

WYROK

z dnia 25 listopada 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: **Anna Osiecka**

Protokolant: **Aldona Karpińska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 listopada 2020 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 listopada 2020 r. przez wykonawcę **Suntar Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnowie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Polregio Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie**

przy udziale wykonawcy **GALAXY Systemy Informatyczne Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zielonej Górze**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

przy udziale wykonawcy **Xerox Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę Suntar Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnowie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Suntar Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnowie tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy Suntar Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnowie na rzecz zamawiającego Polregio Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:.....

Uzasadnienie

Polregio Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, dalej „Zamawiający”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Dzierżawa wielofunkcyjnych urządzeń drukujących wraz z usługą druku podążającego i obsługą serwisową*. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), dalej „ustawa Pzp”.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwotę określoną w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 26 maja 2020 r. pod nr 2020/S 101-244814.

W dniu 2 listopada 2020 r. wykonawca Suntar Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnowie, dalej „Odwołujący”, wniósł odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Xerox, którego oferta jest sprzeczna z treścią SIWZ. Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia wyboru oferty Xerox jako najkorzystniejszej; ponownego badania i oceny ofert, w tym odrzucenia oferty Xerox z uwagi na jej sprzeczność z treścią SIWZ.

Odwołujący wskazywał, że wykonawca Xerox zaoferował rozwiązanie YSoft - Safeq do realizacji zadań wydruku podążającego oraz XDM (Xerox Device Manager) do realizacji funkcjonalności diagnostycznych i serwisowych, które to rozwiązania nie spełnia wskazanego wymagania w zakresie wysokiej dostępności (pkt 3.1.1.4 OPZ). Zamawiający w treści SIWZ (OPZ) w pkt 3.1.2 dla realizacji zadań przewidzianych dla systemu wydruku dopuszcza możliwości zaoferowania więcej niż jednej aplikacji. W ocenie Odwołującego wskazane zapisy należy rozumieć w ten sposób, że w przypadku zaoferowania wielu systemów (aplikacji), każdy z nich powinien spełniać wymóg budowy w oparciu o rozwiązania wysokiej dostępności i powinien być pozbawiony pojedynczego punktu awarii. System XDM (Xerox Device Manager) nie spełnia przedmiotowego wymagania.

Rozwiązanie XDM (Xerox Device Manager) nie spełnia zdaniem Odwołującego również postawionego przez Zamawiającego wymagania z:

- pkt 3.1.1.2 OPZ, bowiem część zbierająca statystyki nie jest zainstalowana w postaci maszyny wirtualnej w Data Center Zamawiającego, a w chmurze poza Data Center.
- pkt 3.1.1.3 OPZ, bowiem wymaga komunikacji z chmurą producenta, która znajduje się po za siecią LAN/WAN Zamawiającego.
- pkt 3.1.2.6.11. Zamawiający w treści SIWZ (OPZ) w pkt. 3.1.2 dla realizacji zadań przewidzianych dla systemu wydruku dopuścił możliwości zaoferowania więcej niż jednej aplikacji. W ocenie Odwołującego wskazane zapisy należy rozumieć w ten sposób, że w przypadku zaoferowania wielu systemów (aplikacji), każdy z nich powinien spełniać wymóg dostępu poprzez API. System XDM (Xerox Device Manager) nie ma dostępności za pomocą API.
- pkt 3.1.2.5.4 OPZ, bowiem nie posiada funkcjonalności umożliwiającej eksportowanie raportów do formatu PDF. Zamawiający w treści SIWZ (OPZ) w pkt. 3.1.2 dla realizacji zadań przewidzianych dla systemu wydruku dopuszcza możliwości zaoferowania więcej niż jednej aplikacji. W ocenie Odwołującego wskazane zapisy należy rozumieć w ten sposób, że w przypadku zaoferowania wielu systemów (aplikacji), każdy z nich powinien posiadać możliwość eksportowania raportów do formatów CSV i PDF. System XDM (Xerox Device Manager) nie posiada wskazanej wyżej funkcjonalności.
- pkt 4.1.8 OPZ, gdyż wykonawca dla maszyn - Drukarka TYP D zaoferował urządzenie XEROX Versalink B605 Zaoferowane urządzenie nie spełnia wymagań technicznych w zakresie pkt 4.1.8 OPZ. Zaoferowana maszyna nie pozwala na umieszczenie logo Zamawiającego na ekranie dotykowym zablokowanego urządzenia. Przedmiotowa funkcjonalność nie jest dostępna dla maszyn XEROX z serii VERSALINK. Należy przy tym zaznaczyć, że w treści oferty wskazano na zaoferowanie standardowego urządzenia, wykonawca nie wskazał na jakiegokolwiek modyfikacje urządzenia, które dostosowywałyby je do wymagań Zamawiającego.
- pkt 3.1.2.1.8 OPZ. Wykonawca zaoferował rozwiązania: YSoft s.r.o. SafeQ v6 Print Managment; Umango 20; Xerox Device Manager 6.5.17 które nie spełniają wymagania z pkt 3.1.2.1.8 OPZ, bowiem nie umożliwiają ograniczenia maksymalnego rozmiaru skanowanego dokumentu na email zalogowanego użytkownika i zapisanie go w formie zaszyfrowanej w bezpiecznym folderze na serwerze Systemu i wysłanie do użytkownika inicjującego proces skanowania wiadomości pocztowej z zaszyfrowanym linkiem HTTPS do skanowanego dokumentu.
- Załącznika nr 1.1. do SIWZ, bowiem wykonawca zaoferował w Załączniku nr 1.1. do SIWZ następujące oprogramowanie: YSoft s.r.o. SafeQ v6 Print Managment; Umango 20; Xerox Device Manager 6.5.17. Zamawiający wymagał wskazania konkretnej wersji oprogramowania tak jak uczynił to wykonawca XEROX w odniesieniu do rozwiązania Xerox Device Manager wskazując na wersję oprogramowania 6.5.17. Oprogramowanie Umango 20 posiada 3 wersje: Essential, Standard i Pro. Brak wskazania konkretnej wersji powoduje, że oferta tego wykonawcy jest w tym zakresie niesprecyzowana. Analogicznie w odniesieniu do oprogramowania YSoft s.r.o. SafeQ v6 Print Managment nie wskazano na konkretną wersję tego oprogramowania. Brak wskazania konkretnej wersji powoduje, że oferta tego wykonawcy jest w tym zakresie niesprecyzowana. Wskazane powyżej nieprawidłowości nie mogą zostać uzupełnione ani poprawione przez Zamawiającego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Do postępowania odwoławczego skutecznie przystąpili: po stronie Odwołującego GALAXY Systemy Informatyczne Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zielonej Górze, wnosząc o uwzględnienie odwołania, a po stronie Zamawiającego wykonawca Xerox Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, dalej „Przystępujący”, wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Przystępujący wnosil o ograniczenie rozpoznania odwołania do zarzutów wywodzonych z treści Załącznika nr 1.1. do SIWZ i pozostawienie bez rozpoznania, względnie odrzucenie, pozostałych zarzutów. Przystępujący podnosił, że w wyroku z 30 września 2020 r., sygn. akt KIO 2159/20, Izba unieważniła wybór, nakazała udostępnić Odwołującemu Załącznik nr 1.1. do oferty oraz uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Przystępującego złożonej wraz z ofertą, lecz nie nakazała odrzucenia oferty Przystępującego.

