

Sygn. akt:KIO 2741/24

KIO 2744/24

KIO 2745/24

## WYROK

Warszawa, dnia 26 sierpnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Anna Osiecka-Baran

Protokolantka:Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 sierpnia 2024 r., w Warszawie, odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 sierpnia 2024 r. przez:

- wykonawcę **P.S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Copy.Net.pl P.S. z siedzibą w Warszawie** (sygn. akt KIO 2741/24)
- wykonawcę **Konica Minolta Business Solutions Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** (sygn. akt KIO 2744/24)
- wykonawcę **Xerox Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** (sygn. akt KIO 2745/24)

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Polregio Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie** przy udziale uczestnika po stronie odwołującego - wykonawcy **Konica Minolta Business Solutions Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** w sprawie o sygn. akt KIO 2741/24, KIO 2745/24  
przy udziale uczestnika po stronie odwołującego - wykonawcy **Xerox Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** w sprawie o sygn. akt KIO 2741/24  
przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego - wykonawcy **Zakład Systemów Komputerowych ZSK Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie** w sprawie o sygn. akt KIO 2741/24, KIO 2744/24, KIO 2745/24

### orzeka:

- 1.Umarza postępowanie odwoławcze o sygn. akt KIO 2741/24.
- 2.Umarza postępowanie odwoławcze o sygn. akt KIO 2744/24.
- 3.Umarza postępowanie odwoławcze o sygn. akt KIO 2745/24 co do zarzutu wskazanego w pkt VI.5 lit. b, VI.6 lit. d tiret drugi, VII.12 lit. b, VII.14 lit. b, VII.17 lit. b, VII.23 lit. b, VII. 24 lit. b (dotyczy wykreślenia pkt 87-90), VIII. i VIII.10 lit. a odwołania wobec uwzględnienia przez Zamawiającego wyżej wskazanych zarzutów.
- 4.Umarza postępowanie odwoławcze o sygn. akt KIO 2745/24 co do zarzutu wskazanego w pkt VII.20 lit. b odwołania na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.
- 5.Oddala odwołanie o sygn. akt KIO 2745/24 w pozostałym zakresie.
- 6.W sprawie o sygn. akt KIO 2741/24 nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy **P.S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Copy.Net.pl P.S. z siedzibą w Warszawie** kwoty 13 500 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy), stanowiącej 90% uiszczonego wpisu.
- 7.W sprawie o sygn. akt KIO 2744/24 nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy **Konica Minolta Business Solutions Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** kwoty 13 500 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy), stanowiącej 90% uiszczonego wpisu.
- 8.Kosztami postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 2745/24 obciąża **Odwolującego** i:
  - 8.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwolującego** tytułem wpisu od odwołania,
  - 8.2.zasądza od **Odwolującego** na rzecz **Zamawiającego** kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych**.

Przewodnicząca:.....

Sygn. akt:KIO 2741/24

KIO 2744/24

KIO 2745/24

### Uzasadnienie

Polregio Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, dalej „Zamawiający”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. *Usługa druku podążającego wraz z najmem i kompleksową obsługą urządzeń*. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), dalej „ustawa Pzp”, z zastosowaniem przepisów wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwotę określoną w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 1 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 22 lipca 2024 r. pod numerem 438465-2024.

W dniu 1 sierpnia 2024 r. wykonawca P.S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Copy.Net.pl P.S. z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie (sygn. akt KIO 2741/24) wobec czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na sporządzeniu Specyfikacji Warunków Zamówienia wraz z załącznikami w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości oraz na określeniu warunków udziału w postępowaniu w sposób eliminujący wykonawców posiadających doświadczenie i zasoby adekwatne do przedmiotu zamówienia i wystarczające do jego należytego wykonania. Wykonawca wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu dokonania zmian w specyfikacji warunków zamówienia, zgodnie z żądaniami wynikającymi z uzasadnienia odwołania.

W dniu 1 sierpnia 2024 r. wykonawca Konica Minolta Business Solutions Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie (sygn. akt KIO 2744/24) zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 112 ust. 1 i ust. 2 w zw. z art. 116 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp przez określenie warunków udziału w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz uniemożliwiający prawidłową ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia na odpowiednim poziomie jakości, określonej jako minimalne poziomy zdolności, poprzez wymaganie posiadania wdrożonych systemów zarządzania, które w ogóle nie są potrzebne do oceny zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, skutkuje jedynie wyłączeniem konkurencyjności postępowania, a co za tym idzie naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców, poprzez wyłączenie możliwości dostępu do udziału w postępowaniu i uzyskania zamówienia wykonawcom posiadającym odpowiednie doświadczenie umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości. Wykonawca wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu dokonania zmian w specyfikacji warunków zamówienia, zgodnie z żądaniami wynikającymi z uzasadnienia odwołania.

W dniu 1 sierpnia 2024 r. wykonawca Xerox Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, dalej „Odwołujący”, wniósł odwołanie (sygn. akt KIO 2745/24), zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp przez niezachowanie zasady przejrzystości i proporcjonalności oraz zasady uczciwej konkurencji ze względu na ograniczenie możliwości złożenia oferty i wprowadzenie nieekwiwalentnych postanowień przyszłej umowy.

2. art. 112 ust. 1 i 2 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 116 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp przez sformułowaniu wymagań w sposób ograniczający uczciwą konkurencję i zasadę równego traktowania, jak również w sposób nieproporcjonalny i nadmierny.

3. art. 99 ust. 1, 2 i 4 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1), 2) i 3) ustawy Pzp przez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieprecyzyjny, nieuwzględniający wszystkich wymagań mających wpływ na przygotowanie oferty, uniemożliwiający przygotowanie i wycenę oferty, nieadekwatny, naruszający uczciwą konkurencję, preferujący konkretne rozwiązania i naruszający zasady współzycia społecznego.

4. art. 134 ust. 1 pkt 20) w zw. art. 431 ustawy Pzp i art. 436 pkt 2, 3, 4 ustawy Pzp oraz art. 353<sup>1</sup> w zw. z art. 5 oraz art. 487 § 2 Kodeksu cywilnego w związku z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp przez ustalenie wzoru umowy (załącznik nr 2 do SWZ) w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na realizację zamówienia i koszty wykonania zamówienia, a także w sposób nieadekwatny do przedmiotu zamówienia oraz naruszający zasady uczciwej konkurencji, nakaz współpracy przy realizacji zamówienia, równego traktowania wykonawców oraz zasadę proporcjonalności i ekwiwalentności świadczeń.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu dokonania zmian w specyfikacji

warunków zamówienia, zgodnie z żądaniami wynikającymi z uzasadnienia odwołania.

Do postępowania odwoławczego po stronie odwołujących przystąpili:

- wykonawca Konica Minolta Business Solutions Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie w sprawie o sygn. akt KIO 2741/24, KIO 2745/24,
- wykonawca Xerox Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie w sprawie o sygn. akt KIO 2741/24.

Do postępowań odwoławczych po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca Zakład Systemów Komputerowych ZSK Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie, dalej „Przystępujący”, w sprawie o sygn. akt KIO 2741/24, KIO 2744/24, KIO 2745/24.

Zamawiający złożył odpowiedzi na odwołania, uwzględniając odwołania w części, dokonując modyfikacji postanowień specyfikacji warunków zamówienia oraz wnosząc o oddalenie odwołań w pozostałym zakresie. Pismo procesowe przedłożył również Przystępujący.

Pismem z dnia 20 sierpnia 2024 r. wykonawca P.S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Copy.Net.pl P.S. z siedzibą w Warszawie oświadczył, iż cofa odwołanie.

Pismem z dnia 20 sierpnia 2024 r. wykonawca Konica Minolta Business Solutions Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oświadczył, iż cofa odwołanie.

**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 o sygn. akt KIO 2745/24 podlega oddaleniu w zakresie zarzutów nieumorzonych.**

Izba uwzględniła przy rozpoznaniu odwołań dokumentację postępowania, w szczególności postanowienia specyfikacji warunków zamówienia. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniach, odpowiedzi na odwołania, pismach procesowych Przystępującego, a także oświadczenia i stanowiska wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 21 sierpnia 2024 r.

Izba nie dopuściła i nie przeprowadziła wnioskowanych przez Zamawiającego dowodów, uznając, że zostały powołane jedynie dla zwłoki. Ponadto, część z nich została złożona w języku angielskim. Zgodnie z art. 506 ust. 1 ustawy Pzp postępowanie odwoławcze jest prowadzone w języku polskim. Jak stanowi art. 506 ust. 2 zd. 1 ustawy Pzp wszystkie dokumenty przedstawia się w języku polskim, a jeżeli zostały sporządzone w języku obcym, strona oraz uczestnik postępowania odwoławczego, który się na nie powołuje, przedstawia ich tłumaczenie na język polski.

Uwzględniając powyższe, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołań.

W drugiej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującym przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonych w odwołaniach czynności.

W trzeciej kolejności Izba postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze o sygn. akt KIO 2741/24 wobec wycofania przez wykonawcę P.S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Copy.Net.pl P.S. z siedzibą w Warszawie odwołania.

W czwartej kolejności Izba postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze o sygn. akt KIO 2744/24 wobec wycofania przez wykonawcę Konica Minolta Business Solutions Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie odwołania.

Ponadto, Izba stwierdziła, że postępowanie odwoławcze o sygn. akt KIO 2745/24 co do zarzutów opisanych w punkcie pkt VI.5 lit. b, VI.6 lit. d tiret drugi, VII.12 lit. b, VII.14 lit. b, VII.17 lit. b, VII.23 lit. b, VII. 24 lit. b (dotyczy wykreślen pkt 87-90), VIII.6, VIII.10 lit. a odwołania podlega umorzeniu wobec uwzględnienia przez Zamawiającego wyżej wskazanych zarzutów.

Następnie, Izba stwierdziła, że postępowanie odwoławcze o sygn. akt KIO 2745/24 co do zarzutu wskazanego w pkt VII.20 lit. b odwołania podlega umorzeniu z powodu stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne.

Odwołujący w pkt VII.20 lit. b odwołania wskazywał, że OPZ nie definiuje wymagania dotyczącego usługi wydruku – pkt 69 lit. d. Odwołujący wniósł o nakazanie zdefiniowania na czym konkretnie ma polegać zarządzanie prawami dostępu do danych na poziomie read/write/update/delete.

Zamawiający w zakresie ww. zarzutu wyjaśnił w odpowiedzi na odwołanie, że rozgraniczenie praw dostępu ma służyć tworzeniu profili (ról) użytkowników pozwalających na określenie odpowiedniego poziomu uprawnień do obsługi systemu centralnego wydruku.

Izba uznała, że postępowanie odwoławcze stało się zbędne, ponieważ czynność Zamawiającego, polegająca na wyjaśnieniu postanowienia z pkt 69 lit. d OPZ, skarżonego w odwołaniu, unieważniła czynność, będącą podstawą wniesienia odwołania. Wobec powyższego, w ocenie składu orzekającego, postępowanie odwoławcze stało się zbędne – przedmiot zaskarżenia przestał istnieć.

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu o sygn. akt KIO 2745/24, doszła do przekonania, iż w niniejszym postępowaniu nie doszło do naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym, na podstawie art. 554 ust. 1 ustawy Pzp, rozpoznawane odwołanie o sygn. akt KIO 2745/24 w pozostałym zakresie podlegało oddaleniu.

Na wstępie należy stwierdzić, że w przypadku odwołania na treść postanowień specyfikacji warunków zamówienia ramy postępowania odwoławczego określa nie tylko wskazanie konkretnych uchybień, ale też oczekiwań odwołującego. Podniesiony w odwołaniu zarzut, jak i konstrukcja żądania, muszą być opisane w sposób jasny i precyzyjny, musi z nich wynikać jednoznaczne sformułowanie oczekiwań odwołującego, a także uzasadnienie dlaczego w ocenie odwołującego postanowienia specyfikacji warunków zamówienia naruszają przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych oraz zawierać uzasadnienie dla proponowanych przez siebie zmian dotyczących nowej treści SWZ.

Skład orzekający podziela prezentowany w orzecznictwie Izby pogląd, że w przypadku zaskarżenia brzmienia postanowień specyfikacji warunków zamówienia, dalsza kreacja ich treści ponad żądanie wskazane w odwołaniu, winna doznawać ograniczeń. Co równie istotne, stawiane żądania w zakresie modyfikacji postanowień specyfikacji warunków zamówienia, powinny prowadzić do eliminacji niezgodności z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, a nie zaś do takiego ich ukształtowania, aby uczynić warunki realizacji zamówienia dogodnymi i możliwymi do spełnienia wykonawcom podnoszącym te żądania (vide wyrok KIO z dnia 10 grudnia 2021 r., sygn. akt KIO 2864/21, KIO 2872/21).

Mając na uwadze powyższe tezy, Izba uznała, że odwołanie zawiera w zasadzie trzy grupy zarzutów.

Pierwsza grupa to zarzuty z pkt VII.5-VII.8 odwołania, do których skład orzekający odniesie się zbiorczo.

Izba ustaliła, że Zamawiający wymagał, by urządzenie format A4 miało ekran dotykowy, kolorowy min 10 cali (OPZ Część I Opis Urządzeń oraz Serwerów pkt 6). Odwołujący wniósł o zmianę opisu przedmiotu zamówienia tak, by mógł być zaoferowany wyświetlacz o przekątnej minimum 7 cali, podnosząc, że przekątna 7 cali zapewnia wystarczającą czytelność i zwiększa konkurencyjność postępowania. Zamawiający wskazywał zaś, że panel o przekątnej 10 cali w urządzeniach wielofunkcyjnych, umożliwiających wydruk w formacie A4 na poziomie 60 stron lub więcej, wbrew twierdzeniom Odwołującego, jest standardem dla wielu producentów urządzeń wielofunkcyjnych. Dodatkowo, większy wyświetlacz ułatwia pracę na danym urządzeniu, szczególnie osobom mającym problemy ze wzrokiem.

Izba ustaliła, że pojemność dysku dla urządzeń Typu A została ustalona na 256 GB (OPZ Część I Opis Urządzeń oraz Serwerów pkt 4 Pojemność dysku twardego - wymagania dla urządzenia TYP A). Odwołujący wniósł o zmianę opisu przedmiotu zamówienia tak, by mogło być zaoferowane urządzeniu z dyskiem twardym o pamięci wewnętrznej min. 32GB eMMC, podnosząc, że proponowana pojemność jest wystarczająca do obsługi procesów przetwarzania dokumentów – drukowanych oraz skanowanych na urządzeniach podłączonych do systemu druku, jednocześnie obniża cenę produktu i zwiększa konkurencyjność. Zamawiający wskazywał zaś, że duże pojemności dysków są obecnie standardem na rynku urządzeń, a urządzenia o mniejszej pojemności od tej oczekiwanej przez Zamawiającego, są to urządzenia starszej generacji. Zamawiający podkreślał, że będzie używał urządzeń do skanowania dużej liczby dokumentów.

Izba ustaliła, że w zakresie urządzeń Typu B Zamawiający wymagał, aby posiadały jednorzębiony podajnik oryginałów na min. 200 kartek (80g/m<sup>2</sup>) (OPZ Część I Opis Urządzeń oraz Serwerów pkt 12 - Wymagania dla urządzenia TYP B Urządzenia kolorowe format A3). Odwołujący wniósł o zmianę opisu przedmiotu zamówienia tak, by mogło być zaoferowane urządzeniu posiadające jednorzębiony podajnik oryginałów na min. 130 kartek (80g/m<sup>2</sup>), podnosząc, że wprowadzenie takiego parametru podwyższy konkurencyjność oraz zoptymalizuje wartości oferty. Zamawiający wskazywał zaś, że standardem dla producentów urządzeń wielofunkcyjnych jest taca odbiorcza na 500

arkuszy lub 250 arkuszy. Ponadto, podkreślał bardzo dużą liczbę wydruków i skanów wykonywanych dziennie przez pracowników Zamawiającego – prawie 19 tys. stron druku dziennie oraz około 27 tys. stron dziennie wydruku, skanów i kopii łącznie.

Izba ustaliła, że w zakresie urządzeń Typu B Zamawiający wymagał prędkości skanowania na 250 obrazów na minutę (OPZ Część I Opis Urządzeń oraz Serwerów pkt 13 - Wymagania dla urządzenia TYP B Urządzenia kolorowe format A3). Odwołujący wnosił o zmianę opisu przedmiotu zamówienia tak, by mogło być zaoferowane urządzeniu o prędkości skanowania min. 160 obrazów na minutę, podnosząc, że postulowana prędkość zapewnia należyty komfort pracy i wydajność, a dodatkowo zwiększa konkurencyjność postępowania. Zamawiający wskazywał zaś, że taka prędkość skanowania jest uzasadniona jego rzeczywistymi potrzebami.

W ocenie Izby, w okolicznościach przedmiotowej sprawy, zasadnym jest przedstawienie uwag natury ogólnej, odnoszących się do wymogów formalnych odwołania, określonych przepisami ustawy Pzp. Izba wskazuje, że stosownie do treści art. 516 ust. 1 ustawy Pzp odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Tym samym należy podkreślić, że właśnie określone w ww. przepisie wymogi konstrukcyjne odwołania przesadzają, że treść zarzutu nie jest ograniczona wyłącznie do twierdzeń zawartych we wstępnej części odwołania (petitum), a dotyczy również okoliczności faktycznych zawartych w sformułowanej przez odwołującego argumentacji.

Odwołanie powinno wyrażać zastrzeżenia wobec dokonanych przez zamawiającego czynności lub zaniechań, co oznacza obowiązek zaprezentowania przez odwołującego nie tylko podstawy prawnej takich zastrzeżeń, ale przede wszystkim argumentacji odnoszącej się do postulowanej oceny. Oznacza to zatem konieczność odniesienia się do elementów stanu faktycznego, jak również podjętych czynności lub zaniechań zamawiającego w taki sposób, który pozwoli na uznanie, że podniesione zostały konkretne zarzuty wobec tych czynności lub zaniechań przypisanych zamawiającemu (tak Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 26 czerwca 2017 r. sygn. akt: KIO 1187/17). Podsumowując powyższe Izba stwierdza, że to na wykonawcy, będącym profesjonalistą, spoczywa ciężar przedstawienia w treści odwołania jasnych i szczegółowych zarzutów zbudowanych z dwóch warstw, tj. prawnej i faktycznej, które wyznaczają granice rozstrzygnięcia Izby, która może orzekać wyłącznie w zakresie zarzutów zawartych w odwołaniu.

W ocenie składu orzekającego, brak jakiejkolwiek argumentacji faktycznej w uzasadnieniu faktycznym odwołania stanowi brak wskazania podstawy faktycznej w uzasadnieniu odwołania, która na etapie prowadzenia postępowania odwoławczego nie daje się poddać ocenie. Izba ocenia czynność Zamawiającego w kontekście podniesionego zarzutu i przypisanej mu argumentacji faktycznej. To po stronie wykonawcy składającego odwołanie ciąży obowiązek wykazania uzasadnienia i argumentacji podnoszonych naruszeń. Izba nie jest uprawniona, aby poszukiwać za Odwołującego uzasadnienia zarzutów podniesionych w odwołaniu. Wykonawca składający odwołanie jest zobowiązany do skonkretyzowania swojego stanowiska przez podanie uzasadnienia faktycznego. Izba nie może domyślać się intencji czy zamierzeń Odwołującego, jak również Izba nie może podejmować za Odwołującego czynności zmierzających do uzasadnienia zarzutu odwołania. W ramach środków ochrony prawnej następuje ocena działania Zamawiającego (podejmowanych przez niego czynności w postępowaniu bądź bezprawnych zaniechań), pod względem zgodności z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zarówno orzecznictwo Izby, jak i sądów powszechnych, podkreśla potrzebę ścisłego odczytywania treści zarzutu, w tym przede wszystkim niedopuszczalność wykraczania poza jego treść. Zgodnie z wyrokiem Sądu Okręgowego w Gliwicach z dnia 29 czerwca 2009 r. sygn. akt X Ga 110/09 *Jeśli więc strona nie odwołuje się do konkretnych okoliczności faktycznych to skład orzekający nie może samodzielnie ich wprowadzić do postępowania tylko dlatego, że można je przyporządkować określonej, wskazanej w odwołaniu kwalifikacji prawnej*. Podobnie wskazał Sąd Okręgowy w Rzeszowie w wyroku z dnia 18 kwietnia 2012 r., sygn. akt I Ca 117/12 *Z analizy powyższych przepisów można wyciągnąć dwa zasadnicze wnioski dla niniejszej sprawy. Po pierwsze, zarówno granice rozpoznania sprawy przez KIO jak i Sąd są ściśle określone przez zarzuty odwołania, oparte na konkretnej i precyzyjnej podstawie faktycznej. Sąd w postępowaniu toczącym się na skutek wniesienia skargi jest związany podniesionymi w odwołaniu zarzutami i wyznaczonymi przez nie granicami zaskarżenia. Również w orzecznictwie Sądu Najwyższego wskazuje się, że powód nie jest obowiązany do wskazania w pozwie podstawy prawnej swego roszczenia. Tak też w wyrok Sądu Najwyższego z dnia 26 czerwca 1997 r., sygn. akt I CKN 130/97, gdzie stwierdzono, że Zgodnie z zasadą da mihi factum, dabo tibi ius - wynikającą w polskim prawie procesowym z nałożenia na powoda jedynie obowiązku przytoczenia okoliczności faktycznych uzasadniających żądanie - konstrukcja prawna podstawy rozstrzygnięcia należy do sądu. Niezmiennie Sąd Najwyższy podkreśla, że obligatoryjnym elementem pozwu jest przytoczenie okoliczności faktycznych uzasadniających żądanie pozwu (art. 187 §*

1 ust. 2 k.p.c.), okoliczności te stanowią podstawę faktyczną powództwa (*causa petendi*) - tak Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 2 maja 1957 r., sygn. akt II CR 305/57.

Przenosząc powyższe rozważania na stan niniejszej sprawy należy stwierdzić, że w odwołaniu brak jest jakiegokolwiek argumentacji faktycznej uzasadniającej podniesione zarzuty. Odwołujący stwierdza jedynie w zakresie zarzutów z pkt VII.5-VII.8 odwołania, że postulowane zmiany zwiększą konkurencję.

W ocenie składu orzekającego, brak jakiegokolwiek argumentacji faktycznej w uzasadnieniu faktycznym odwołania stanowi w zasadzie brak wskazania podstawy faktycznej w uzasadnieniu odwołania, która na etapie prowadzenia postępowania odwoławczego nie daje się poddać ocenie. Odwołujący nie wskazał żadnych argumentów, że aktualnie obowiązujące postanowienia dokumentacji postępowania ograniczają konkurencję.

Druga grupa zarzutów to zarzuty z pkt VII.10-11, VII.13, VII.15-16, VII.18-19, VII.21-22, VII.24 (dotyczy pkt 8 odwołania, do których skład orzekający również odniesie się zbiorczo.

Izba ustaliła, że zgodnie z pkt 14 (OPZ Część II Wymagania dotyczące usługi wydruku pkt 14) *System Wydruku musi umożliwić instalację rozproszoną z wieloma serwerami wydruków, których użytkownicy będą mogli wykonywać wydruk na którymkolwiek serwerze wydruku. W infrastrukturze wieloserverowej System Centralnego Wydruku musi udostępniać funkcję roamingu wydruku. Użytkownik po wypuszczeniu wydruku na kolejkę na jeden z serwerów systemu będzie mógł go odebrać na każdej drukarce niezależnie, do którego serwera wydruku będzie połączony. Wydruk musi być przekierowany przez system do docelowego serwera, a następnie do drukarki.* Odwołujący wskazywał, że wymaganie narusza zasadę konkurencyjności poprzez preferowanie konkretnego rozwiązania. Odwołujący wnosił o zmianę opisu przedmiotu zamówienia tak, by było możliwe zaoferowanie rozwiązania zapewniającego przekierowanie wydruku z serwera do urządzenia, na którym użytkownik autoryzuje swój wydruk. Zamawiający wyjaśnił, że nie dokonał modyfikacji przedmiotowego postanowienia OPZ, ze względu na charakter pracy dużej części użytkowników Zamawiającego, którzy często przemieszczają się po kraju, w ramach obowiązków służbowych (obszary eksploatacji, bezpieczeństwa, kontroli, handlowy etc.) i usługa wydruku musi być dla nich dostępna z wielu urządzeń końcowych w kraju, w tym mobilnych.

Izba ustaliła, że Zamawiający wymagał, by *Wydruki w poszczególnych lokalizacjach muszą być generowane/przetwarzane lokalnie (LAN), a do centralnego serwera zarządzania Systemu Centralnego Wydruku muszą być przysyłane wyłącznie dane statystyczne.* (OPZ Część II Wymagania dotyczące usługi wydruku pkt 15). Odwołujący podnosił, że wymaganie narusza zasadę konkurencyjności poprzez preferowanie konkretnego rozwiązania – jednak funkcjonalność ta może być zapewniona w różny sposób. Odwołujący wnosił o zmianę opisu przedmiotu zamówienia tak, by było możliwe zaoferowanie rozwiązania zapewniającego generowanie/przetwarzanie lokalne (LAN) wydruków tylko dla lokalizacji wyposażonych w serwery. Zamawiający wyjaśnił zaś, że nie dokonał modyfikacji przedmiotowego postanowienia OPZ, z uwagi na fakt, iż w ocenie Zamawiającego wymaganie stawiane przez niego w pkt 15 OPZ nie ograniczają konkurencji, bowiem wiele popularnych Systemów Centralnego Wydruku, m.in. SafeQ, Equitrack, Q-Vision, posiada funkcjonalność wymaganą przez Zamawiającego ww. postanowieniu OPZ.

Izba ustaliła, że zgodnie z pkt 26 (OPZ Część II Wymagania dotyczące usługi wydruku pkt 26) *Interfejs administratora w języku polskim.* Odwołujący wskazywał, że wymaganie narusza zasadę konkurencyjności poprzez preferowanie konkretnego rozwiązania – jednak funkcjonalność ta może być zapewniona w różny sposób. Odwołujący wnosił o zmianę opisu przedmiotu zamówienia tak, by było możliwe zaoferowanie interfejsu dla administratora w języku angielskim. Zamawiający wyjaśnił zaś, że nie dokonał zmiany przedmiotowego wymagania wskazanego w OPZ, bowiem administratorzy, jak również pracownicy Zamawiającego, nie mają wymogu w zakresie posiadania umiejętności posługiwania się językiem angielskim. Tłumaczenie z tego języka wydłuża procesy administracyjne i utrzymaniowe w IT.

Izba ustaliła, że zgodnie z pkt 28 (OPZ Część II Wymagania dotyczące usługi wydruku pkt 28) *System Wydruku musi mieć możliwość definiowania dedykowanych raportów z wykorzystaniem SQL Server Reporting Services* Odwołujący wskazywał, że wymaganie narusza zasadę konkurencyjności poprzez preferowanie konkretnego rozwiązania – jednak funkcjonalność ta może być zapewniona w różny sposób. Odwołujący wnosił o zmianę opisu przedmiotu zamówienia tak, by było możliwe zaoferowanie rozwiązania polegającego na zastosowaniu w Systemie Wydruku kreatora raportów, który umożliwia tworzenie raportów dostosowanych do potrzeb Zamawiającego. Zamawiający brak dokonania zmiany uzasadniał dbałością o standaryzację i utrzymania dużej liczby rozwiązań informatycznych kompatybilnych ze sobą, także w kwestiach licencyjnych.

Izba ustaliła, że zgodnie z pkt 42 (OPZ Część II Wymagania dotyczące usługi wydruku pkt 42) *System Wydruku musi być zarządzany poprzez przeglądarkę internetową (w ramach jednej aplikacji) wykorzystującą sposób autoryzacji*

przez SSO. Nie dopuszcza się umieszczanie okna aplikacji desktopowej w przeglądarce internetowej. Nie dopuszcza się instalacji kilku aplikacji. Odwołujący wskazywał, że wymaganie narusza zasadę konkurencyjności poprzez preferowanie konkretnego rozwiązania – jednak funkcjonalność ta może być zapewniona w różny sposób. Odwołujący wnosił o zmianę opisu przedmiotu zamówienia tak, by było możliwe zaoferowanie rozwiązania polegającego na zarządzaniu Systemem przez kilka aplikacji co umożliwi optymalne zrealizowanie potrzeb Zamawiającego przy niższych nakładach finansowych. Zarządzanie jedną aplikacją preferuje konkretnego producenta oprogramowania - jedynym oprogramowaniem spełniającym jednocześnie wszystkie wymagania opisane przez Zamawiającego jest program FocusPrint Galaxy Systemy Informatyczne sp. z o.o. Zamawiający wyjaśnił, że nie dopuszcza instalacji kilku aplikacji ze względu na dodatkowe nakłady finansowe wynikające z potrzeby wykorzystania dodatkowych licencji i zasobów IT Zamawiającego.

Izba ustaliła, że zgodnie z pkt 49 (OPZ Część II Wymagania dotyczące usługi wydruku pkt 49) *Możliwość dokończenia wydruku na innym urządzeniu w zakresie wydruku podążającego przypadku przerwania rozpoczętego zadania (np. brak papieru, zacięcie papieru, awaria urządzenia). Użytkownik po zalogowaniu się do innego urządzenia musi mieć możliwość dokończenia zadania od następnej strony która została już wydrukowana.* Odwołujący wskazywał, że funkcjonalność polegająca na dokończeniu wydruku na innym urządzeniu w zakresie wydruku podążającego w przypadku przerwania rozpoczętego zadania (np. brak papieru, zacięcie papieru, awaria urządzenia) jest zapewniona jedynie przez program FocusPrint oferowany przez Galaxy Systemy Informatyczne sp. z o.o. Odwołujący wnosił, by funkcjonalność dokończenia wydruku na innym urządzeniu była opcjonalna albo żeby została usunięta. Zamawiający wyjaśnił zaś, że kluczowe dla niego są kwestie bezpieczeństwa w tym kwestie bezpieczeństwa wydruku. Ponadto, z urządzeń w poszczególnych lokalizacjach będzie korzystać wiele osób, które niejednokrotnie będą drukowały dokumenty zawierające dane poufne. Oczekując natomiast, że System Centralnego Wydruku umożliwi dokończenie prac na innym urządzeniu, Zamawiający kierował się ekonomią użytkownika systemu.

Izba ustaliła, że zgodnie z pkt 50 (OPZ Część II Wymagania dotyczące usługi wydruku pkt 50) *Możliwość modyfikacji ustawień prac wydruków po ich wysłaniu na urządzenie, na panelu urządzenia w zakresie: mono/kolor, simplex/duplex, krawędź długa/krótka, zakres stron, ilość kopii, jakość wydruku.* Odwołujący wskazywał, że wymaganie narusza zasadę konkurencyjności poprzez preferowanie konkretnego rozwiązania – jednak funkcjonalność ta może być zapewniona w różny sposób. Odwołujący wnosił o zmianę opisu przedmiotu zamówienia tak, by było możliwe zaoferowanie rozwiązania polegającego na tym, że zmiana i kontrola będzie realizowana przez sterownik drukarki podczas wysyłania wydruku do Systemu Druku. Zamawiający wyjaśnił zaś, że ze względu na realizację wydruków na korytarzu poza stanowiskiem pracy istotne dla Zamawiającego jest, aby pracownik w celu zmiany parametrów wydruków mógł je wykonać jeszcze przy urządzeniu, a nie przemieszczać się pomiędzy urządzeniem a stanowiskiem w celu zmiany parametrów wydruku.

Izba ustaliła, że zgodnie z pkt 75 (OPZ Część II Wymagania dotyczące usługi wydruku pkt 75) *System Wydruku musi umożliwiać nakładanie na przetwarzane dokumenty znaków wodnych: a. z wykorzystaniem edytora znaków wodnych umożliwiających dodanie znaków wodnych i tekstowych i graficznych z możliwością określenia pozycji na dokumencie rozmiaru kąta pochylenia koloru oraz stopień przezroczystości, b. z wykorzystaniem zdefiniowanych w systemie szablonu znaków wodnych, c. w oparciu o reguły zdefiniowane w systemie.* Odwołujący wnosił o usunięcie tego wymagania. Zdaniem Odwołującego powyższe wymaganie narusza zasadę konkurencyjności poprzez preferowanie konkretnego rozwiązania – jednak funkcjonalność ta może być zapewniona w różny sposób. Zamawiający wyjaśnił zaś, że obieg dokumentów odbywa się w formie papierowej, wobec czego istnieje uzasadniona potrzeba nakładania na dokumenty znaków wodnych celem ich zabezpieczenia.

Izba ustaliła, że zgodnie z pkt 77 (OPZ Część II Wymagania dotyczące usługi wydruku pkt 77) *System Wydruku musi umożliwić stworzenie wielopoziomowego odzwierciedlenia rozmieszczenia urządzeń w strukturze architektonicznej. Musi umożliwić tworzenie wizualizacji struktur architektonicznych (implementację planów budynków) i przyporządkowanie zarejestrowanych urządzeń do poszczególnych pomieszczeń określonej lokalizacji Zamawiającego. Na wizualizacji struktury architektonicznej wyświetlone musi być status drukarki: urządzenie offline, urządzenie sprawne, błąd urządzenia, monit z Urządzenia (np. w przypadku braku papieru). Poprzez wizualizację struktury architektonicznej system powinien umożliwić szybki podgląd takich danych jak: adres IP, typ urządzenia, numer seryjny i numer inwentarzowy.* Odwołujący wskazywał, że wymaganie narusza zasadę konkurencyjności poprzez preferowanie konkretnego rozwiązania – jednak funkcjonalność ta może być zapewniona w różny sposób. Odwołujący wnosił o zmianę opisu przedmiotu zamówienia tak, by było możliwe zaoferowanie rozwiązania polegającego na tym, by wymóg dotyczący wielopoziomowego odzwierciedlenia rozmieszczenia urządzeń był realizowany w ramach Usługi C Wydruku i nie był elementem Systemu Wydruku (aplikacji). Zamawiający podnosił, że wniosek Odwołującego o zmianę przedmiotowego postanowienia nie

został poparty żadnymi argumentami, poza gołosłownym zarzutem w zakresie naruszenia zasady konkurencyjności.

Izba ustaliła, że zgodnie z pkt 86 (OPZ Część II Wymagania dotyczące usługi wydruku pkt 86) *System musi posiadać moduł wspomagający zarządzanie gospodarką materiałów eksploatacyjnych – toner, papier (zamawianie materiałów eksploatacyjnych, rejestracje wymian materiałów eksploatacyjnych)*. Odwołujący wskazywał, że zbieranie danych opisanych w pkt 86 samo w sobie nie jest związane przedmiotem zamówienia. Dane takie nie są potrzebne do świadczenia i rozliczania usługi. Odwołujący wnosił o nakazanie usunięcia pkt 86. Zamawiający wyjaśnił, że urządzenia będą zamontowane w ponad 70 lokalizacjach Zamawiającego, z czego większość nie jest obsadzona przez osoby z biura IT, z tego względu jak również mając na uwadze wymóg postawiony w pkt 79 załącznika nr 1 do OPZ, że Zamawiający ma wymieniać materiały eksploatacyjne, uzasadnione jest, aby monitorować dostarczone materiały ze względu na problemy logistyczne jakie pojawiały się w trakcie trwania dotychczasowej umowy.

W analizowanym stanie faktyczny, Odwołujący zarzucił Zamawiającemu dokonanie nieprawidłowego opisu przedmiotu zamówienia, wskazując, że zestawienie poszczególnych rozwiązań wymaganych przez Zamawiającego narusza zasadę konkurencyjności poprzez preferowanie konkretnego rozwiązania. W treści odwołania wykonawca nie zawarł jednak żadnej argumentacji, żadnych analiz ani nie powołał się na żadne dowody potwierdzające zasadność swoich twierdzeń. Treść poszczególnych zarzutów Odwołującego sprowadzała się do przywołania numeracji punktów z opisu przedmiotu zamówienia oraz wskazania żądanej zmiany. Odwołujący nie pokusił się nawet, aby opisać poszczególne parametry kwestionowane w SWZ, wskazać ich treść.

Odwołujący w żaden sposób nawet nie uprawdopodobnił twierdzenia, że zestawienie funkcjonalności Zamawiającego powoduje, iż możliwe jest zaoferowanie tylko jednego rozwiązania. Przy czym tylko w zakresie dwóch zarzutów dotyczących pkt 42 i 49 OPZ Część II Wymagania dotyczące usługi wydruku (zarzut z pkt VII.16 oraz VII.18 odwołania) Odwołujący wskazał, że takie rozwiązania może spełnić jedynie produkt Galaxy Systemy Informatyczne sp. z o.o. W pozostałym zakresie Odwołujący poprzestał na ogólnych twierdzeniach, że wymaganie narusza zasadę konkurencyjności poprzez preferowanie konkretnego rozwiązania i dopiero na rozprawie wskazywał, że jest to rozwiązanie Galaxy Systemy Informatyczne sp. z o.o.

W zasadzie cała argumentacja Odwołującego odnosząca się do preferowania konkretnego rozwiązania ograniczała się do lakonicznego, jednozdaniowego stwierdzenia. Zdaniem składu orzekającego powyższa teza nie została przez Odwołującego wykazana. Argumentacja zawarta w odwołaniu nie została w żaden sposób rozwinięta, Odwołujący nie podjął nawet próby szerszego wyjaśnienia co konkretnie powoduje, że zakwestionowane postanowienia OPZ wykluczają zastosowanie innego urządzenia, który konkretnie ich element na to wskazuje i dlaczego. Jednocześnie Odwołujący nie przedstawił jakiegokolwiek analizy rozwiązań funkcjonujących na rynku, nie odniósł kwestionowanych wymagań do parametrów stosowanych przez wiodących producentów i istniejących w danym aspekcie praktyk.

Podkreślić należy, iż jakkolwiek dowodzenie faktów negatywnych może nieść za sobą pewne trudności, to jednak jest możliwe. W tym kontekście warto przytoczyć rozważania Sądu Apelacyjnego w Gdańsku przedstawione w uzasadnieniu wyroku z dnia 5 lutego 2016 r., sygn. akt I ACa 857/15, które choć dotyczyły instytucji funkcjonujących na gruncie postępowania cywilnego, to mogą znaleźć odpowiednie odniesienie do postępowania odwoławczego przed Izbą z uwagi na zbliżone uregulowanie kwestii rozkładu ciężaru dowodu. W uzasadnieniu tym Sąd wskazał, iż *z przepisu art. 6 k.c. wynika ogólna reguła, iż ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. W procesie cywilnym strony mają obowiązek twierdzenia i dowodzenia wszystkich okoliczności (faktów), które mogą być przedmiotem dowodu. Podkreślenia wymaga również, iż tak zwane fakty negatywne mogą być dowodzone za pomocą dowodów przeciwnych, których istnienie wyłącza twierdzoną okoliczność negatywną. W związku z tym w doktrynie przyjmuje się następujące reguły odnoszące się do rozkładu ciężaru dowodu: a) faktów, z których wywodzone jest dochodzone roszczenie (tworzących prawo podmiotowe) powinien w zasadzie dowieść powód; dowodzi on również fakty uzasadniające jego odpowiedź na zarzuty pozwanego; pozwany dowodzi fakty uzasadniające jego zarzuty przeciwko roszczeniu powoda; b) faktów tamujących oraz niweczących powinien dowieść przeciwnik tej strony, która występuje z roszczeniem, czyli z zasady – pozwany. Treść artykułu 6 k.c. określa zatem reguły dowodzenia, tj. przedmiot dowodu oraz osobę, na której spoczywa ciężar udowodnienia faktów mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia, przy czym Sąd nie ma obowiązku dążenia do wszechstronnego zbadania wszystkich okoliczności sprawy oraz nie jest zobowiązany do zarządzania dochodzenia w celu uzupełnienia lub wyjaśnienia twierdzeń stron i wykrycia środków dowodowych pozwalających na ich udowodnienie. Obowiązek przedstawienia dowodów spoczywa zatem na stronach, a ciężar udowodnienia faktów mających dla rozstrzygnięcia sprawy istotne znaczenie spoczywa na tej stronie, która z tych faktów wywodzi skutki prawne. W świetle powyższego, nie ulega wątpliwości Sądowi Apelacyjnemu, iż to obowiązkiem powoda jest przytoczenie okoliczności faktycznych, z których wywodzi roszczenie i wskazanie na dowody, których przeprowadzenie potwierdzi zasadność jego twierdzeń o faktach, nawet w sytuacji, gdy podnoszona okoliczność stanowi tzw. fakt*

negatywny. Co do zasady wszystkie okoliczności faktyczne doniosłe dla rozstrzygnięcia sprawy i składające się na podstawę faktyczną rozstrzygnięcia muszą mieć bowiem oparcie w dowodach przeprowadzonych w toku postępowania.

Poprzedzenie na lakonicznym, ogólnym stwierdzeniu, że dane postanowienie OPZ wskazuje na rozwiązanie jednego podmiotu, bez przedstawienia jakiegokolwiek szerszej analizy problemu, trudno uznać za przekonujące i przesądzające o zasadności zarzutu. Takie okoliczności, zdaniem Izby, Odwołujący mógł wykazać, chociażby poprzez przedłożenie na rozprawie lub wraz z odwołaniem zestawienia parametrów technicznych dostępnych na rynku. Wykonawcy wielokrotnie właśnie poprzez zestawienie cech technicznych produktów dostępnych na rynku uprawdopodobniają zarzut dotyczący możliwości zaoferowania rozwiązań jednego producenta.

Trzecia grupa zarzutów to zarzuty z pkt VI.6 lit. d tiret pierwszy, VII.9, VIII.3-5, VIII.7-9, VIII.10 lit. b-d odwołania, d których skład orzekający także odniesie się zbiorczo.

Izba ustaliła, że zgodnie z §6 pkt 2 ppkt 3) SWZ Wykonawca wykaże, że dysponuje (lub będzie dysponować po uzyskaniu zamówienia) następującymi osobami – które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia – spełniających następujące wymagania:

a) jedna osoba posiadająca wiedzę i doświadczenie w realizacji przynajmniej jednego projektu teleinformatycznego w zakresie systemu druku o wartości co najmniej 2 000 000 zł brutto, posiadającą ważne certyfikaty:

- ☐ Certyfikat ITIL Foundation w zakresie znajomości metodyki zarządzania projektami lub równoważny,
- ☐ Certyfikat MCSE Server Infrastructure, certyfikat poziomu co najmniej inżynierskiego potwierdzający znajomość oferowanego serwerowego systemu operacyjnego lub równoważny.

Odwołujący wskazywał, że wymóg, by dwie osoby miały doświadczenie w realizacji zamówienia o wartości 2 mln zł i jednocześnie posiadały Certyfikat ITIL Foundation i Certyfikat MCSE Server Infrastructure certyfikat poziomu co najmniej inżynierskiego jest wymogiem nieproporcjonalnym do skali zamówienia. Odwołujący wnosił o nakazanie zmiany SWZ w taki sposób, by warunek był uznany za spełniony jeżeli wykonawca wykaże, że dysponować będzie jedną osobą posiadającą wiedzę i doświadczenie w realizacji przynajmniej jednego projektu teleinformatycznego w zakresie systemu druku o wartości co najmniej 2 000 000 zł brutto i posiadającą ważny certyfikat Certyfikat ITIL Foundation w zakresie znajomości metodyki zarządzania projektami lub równoważny.

Izba ustaliła, że zgodnie z OPZ Część II Wymagania dotyczące usługi wydruku pkt 9 Dostarczona licencja na System Centralnego Wydruku musi być na nielimitowaną ilość urządzeń, serwerów, baz danych, użytkowników, kolejek wydruku i lokalnych serwerów wydruków. Odwołujący wskazywał, że Zamawiający w OPZ ściśle określa ilość urządzeń jaka ma być dostarczona przez wykonawcę w ramach przedmiotowego zamówienia oraz nie przywodzi zamówień dodatkowych w czasie trwania umowy o zamówienie publiczne. W konsekwencji żądanie licencji na nielimitowaną ilość urządzeń z jednej strony podwyższy koszt realizacji z drugiej jest nieadekwatny do przedmiotu zamówienia. Odwołujący wnosił o nakazanie sprecyzowania wymagania lub jego wykreślenie.

Izba ustaliła, że zgodnie z §3 ust. 6 wzoru umowy Podstawą do wystawienia faktury będą raporty wystawione i dołączone do faktury przez Wykonawcę oraz zaakceptowane przez Zamawiającego, z wykazem ilości wykonanych kopii i wydruków zrealizowanych na poszczególnych Urzędzeniach w układzie Zakład, lokalizacja, nr urzędnika w danym okresie rozliczeniowym. Raport musi być generowany w oparciu o dane z Systemu Wydruku. W przypadku gdyby z jakichkolwiek przyczyn nie było możliwe przeprowadzenie zdalnego odczytu, Zamawiający jest zobowiązany przekazać do Wykonawcy stan liczników Urzędzeń w ciągu trzech dni roboczych od zgłoszenia (pocztą elektroniczną lub telefonicznie) na wniosek Wykonawcy. Odwołujący wskazywał, że §3 ust. 6 wzoru umowy nie określa terminu w jakim ma nastąpić akceptacja raportów, w efekcie wystawienie faktury może być niemożliwe. Odwołujący wnosi o zmianę tego postanowienia w następujący sposób: Podstawą do wystawienia faktury będą raporty wystawione i dołączone do faktury przez Wykonawcę oraz zaakceptowane przez Zamawiającego w terminie do dwóch dni roboczych od dnia otrzymania, z wykazem ilości wykonanych kopii i wydruków zrealizowanych na poszczególnych Urzędzeniach w układzie Zakład, lokalizacja, nr urzędnika w danym okresie rozliczeniowym. Raport musi być generowany w oparciu o dane z Systemu Wydruku. W przypadku, gdyby z jakichkolwiek przyczyn nie było możliwe przeprowadzenie zdalnego odczytu, Zamawiający jest zobowiązany przekazać do Wykonawcy stan liczników Urzędzeń w ciągu trzech dni roboczych od zgłoszenia (pocztą elektroniczną lub telefonicznie) na wniosek Wykonawcy.

Izba ustaliła, że zgodnie z §3 ust. 12 wzoru umowy Za datę uregulowania płatności przyjmuje się datę obciążenia rachunku bankowego Zamawiającego. W przypadku gdy termin płatności danej faktury przypadał będzie na sobotę lub dzień ustawowo wolny od pracy, płatność za fakturę nastąpi w najbliższym dniu roboczym następującym po dniu

wymagalności tej faktury. Odwołujący wskazywał, że żaden wykonawca nie ma możliwości kontrolowania daty obciążenia rachunku bankowego Zamawiającego. Zgodnie z proponowanym postanowieniem należy uznać dokonanie zapłaty nawet jeśli w dniu „obciążenia rachunku” nie było na nim wystarczających środków pieniężnych. Odwołujący wnosił o zmianę tego postanowienia w następujący sposób: *Za datę uregulowania płatności przyjmuje się datę uznania rachunku bankowego Dostawcy. W przypadku gdy termin płatności danej faktury przypadał będzie na sobotę lub dzień ustawowo wolny od pracy, płatność za fakturę nastąpi w najbliższym dniu roboczym następującym po dniu wymagalności tej faktury.*

Izba ustaliła, że zgodnie z §3 ust. 16 wzoru umowy *Zamawiający ma prawo potrącić wymagalną wierzytelność należną Zamawiającemu od Wykonawcy z wynagrodzenia przysługującego Wykonawcy na podstawie Umowy lub z zabezpieczenia należytego wykonania Umowy.* Odwołujący wskazywał, że Zamawiający wprowadził mechanizm potrącenia w praktyce każdej wierzytelności. Uprawnienie takie daje Zamawiającemu uprzywilejowaną pozycję. Odwołujący wnosił o zmianę tego postanowienia w następujący sposób: *Zamawiający ma prawo potrącić bezsporną wymagalną wierzytelność należną Zamawiającemu od Wykonawcy z wynagrodzenia przysługującego Wykonawcy na podstawie Umowy lub z zabezpieczenia należytego wykonania Umowy.*

Izba ustaliła, że zgodnie z §6 ust. 2 wzoru umowy *Kara umowna zostanie zapłacona przez Wykonawcę w terminie 14 dni od dnia otrzymania wezwania do zapłaty. W przypadku niedotrzymania tego terminu przez Wykonawcę, Zamawiający zastrzega sobie prawo potrącenia kwoty kary od każdej płatności należnej lub przyszłej, jaka się będzie należeć Wykonawcy w tym również z kwoty zabezpieczenia należytego wykonania Umowy. Zapłata kary przez Wykonawcę lub odliczenie przez Zamawiającego kwoty kary z płatności należnej Wykonawcy nie zwalnia Wykonawcy z obowiązku wykonywania przedmiotu Umowy oraz nie wyklucza możliwości skorzystania przez Zamawiającego z innych środków ochrony prawnej.* Odwołujący wskazywał, że § 6 ust. 2 wzoru umowy upoważnia Zamawiającego do potrącania kary umownej z każdej płatności należnej lub przyszłej. Uprawnienie takie daje Zamawiającemu uprzywilejowaną pozycję. Odwołujący wnosił o zmianę tego postanowienia w następujący sposób: *Kara umowna zostanie zapłacona przez Wykonawcę w terminie 14 dni od dnia otrzymania wezwania do zapłaty. W przypadku niedotrzymania tego terminu przez Wykonawcę, Zamawiający zastrzega sobie prawo potrącenia bezspornej kwoty kary od każdej płatności należnej lub przyszłej, jaka się będzie należeć Wykonawcy w tym również z kwoty zabezpieczenia należytego wykonania Umowy. Zapłata kary przez Wykonawcę lub odliczenie przez Zamawiającego kwoty kary z płatności należnej Wykonawcy nie zwalnia Wykonawcy z obowiązku wykonywania przedmiotu Umowy oraz nie wyklucza możliwości skorzystania przez Zamawiającego z innych środków ochrony prawnej.*

Izba ustaliła, że zgodnie z §6 ust. 3 wzoru umowy *Zastrzeżenie kary umownej nie wyłącza uprawnień Zamawiającego do dochodzenia odszkodowania w wysokości przewyższającej karę umowną na ogólnych zasadach Kodeksu cywilnego.* Odwołujący wskazywał, że § 6 ust. 3 wzoru umowy skutkuje tym, że nie można należycie oszacować ryzyk realizacji zamówienia. Także w tym przypadku Zamawiający ma uprzywilejowaną pozycję tym bardziej, że analogiczne uprawnienie nie jest zastrzeżone na rzecz wykonawcy. Odwołujący wnosił o zmianę tego postanowienia w następujący sposób: *Zastrzeżenie kary umownej nie wyłącza uprawnień Zamawiającego do dochodzenia odszkodowania w wysokości przewyższającej karę umowną na ogólnych zasadach Kodeksu cywilnego z zastrzeżeniem, że całkowita odpowiedzialność Wykonawcy jest ograniczona do kwoty stanowiącej sześciokrotność miesięcznego wynagrodzenia, o którym mowa w § 3 pkt 4 ust.3.*

Odwołujący podnosił, że wzór umowy nie zawiera warunków licencyjnych producenta dla zapewnionego oprogramowania (EULA) – warunki takie winny być określone choćby ze względu na to, że wpływają na cenę. Odwołujący wnosi o wprowadzenie do wzoru umowy stosownych postanowień.

Izba ustaliła, że zgodnie z §3 ust. 9 Załącznika nr 5 do Umowy (Umowa powierzenia przetwarzania DO) *Podmiot przetwarzający zobowiązany jest dostarczyć Administratorowi, przynajmniej raz w roku, w terminie do 31 grudnia raport zawierający ocenę stopnia bezpieczeństwa przetwarzania DO, w tym skuteczności stosowanych środków technicznych i organizacyjnych, zabezpieczenia środowiska informatycznego, w którym przetwarzane są powierzone DO oraz rekomendacje w tym zakresie. Wzór raportu stanowi załącznik nr 2 do umowy.* Odwołujący wnosił o usunięcie tego postanowienia ze względu na brak ustawowego wymagania takiego rodzaju raportu okresowego oraz uprawnienia kontrolne Administratora DO (zgodnie z par. 4).

Izba ustaliła, że zgodnie z §7 ust. 3 Załącznika nr 5 do Umowy (Umowa powierzenia przetwarzania DO) *W przypadku niedotrzymania przez Podmiot przetwarzający terminów, o których mowa w § 3 ust. 7-9, § 4 ust. 2 i 4 oraz § 6 ust. 1 niniejszej umowy, Administratorowi przysługuje od Podmiotu przetwarzającego kara umowna w wysokości 100 zł (słownie złotych: sto złotych), za każdy dzień opóźnienia, niezależnie od uprawnienia określonego w § 10 ust. 1 pkt c)*

poniżej. Odwołujący wnosił o usunięcie tego postanowienia jako wtórnego w stosunku do szeroko określonej odpowiedzialności podmiotu przetwarzającego i nieograniczonej w tym względzie odpowiedzialności ustawowej.

Izba ustaliła, że zgodnie z §7 ust. 4 Załącznika nr 5 do Umowy (Umowa powierzenia przetwarzania DO) *Zastrzeżenie kary umownej nie wyłącza uprawnień Administratora do dochodzenia od Podmiotu przetwarzającego odszkodowania przenoszącego wysokość zastrzeżonej kary umownej na zasadach Kodeksu Cywilnego.* Odwołujący wnosił o dodanie na końcu zdania zastrzeżenia: (...), *z zastrzeżeniem, że całkowita odpowiedzialność Podmiotu przetwarzającego, z wyjątkiem przypadków przewidzianych bezwzględnie obowiązującymi przepisami, nie przekroczy równowartości 200.000 zł (słownie: dwustu tysięcy złotych).*

Po pierwsze, Odwołujący nawet nie przytoczył treści kwestionowanych postanowień. Po drugie, Odwołujący nie wykazał, aby zaskarżone postanowienia naruszały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych. Odwołujący w żaden sposób swoich twierdzeń nie uargumentował. Zarzuty Odwołującego nie podlegały uwzględnieniu, gdyż ich zasadność nie została przez Odwołującego w żaden sposób wykazana. Uzasadniając ww. zarzuty Odwołujący ograniczył się do przedstawienia kilku ogólnych twierdzeń (i to nie za każdym razem), z których nic konkretnego dla niniejszej sprawy nie wynika. Izba podkreśla, że w uzasadnieniu odwołania, w zasadzie, poza odniesieniem do jednozdaniowych ogólników, brak jest jakiegokolwiek stanowiska Odwołującego poddającego się ocenie w zakresie zarzutu.

To odwołujący dobiera spektrum okoliczności faktycznych, z których wywodzi zasadności naruszenia przepisów ustawy. Nie może być tak, że zasadność zarzutów Odwołujący upatruje wyłącznie w oparciu o jednozadaniowe stwierdzenia, że postanowienia SWZ są nieproporcjonalne do skali zamówienia czy też dają Zamawiającemu uprzywilejowaną pozycję. Wykonawca jako profesjonalista działający w obszarze w którym ubiega się o zamówienie, w oparciu o swoją profesjonalną wiedzę i doświadczenie zobowiązany jest podjąć inicjatywę dowodową w celu wykazania zasadności swoich twierdzeń. Artykuł 534 ust. 1 ustawy Pzp nakłada na strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne. Postępowanie przed Izbą stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne, a z istoty tego postępowania wynika, że spór toczą strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne. Dlatego też, Izba w powyższym zakresie nie dopatrzyła się naruszenia przepisów ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

**Przewodnicząca:.....**