostałych.

⇒ z uzasadnienia **wyroku Krajowej Izby Odwoławczej** z dnia 13 kwietnia 2010 r. sygn. KIO/UZP 440/10:

Do stwierdzenia faktu nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia, a tym samym sprzeczności z prawem, wystarczy jedynie zaistnienie możliwości utrudnienia uczciwej konkurencji poprzez posłużenie się określonymi zapisami w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, niekoniecznie zaś realnego uniemożliwienia konkurencji. Wykonawca nie musi udowadniać, że określenia zawarte w dokumentacji związanej z postępowaniem, odnoszące się do przedmiotu zamówienia, faktycznie tę uczciwą konkurencję naruszają. Fakt naruszenia przez

zamawiającego art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 2 Ustawy wymaga tylko uprawdopodobnienia.

Wyłącznie z daleko idącej ostrożności należy podnieść, że nawet gdyby poszczególne warunki równoważności, których usunięcia z siwz żąda odwołujący, nie przesądzały o konieczności zaoferowania produktu Microsoft, to niewątpliwie mielibyśmy do czynienia z tzw. dyskryminującym zbiegiem wymagań. Jak stwierdzono w ww. wytycznych Prezesa UZP: *z dyskryminującym zbiegiem wymagań mamy do czynienia wtedy, gdy opis przedmiotu zamówienia zawiera wymagania, z których każde z osobna nie prowadzi samoistnie do dyskryminacji jakiegokolwiek producenta, lecz ich koniunkcja (wymaganie łącznego spełnienia) sprawia, że tylko jedno dostępne na rynku urządzenie może je spełnić*. Łączne potraktowanie warunków równoważności wyrażonych w pkt III.2 ppkt d, e, j, r, t, u, v opisu przedmiotu zamówienia (pełna współpraca oprogramowania z autorskimi rozwiązaniami Microsoft, tj. MS SQL Server 2012, formaty: .DOC, .DOCX, XLS, .XLSX, .PPT, .PPTX, standard CryptoAPI, Extended MAPI, MS Sharepoint 2013, bezterminowa licencja z jednym kluczem licencyjnym dla wszystkich instalacji) nie pozostawia cienia wątpliwości, że żadne inne oprogramowanie biurowe poza pakietem biurowym Microsoft nie spełnia wymogów zamawiającego.

Jak wynika z powyższego, opis przedmiotu zamówienia w niniejszym postępowaniu w zakresie oprogramowania biurowego został skonstruowany przez zamawiającego w sposób naruszający uczciwą konkurencję, a co za tym idzie przedmiotowe odwołanie jaki się jako konieczne i uzasadnione

Krzysztof Kufel

radca prawny

Załączniki:

1. pełnomocnictwo dla r. pr. Krzysztofa Kufla wraz z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej,
2. wydruk z CEIDG dla przedsiębiorcy Doroty Bukalskiej prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Dorota Bukalska Firm Handlowo – Usługowa „Diamant”,
3. dowód uiszczenia opłaty od odwołania,
4. dowód doręczenia niniejszego odwołania wraz z załącznikami zamawiającemu,
5. wydruk ze strony internetowej zamawiającego.