Zamawiający pismem z dnia 23 listopada 2020 r. złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc również o ograniczenie rozpoznania odwołania do zarzutów wywodzonych z treści Załącznika nr 1.1 do SIWZ, twierdząc iż jest on bezzasadny, a także o odrzucenie albo pozostawienie bez rozpoznania pozostałych zarzutów.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na oddalenie.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania, w szczególności: z protokołu postępowania o udzielenie zamówienia, ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty Przystępującego, informacji Zamawiającego o wyborze oferty najkorzystniejszej. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, piśmie procesowym Przystępującego, a także oświadczenia i stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 23 listopada 2020 r., a także dokumentację z postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2159/20 oraz dowody przedłożone na rozprawie przez Odwołującego oraz Przystępującego. Co do przedłożonej opinii przez Przystępującego (zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa wykonawcy), Izba potraktowała ją jako stanowisko własne uczestnika postępowania odwoławczego wyrażone w dokumencie prywatnym.

Uwzględniając powyższe, Izba ustaliła, co następuje.

Przedmiotem postępowania jest dzierżawa wielofunkcyjnych urządzeń drukujących wraz z usługą druku podążającego i obsługą serwisową. Izba ustaliła, że zgodnie z §4 ust. 2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dalej „SIWZ”, szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, w tym warunki umowy w sprawie niniejszego zamówienia, zwanej dalej „Umową”, zawiera Załącznik nr 6 do SIWZ (wzór umowy).

Zgodnie z §1 ust. 1 umowy przedmiotem umowy jest:

1)dzierżawa, wdrożenie, instalacja, zaprogramowanie i uruchomienie Systemu Wydruku składającego się z 205 sztuk wielofunkcyjnych urządzeń drukujących, fabrycznie nowych, zgodnych z opisem z ust. 4 Załącznika nr 1,

wyprodukowanych nie wcześniej niż w okresie 12 miesięcy od dnia składania ofert, w tym dostarczenie ich do placówek Zamawiającego, zgodnie z Załącznikiem nr 2 do Umowy, na własny koszt i ryzyko, wniesienie i podłączenie w miejscu wskazanym przez Zamawiającego oraz podłączenie i uruchomienie w sposób umożliwiający prawidłową eksploatację (nazwy urządzeń i oprogramowania wraz z kartami tych produktów);

2) dostarczenie i instalacja we wszystkich urządzeniach, o których mowa powyżej, oprogramowania autoryzującego wraz z modulem raportowym do urządzeń oraz oprogramowania do zdalnej konfiguracji, diagnostyki i zarządzania flotą urządzeń, zgodnie z wymaganiami zawartymi w ust. 3 Załącznika nr 1 do Umowy;

3) zapewnienie przez Wykonawcę szkolenia dla wskazanych przez Zamawiającego administratorów oraz przygotowanie materiałów dla użytkowników (szkolenie e-learningowe albo prezentacja multimedialna) zgodnie z punktem 1.4 Załącznika 1 do Umowy;

4) zapewnienie pełnej obsługi serwisowej urządzeń i systemu oraz zapewnienie wsparcia Zamawiającego przez co najmniej 2 konsultantów w zakresie doradztwa oraz obsługi techniczno-serwisowej, zgodnie z punktem 4.3 Załącznika nr 1 do Umowy.

Zgodnie z pkt 1 opisu przedmiotu zamówienia, dalej „OPZ”: 1. Przedmiotem zamówienia jest dostarczenie przez Wykonawcę kompleksowego rozwiązania do obsługi środowiska wydruku wraz z pełnym wsparciem producenta.

1.1 Dostarczenie i Uruchomienie Systemu Wydruku

1.1.1 W ramach działań związanych z realizacją niniejszego Zamówienia, Wykonawca będzie zobowiązany świadczyć na rzecz Klienta usługi polegające na zaimplementowaniu, uruchomieniu i utrzymaniu rozwiązania, w ramach którego Zamawiający będzie miał możliwość:

a. korzystania z funkcjonalności wydruku podążającego, kopiowania i skanowania;

b. rozliczania kosztów wydruku i kopiowania;

c. generowania raportów statystycznych;

d. autoryzacji użytkowników na urządzeniach drukujących za pośrednictwem: karty zbliżeniowej (standard Unique 125 kHz (HID)) - w przypadku braku karty autoryzacja z wykorzystaniem loginu i hasła domenowego użytkownika;

e. diagnozowania i monitorowania pracy urządzeń drukujących, w tym materiałów eksploatacyjnych;

f. nielimitowanego skanowania prac bez limitu stron OCR;

1.1.2 Zamawiający wymaga zaoferowania rozwiązania, które będzie udostępniało wszystkie funkcjonalności przez niego wymagane. Opis minimalnych funkcjonalności wymaganych przez Zamawiającego w ramach świadczonej przez Wykonawcę usługi zawarty jest w pkt. 3.1.

Pkt 3.1.1 zawiera opis funkcjonalności Systemu Wydruku założenia podstawowe, pkt 3.1.2 - Szczegółowy opis wymagań funkcjonalnych Systemu Wydruku, a pkt 4.1 - Minimalne wymagania funkcjonalne dla urządzeń dostarczanych przez wykonawcę.

Stosownie do: pkt 3.1.1.4 System Wydruku musi być zbudowany w oparciu o rozwiązania wysokiej dostępności i pozbawiony pojedynczego punktu awarii (np. awaria jednego z serwerów nie uniemożliwia działania całego systemu); pkt 3.1.1.2 System Wydruku (część zbierająca statystyki) będzie zainstalowany w postaci maszyny wirtualnej umieszczonej w DataCenter Zamawiającego; pkt 3.1.1.3 System Wydruku będzie pracował w sieci LAN/WAN; pkt 3.1.2.6.11 System powinien posiadać dostęp poprzez API; pkt 3.1.2.5.4 Eksportowanie raportów do formatów CSV i PDF; pkt 3.1.2.1.8 Umożliwienie ograniczenia maksymalnego rozmiaru skanowanego dokumentu np. 10 MB na email zalogowanego użytkownika i zapisanie go w formie zaszyfrowanej w bezpiecznym folderze na serwerze Systemu i wysłanie do użytkownika inicjującego proces skanowania wiadomości pocztowej z zaszyfrowanym linkiem HTTPS do skanowanego dokumentu. Wiadomości powinna zawierać informację o czasie po jakim System automatycznie skasuje skanowany dokument z serwera. Pobranie dokumentu skanowanego może być dostępne tylko dla użytkownika realizującego proces skanowania na urządzeniu; pkt 4.1.8 Możliwość umieszczenia loga Zamawiającego na ekranie dotykowym zablokowanego urządzenia.

Zamawiający w treści w pkt 3.1.2 OPZ dla realizacji zadań przewidzianych dla systemu wydruku dopuścił możliwości zaoferowania więcej niż jednej aplikacji.

Izba ustaliła, że zgodnie z §11 ust. 1 SIWZ oferta powinna zostać złożona na formularzu ofertowym, sporządzonym zgodnie ze wzorem zawartym w Załączniku nr 1 do SIWZ oraz na formularzu zgodnie ze wzorem w Załączniku nr 1.1 do SIWZ - oferowane urządzenia i oprogramowanie, gdzie należało uzupełnić tabelę zawierającą siedem pozycji, tj.: Drukarka TYP A, Drukarka TYP B, Drukarka TYP C, Drukarka TYP D, Serwer do Zakładów, Serwer do Centrali oraz Oprogramowanie. Przy każdej pozycji należało podać producenta urządzenia/oprogramowania oraz model (za wyjątkiem oprogramowania), a przy oprogramowaniu należało wskazać dodatkowo jego wersję.

W postępowaniu ofertę złożył m.in. Przystępujący, który w Załączniku nr 1.1 do SIWZ podał: dla drukarki TYP D – XEROX Versalink B605, a dla wersji oprogramowania: SafeQ v6 Print Managent; Umango 20; Xerox Device Manage 6.5.17.

Zamawiający w dniu 21 sierpnia 2020 r. dokonał wyboru oferty Przystępującego. Odwołujący w dniu 31 sierpnia 2020 r. wniósł odwołanie, domagając się m.in. udostępnienia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa Przystępującego i ewentualnie odrzucenia oferty Przystępującego. Izba w wyroku z dnia 30 września 2020 r. sygn. akt KIO 2159/20 nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazała dokonanie powtórnego badania i oceny ofert i nakazała odstąpienie i udostępnienie oferty Przystępującego w zakresie informacji o oferowanych urządzeniach i oprogramowaniu, zawartych w Załączniku nr 1.1. oraz uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa złożonej z ofertą Przystępującego. Zamawiający wykonał nakazane czynności i ponownie uznał w dniu 23 października 2020 r., iż ofertę najkorzystniejszą złożył Przystępujący.

Izba zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy

Prawo zamówień publicznych. Izba oddaliła wnioszek Zamawiającego oraz Przystępującego o pozostawienie bez rozpoznania, względnie odrzucenie, zarzutów niezwiązanych z treścią Załącznika nr 1.1. do SIWZ. Zarówno Zamawiający, jak i Przystępujący, twierdzili, że pozostałe zarzuty zostały w zasadzie rozpoznane w postępowaniu odwoławczym o sygn. akt KIO 2159/20, a Izba nie nakazała odrzucenia oferty Przystępującego.

Izba z urzędu ustaliła, iż w dniu 31 sierpnia 2020 r. Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie zarzucając naruszenie: art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 96 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 58 § 1 k.c. poprzez zaniechanie udostępnienia Odwołującemu całej oferty Xerox, w szczególności części obejmującej oświadczenie woli wykonawcy złożone zgodnie ze wzorem wynikającym z załącznika nr 1.1. do SIWZ - tj. w zakresie oferowanych urządzeń i oprogramowania; art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa złożonej wraz z ofertą Xerox; ewentualnie w razie nieuwzględnienia zarzutów opisanych powyżej: art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu całej oferty Xerox, w szczególności części obejmującej oświadczenie woli wykonawcy złożone zgodnie ze wzorem wynikającym z załącznika nr 1.1. do SIWZ - tj. w zakresie oferowanych urządzeń i oprogramowania; ewentualnie w razie nieuwzględnienia zarzutów opisanych wyżej art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Xerox, którego oferta jest sprzeczna z treścią SIWZ.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia wyboru oferty Xerox jako najkorzystniejszej w postępowaniu; dokonania ponownego badania i oceny ofert, w tym: udostępnienia Odwołującemu całej oferty Xerox, w szczególności część obejmującą oświadczenie woli wykonawcy złożone zgodnie ze wzorem wynikającym z załącznika nr 1.1. do SIWZ - tj. w zakresie oferowanych urządzeń i oprogramowania; odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa złożonego wraz z ofertą Xerox; ewentualnie odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu całej oferty Xerox, w szczególności części obejmującą oświadczenie woli wykonawcy złożone zgodnie ze wzorem wynikającym z załącznika nr 1.1. do SIWZ - tj. w zakresie oferowanych urządzeń i oprogramowania; ewentualnie odrzucenia oferty Xerox z uwagi na jej sprzeczność z treścią SIWZ.

Izba uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazała dokonanie powtórnego badania i oceny ofert i nakazała odtajnienie i udostępnienie oferty Xerox Polska w zakresie informacji o oferowanych urządzeniach i oprogramowaniu, zawartych w Załączniku nr 1.1. oraz uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa złożonej z ofertą Xerox. W uzasadnieniu orzeczenia Izba wskazała, że z uwagi na uwzględnienie zarzutu odwołania dotyczącego zaniechania udostępnienia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa Izba pozostawiła bez rozpoznania zgłoszony jako ewentualny, na wypadek nie uwzględnienia zarzutu zaniechania odtajnienia załącznika 1.1., zarzut zaniechania odrzucenia oferty Xerox.

Analizując zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu o sygn. akt KIO 2159/20, jak również stanowisko Izby prezentowane w tymże wyroku, skład orzekający rozpoznający obecne odwołanie uznał, iż zarzuty winny podlegać rozpoznaniu w całości. Rzeczywiście, jak słusznie podnosił Przystępujący, KIO nie nakazało odrzucenia jego oferty w ww. wyroku. Niemniej, co być może umknęło Przystępującemu, Izba nie nakazała powyższej czynności, bowiem nie badała przesłanek odrzucenia oferty Xerox, pozostawiając zarzut bez rozpoznania. Przyjęcie do rozpoznania jedynie w części zarzutów podniesionych obecnie w odwołaniu w niniejszym stanie faktycznym mogłoby prowadzić do sytuacji, w której Odwołujący byłby pozbawiony w zasadzie możliwości kwestionowania oferty Przystępującego, gdyż wprawdzie jego zarzuty wobec oferty konkurencyjnej pozostawałyby bez rozpoznania, a następnie w wyniku ponownego postępowania odwoławczego okazałyby się spóźnione. Tym samym Izba była uprawniona rozpoznać odwołanie w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący posiada 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, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Izba uznała, że odwołanie podlega oddaleniu.

W ocenie Izby w niniejszym stanie faktycznym Odwołujący nie wykazał za pomocą przedstawionych przez siebie dowodów, że oferta Przystępującego winna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jako niezgodna z treścią SIWZ.

Podkreślenia wymaga, że postępowanie przed Izbą jest postępowaniem kontrydiktoryjnym, a z istoty tego postępowania wynika, że spór toczą strony postępowania i to one mają obowiązek przedstawiania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne. W myśl zaś art. 6 Kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Przepis ten wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Reguła ta, znajduje swoje odzwierciedlenie w treści art. 190 ust. 1 ustawy Pzp zdanie pierwsze, który implementuje zasady kodeksowe na grunt postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą, i stanowi, że strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne (por. m.in. wyrok KIO z dnia 31 stycznia 2017 r., sygn. akt KIO 141/17; wyrok KIO z dnia 9 lipca 2016 r., sygn. akt KIO1591/16).

Ponadto, jak wskazał Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku z dnia 19 marca 2008 r. (sygn. akt XIX Ga 92/08), w postępowaniu odwoławczym przed KIO to strony postępowania, a nie Izba winna poszukiwać i wykazać dowody na poparcie swoich twierdzeń. Zatem, obowiązkiem strony, na której spoczywa ciężar dowodu, jest wskazanie wszystkich okoliczności, od których zależy powodzenie wnoszonego odwołania. Podobne stanowisko przedstawił Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 8 kwietnia 2008 r. (sygn. akt V Ca 571/08), stwierdzając, że kontrydiktoryjny charakter postępowania odwoławczego przed KIO pozostawia inicjatywę dowodową stronom, nie nakładając na KIO obowiązku ustalenia prawdy materialnej.

W toku postępowania odwoławczego to Odwołujący jest „stroną ofensywną” i jako propagator zaskarżenia przedstawia argumenty, przemawiające za uznaniem czynności Zamawiającego jako niezgodnej z prawem i obowiązany

jest niezgodność tę udowodnić. Zgodnie z regułą płynącą z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp, to na Odwołującym spoczywa ciężar dowiedzenia, że stanowisko Zamawiającego jest nieprawidłowe. Ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania Krajowej Izby Odwoławczej dowodami o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku lub jego nieskuteczności, którymi jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania (vide: wyrok KIO z dnia 18 stycznia 2018 r., sygn. akt KIO 9/18). Powyższa argumentacja znajduje również zastosowanie wobec zarzutu niezgodności treści oferty Przystępującego z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odnosząc się do zarzutów związanych z zaoferowanym przez Przystępującego rozwiązaniem Xerox Device Manager, które, zdaniem Odwołującego, nie spełnia wymagań w zakresie wysokiej dostępności i jest pozbawiony pojedynczego punktu awarii (pkt 3.1.1.4 OPZ), dostępności poprzez API (pkt 3.1.2.6.11 OPZ) oraz eksportowania raportów do formatu PDF (pkt 3.1.2.5.4 OPZ) Izba nie podzieliła argumentacji Odwołującego, że pomimo treści pkt 3.1.2 OPZ (gdzie dla realizacji zadań przewidzianych dla systemu wydruku dopuszczono możliwość zaoferowania więcej niż jednej aplikacji) w przypadku zaoferowania wielu systemów (aplikacji), każdy z nich powinien spełniać ww. wymogi.

W ocenie Izby, Odwołujący błędnie interpretuje wymagania opisu przedmiotu zamówienia, podnosząc, że w przypadku, gdy na System Wydruku składają się więcej niż jedno oprogramowanie/aplikacja — każda z tych aplikacji (składników Systemu Wydruku) ma realizować kompletny zakres funkcjonalności wymaganych dla całego Systemu. Stanowisko Odwołującego nie znajduje potwierdzenia w treści wymagań Zamawiającego zawartych w postanowieniach opisu przedmiotu zamówienia. Przedmiotem zamówienia jest zaoferowanie kompleksowego rozwiązania określonego jako System Wydruku. W sytuacji, gdy wymagane jest realizowanie danej funkcjonalności przez System, nie oznacza to, iż każda z aplikacji w ramach oferowanego rozwiązania czy też każde oprogramowanie, które składa się na System ma realizować odrębnie każdą z takich funkcjonalności. Wiele postanowień SIWZ referuje do systemu jako całości, która ma spełniać funkcjonalności, chociażby §1 wzoru umowy, gdzie mowa o uruchomieniu systemu oprogramowania, czy też pkt 1.1.1 oraz pkt 1.1.2 OPZ, gdzie mowa o kompleksowych rozwiązaniach.

Zdaniem Odwołującego rozwiązanie Xerox Device Manager nie spełnia również postawionego przez Zamawiającego wymagania z pkt 3.1.1.2 oraz z pkt 3.1.1.3 OPZ, bowiem część zbierająca statystyki nie jest zainstalowana w postaci maszyny wirtualnej w Data Center Zamawiającego, a w chmurze poza Data Center oraz wymaga komunikacji z chmurą producenta, która znajduje się po za siecią LAN/WAN Zamawiającego. Izba wskazuje, że sformułowanie użyte przez Zamawiającego, że system będzie pracował w sieci LAN/WAN nie oznacza, że skoro teraz rozwiązanie komunikuje się z chmurą producenta to nie ma możliwości, aby pracowało w sieci LAN/WAN. Ponadto, nie sposób twierdzić, że część zbierająca statystyki nie jest zainstalowana w postaci maszyny wirtualnej Data Center Zamawiającego, skoro dopiero będzie zainstalowana po zawarciu umowy. Odwołujący zdaje się kreować wymagania, które nie mają odzwierciedlenia w postanowieniach SIWZ. Zresztą wszelkie wątpliwości postanowień SIWZ, czy niejasności, które mogą odnosić się do złożonych w postępowaniu ofert, winny być rozstrzygane przy zastosowaniu interpretacji korzystnych dla wykonawców. Zamawiający nie może na etapie badania i oceny ofert zaostriżyć wymagań, a wszelkie nieprecyzyjne postanowienia SIWZ nie mogą wywoływać negatywnych skutków wobec podmiotów uczestniczących w przetargu.

Zdaniem Odwołującego urządzenie XEROX Versalink B605 nie spełnia także wymagań technicznych w zakresie pkt 4.1.8 OPZ, ponieważ zaoferowana maszyna nie pozwala na umieszczenie loga Zamawiającego na ekranie dotykowym zablokowanego urządzenia. Odwołujący podnosił, że funkcjonalność ta nie jest dostępna dla maszyn XEROX z serii Versalink. Izba wskazuje, że Zamawiający posłużył się stwierdzeniem możliwości oraz nie określił sposobu realizacji tejże funkcjonalności, a dodatkowo potwierdził, że logo jest uruchomione na urządzeniach Xerox, którymi teraz dysponuje. Natomiast niektóre dowody przedstawione przez Odwołującego nie dotyczą wymogu Zamawiającego określonego w pkt 4.1.8 OPZ (przedmiotem korespondencji jest kwestia związana z tem a nie logiem).

Zdaniem Odwołującego zaoferowane przez Przystępującego rozwiązania: YSoft s.r.o. SafeQ v6 Print Managment; Umango 20; Xerox Device Manager 6.5.17 nie spełniają również wymagania z pkt 3.1.2.1.8 OPZ, bowiem nie umożliwiają ograniczenia maksymalnego rozmiaru skanowanego dokumentu na email zalogowanego użytkownika i zapisanie go w formie zaszyfrowanej w bezpiecznym folderze na serwerze Systemu i wysłanie do użytkownika inicjującego proces skanowania wiadomości pocztowej z zaszyfrowanym linkiem HTTPS do skanowanego dokumentu. W tym zakresie twierdzenia Odwołującego pozostały gołosłowne, niepoparte żadnymi dowodami.

Równocześnie Odwołujący twierdził, że Przystępujący nie wskazał w Załączniku nr 1.1. do SIWZ w zakresie oferowanego oprogramowania: YSoft s.r.o. SafeQ v6 Print Managment; Umango 20 konkretnej wersji, co powoduje, że jego oferta jest niesprecyzowana, a nieprawidłowości te nie mogą zostać uzupełnione ani poprawione przez Zamawiającego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Izba podziela stanowisko Przystępującego, że nie ma powszechnie obowiązujących, zestandaryzowanych zasad oznaczania programów komputerowych i ich wersji. Decyzje co do oznaczenia programu (który jest utworem w rozumieniu prawa autorskiego) podejmuje autor lub podmiot, który dysponuje stosownymi prawami. Zamawiający nie wskazał co rozumie pod pojęciem „wersji” i nie określił wymaganego stopnia szczegółowości opisu tej wersji. W konsekwencji należy uznać, iż wystarczającym jest wskazanie wersji w powszechnym tego słowa znaczeniu bez przypisywania znaczenia specyficznego. Zresztą oferta Przystępującego spełnia wymagania SIWZ i w każdym przypadku została podana wersja oprogramowania, gdzie podano program YSoft SafeQ w wersji 6 oraz program Umango w wersji 20, co również potwierdzają dowody przedłożone przez samego Odwołującego, przykładowo z treści dowodu nr 8 wynika wersja oprogramowania, gdzie na str. 5 wydruku stwierdzono wprost: *Umango w wersji 20 jest tutaj (...)*, a dowód nr 9 zawiera listę poprawek, uzupełnień i niewątpliwie nie potwierdza, że istnieje 51 wersji oprogramowania SafeQ.

Reasumując, Odwołujący nie udowodnił, iż rzeczywiście oferta Przystępującego nie spełnia wymogów specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Uwzględniając powyższe w ocenie Izby nie doszło do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz zasad Prawa zamówień publicznych opisanych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający prawidłowo dokonał oceny i wyboru oferty Przystępującego, czym potwierdził, że równo traktuje wykonawców w postępowaniu.

W zakresie naruszenia przez Zamawiającego zasady udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, należy wskazać, że jest to zarzut niezasadny już przez sam fakt, że przywołany przepis można naruszyć poprzez udzielenie zamówienia (zawarcie umowy), co w rozpatrywanej sprawie na dzień orzekania nie miało

miejsca.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: