

WYROK

z dnia 10 lipca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz Protokolant: Adam

Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 lipca 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 czerwca 2017 r. **przez odwołującego** Hydro- Partner Sp. z o.o. ul. Gronowska 4a; 64-100 Leszno w postępowaniu prowadzonym **przez zamawiającego** Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji sp. z o.o. ul. Oficerska 16 a; 10- 218 Olsztyn

przy udziale wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia **AquaRD Sp. z o.o., ul. Złota 61, 00-819 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka

1. uwzględnia odwołanie oraz nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego i nakazuje unieważnienie czynności unieważnienia postępowania oraz nakazuje ponowną ocenę i wybór najkorzystniejszej oferty.

2. kosztami postępowania obciąża Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji sp. z o.o. ul. Oficerska 16 a; 10-218 Olsztyn
i

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Hydro-Partner Sp. z o.o. ul. Gronowska 4a; 64-100 Leszno tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji sp. z o.o. ul. Oficerska 16 a; 10-218 Olsztyn kwotę 18.600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) na rzecz Hydro-Partner Sp. z o.o. ul. Gronowska 4a; 64-100 Leszno stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i kosztu pełnomocnika odwołującego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we Olsztynie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Odwołanie

Pismem z dnia 23 czerwca 2017 roku Hydro-Partner sp. z o.o. ul. Gronowska 4a 64-100 Leszno zwany dalej „odwołującym” wniósł odwołanie w związku z prowadzonym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego przez Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji sp. z o.o. ul. Oficerska 16a; 10-218 Olsztyn zwany dalej „zamawiającym”.

Odwołanie złożono w postępowaniu na „Budowę systemu monitoringu obiektów wodno-ściekowych na terenie m. Olsztyna” zwanym dalej "Postępowaniem".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 29.03.2017 r. pod numerem 2017/S 621-117417

Podstawę wniesionego odwołania stanowi art. 180 ust. 1 w zw. z art. 179 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (t. jedn. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 z późn. zm.) zwaną dalej "Ustawą pzp" wnosząc odwołanie w związku z czynnościami Zamawiającego to jest odrzucenia oferty Odwołującego i unieważnienia Postępowania.

Wnosząc niniejsze odwołanie zarzucono Zamawiającemu naruszenie zasad udzielania zamówień publicznych oraz obrazę następujących przepisów prawa:

1. art. 89 ust 1 pkt 2) Ustawy pzp w zw. z art. 7 ust 1 i 2 Ustawy pzp poprzez błędną ocenę oferty Odwołującego jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia zwane dalej: „SIWZ” a w konsekwencji bezprawne odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo iż oferta ta z treścią SIWZ jest zgodna;

ewentualnie

2. art. 87 ust. 1 Ustawy pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 2 Ustawy pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do wyjaśnienia treści złożonej oferty w zakresie stanowiącym podstawę do jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt

2) Ustawy pzp,

oraz

3.art. 93 ust. 1 pkt 1) Ustawy pzp poprzez unieważnienie Postępowania, pomimo że w Postępowaniu złożona została oferta niepodlegająca odrzuceniu.

Zarzucając powyższe odwołujący wniósł o: 1.uwzględnienie odwołania w całości,

2.nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia Postępowania, 3.nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, 4.nakazanie Zamawiającemu przeprowadzenia ponownej oceny ofert i w konsekwencji wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, oraz

5.zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania według norm przepisanych, w tym kosztów zastępstwa według spisu, który przedłożony zostanie na rozprawie.

W uzasadnieniu przedstawiono następującą argumentację formalną i prawną.

1.Co do stanu faktycznego sprawy odwołujący podniósł i wskazał.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego.

W postępowaniu wpłynęły 3 oferty, oferta Odwołującego, oferta wykonawcy AquaRD sp. z

o.o. to jest przystępującego w sprawie po stronie zamawiającego oraz oferta wykonawcy Poster Zakład Automatyzacji sp. z o.o. sp.k.

W toku badania i oceny ofert Zamawiający wystąpił do producenta oprogramowania zaoferowanego przez Odwołującego tj. ASKOM sp. z o.o. o potwierdzenie jego równoważności z oprogramowaniem wskazanym z nazwy w projekcie wykonawczym.

Producent oprogramowania potwierdził, iż oferowany przez Odwołującego system ASIX spełnia wymagania równoważności. Producent poinformował jednocześnie Zamawiającego o odchodzeniu przez producenta kontrolek firmę Microsoft od stosowania technologii ActiveX i zastępowaniu ich nowocześniejszymi kontrolkami w technologii - Net. Producent wyjaśnił również zalety stosowania nowocześniejszych kontrolek .Net.

Dnia 15 maja 2017 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę AquaRD sp. z o.o. w Warszawie. W informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej Zamawiający wskazał punktację przyznaną każdej z ofert, co oznaczało, iż poddał ocenie, jako zgodne w wymaganiach SIWZ wszystkie oferty złożone w Postępowaniu.

Wobec zaniechania czynności odrzucenia oferty AquaRD sp. z o.o. oraz czynności wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej Odwołujący wniósł 19 maja 2017 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Wyrokiem z dnia 30 maja 2017 r., wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 993/17, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie Odwołującego i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert i odrzucenie oferty wykonawcy AquaRD sp. z o.o. z powodu niezgodności z treścią SIWZ.

W dniu 14 czerwca 2017 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) Ustawy pzp z uwagi na fakt, że jej treść nie odpowiada specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz unieważnieniu Postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1) Ustawy pzp.

W uzasadnieniu Zamawiający wskazał, że zaproponowane przez Odwołującego oprogramowanie wizualizacyjne o nazwie ASIX nie spełnia wymagań Zamawiającego co do zakresu programu - Oprogramowanie wizualizacyjne nie umożliwia używania kontrolek ActiveX, co było wymagane w SIWZ.

2.Uzasadnienie zarzutów odwołania

2.1.Uzasadnienie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2) Ustawy pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 2 Ustawy pzp.

Przystępując do uzasadnienia podniesionych zarzutów należy w pierwszej kolejności zauważyć, że przywołana przez Zamawiającego jako podstawa odrzucenia oferty Odwołującego norma prawna zapisana w art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy pzp nakazuje odrzucić taką ofertę, która jest merytorycznie niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Merytoryczna niezgodność oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia ma miejsce w sytuacji, w której treść oferty (oświadczenia złożonego przez wykonawcę, zawierającego zobowiązanie do zaspokojenia potrzeb i wymagań zamawiającego), jest odmienna od postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (por. uzasadnienie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 lutego 2012 r. sygn. akt KIO/135/12, KIO 137/12, KIO/139/12).

Zarówno treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jak i treść oferty, stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio zamawiającego (który w opisie przedmiotu zamówienia oświadcza, jakiego świadczenia

oczekuje po zawarciu umowy) oraz wykonawcy (który jednostronnie zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez siebie oferty jako najkorzystniejszej). Wobec tego, co do zasady porównanie zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w specyfikacji przesądza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia - a zatem jest z nią zgodna (por. uzasadnienie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 stycznia 2012 r. sygn. akt KIO 102/12). Niezgodność oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia musi mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny (ze względu na zastrzeżenie obowiązku poprawienia oferty wynikającego z art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy pzp). Tymczasem w stanie faktycznym sprawy Odwołujący zaoferował Zamawiającemu świadczenie, które w pełni odpowiada wymaganiom Zamawiającego określonym w SIWZ i które zapewnia realizację przedmiotu zamówienia, tj. „Budowę systemu monitoringu obiektów wodno-ściekowych na terenie m. Olsztyna”, w sposób opisany w dokumentacji projektowej dla tej inwestycji. Konsekwencją bezpodstawnego odrzucenia oferty Odwołującego było bezpodstawne unieważnienie Postępowania.

2.1.1. Wymagania SIWZ w zakresie oprogramowania wizualizacyjnego

Przedmiotem zamówienia udzielanego w Postępowaniu jest wykonanie nowego systemu monitoringu SCADA obiektów Zamawiającego, w celu stałego monitoringu parametrów urządzeń oraz obiektów (śledzenie poprawności procesu, w tym pracy zasuwy, pomp, podnośników, przenośników, pras, podajników, danych z przepływomierzy itp.) celem usprawnienia nadzoru nad obiektami oraz usprawnienie bieżącej eksploatacji w komórkach organizacyjnych Zamawiającego. Stosownie do treści Części 1.3 SIWZ, szczegółowym opisem przedmiotu zamówienia jest projekt wykonawczy, specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót, przedmiar robót oraz postanowienia zawarte w treści niniejszej specyfikacji z załącznikami, łącznie ze wzorem umowy. Jednocześnie jednak w pkt 6 Części I SIWZ Zamawiający zastrzegł, że „dopuszcza ujęcie w ofercie przetargowej zastosowanie innych materiałów i urządzeń niż podane w dokumentacji projektowej, pod warunkiem zapewnienia, że ich parametry nie będą gorsze niż określone w tej dokumentacji oraz zgodnie ze standardami obowiązującymi u Zamawiającego.

Dopuszczalność zastosowania rozwiązań równoważnych przewidziana została również w pkt

1.4 Projektu wykonawczego, stanowiącego Załącznik nr 1 do SIWZ, zgodnie z którym

„Wszystkie wskazane w projekcie oznaczenia indywidualizujące opisywane materiały, urządzenia, technologie lub rozwiązania techniczne, w szczególności: znaki towarowe, patenty, nazwy producentów, oznaczenia modeli produktów lub urządzeń, zawarte zarówno w opisach jak i na rysunkach, mają charakter przykładowy. W każdym przypadku występowania w tekście projektu lub opisie rysunku takiego oznaczenia indywidualizującego przyjęć należy w sposób dorozumiany, że występuje ono każdorazowo wraz ze zwrotem „lub równoważny”. Rozumieć przez to należy, że dopuszcza się zastosowanie rozwiązań, urządzeń lub materiałów równoważnych, o nie gorszych niż opisane w projekcie

parametrach technicznych, spełniających obowiązujące przepisy prawa oraz normy, a także atesty i certyfikaty dopuszczające do stosowania na obszarze Unii Europejskiej. W przypadku zastosowania rozwiązań, materiałów lub urządzeń równoważnych Wykonawca zobowiązany jest wykazać, że proponowane przez niego rozwiązania, materiały lub urządzenia równoważne spełniają wskazane wyżej wymagania. Szczegółowe kryteria równoważności zastosowanych rozwiązań zostały przedstawione w dalszej części projektu.” W dokumentacji projektowej (pkt 3.9 projektu wykonawczego, str. 24) zostało wskazane konkretne oprogramowanie wizualizacyjne tj. WonderWare InTouch, które miałyby zostać wykorzystane przy realizacji przedmiotowego zamówienia publicznego.

Jednocześnie w specyfikacji równoważności (pkt 3.3. Specyfikacji równoważności, stanowiącej Załącznik nr 1 do projektu wykonawczego, str. 7), Zamawiający wskazał, iż za równoważne oprogramowaniu WonderWare InTouch uznaje oprogramowanie wizualizacyjne, które zapewnią „możliwość używania kontroltek ActiveX oraz .Net. Należy podkreślić, że oba rodzaje kontroltek są produktami firmy Microsoft, przy czym kontrolki .Net stanowią rozwiązanie nowocześniejsze, zastępujące technologie ActiveX.

2.1.2. Zgodność z wymaganiami SIWZ oprogramowania wizualizacyjnego ASIX

W stanie faktycznym sprawy Odwołujący zaoferował jako równoważne oprogramowanie wizualizacyjne oprogramowanie ASIX produkcji ASKOM sp. z o.o. Równoważność zaoferowanego oprogramowania z oprogramowaniem wskazanym przez Zamawiającego w SIWZ potwierdził jego producent w piśmie z dnia 12 maja 2017 r., przekazanym Zamawiającemu.

Z pisma przedmiotowego w żaden sposób nie można wywieść, aby oprogramowanie ASIX nie umożliwiało stosowania zarówno kontroltek ActiveX jak i kontroltek .Net. Możliwość stosowania obu rodzajów kontroltek potwierdza dodatkowo pismo producenta oprogramowania ASIX ASKOM sp. z o.o. z dnia 21 czerwca 2017 r. Należy przy tym podkreślić, że z treści uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego w żaden sposób nie wynika na podstawie jakich dokumentów Zamawiający brak możliwości stosowania obu rodzajów kontroltek wywodzi.

W tym kontekście szczególnie istotny jest fakt, iż Zamawiający powziął wątpliwości odnośnie równoważności oprogramowania wizualizacyjnego zaoferowanego przez Odwołującego dopiero po unieważnieniu pierwotnego wyboru oferty najkorzystniejszej na skutek uwzględnienia odwołania Odwołującego przez Krajową Izbę Odwoławczą. Pomimo tego, iż podjął takie wątpliwości, to nie uznał za zasadne wezwanie Odwołującego do wyjaśnienia treści oferty.

Reasumując, zaoferowane przez Odwołującego oprogramowanie ASIX jest oprogramowaniem równoważnym do oprogramowania WonderWare InTouch, w tym oprogramowaniem umożliwiającym stosowanie kontrolek Active X i .Net, co w szczególności

potwierdzają pisma producenta oprogramowania z dnia 12 maja 2017 r. oraz 21 czerwca 2017 r. W tym zakresie nie istnieje i nie może w żaden sposób istnieć niezgodność oferty Odwołującego z SIWZ.

W tych okolicznościach odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na jej rzekomą "niezgodność" z treścią SIWZ zostało przez Zamawiającego dokonane z naruszeniem dyspozycji przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2) Ustawy pzp, poprzez błędną subsumpcję stanu faktycznego do normy prawnej, skutkującą niewłaściwym jego zastosowaniem.

2.2. Uzasadnienie zarzutu naruszenia art. 87 ust. 1 pkt 1) Ustawy pzp

Odwołujący zgłasza jako ewentualny zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 87 ust. 1 Ustawy pzp, mającego wpływ na wynik Postępowania. W prowadzonym Postępowaniu w toku ponownego badania i oceny ofert Zamawiający powziął wątpliwości co do zgodności oferty Odwołującego z treścią SIWZ tj. z wymogiem równoważności oferowanego oprogramowania wizualizacyjnego, przy czym zaniechał wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień i uniemożliwił Odwołującemu udzielenie wyjaśnień, które wykazałyby zgodność treści jego oferty z treścią SIWZ.

W orzecznictwie z zakresu zamówień publicznych wskazuje się, że biorąc pod uwagę obowiązek rzetelnego przeprowadzenia postępowania i prawidłowej oceny ofert, art. 87 ust. 1 Ustawy pzp należy odczytywać nie tylko jako uprawnienie zamawiającego zależne od jego uznania, co raczej kompetencję zamawiającego, tj. prawo do żądania wyjaśnień powiązane z obowiązkiem ich zażądania w celu dochowania wymaganej staranności w procedurze badania i oceny ofert.

Tym samym możliwość, o której mówi art. 87 ust. 1 ustawy Pzp przeradza się wręcz w obowiązek, gdy oferta zawiera postanowienia niejasne, sprzeczne lub gdy jej treści nie da się jednoznacznie i stanowczo wywieść bez udziału wykonawcy, zwłaszcza gdy zamawiający rozważa uznanie oferty jako sprzecznej z treścią SIWZ (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 sierpnia 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 992/09, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 grudnia 2009 r. KIO/UZP 1519/09, KIO/UZP 1520/09, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 kwietnia 2011 r. KIO 605/11, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 maja 2014 r. KIO 902/14).

Co istotne, zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, wyjaśnień wykonawcy Zamawiający nie może zastępować własnymi działaniami, a tym bardziej działaniami podmiotów trzecich, nawet gdyby był to producent urządzeń. Jest to kwestia proceduralna zapewniająca m. in. przejrzystość postępowania Zamawiającego oraz prawo wykonawców do obrony swoich interesów (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 stycznia 2017 r., sygn. akt KIO 6/17).

Mając powyższe na uwadze należy stwierdzić, że Zamawiający naruszył swym zaniechaniem przepis art. 87 ust. 1 Ustawy pzp, co miało wpływ na wynik Postępowania.

2.3. Uzasadnienie zarzutu naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 1) Ustawy pzp

Konsekwencją bezpodstawnego odrzucenia oferty Odwołującego jako niezgodnej z treścią SIWZ było bezpodstawne unieważnienie Postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1) Ustawy pzp. W Postępowaniu złożona została bowiem oferta niepodlegająca odrzuceniu, tj. oferta Odwołującego. Zamawiający błędnie zatem zastosował art. 93 ust. 1 pkt 1) Ustawy pzp w Postępowaniu.

3. Uzasadnienie legitymacji do wniesienia odwołania

Odwołujący wskazuje, iż posiada interes w uzyskaniu zamówienia udzielanego w Postępowaniu oraz poniósł szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Ustawy pzp. Odwołujący złożył w Postępowaniu jedyną ofertę niepodlegającą odrzuceniu. Uwzględnienie odwołania otworzy drogę do wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej. Powyższe czyni zadość wymaganiom określonym w art. 179 ust. 1 Ustawy pzp.

4. Uzasadnienie zachowania terminu do wniesienia odwołania

Zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej przekazane zostało Odwołującemu w dniu 14 czerwca 2017 roku. Niniejsze odwołanie składane jest zatem w ustawowym terminie tj. przed upływem 10 dni od dnia powzięcia informacji o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia.

Zamawiający pismem z dnia 30 czerwca 2017 roku złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Zamawiający przyznał, że rozstrzygającym o odrzuceniu oferty odwołującego było zagadnienie uregulowane w Załączniku nr 1 Specyfikacja równoważności ust. 3 pkt 3.3 Oprogramowanie wizualizacyjne punkt 6 Zamawiający

wymagał aby zaproponowane oprogramowanie wizualizacyjne umożliwiało używanie kontrolek Active X oraz .Net (także innych wykonawców). Zaproponowane przez odwołującego oprogramowanie wizualizacyjne o nazwie ASIX nie spełnia wymagań zamawiającego co do zakresu programu nie umożliwia używania kontrolek ActiveX. Tym samym brak możliwości używania kontrolek ActiveX w module wizualizacyjnym oprogramowania SCADA powoduje niezgodność o charakterze zasadniczym i nieusuwalnym powodującym zastosowanie wobec oferty odwołującego art.89 ust.1 pkt 2 pzp. Zamawiający powołując się na odpowiedź udzieloną przez producenta ASKOM bezpośrednio jemu w dniu

12.05.2017 roku stwierdza, że z niej wynika „Główny moduł wizualizacji graficznej danych oparty jest na znacznie nowocześniejszej technologii .Net” oraz „system ASIX jest zorientowany bardziej na zastosowanie platformy.Net”. W ofercie odwołującego jest natomiast możliwość używania kontrolek ActiveX w innym module AsTrend który odnosi się do punktu 3.5. Specyfikacji równoważności i nie jest modelem wizualizacyjnym, a narzędziem do raportowania i analizy danych. Natomiast wymogiem SIWZ jest możliwość używania kontrolek ActiveX w każdym module oprogramowania SCADA.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła co następuje

Izba ustaliła

Izba, na podstawie przeprowadzonego na rozprawie postępowania dowodowego z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia, przekazanej do akt sprawy przez zamawiającego jak i dowodów z dokumentów przedstawionych na rozprawie, złożonych wyjaśnień i oświadczeń stron i uczestnika w tym przesłuchania w charakterze świadka przedstawiciela producenta systemu ASIX, ustaliła jak poniżej.

Odwołanie złożono w postępowaniu, którego przedmiotem jest „Budowa systemu monitoringu obiektów wodno-ściekowych na terenie m. Olsztyna”.

Odwołanie złożono w związku z odrzuceniem oferty odwołującego, który zarzucił naruszenie następujących przepisów ustawy: art. 89 ust 1 pkt 2) w zw. z art. 7 ust 1 i 2 przez błędną ocenę oferty odwołującego jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) a w konsekwencji odrzucenie oferty odwołującego, która według twierdzenia odwołującego jest zgodna z treścią SIWZ .

Odwołujący złożył również zarzut ewentualny sprowadzający się do naruszenia przez zamawiającego art. 87 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 2 przez zaniechanie wezwania odwołującego do wyjaśnienia treści złożonej oferty w zakresie stanowiącym podstawę do jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy pzp.

W konsekwencji obydwu zarzutów odwołujący złożył również zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 1) ustawy pzp przez unieważnienie postępowania, pomimo że w złożona została oferta niepodlegająca odrzuceniu to jest oferta odwołującego.

Na podstawie podniesionych zarzutów naruszenia ustawy pzp, wskazanych powyżej, odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu: uwzględnienia odwołania w całości,

unieważnienia czynności unieważnienia postępowania, unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego, przeprowadzenia ponownej oceny ofert i w konsekwencji wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej oraz zasądzenie na rzecz odwołującego kosztów postępowania według norm przepisanych, w tym kosztów zastępstwa według spisu, który przedłożony zostanie na rozprawie.

W niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wpłynęły 3 oferty to jest oferta odwołującego, oferta wykonawcy AquaRD sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie to jest przystępującego w sprawie po stronie zamawiającego oraz oferta wykonawcy Poster Zakład Automatyzacji sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Poznaniu.

W toku badania i oceny ofert zamawiający wystąpił do producenta równoważnego oprogramowania zaoferowanego przez odwołującego czyli do ASKOM sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach o potwierdzenie jego równoważności z oprogramowaniem wskazanym z nazwy w projekcie wykonawczym to jest oprogramowania dedykowanego przez zamawiającego jakim jest WonderWare InTouch.

Producent oprogramowania potwierdził zamawiającemu, iż oferowany przez odwołującego system ASIX spełnia wymagania równoważności. Producent poinformował jednocześnie zamawiającego o odchodzeniu przez producenta kontrolek firmę Microsoft od stosowania technologii ActiveX i zastępowaniu ich nowocześniejszymi kontrolkami w technologii .Net. Jak podkreślił odwołujący w złożonym odwołaniu w jego przekonaniu producent ASKOM wyjaśnił również zalety stosowania nowocześniejszych kontrolek .Net.

Dnia 15 maja 2017 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę AquaRD sp. z o.o. w Warszawie.

Odwołujący wobec zaniechania czynności odrzucenia oferty AquaRD sp. z o.o. oraz czynności wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej wniósł 19 maja 2017 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Wyrokiem z dnia 30 maja 2017 r., wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 993/17, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła

odwołanie odwołującego i nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert i odrzucenie oferty wykonawcy AquaRD sp. z o.o. z powodu niezgodności z treścią SIWZ.

W dniu 14 czerwca 2017 r. zamawiający poinformował odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy pzp z uwagi na fakt, że jej treść nie odpowiada treści SIWZ oraz unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1) ustawy pzp.

Zamawiający w uzasadnieniu wskazał, że zaproponowane przez odwołującego oprogramowanie wizualizacyjne o nazwie ASIX nie spełnia jego wymagań co do zakresu programu - Oprogramowanie wizualizacyjne nie umożliwia używania kontrolek ActiveX, co było wymagane w SIWZ.

Należy podkreślić, że przedmiotem zamówienia udzielanego w postępowaniu jest wykonanie nowego systemu monitoringu SCADA obiektów zamawiającego, w celu stałego monitoringu parametrów urządzeń oraz obiektów (śledzenie poprawności procesu, w tym pracy zasuwy, pomp, podnośników, przenośników, pras, podajników, danych z przepływomierzy itp.) celem usprawnienia nadzoru nad obiektami oraz usprawnienie bieżącej eksploatacji w komórkach organizacyjnych zamawiającego. Stosownie do treści Części 1.3 SIWZ, szczegółowym opisem przedmiotu zamówienia jest projekt wykonawczy, specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót, przedmiar robót oraz postanowienia zawarte w treści niniejszej specyfikacji z załącznikami, łącznie ze wzorem umowy. Jednocześnie jednak w pkt 6 Części I SIWZ zamawiający zastrzegł, że „dopuszcza ujęcie w ofercie przetargowej zastosowanie innych materiałów i urządzeń niż podane w dokumentacji projektowej, pod warunkiem zapewnienia, że ich parametry nie będą gorsze niż określone w tej dokumentacji oraz zgodnie ze standardami obowiązującymi u zamawiającego.

Zamawiający w dokumentacji projektowej (pkt 3.9 projektu wykonawczego, str. 24) wskazał konkretne oprogramowanie wizualizacyjne tj. WonderWare InTouch, które miałyby zostać wykorzystane przy realizacji przedmiotowego zamówienia publicznego.

Zasadniczy spór co do braku równoważności (pkt 3.3. Specyfikacji równoważności, stanowiącej Załącznik nr 1 do projektu wykonawczego, str. 7) sprowadza się do okoliczności, że zamawiający wskazał, iż za równoważne oprogramowaniu WonderWare InTouch uzna oprogramowanie wizualizacyjne, które zapewnią „możliwość używania kontrolek ActiveX oraz .Net. Należy podkreślić, że oba rodzaje kontrolek są produktami firmy Microsoft, przy czym kontrolki .Net stanowią rozwiązanie nowocześniejsze, zastępujące technologie ActiveX.

W stanie faktycznym sprawy odwołujący zaoferował jako równoważne oprogramowanie wizualizacyjne oprogramowanie ASIX produkcji ASKOM sp. z o.o. Równoważność zaoferowanego oprogramowania z oprogramowaniem wskazanym przez zamawiającego w SIWZ potwierdził jego producent w piśmie z dnia 12 maja 2017 r., przekazany zamawiającemu, który bezpośrednio zwrócił się do producenta ASKOM.

Odwołujący podnosi, że z pisma przedmiotowego w żaden sposób nie można wywieść, aby oprogramowanie ASIX nie umożliwiało stosowania zarówno kontrolek ActiveX jak i kontrolek

.Net. Dla wykazania tego twierdzenia to jest możliwości stosowania obu rodzajów kontrolek odwołujący złożył dodatkowo pismo producenta oprogramowania ASIX ASKOM z dnia 21 czerwca 2017 r. W tym kontekście zdziwienie odwołującego budzi odrzucenie jego oferty, ponieważ za pierwszym razem kiedy zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty sklasyfikował ofertę odwołującego według ustalonych kryteriów oceny ofert. Z kolei przy ponownym wyborze oferty po postępowaniu odwoławczym przed KIO w sprawie o Sygn. akt

KIO 993/17, bez jakichkolwiek zapytań odwołującego a tym bardziej wyjaśnień w trybie art.87 ust.1 pzp podjął decyzję o odrzuceniu jego oferty.

Według odwołującego oprogramowanie ASIX producenta ASKOM jest oprogramowaniem równoważnym do oprogramowania WonderWare InTouch, w tym oprogramowaniem umożliwiającym stosowanie zarówno kontrolek Active X jak i .Net, co potwierdzają pisma producenta ASKOM zarówno z dnia 12 maja 2017 r. oraz 21 czerwca 2017 r. W związku z tym odwołujący we wniesionym odwołaniu wskazuje, że nie istnieje i nie może w żaden sposób istnieć niezgodność oferty Odwołującego z SIWZ.

Odwołujący jako alternatywny zarzut zgłosił naruszenie przez zamawiającego art. 87 ust. 1 ustawy pzp, mającego wpływ na wynik postępowania.

Konsekwencją podniesionych powyżej zarzutów czy to na podstawie art.89 ust.1 pkt 2 czy na podstawie art.87 ust.1 jest zarzut bezpodstawnego unieważnienia postępowania przez naruszenie art. 93 ust 1 pkt 1) pzp.

Bowiem w postępowaniu złożona została oferta niepodlegająca odrzuceniu, tj. oferta odwołującego.

Na rozprawie przeprowadzono postępowanie dowodowe, które wskazało na następujące okoliczności istotne dla rozstrzygnięcia sprawy

Odwołujący jak i zamawiający oraz przystępujący po jego stronie na poparcie swoich sprzecznych stanowisk przywoływali na rozprawie przede wszystkim pismo z dnia 12.05.2017 roku spółki ASKOM sp. z o.o. z s. w Gliwicach

to jest producenta oprogramowania równoważnego ASIX do dedykowanego przez zamawiającego oprogramowania WonderWare In Touch.

Treść pisma, które było odpowiedzią na pytanie zamawiającego co do równoważności oprogramowania zaoferowanego przez odwołującego miało następująca treść:

Spółka ASKOM Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach ul. J. S. 13; 44-100 Gliwice producent systemu oprogramowania ASIX pismem Gliwice z dnia 2017-05-12 skierowanym do Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji sp. z o.o. w Olsztynie ul. Oficerska 16a; 10-2198 Olsztyn składa pismo, które dotyczy: Specyfikacji systemu ASIX o l.dz. AS-170064 ASKOM/ZKu stwierdza

„Po zapoznania się z przedstawionymi przez Państwo wymaganiami, możemy stwierdzić, że w naszej opinii System Asix spełnia wymagania równoważności.

Szerszego komentarza wymagają* tylko wymagania dotyczące technologii programowych zastosowanych w konstrukcji oprogramowania. System Asix wykorzystuje technologię ActiveX w ograniczonym zakresie (prawdopodobnie żaden system nie bazuje na tej technologii w 100%). Modułem Asix'a napisanym w technologii ActiveX jest AsTrend. Moduł ten to zaawansowane narzędzie do prezentacji i analizy zebranych danych procesowych, w postaci różnego rodzaju wykresów, tabel i raportów. Główny moduł wizualizacji graficznej danych oparty jest na znacznie nowocześniejszej technologii .Net.

Technologia ActiveX pochodzi z roku 1996 i od kilku lat firma Microsoft od niej odchodzi. Jednym z widocznych objawów tej tendencji, jest na przykład wyeliminowanie obsługi ActiveX w najnowszej przeglądarce Microsoft Edge. Z tych powodów również System Asix jest zorientowany bardziej na zastosowanie platformy .Net.

System Asix pozwala na zintegrowanie własnych kontroltek .Net (także pisanych przez firmy trzecie) z aplikacjami Asix. Filozofia Systemu oparta jest na dostarczaniu narzędzi, które ściśle integrują się z oprogramowaniem innych firm. Przykładem takiego modułu jest dodatek Asix Excel - rozszerza on interfejs programu Excel o funkcje dostępu do danych aplikacji Asix. Inne przykłady, to wsparcie dla systemu raportów Microsoft Reporting Services, system skryptów oparty na platformie .Net z praktycznie nieograniczonymi możliwościami. Z poważaniem.”.

Zamawiający uzyskując powyżej cytowaną odpowiedź podjął dnia 12 czerwca 2017 roku decyzję o odrzuceniu oferty odwołującego uzasadniając to jak poniżej:

Pismo z dnia 12.06.2017 roku zamawiającego na podstawie art.92 ust.1 ustawy pzp, zawiadamia wykonawców, którzy złożyli oferty o: 1) odrzuceniu oferty Nr 1 złożonej przez spółkę HYDRO-PARTNER Sp. z o.o., 64-100 Leszno, ul. Gronowska 4a

Oferta Nr 1 podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2) ustawy Pzp - jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zamawiający, zgodnie z zapisami SIWZ wymagał, aby zaproponowane OPROGRAMOWANIE WIZUALIZACYJNE umożliwiała używanie kontroltek ActiveX oraz .Net (także innych dostawców), co opisano w załączniku do SIWZ pn.: Załącznik nr 1 Specyfikacja równoważności ust. 3 pkt 3.3 Oprogramowanie wizualizacyjne punktów 6:

„Możliwości używania kontroltek ActiveX oraz .Net (także innych dostawców).” Zaproponowane przez Wykonawcę OPROGRAMOWANIE WIZUALIZACYJNE o nazwie ASIX w Ofercie Nr 1 nie spełnia wymagań Zamawiającego co do zakresu programu - OPROGRAMOWANIE WIZUALIZACYJNE nie umożliwia używania kontroltek ActiveX, co było wymagane w SIWZ.

Wobec powyższego, skoro oprogramowanie nie spełnia wymagań Zamawiającego opisanych w Załączniku nr 1 Specyfikacja równoważności, o których mowa wyżej —brak możliwości używania kontroltek ActiveX w OPROGRAMOWANIU WIZUALIZACYJNYM, zatem występuje istotna niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, co skutkuje odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2) ustawy Pzp”.

Odwołujący załączył do odwołania jako dowód w sprawie kolejne pismo spółki ASKOM sp. z o.o. z s. w Gliwicach skierowane do odwołującego, w związku z wątpliwością zamawiającego co do równoważności ofert to jest oprogramowania dedykowanego WonderWare In Touch a oprogramowania ASIX producenta ASKOM w Gliwicach.

Pismo skierowane do odwołującego to jest HYDRO-PARTNER Sp. z o.o. ul. Gronowska 4a 64-100 Leszno w dniu 21.06.2017 roku, które Dotyczy: Oświadczenie firmy Askom w kwestii braku możliwości używania kontroltek ActiveX w aplikacjach systemu ASIX.

Nie jest prawdą, że nie ma możliwości użycia kontroltek ActivX w aplikacjach Asix. System Asix udostępnia mechanizm tzw. „obiektów zewnętrznych”, które pozwalają rozszerzać możliwości wizualizacyjne systemu poprzez kod własny użytkowników. We wcześniejszej opinii pisaliśmy jedynie o użyciu kontroltek .Net, ze względu na to, że jest to naturalny i preferowany sposób tworzenia obiektów zewnętrznych. Wynika to z faktu że system Asix w wersji Evo jest również napisany w tej technologii. Technologia .Net jest zazwyczaj wybierana przez naszych klientów. Niemniej jednak,

platforma .Net pozwala na użycie kontrolki ActiveX poprzez prosty system integracyjny. Narzędzia programistyczne .Net automatycznie tworzą kod przejściowy pozwalający na użycie kontrolki ActiveX w sposób identyczny ze zwykłymi kontrolkami .Net. Z punktu widzenia użytkownika oba typy kontrolki są używane w sposób identyczny. Reasumując, system Asix pozwala na dołączenie do aplikacji kontrolki napisanych w obu technologiach: .Net i ActiveX. Sposób tworzenia obiektów zewnętrznych jest opisany w podręczniku systemu Asix asix- evo.pdf w rozdziale Asix.Evo - Obiekty zewnętrzne.

Obydwa pisma spółki ASKOM producenta ASIX to jest z dnia 12.05. 2017 roku jak i z dnia 21.06.2017 roku zostały podpisane przez reprezentantów spółki ASKOM Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach ul. J. S. 13; 44-100 Gliwice w osobach Prezesa zarządu i Dyrektora dr inż. M. K. i Dyrektora działu rozwoju i oprogramowania i prokurenta mgr inż. K. M. .

Na rozprawie strony złożyły następujące wyjaśnienia i oświadczenia.

Radca prawny odwołującego – z przedstawionych odpowiedzi producenta systemu ASIX.Evo, czyli producenta ASCOM Sp. z o.o. wynika, że rozwiązania wizualizacyjne nie stwarzają problemu w zakresie korzystania kontrolki ActiveX i .Net obydwu kontrolki Microsoft, przy czym rozwiązanie NET jest nowocześniejszą a przyczyną jej wdrożenia może każdy odczytać ze źródeł Wikipedii a przyczyną tą było, że używanie oprogramowania ActiveX nie chroniło przed hakerami. Z powodu licznych problemów z bezpieczeństwem nie rzadko zaleca się wyłącznie obsługi ActiveX w przeglądarce Microsoft Internet Explorer od kilku lat firma Microsoft zmieniła proces głównej technologii wytwarzania kontrolki tworząc środowisko .Net. Jednak technologia KOM/ActiveX jest dalej wspierana i możliwa do użycia w środowisku NET.

A. T. – dyrektor działu automatyki odwołującego– oświadcza, że kontrolki ActiveX służą do oprogramowania własnej aplikacji do osadzenia w innym środowisku. Obydwa technologie służą temu samemu, przy czym technologia .Net jest technologia nowocześniejszą i stosowaną na rynku.

Z powyższych wyjaśnień zarówno radcy prawnego jak i dyrektora działu wynika, że Active X jest technologią wypieraną przez .Net z uwagi na zagrożenie ze strony hakerów. Tak więc przeznaczenie tychże kontrolki jest to samo ale różnią się nowoczesnością na korzyść kontrolki .Net.

Ponadto odwołujący wyjaśniają, że kontrolki ActiveX i .Net są to narzędzia, które umożliwiają osadzanie oprogramowania tego oprogramowania innych dostawców (radca prawny odwołującego). Kontrolki służą do osadzania u odbiorców oprogramowania dostarczanego przez innego dostawcę – potwierdza Dyrektor A. T.

Celem ustalenia znaczenia powyżej cytowanej udzielonej odpowiedzi przez ASCOM w dniu 12.005.2017 roku. przedłożono do wglądu pytanie przesłane mailem przez zamawiającego do zamawiającego, który przedstawia następującą treść:

W związku z okazanym mailem, który nie znajduje się w dokumentacji przekazanej Izbie przez zamawiającego okazano mail z dnia 10.05.2017r. do temat specyfikacji system ASIX od T. M. o treści: witam, prosiłbym o weryfikację, czy państwa system spełnia wymagania specyfikacji równoważności. Prośba dot. oferty w której został przedstawiony państwa system ASIX w przetargu „PZP-372/TI-16/17 budowa systemu monitoringu obiektów wodno-ściekowych na terenie m. Olsztyna” wraz z przekazaniem specyfikacji równoważności od punktu 3.1 do punktu 3.3. przedstawiciel zamawiającego okazuje jako dowód w sprawie, który Izba załącza do akt sprawy.

Obecny na rozprawie pełnomocnik Pan T. M. – starszy mistrz ds. automatyki u Zamawiającego – złożył następujące wyjaśnienia i oświadczenia: „oświadczam że uczyniłem to z własnej woli. Byłem członkiem komisji przetargowej. Pozostali oferenci w tym Przystępujący zaoferowali WONDER INTOUCH tj. oprogramowanie dedykowane oznaczone w projekcie wykonawczym. Również oprogramowanie dedykowane ww. oferował 3 wykonawca POSTER. Po otrzymaniu wyjaśnienia z 12.05.2017r. na podstawie udzielonej odpowiedzi przez ASCOM stwierdziłem, że zaoferowane oprogramowanie wizualizacyjne nie

spełnia wymogu równoważności, ponieważ nie oferuje używania kontrolki ActiveX, tylko .Net (dot Net). Pisze tutaj producent o możliwości używania kontrolki ActiveX w technologii AsTrend, która nie jest oprogramowaniem wizualizacyjnym, tylko oprogramowaniem raportowym. Według mojej wiedzy oprogramowanie wizualizacyjne od raportowego różni się, że oprogramowanie wizualizacji służy do poznania co się dzieje w formie obrazu a oprogramowanie raportowe służy do tworzenia raportów okresowych i wykresów. Oprogramowanie raportowe również zostało opisane w SIWZ ale w punkcie 3.5. ale nie w oprogramowaniu wizualizacyjnym. Oprogramowanie wizualizacyjne jest to obraz, który widzi operator a oprogramowania raportowe służy do tworzenia raportów, w oparciu o dane z programu wizualizacyjnego, stanowi podstawę do tworzenia. Chciałbym jeszcze nadmienić, że głównym modulem jest baza danych a oprogramowanie wizualizacyjne korzysta z tej bazy danych i oprogramowanie raportowe również korzysta, bo w wizualizacji mamy dane bieżące a raportowe możemy łączyć dane obecne z historycznymi.

Do stanowiska przedstawiciela technicznego odniósł się na rozprawie pełnomocnik A. T. – dyrektor działu automatyki odwołującego – oświadczając – „nie zgadza się ze stanowiskiem przedstawionym przez Pana T. M. - starszy mistrz ds. automatyki u Zamawiającego - co do odrębności tego oprogramowania wizualizacyjnego i raportowego, tj. ich różnic bowiem według mojej wiedzy oprogramowanie raportowe jest częścią wizualizacyjnego. Oprogramowanie wizualizacyjne tworzy całość wraz z oprogramowaniem raportowym. Na wizualizacji widzimy oraz technologicznym w ujęciu dynamicznym wraz z trendami, wraz widzimy stan aktualny z trendem historycznym na jednym oknie. W naszym oprogramowaniu i w innych oprogramowanych wizualizacja to nie tylko stan aktualny ale również stan historyczny, czyli trendy w przeszłości. Raportowanie ujęte jest w systemie danych liczbowych, tabelarycznych. Oprogramowanie CADA służy do pokazywania procesów przemysłowych i ja wiem, że inne oprogramowanie w zakresie wizualizacji obejmuje również procesy w ujęciu dynamicznym w okresie historycznym i raportowy. Wszystkie dane są na jednym ekranie i one wskazują parametry pracy urządzeń w poprzednich okresach jak i danej chwili”.

W tym miejscu Izba odczytała okazany mail z dnia 14.06.2017r. do Pana Prezesa Zarządu Dyrektora ASKOM sp. z o.o. w Gliwicach dr inż. M. K. „proszę o przesłanie państwa odpowiedzi na temat zgodności systemu ASIX do systemu w Olsztynie Zamawiający umieścił informację na stronie internetowej”.

Na podstawie powyżej zacytowanego maila Izba stwierdza, że ASKOM udzielając odpowiedzi odwołującemu pismem z dnia 21.06.2017 roku, cytowanym powyżej i skierowanym do odwołującego, mógł znać treść uzasadnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego z dnia 12.06.2017 roku .

Pełnomocnik radca prawny odwołującego wniósł o przesłuchanie przedstawiciela firmy ASCOM Pana mgr inż. K. M. Prokurenta Dyrektora Działu Rozwoju Oprogramowania, który podpisał odpowiedzi na pytania w dniu 12.05.2017r. kierowane do zamawiającego oraz w dniu 21.06.2017r. kierowane do odwołującego na okoliczność równoważności zaoferowania oprogramowania przez odwołującego ze specyfikacją, tj. umożliwienie korzystania z dwóch kontrolki w oprogramowaniu wizualizacyjnym a wniosek jest podyktowany tym, że w ocenie odwołującego decyzja została podjęta na podstawie niewłaściwego interpretowania udzielonej odpowiedzi zwłaszcza odpowiedzi z dnia 12.05.2017 roku. Izba uwzględniła wniosek przesłuchując K. M. w charakterze świadka, który zeznał.

Po okazaniu świadkowi pism z dnia 12.05.2017r. i 21.06.2017r. pierwsze kierowane do PWIK w Olsztynie a drugie do Odwołującego Hydro-Partner w Lesznie, gdzie w obu pismach widnieje podpis jego jako prokurenta spółki zeznał.

„Pierwsze było wystosowane na bezpośrednie zapytanie Zamawiającego i ono miało charakter ogólny. Miało potwierdzić, czy oferowany system jest zgodny z wymaganiami SIWZ w zakresie zgodności tych systemów. Natomiast pamiętam, że drugie pismo wysłane zostało w związku z prośbą Odwołującego i ono dot. tylko jednego z punktów SIWZ i miało na celu udzielenie odpowiedzi a wręcz potwierdzenie, że w naszym oprogramowaniu oferowanym Zamawiającemu można stosować zarówno kontrolki ActiveX jak i .Net.”

Na pytanie pełnomocnika radcy prawnego Odwołującego czy obie kontrolki zarówno ActiveX jak i .Net można stosować w oprogramowaniach ASCOM, tj. zarówno do wizualizacji jak i raportowania – udziela odpowiedzi- one służą przede wszystkim do oprogramowania wizualizacji. Obydwie kontrolki mogą być jako takie stosowane w systemie ASIX, taka kontrolka może wnieść zarówno funkcję pokazującą jak i raportową. Ten kto dostarcza tę kontrolkę decyduje o tym, do czego ona służy. Może służyć jednocześnie do wizualizacji jak i raportowania, ale o jej funkcji tak jak powiedziałem decyduje ten kto dostarcza daną kontrolkę.”

Z kolei na pytanie pełnomocnika radcy prawnego Zamawiającego, jak wytłumaczy użyte zdania w dwóch różnych pismach, tj. w piśmie z dnia 12.05 zdanie drugie, gdzie ASCOM oświadcza następująco „system ASIX wykorzystuje technologię ActiveX w ograniczonym zakresie (prawdopodobnie żaden system nie bazuje na tej technologii w 100%)” i w piśmie z dnia 21.06. „nie jest prawdą, że nie ma możliwości użycia kontrolki ActiveX w aplikacjach ASIX” – udzielono odpowiedzi - moim zdaniem te obydwa zdania dot. dwóch różnych rzeczy. W pierwszym piśmie rzecz dot. zagadnienia czy nasz ASIX jest kontrolką ActiveX. W mojej ocenie stwierdzę, że kontrolka ActiveX i .Net jest produktem Microsoft jest błędem. Są to w mojej ocenie elementy programowe, które można użyć jako części oprogramowania. Jest

magistrem inżynierem informatyki. Kontrolki są to pewnie biblioteki, moduły programowe, które mogą być użyte jako elementy składowe innego programu i to, że są one oparte na innych standardach, to ułatwia ich umiejscawianie w innych miejscach. ActiveX i .Net są to standardy, które wykorzystują różni producenci.

W tym miejscu radca prawny pełnomocnik Zamawiającego – chodzi o to, że pytanie dot. nie tylko samych kontrolki ale także w specyfikacji, która została przesłana i która określa wymagania dot. oprogramowania – udzielono odpowiedzi- w odpowiedzi przez nas udzielonej na zadane pytania udzieliliśmy odpowiedzi, że nasze oprogramowanie oferowane przez firmę ASCOM spełnia wymagania przedstawione w tym pytaniu. My przede wszystkim udzielając tej odpowiedzi w zdaniu potwierdzaliśmy, że nasz program ASIX spełnia wymagania równoważności, natomiast w dalszej części tego

pisma odnosiliśmy się do wybranych przez nas aspektów, chcąc opisać pewną filozofię ASIX i integrację tego systemu z innymi systemami.

Z kolei na pytanie pełnomocnika przystępującego, czy potwierdza Pan (świadek) oraz co to oznacza, że w piśmie z dnia 12.05.17r. użyliście Państwo trzeciego zdania o treści „system ASIX wykorzystuje technologię ActiveX w ograniczonym zakresie (prawdopodobnie żaden system nie bazuje na tej technologii w 100%)” – odpowiada świadek - Ja używając tej formy, chciałem zwrócić uwagę, że technologia ActiveX i .Net są z różnych lat i się tak jakby wykluczają. Dlatego system ASIX nie jest w pełnym zakresie napisany w technologii ActiveX za wyjątkiem jednego modułu AsTrend, tj. jeden element z ActiveX. Co nie oznacza, że my nie jesteśmy w stanie kontrolki ActiveX osadzić w naszym oprogramowaniu.

Na pytanie pełnomocnika Przystępującego, proszę o ostateczne potwierdzenie, czy system ASIX wykorzystuje technologię ActiveX w ograniczonym zakresie a jedynym modulem w pełni wykorzystującym tę technologię jest moduł AsTrend, tj. moduł do prezentacji i analiz zebranych danych procesowych – świadek odpowiada w pierwszej części tego zdania muszę się zgodzić z tym, że nie wszystko u nas jest ActiveX. Natomiast nie zgadzam się z drugą częścią pytania sugerującą, że jedynie elementem wykorzystującym ActiveX jest AsTrend, ponieważ jak już wielokrotnie zaznaczałem, nasz system ma możliwości wykorzystywania kontrolki ActiveX firm trzecich.

Izba zważyła

Odwolanie zasługuje na uwzględnienie.

Podniesione w odwołaniu naruszenia art.89 ust.1 pkt 2 w związku z art.7 ust.1 i ust.2 oraz art.93 ust.1 pkt 1 pzp w wyniku przeprowadzonego postępowania dowodowego na rozprawie

potwierdziły się. Tak więc czynność zamawiającego odrzucenia oferty odwołującego i unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego stanowią naruszenie powyżej wymienionych przepisów ustawy co miało wpływ na wynik postępowania.

W niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia używając nazw własnych w tym przypadku oprogramowania WonderWare In Touch dopuszczając każde inne rozwiązanie mające zapewnić monitoring jego urządzeń i obiektów wodociągowych i kanalizacyjnych, przy zastrzeżeniu, co do zasady nie gorszych od dedykowanego oprogramowania (WonderWare In Touch). Niemniej oprócz użytej formuły w SIWZ nie gorszy w pewnych aspektach wręcz tę równoważność zamawiający skonkretyzował. I tak konkretyzacja parametrów nie gorszych nastąpiła przy określeniu wymagań co do systemu wizualizacji oraz raportowania przez określenie, że zastosowane oprogramowania SCADA ma mieć możliwość użycia dwóch rodzajów tzw. kontroltek, które to umożliwią osadzenie oprogramowania u zamawiającego. Tymi kontrolkami są ActiveX oraz .Net producenta Microsoft czy też innych producentów. Formuła wymagań użyta w SIWZ wskazuje nie tylko równorzędność tych kontroltek ale również możliwość ich wykorzystania każdego z nich. Świadczyć o tym ma słowo oraz to jest ActiveX oraz .Net. Na rozprawie pełnomocnik odwołującego w tym zakresie posłużył się popularną wiedzą encyklopedyczną internetu jaką jest Wikipedia. Z tejże encyklopedii wynika, że są to równorzędne kontrolki przy czym pierwsza z nich to jest Active X jest mniej polecana z racji jest starsza (1996 rok początek na rynku) jako nie zabezpieczająca użytkowników przed tzw. hakerami internetowymi. Jak podawał na rozprawie jeden z pełnomocników odwołującego Microsoft producent tych kontroltek wycofuje się z ich użytku na niektórych urządzeniach wręcz kategorycznie ich nie stosując. Dlatego stworzono i funkcjonuje druga nowsza kontrolka, która nosi nazwę .Net jako bardziej nowoczesna, bezpieczna. Również producent oprogramowania równoważnego ASIX spółka ASKOM sp. z o.o. z s. w Gliwicach w wyjaśnieniu do zamawiającego z dnia 12.05.2017 roku nadmienił, że tych przestarzałych kontroltek raczej nie korzysta i dlatego w swoich oprogramowaniach posługuje się tą przestarzałą kontrolką ActiveX w ograniczonym zakresie i wymienił As Trend, który jest narzędziem do prezentacji i analizy danych zebranych, danych procesowych w postaci różnego rodzaju wykresów, tabel i raportów. Natomiast główny moduł wizualizacji graficznej danych oparty jest na znacznie nowocześniejszej technologii .Net. Powyższe stwierdzenia wynikają głównie z pisma odwołującego, stanowiącego odpowiedź na pytanie zamawiającego z dnia 10 maja 2017 roku co do równoważności systemu ASIX. W piśmie tym przede wszystkim ASKOM wypowiedział się potwierdzając co do równoważności ASIX z oprogramowaniem dedykowanym przez zamawiającego. ASKOM również zaznaczył, że technologia ActiveX pochodzi z 1996 roku i od kilku lat Microsoft od niej odchodzi. Wyjaśnienia ASKOM udzielone zamawiającemu przy pierwszym wyborze najkorzystniejszej

oferty nie stanowiły podstawy do odrzucenia oferty, którą wówczas sklasyfikowano według kryterium oceny ofert na drugiej pozycji (złożone zostały trzy oferty). Dopiero po wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie o Sygn. akt KIO 993/17 w wyniku którego nakazano odrzucić ofertę wybraną w pierwszym wyborze, która była ofertą wykonawcy przystępującego po stronie zamawiającego w niniejszej sprawie, zamawiający znalazł podstawę do odrzucenia oferty odwołującego. Dla rozstrzygnięcia sprawy nie ma znaczenia sformułowany zarzut przez odwołującego, że odrzucenie oferty odwołującego nastąpiło na podstawie informacji, które już posiadał zamawiający przed pierwszym

rozstrzygnięciem przetargu. Niemniej można było uznać wątpliwość zamawiającego za uzasadnioną w kontekście treści pisma z dnia 12 maja 2017 roku, bo na nie powołuje się zamawiający w czynności odrzucenia oferty odwołującego. Generalnie bowiem w nim stwierdza producent ASIX spełnia wymagania równoważności z oprogramowaniem dedykowanym. Niemniej dokonując analizy pozostałej treści pisma mógł zamawiający mieć wątpliwości co do tego, że oprogramowanie również w pełnym zakresie używa kontrolki ActiveX. Bowiem odwołujący stwierdza w tym piśmie, że on od tej kontrolki również odchodzi z uwagi na oczekiwania klientów, jako przestarzałej i ASKOM oferuje nowocześniejsze rozwiązanie jakim jest .Net. Jednak powstałe wątpliwości obciążają zamawiającego, który nie skorzystał z procedury art.87 ust.1 pzp. Poza rozstrzygnięciem Izby pozostaje zagadnienie czy oferując oprogramowanie można zadysponować zamawiającemu równocześnie obydwie kontrolki to jest Active X oraz .Net. jeżeli tak to zamawiający może skutecznie takiego rozwiązania żądać a jeżeli nie to może wybrać jedno z nich. Niemniej są to już szczegóły techniczne, które nie były przedmiotem rozważań Izby. Zapis SIWZ jest wyraźny, bo wskazuje na dwie kontrolki wymieniając je równocześnie jako wymagane. Z rozstrzygnięcia zamawiającego o odrzuceniu oferty odwołującego z dnia 12.06.2014r. wynika zarzut w stosunku do oprogramowaniu ASIX, że zwłaszcza w technologii wizualizacji nie zapewnia kontrolki ActiveX co przesądziło o odrzuceniu oferty odwołującego, bez wyjaśnień czy gwarantuje się kontrolkę ActiveX. Niemniej w związku z zaistniałą sytuacją odwołujący zwrócił się w dniu 14.06.2014 roku do ASKOM przedstawiając na rozprawie maila, przywołującego okoliczność uzasadnienia odrzucenia oferty. Wskutek tego zareagował producent ASKOM przedstawiając stanowisko z dnia 21.06.2017 roku. Odpowiadając w pierwszym zadaniu tego stanowiska, że nie jest prawdą „że nie ma możliwości użycia kontrolek Active X w aplikacjach ASIX”. „Zapotrzebowanie klientów powoduje, że technologia .Net ma zastosowanie. Niemniej jak stwierdza się w tym piśmie Platforma .Net pozwala na użycie kontrolek Active X przez prosty system integracyjny. Narzędzia programistyczne .Net automatycznie tworzą kod przejściowy pozwalający na użycie kontrolek ActiveX w sposób identyczny ze zwykłymi kontrolkami .Net. Z punktu widzenia użytkownika oba typy kontrolek są używane w sposób identyczny”. Rozstrzygający charakter ma stwierdzenie producenta ASKOM „Reasumując, system ASIX pozwala na dołączenie do aplikacji kontrolek napisanych w obu technologiach :.Net i Active X. Powyższe okoliczności potwierdził na rozprawie świadek mgr inż. K. M. Dyrektor Działu Rozwoju Oprogramowania ASKOM sp. z o.o. jako jedna z osób podpisująca zarówno oświadczenia ASKOM z dnia 12.05.2017 roku jak i z dnia 21.06.2017 roku. Wobec jednoznacznego wyjaśnienia równoważności systemu ASIX nakazanie procedury w trybie art.87 ust.1 pzp staje się bezprzedmiotowe.

Reasumując wobec powyżej przedstawionych ustaleń z postępowania dowodowego a w szczególności udzielonych odpowiedzi w pismach z dnia 12.05.2017 roku oraz 21.06.2017 roku przez producenta oprogramowania ASIX to jest spółki ASKOM sp. z o.o. w Gliwicach potwierdzonych przez prokurenta spółki przesłuchanego w charakterze świadka Izba uznaje za wykazaną przez odwołującego równoważność oferowanego systemu.

W tym stanie rzeczy na podstawie art. 192 ust.2 pzp Izba uwzględniła odwołanie, stwierdzając naruszenie przepisów wskazanych w odwołaniu orzekając jak w sentencji wyroku

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust.9 i 10 ustawy oraz § 3 pkt 1 lit) a w związku z § 5 ust.2 pkt 1) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2010r. nr 41 poz.238 zm. Dz.U. 2017r.) zaliczając uiszczony wpis przez odwołującego w kwocie 18.600,00 zł. w koszty postępowania odwoławczego i zasądzając od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 18.600,00 złotych jako koszty obejmujące uiszczony wpis odwołującego i wynagrodzenie pełnomocnika odwołującego, nie uwzględniając kosztów dojazdu złożonych po zamknięciu rozprawy.

Przewodniczący:.....