

WYROK
z dnia 4 kwietnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Aneta Górniak

po rozpoznaniu na rozprawie z udziałem stron dnia 31 marca 2017 r. w W. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 marca 2017 r. przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia **AP. S.A z siedzibą w R.** w postępowaniu prowadzonym przez **Dolnośląski Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych we Wrocławiu z siedzibą we Wrocławiu**

przy udziale wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia **I.P. Sp. z o.o. z siedzibą w W.** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie.
2. kosztami postępowania obciąża **AP. S.A z siedzibą w R.** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **AP. S.A z siedzibą w R.** tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Dolnośląski Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych we Wrocławiu prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zakup i wdrożenie systemu G. wraz ze sprzętem oraz konwersja danych wektorowych. Nr sprawy W-AF-3520.1.2016, ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w DUUE z 30.07.2016r., 2016/S 146-264874.

Odwolujący A.P. S.A. z siedzibą w R. wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1. art. 7 ust. 1 przez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 przez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo że treść oferty jest zgodna z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia;
3. art. 87 ust. 1 przez zaniechanie wezwania Odwołującego do wyjaśnień w zakresie, który został wskazany jako przesłanka do niezgodności treści oferty z SIWZ,
4. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 1 przez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, przez dokonanie wyboru oferty złożonej przez I.P. Sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej w sytuacji, gdy to oferta złożona przez Odwołującego powinna zostać wybrana jako oferta najkorzystniejsza, z uwagi na to, że oferta Odwołującego nie podlega odrzuceniu, a jednocześnie jest ofertą najkorzystniejszą w świetle postawionych kryteriów oceny ofert, spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

Odwolujący wnosi o:

1. uwzględnienie odwołania w całości,

2. przeprowadzenie dowodów z załączonych materiałów dowodowych,
3. nakazanie Zamawiającemu:
 - a. powtórzenia czynności oceny ofert;
 - b. unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty I.P. Sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej;
 - c. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy;
 - d. dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

2

W przypadku uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Odwołujący żąda od Zamawiającego: jak wyżej tego, o co Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu.

Informację stanowiącą podstawę wniesienia odwołania Odwołujący powziął w dniu 17 marca 2017 r., kiedy Zamawiający przekazał wykonawcom informację o wyborze oferty najkorzystniejszej, tym samym dziesięciodniowy termin na wniesienie odwołania przewidziany w art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp został dochowany.

Odwołujący wykazuje swój interes w uzyskaniu danego zamówienia, a także interes w złożeniu odwołania, ponieważ to oferta Odwołującego powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza spośród ofert nie podlegających odrzuceniu.

UZASADNIENIE

Przedmiotem postępowania jest zakup i wdrożenie systemu G. wraz ze sprzętem oraz konwersja danych wektorowych nr sprawy: W-AF-3520.1.2016. W postępowaniu zostało złożonych 6 ofert.

Łączna liczba punktów Pozycja w rankingu

1. S.G. X
2. A. 2 152 500,00 50,00 40 10 100 1
3. Q. X
4. I. 2 323 414,65 48,21 40 10 98,21 2
5. C. 2 373 675,38 45,34 40 10 95,34 3
6. G. X

Tabela 1 obrazuje prawidłowy ranking ofert w przedmiotowym postępowaniu z uwzględnieniem kryteriów oceny ofert opisanych w SIWZ

Zamawiający w piśmie z dnia 17 marca 2017 roku znak sprawy W-AF.3520.1.2016 L.dz. 1990/17 poinformował Odwołującego, że jego oferta została odrzucona, z poniższym uzasadnieniem:

2. A.P. S.A.; (...) R.

Wykonawca nie zaoferował wymaganego w III cz. SIWZ w pkt 4.6 załącznika nr 6 do wzoru umowy (pakiet aplikacji biurowych pkt 5 d) oprogramowania narzędziowego stacji roboczej służącego do tworzenia drukowanych materiałów informacyjnych.

W związku z powyższym oferta Wykonawcy podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp - treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Uprzednio Zamawiający kierował do Odwołującego liczne wezwania do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, jednakże kwestii stanowiącej podstawę odrzucenia oferty - rzekomej niezgodności oferty Odwołującego z treścią SIWZ nie wyjaśniał.

3

Zaoferowane przez Odwołującego rozwiązanie spełnia wymogi zawarte OPZ w punkcie 4.6. załącznika nr 6 do wzoru umowy opisane jako: „Narzędzia do tworzenia drukowanych materiałów informacyjnych” w szczególności Odwołujący zaoferował rozwiązanie, które pozwala na przygotowywanie materiałów informacyjnych tj. oprogramowanie pakiet O. wersja O. H. & B. 2016 wskazana w poz. 11 Formularza cenowego. Zaoferowany pakiet O. H. & B. 2016 zawiera wszystkie potrzebne aplikacje oraz narzędzia i funkcjonalności pozwalające na zrealizowanie wymagań opisanych w OPZ.

Zaoferowane oprogramowanie spełnia wymóg „narzędzia do tworzenia drukowanych materiałów informacyjnych”, na dowód czego Odwołujący przedstawia poniżej wykazany i załączony do odwołania materiał dowodowy:

- a. Informacje ze strony internetowej producenta oprogramowania O. firmy M. z których wynika, że określenie „materiały informacyjne” dotyczą aplikacji P.P., która zawarta jest w pakiecie O.. W załączeniu dowód (plik: Wyniki wyszukiwania na stronie producenta frazy „drukowane materiały informacyjne” — O..com_1.pdf , Wyniki wyszukiwania „drukowane materiały informacyjne” — O..com_2.pdf)
- b. Materiał szkoleniowy producenta oprogramowania O. firmy M., z którego wynika instruktaż jak należy przygotowywać materiały informacyjne. Wydruki następujących plików ze strony firmy M.:
- i. Tworzenie lub zmienianie materiałów informacyjnych towarzyszących prezentacji - P.P..pdf
 - ii. Pisanie i drukowanie materiałów informacyjnych programu P.P. w programie W. - P.P..pdf
 - iii. Drukowanie materiałów informacyjnych, notatek i slajdów - P.P..pdf
- c. Producent oprogramowania O. firma M. w wersji oprogramowania zaoferowanej przez Odwołującego udostępniła użytkownikowi cały pakiet dodatkowych szablonów typu: materiały informacyjne, broszury, które znajdują zastosowanie w programie W. lub P.P. co dowodzi, że zaoferowana wersja pakietu O. spełnia wymagania zawarte w OPZ. W załączeniu informacje ze strony producenta firmy M.:
- i. Wyniki wyszukiwania - O. TemplatesJL.pdf
 - ii. Wyniki wyszukiwania - O. Templates_2.pdf
- Wymagania opisane w SIWZ dotyczące tworzenia materiałów informacyjnych było sformułowane w sekwencji z wymaganiem dotyczącym prezentacji (punkt c i d):
5. W skład pakietu muszą wchodzić co najmniej:
- a. Edytor tekstów,
 - b. Arkusz kalkulacyjny,
 - c. Narzędzia do przygotowywania i prowadzenia prezentacji,
 - d. Narzędzia do tworzenia drukowanych materiałów informacyjnych,

4

-
- e. Narzędzia do zarządzania informacją (pocztą elektroniczną, kalendarzem, kontaktami, zadaniami),
- f. Narzędzia do tworzenia notatek.
- Wymaganie to w pełni pozwala zrealizować zaoferowany pakiet O. H. & B. 2016 w którego skład wchodzi m. in. W. oraz P.P..

Analiza materiałów dotyczących oprogramowania O. jednoznacznie i bezspornie wskazuje, że tworzenie drukowanych materiałów informacyjnych jest możliwe za pomocą zaoferowanego przez Odwołującego oprogramowania. Producent wręcz umieszcza na stronie internetowej swojego produktu szczegółowe opisy jak należy to realizować co wykazano powyżej i w załączonych dowodach.

Zamawiający nie przedstawił żadnych dodatkowych wymagań uszczegóławiających co rozumie pod pojęciem „narzędzia do tworzenia drukowanych materiałów informacyjnych”. Jedyne nieco precyzyjniej przedstawił wymagania dotyczące edytora tekstu i opisał je w kilku podpunktach, natomiast w żaden sposób nie sprecyzował, że przez „narzędzia do tworzenia drukowanych materiałów informacyjnych” rozumie inny zakres niż został przedstawiony w powyższej argumentacji, zatem zaoferowane oprogramowanie spełnia wymogi określone w SIWZ, a co za tym idzie treść oferty Odwołującego odpowiada treści SIWZ.

Załączono: Wyniki wyszukiwania na stronie producenta frazy „drukowane materiały informacyjne” — O..com_1.pdf- dowód nr 1, Wyniki wyszukiwania „drukowane materiały informacyjne” — O..com_2.pdf dowód nr 2, Wydruk plików ze strony firmy M.: Tworzenie lub zmienianie materiałów informacyjnych towarzyszących prezentacji - P.P..pdf-dowód nr 3, Wydruk plików ze strony firmy M.: Pisanie i drukowanie materiałów informacyjnych programu P.P. w programie W. - P.P..pdf-dowód nr 4, Wydruk plików ze strony firmy M.: Drukowanie materiałów informacyjnych, notatek i slajdów - P.P..pdf-dowód nr 5, Wydruk informacji ze strony producenta firmy M.: Wyniki wyszukiwania - O. Templates_1.pdf- dowód nr 6, Wydruk informacji ze strony producenta firmy M.: Wyniki wyszukiwania - O. Templates_2.pdf-dowód nr 7.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie.

Wskazał w szczególności, że oczekiwał od wykonawcy „narzędzia do tworzenia drukowanych materiałów informacyjnych” z określeniem żądania w zakresie dostawy

oprogramowania ze sprecyzowaniem wymagań minimalnych w załączniku nr 6 w pkt 4.6. Pakiet Aplikacji Biurowych. Stwierdził, że oferta odwołującego (z oprogramowaniem O. H. & B. 2016 W.P.) nie zawiera narzędzia M. 2016 dedykowanego do tworzenia drukowanych materiałów informacyjnych oraz jest to licencja typu OEM czyli przypisana do konkretnego

5

stanowiska. Oceniał, że jest to produkt niezgodny z siwz ze skutkiem w postaci odrzucenia oferty. Wskazał na postanowienia opz dotyczące pakietu wymieniającego wymagane programy – narzędzia, w skład którego muszą wchodzić co najmniej

a/ edytor tekstów,

b/ arkusz kalkulacyjny,

c/ narzędzia do przygotowywania i prowadzenia prezentacji,

d/ narzędzia do tworzenia drukowanych materiałów informacyjnych,

e/ narzędzia do zarządzania informacją (pocztą elektroniczną, kalendarzem, kontaktami, zadaniami),

f/ narzędzia do tworzenia notatek.

Stwierdził, że pakiet zaoferowany nie zawiera wymaganych sześciu narzędzi wymaganych w opisie przedmiotu zamówienia.

Uznał, że stwierdzenie odwołującego, iż „Wymagania opisane w siwz dotyczące tworzenia materiałów informacyjnych było sformułowane w sekwencji z wymaganiami dotyczącymi prezentacji (punkt c i d) jest niezasadne i bezpodstawne, gdyż jak wskazał wcześniej, punkty od a do f , odpowiadają konkretnym programom wchodzącym w skład pakietu biurowego, a nie funkcjom wbudowanym w poszczególne programy, jak twierdzi odwołujący (np. funkcja dostępna w P.P.: Drukowanie materiałów informacyjnych).

Zauważył, że analogicznie w ramach programów pakietu O. zarówno w W.zie jak i E. można tworzyć proste zestawienia i tabele, lecz stworzenie skomplikowanych zestawień i tabel zawierających zaawansowane funkcje matematyczne nie jest możliwe w programie W..

Zamawiający stwierdził, że przez „Narzędzie do tworzenia drukowanych materiałów informacyjnych” rozumiał dedykowany program typu DTP (D.P.), gdzie wskazany skrót oznacza ogół czynności związanych z przygotowaniem na komputerze materiałów, które później będą powielone metodami poligraficznymi, chodzi zatem o komputerowe przygotowanie do druku. Termin ten dotyczy także fazy projektowej, czyli tworzenia w programach komputerowych obrazu i kształtu stron publikacji. Oczekiwał programu, który pozwala na tworzenie profesjonalnie wyglądających dokumentów o wyższym poziomie komplikacji niż te wychodzące z edytorów tekstu, a także stworzenie druków informacyjnych.

Wskazał na możliwości i funkcje programu typu DTP.

Na podstawie dokonanych ustaleń stwierdził, że miał pełne prawo odrzucić ofertę odwołującego jako niezgodną z treścią siwz.

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego podzielił powyższe stanowisko i wniósł o oddalenie odwołania. Wskazał także, że licencja O. H. & B. 2016 oferowana przez odwołującego i to oprogramowanie nie spełniają wymogów siwz, gdyż

6

nie zawiera narzędzia M. P. dedykowanego do tworzenia drukowanych materiałów informacyjnych, a licencja przypisana jest do konkretnego stanowiska.

Podkreślił, że opis zamawiającego jest logiczny i wskazuje na oczekiwanie osobnego dedykowanego oprogramowania do tworzenia drukowanych materiałów informacyjnych, na co wskazuje także układ żądanych narzędzi oprogramowania biurowego wskazany w 4.6. ust. 5, gdyż do każdego osobnego punktu da się przypisać osobne narzędzie oprogramowania standardowego tj. w kolejności od a/ do f/ są to: W., E., P.P., P., O., O.. Oferta odwołującego nie zawiera odrębnego narzędzia dla poz. d.

W trakcie rozprawy uczestnicy postępowania odwoławczego przedstawili stanowiska.

Odwołujący poparł odwołanie i zakwestionował stanowisko zamawiającego odnoszące się do oceny jego oferty zawarte w złożonej odpowiedzi na odwołanie. Przytoczył lakoniczne uzasadnienie decyzji o odrzuceniu jego oferty. Wskazał na treść OPZ w zakresie, w którym zamawiający uznał niespełnienie wymogu. Złożył pismo procesowe z odniesieniem się do stanowiska zamawiającego. Podtrzymał stwierdzenie, iż zaoferowany przez niego pakiet O.

umożliwia zgodnie z wymogiem SIWZ tworzenie drukowanych materiałów informacyjnych. Zauważył, że trzech spośród sześciu wykonawców w przedmiotowym zakresie złożyło takie same oferty, co wskazuje na poprawne, jednolite i analogiczne odczytanie wymogu SIWZ. Przypomniał, że w wyniku poprzedniej oceny wybrano rozwiązanie, które obecnie jest kwestionowane (zaoferowane przez S. G.). Zauważył również, że wartość omawianego oprogramowania w stosunku do przedmiotu zamówienia jest marginalna i ma charakter wyłącznie dodatkowy w stosunku do podstawowego systemu G.. Podkreślił, że dopiero w odpowiedzi na odwołanie zamawiający sformułował rozszerzone oczekiwanie w przedmiotowym zakresie przedstawione na str. 7 odpowiedzi i zacytowane na str. 2 pisma procesowego odwołującego. W odniesieniu do stanowiska przystępującego przedstawionego w złożonych pismach stwierdził, że zawiera ono nowe zarzuty podniesione w stosunku do odwołującego niemające związku z podstawami zaskarżonej czynności odrzucenia oferty. Zauważył, że SIWZ nie zawiera wymogu odrębności żadnych narzędzi w pkt 5 od a/ do f/. Stwierdził, że złożone przez zamawiającego jako dowody dokumenty nie mają takiego waloru. Złożył wydruk internetowy dotyczący informacji o przygotowaniu do druku plików z programów biurowych. Z ostrożności wskazał na ewentualne zastosowanie art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy. Przypomniał, że zaoferowane przez niego narzędzie W. i P.P. umożliwia przygotowanie materiałów informacyjnych do druku.

7

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Podtrzymał stanowisko zawarte w pisemnej odpowiedzi. Stwierdził, że OPZ był wyczerpujący i zauważył, że treść pakietu aplikacji biurowych w rozdziale 4.6. pkt 5 wymienia w pkt od a do f sześć odrębnych narzędzi i podtrzymał ocenę o braku zaoferowania narzędzia z pkt d tj. narzędzia do tworzenia drukowanych materiałów informacyjnych. Oceniał, że nie zachodziły przesłanki do wzywania wykonawcy do składania wyjaśnień wobec jednoznaczności treści oferty. Podkreślił profesjonalizm odwołującego, który powinien był poprawnie odczytać wymogi SIWZ, w tym OPZ. Wskazał także na pkt 4.6.7. SIWZ, gdzie podano wymaganą funkcjonalność związaną z przedmiotem obecnego sporu. Złożył broszury związane z zakresem działania stwierdzając, że możliwości wykonania analogicznych oczekuje od oferentów. Zauważył, że w tym zakresie wykonawca nie składał pytań do treści SIWZ.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania. Podtrzymał argumenty zawarte w zgłoszeniu oraz w piśmie procesowym. Oceniał, że uzasadnienie decyzji zamawiającego jest precyzyjne i konkretne. Złożył materiał informacyjny dotyczący narzędzia oczekiwanego (P.), którego brak jest w ofercie odwołującego. Złożył informacje o programach odpowiednich do przygotowania do wydruku materiałów informacyjnych. Stwierdził, że zaoferowane oprogramowanie H. & B. zawiera niewłaściwą licencję, nieprzeznaczoną na rynek publiczny i nie zawiera oczekiwanego narzędzia, o którym wyżej. Wskazał na postanowienia projektu umowy dotyczące licencji mające związek z przedmiotem postępowania. Stwierdził, że oprócz analizy powołanych wcześniej postanowień SIWZ przy ocenie wymogów należy mieć na uwadze całościowe wymagania zawarte w rozdziale 4.6.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty złożonej zamawiającemu przez odwołującego, jak również stanowiska stron i uczestnika przedstawione na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na powstanie możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając go tym samym na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

Stan faktyczny sprawy jest niesporny.

Zamawiający odrzucił ofertę jako niezgodną w swej treści z wymaganiami siwz wobec pakietu oprogramowania biurowego zawartymi w rozdziale 4.6 załącznika nr 6 do siwz, gdzie

8

w punktach od a/ do f/, wcześniej cytowanych, zawarto wymóg, aby w skład pakietu wchodziły „Narzędzia do tworzenia drukowanych materiałów informacyjnych” (pkt 5 d). Odwołujący kwestionuje stanowisko zamawiającego, że z opisu przedmiotowych wymogów wynikało, jakoby należało zaoferować dla każdego z punktów odrębne narzędzie, w tym dla punktu d/ odrębną aplikację klasy DTP (P.).

Skład orzekający po zapoznaniu się ze stanowiskami uczestników, stwierdza, że stanowisko zamawiającego w sprawie jest uzasadnione. Nie ma logicznych i celowościowych przeszkód do uznania, że cytowane zapisy siwz oznaczały oczekiwanie zaoferowania w przedmiotowym zakresie odrębnych profesjonalnych narzędzi niezbędnych do prowadzenia przez zamawiającego jego statutowej działalności. Izba uznaje za udowodnioną tezę, że możliwość wykorzystywania narzędzi typu W. czy P.P. do przygotowania materiałów do druku deklarowana przez odwołującego jest znacząco ograniczona. Poprawne jest zatem w tym kontekście twierdzenie o potrzebie dysponowania w tym zakresie narzędziem odrębnym, czego odwołujący, co niesporne, nie zaoferował.

Wobec powyższego nie stwierdzono naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy pzp wskazanych w odwołaniu, co oznacza, że czynność odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp była prawidłowa.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy pzp, orzeczono jak w sentencji. O kosztach skład orzekający Izby orzekł na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący: