

Sygn. akt: KIO 1541/16

WYROK
z dnia 2 września 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 sierpnia 2016 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 sierpnia 2016 r. przez **DPIDEA s.c., ul. Spokojna 28, 81 – 549 Gdynia** w postępowaniu prowadzonym przez **Instytut Technologii Wojsk Lotniczych, ul. Księcia Bolesława 6, 01 – 494 Warszawa**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i nakazuje dokonanie ponownego badania i oceny ofert i wezwanie Odwołującego do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

2. kosztami postępowania obciąża **Instytut Technologii Wojsk Lotniczych, ul. Księcia Bolesława 6, 01 – 494 Warszawa** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez **DPIDEA s.c., ul. Spokojna 28, 81 – 549 Gdynia** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Instytutu Technologii Wojsk Lotniczych, ul. Księcia Bolesława 6, 01 – 494 Warszawa** na rzecz **DPIDEA s.c., ul. Spokojna 28, 81 – 549 Gdynia** kwotę **11 100 zł 00 gr** (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Instytut Techniczny Wojsk Lotniczych – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na dostawę do siedziby Zamawiającego fabrycznie nowego, nieużywanego systemu do radiografii cyfrowej umożliwiającego badanie konstrukcji lotniczych. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 13 lipca 2016 roku pod poz. 134205-2016.

W dniu 17 sierpnia 2016 roku Odwołujący - D.K. oraz T.F., będący współnikami spółki cywilnej DPIdea - wnieśli do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez odrzucenie oferty Odwołującego mimo, że jej treść jest zgodna z treścią siwz, a wskazanie przez Zamawiającego jakoby Odwołujący zaoferował dwa oprogramowania do obsługi sztywnego panelu oraz skanera zamiast jednego, nie znajduje uzasadnienia w dokumentacji postępowania.
2. art. 26 ust. 3 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia brakujących dokumentów,
3. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp przez dokonanie wyboru oferty wykonawcy NDT-NET Sp. z o.o., która nie jest ofertą najkorzystniejszą spośród ofert nie podlegających odrzuceniu,
4. art. 91 ust. 1 przez zaniechanie dokonania wyboru oferty Odwołującego.

Wskazując na powyższe, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia decyzji o wyborze oferty NDT- NET Sp. z o.o.,
2. unieważnienie decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego,
3. wezwanie Odwołującego do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wskazanych jako brakujące w piśmie o odrzuceniu oferty Odwołującego lub uznanie za złożone dokumenty przesłane Zamawiającemu jeszcze przed skierowaniem pisma stanowiącego wezwanie do uzupełnienia dokumentów.
4. powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego i dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej tj. oferty Odwołującego.

Odwołujący wniósł także o zasądzenie zwrotu kosztów postępowania odwoławczego poniesionych z tytułu wpisu od odwołania i ewentualnych dalszych kosztów.

W uzasadnieniu Odwołujący, nie zgadzając się z decyzją Zamawiającego z dnia 12 sierpnia 2016 roku o odrzuceniu swojej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp wskazał, że zaoferował jedno oprogramowanie obsługujące sztywne panele oraz skaner CR. Okoliczność tę potwierdził w udzielonych w dniu 26 lipca 2016 roku wyjaśnieniach,

wskazując, że zaoferowane oprogramowanie w pkt 1c formularza technicznego jest oprogramowaniem zintegrowanym obsługującym łącznie zaoferowane elementy systemu: sztywny panel DDA i skaner CR do płyt luminoforowych. Podniósł, że pismo z dnia 12 sierpnia wskazywało, że do oferty nie załączono wszystkich dokumentów wymaganych treścią SIWZ, jednakże Zamawiający odstąpił od obligatoryjnego wezwania do uzupełnienia dokumentów w trybie wynikającym z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, gdyż oferta Odwołującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jako oferta której treść jest niezgodna z treścią siwz. Zdaniem Odwołującego pismo to nie zawierało szczegółowego uzasadnienia odrzucenia oferty, a jedynie lakoniczne stwierdzenie „Zamawiający wymagał jednego oprogramowania do obsługi sztywnego panelu oraz skanera, podczas gdy wykonawca zaoferował dwa”. Treść pisma o odrzuceniu oferty nie zawiera uzasadnienia dlaczego Zamawiający nie dał wiary wyjaśnieniom Odwołującego. Na potwierdzenie prawdziwości twierdzeń Odwołujący załączył do odwołania oświadczenie producenta oprogramowania potwierdzające iż jest to jedno oprogramowanie, czyli zgodne z wymaganiami Zamawiającego. Producent Analysed Images Ltd. oświadczeniem potwierdza że zaoferowane oprogramowanie jest jednym z rozwiązań do obrazowań radiologicznych tj. jednym oprogramowaniem do przetwarzania obrazu Analizy Images X-vision obsługującym cały system łącznie z HD-CR 35 NDT (elastyczny panel CR i sztywny panel 4336 Dr XRpad.

Na podstawie dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne oraz mając na uwadze stanowiska stron i uczestnika postępowania zgłoszone do protokołu rozprawy, Izba ustaliła co następuje:

W załączniku nr 8 do siwz - Opis przedmiotu zamówienia - pkt I ppkt 1b Zamawiający wskazał: „Jedno oprogramowanie obsługujące sztywne panele oraz skaner CR”. Identyczne postanowienie zostało także zawarte w załączniku nr 2 pkt 1 lit. c - Formularz Techniczny Przedmiotu Zamówienia „System radiografii cyfrowej”.

Pismem z dnia 21.07.2016 r. Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego i wyjaśnienie treści SIWZ pytając: „Czy nie jest omyłkowym zapisem zamawiającego, chęć użytkowania za pomocą jednego panelu DDA 100um i systemu CR 30um?”. Zamawiający pozostawił postanowienia siwz bez zmian.

W Formularzu Technicznym Przedmiotu Zamówienia tabela 1 „System radiografii cyfrowej umożliwiający badanie konstrukcji lotniczych - 1kpl”, załączonym do oferty DPIdea s.c. w lit. c „Jedno oprogramowanie obsługujące sztywne panele oraz skaner CR”, wykonawca podał „Tak spełnia, Durr NDT D-Tec, X-Vision”.

Pismem z dnia 25.07.2016 r. Zamawiający wezwał wykonawcę do wyjaśnienia treści oferty wskazując m.in.: „Czy zaoferowane oprogramowania w pkt 1c Formularza technicznego (str. 4 oferty) tj. Durr NDT D-Tec i X-Vision obsługują każde z osobna czy łącznie zaoferowane przez Państwa elementy systemu tj. sztywny panel DDA PerkinElmer XR-pad 4336 i skaner CR do płyt luminoforowych Durr NDT HD- CR35NDT? W odpowiedzi, w dniu 26.07.2016 r. , wykonawca DPIda podał: „Zaoferowane oprogramowanie w pkt 1c formularza technicznego jest oprogramowaniem zintegrowanym obsługującym łącznie zaoferowane elementy systemu tj. sztywny panel DDA i skaner CR do płyt luminoforowych”.

W dniu 12.08.2016 r. Zamawiający poinformował wykonawcę DPIda o odrzuceniu jego oferty wskazując, że Zamawiający odstąpił od obligatoryjnego wezwania do uzupełnienia dokumentów w trybie wskazanym w art. 26 Pzp, gdyż oferta wykonawcy DPIda podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, jako oferta której treść jest niezgodna z treścią siwz. W piśmie Zamawiający podał, że w pkt 1 c formularza technicznego wymagał jednego oprogramowania do obsługi sztywnego panelu i skanera, podczas gdy wykonawca zaoferował dwa.

Mając na uwadze powyższe ustalenia, Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przeszkody formalno - prawne do merytorycznego rozpoznania odwołania, a Odwołujący legitymuje się interesem, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp we wniesieniu odwołania, na skutek działań i zaniechań Zamawiającego może ponieść szkodę, polegającą na braku możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego.

Na wstępie wskazać należy, że zgodnie z art. 191 ust. 2 ustawy, wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Obowiązkiem stron i uczestników postępowania odwoławczego jest wskazywanie wszelkich dowodów potwierdzających fakty, z których wywodzą skutki prawne (tak: art. 190 ust. 1 ustawy Pzp)

Izba, oceniając zgromadzony w analizowanej sprawie materiał dowodowy, uznała za zasadną argumentację zaprezentowaną przez Odwołującego. Słusznym jest odwołanie się do samej definicji „oprogramowania” (*software*), zgodnie z którą oprogramowanie to całość informacji w postaci zestawu instrukcji, zaimplementowanych interfejsów i zintegrowanych danych przeznaczonych dla komputera do realizacji wyznaczonych celów (*źródło: Wikipedia*). W tym kontekście uznać należy, że Zamawiający zgodnie z tabelą I w lit c wymagał zaoferowania właśnie „jednego oprogramowania obsługującego sztywne panele oraz skaner CR” a nie jednego programu, jak twierdził w trakcie rozprawy.

Przeprowadzone postępowanie dowodowe w sprawie wykazało, że Odwołujący zaproponował jedno zintegrowane oprogramowanie Durr NDT D-Tec, X-Vision, które obsługuje zarówno sztywne panele oraz skaner CR. Potwierdzeniem spełniania wymagań Zamawiającego, opisanych w lit. c Tabeli nr I jest przede wszystkim oświadczenie samego producenta Analysed Images Ltd. z dnia 16.08.2016 r., załączone do odwołania, w treści którego wskazuje się, że „oprogramowanie do przetwarzania obrazu Analysed Images X-vision obsługuje cały system łącznie: HD-CR 35 NDT z elastyczną płytą obrazową CR i sztywny panel 4336 DR XRpad”. Okoliczność tę potwierdza również złożone w wyniku wezwania do wyjaśnień oświadczenie Odwołującego z dnia 26.07.2016 r., że zaoferowane oprogramowanie jest oprogramowaniem zintegrowanym obsługującym łącznie sztywny panel DDA i skaner CR. Brak dowodów przeciwnych, które mogłyby podważyć wiarygodność złożonych oświadczeń.

Z tych względów, w oparciu o zgromadzony materiał dowodowy w sprawie oraz mając na uwadze stanowiska stron, Izba orzekła jak w sentencji, stwierdzając, że nie zachodzi wskazywana przez Zamawiającego niezgodność treści oferty z treścią siwz a zatem istnieje konieczność zastosowania procedury przewidzianej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i wezwania Odwołującego do uzupełniania dokumentów i oświadczeń potwierdzających spełnianie wymagań przedmiotowych i podmiotowych, określonych w siwz.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: