

WYROK

z dnia 23 stycznia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Wojciechowska
Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 19 stycznia 2018 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 stycznia 2018 r. przez wykonawcę Konica Minolta Business Solutions Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Izbę Administracji Skarbowej w Warszawie

przy udziale wykonawcy PrintNonStop Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Lublinie, zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie o sygn. akt KIO 49/18 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru

najkorzystniejszej oferty, wykluczenie z postępowania - na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579, 2018 - dalej „ustawa pzp”) wykonawcy PrintNonStop Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Lublinie, ponieważ wykonawca ten przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, odrzucenie - na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp - oferty wykonawcy PrintNonStop Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Lublinie jako nieodpowiadającej treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

2. Pozostałe zarzuty odwołania uznaje za niezasadne;
3. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Izbę Administracji Skarbowej

w Warszawie i

3.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł. 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej przez wykonawcę

Konica Minolta Business Solutions Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie
tytułem wpisu od odwołania

3.2. Zasądza od zamawiającego Izby Administracji Skarbowej w Warszawie na rzecz wykonawcy Konica Minolta Business Solutions Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony 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 2017 r., poz. 1579, 2018) 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:

Sygn. akt KIO 49/18

Uzasadnienie

Zamawiający - Izba Administracji Skarbowej w Warszawie - prowadzi w trybie

przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Dzierżawa urządzeń wielofunkcyjnych”, nr sprawy: PN/37/2017. Postępowanie zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 27 października 2017 r. za numerem 2017/S 207-427414. Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem były dostawy, była wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579, zwanej dalej „ustawą pzp”).

W dniu 8 stycznia 2018 r. odwołanie wniósł wykonawca Konica Minolta Business Solutions Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie - dalej Odwołujący. Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 29 grudnia 2017 r. udzielonego przez prokurenta samoistnego ujawnionego w KRS. Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w dniu 8 stycznia 2018 r. za pośrednictwem faksu oraz drogą elektroniczną (via e-mail).

Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego

polegających na:

- 1) wyborze oferty złożonej przez Przystępującego jako najkorzystniejszej z ofert złożonych w postępowaniu;
- 2) zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez Przystępującego, jako oferty, której treść nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej jako: „SIWZ”);
- 3) zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez Przystępującego, jako oferty, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;
- 4) zaniechaniu wykluczenia Przystępującego z postępowania z uwagi na przedstawienie przez Wykonawcę informacji, które wprowadziły Zamawiającego w błąd, a które miały wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu;

Powyższej wskazanym czynnością i zaniechaniom Zamawiającego zarzucił naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, podczas gdy zaofertowane przez Wykonawcę oprogramowanie systemu druku nie istnieje,

a zatem oferta Wykonawcy jest sprzeczna z SIWZ, ponadto Wykonawca nie będzie w stanie

3

samodzielnie wdrożyć systemu oraz zapewnić odpowiedniej opieki serwisowej, co także jest sprzeczne z postanowieniami SIWZ;

- 2) art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, podczas gdy zaofertowane przez Wykonawcę oprogramowanie OCR nie spełnia wymogów Zamawiającego, przez co oferta jest sprzeczna z SIWZ; ponadto Wykonawca nie będzie

w stanie zapewnić odpowiedniej opieki serwisowej, co także jest sprzeczne z postanowieniami SIWZ;

3) art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, podczas gdy w ofercie Przystępującego nie uwzględniono ceny oprogramowania zarządzającego „Systemem Druku Podążającego” oraz kosztów jego instalacji (wdrożenia), co jest sprzeczne z pkt XII ust. 5 SIWZ;

4) art. 89 ust. 1 pkt 5) ustawy pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 17) ustawy pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Przystępującego, podczas gdy Wykonawca ten przedstawił Zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd, mogące mieć wpływ na decyzje Zamawiającego, polegające na zaoferowaniu nieistniejącego oprogramowania, a także na podaniu nieprawdziwej informacji o samodzielnej realizacji zamówienia w całości;

5) art. 89 ust. 1 pkt 3) ustawy pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. nr 153, poz. 1503, ze zm.) (dalej: „UZNK”) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego w sytuacji, gdy wyżej wskazane okoliczności stanowią czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów UZNK;

6) art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania ze względu na naruszenie wyżej wymienionych przepisów ustawy pzp.

Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- merytorycznego rozpatrzenia sprawy oraz uwzględnienia odwołania w całości;

- unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

- dokonanie ponownego badania i oceny ofert;

- odrzucenia oferty Przystępującego i/lub wykluczenie Przystępującego z postępowania;

- dokonania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Ponadto wniósł o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Odwołujący podkreślił, że odwołanie zostało złożone w terminie, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp, ponieważ informacja o czynności stanowiącej podstawę wniesienia odwołania tj. informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty została mu przekazana w dniu 28 grudnia 2017 r.

Odwołujący wskazał, że posiada interes do wniesienia odwołania oraz może ponieść szkodę na skutek zarzucanych działań i zaniechań Zamawiającego. Mianowicie, Odwołujący złożył w postępowaniu ofertę, która została zakwalifikowana przez Zamawiającego na drugim miejscu w rankingu ofert. Oferta, która została przez Zamawiającego oceniona jako oferta najkorzystniejsza powinna zostać odrzucona, a Wykonawca, który ją złożył powinien zostać wykluczony z postępowania. Uwzględnienie odwołania spowoduje, że oferta Odwołującego znajdzie się na pierwszym miejscu w rankingu ofert, co powinno skutkować wyborem oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej. Oddalenie odwołania uniemożliwi Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia, a zatem doprowadzi do utraty przez Odwołującego korzyści, jakie ten osiągnąłby, uzyskując zamówienia.

Odwołujący przedstawił stan faktyczny wskazując, że przedmiotem postępowania jest dostawa urządzeń wielofunkcyjnych. Zgodnie z pkt III SIWZ przedmiotem zamówienia jest dostawa urządzeń wielofunkcyjnych w ilości 127 szt., wraz z oprogramowaniem zarządzającym „Systemem Druku Podążającego” oraz kompleksowy serwis oferowanych w ramach dzierżawy zasobów sprzętowych i oprogramowania. Oferty w niniejszym Postępowaniu złożyło dwóch wykonawców — Przystępujący oraz Odwołujący. Oferta Przystępującego uzyskała wyższą liczbę punktów, a więc Wykonawca ten został wezwany do złożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 1 ustawy pzp. Na skutek wezwania z dnia 8 grudnia 2017 r. Wykonawca przedstawił „Zestawienie Parametrów oferowanego sprzętu i oprogramowania zarządzającego Systemem Druku Podążającego” według wzoru załączonego przez Zamawiającego. W złożonym dokumencie Wykonawca nie podał informacji dotyczących oferowanego oprogramowania: nazwy, wersji, typu licencji ani producenta oprogramowania. W wersji 4 tabeli dotyczącej oprogramowania Wykonawcy podał, iż oferuje system OCR „SMART SCAN/SMART OCR”. W piśmie z dnia 21 grudnia 2017 r. Zamawiający

zwrócił się do Wykonawcy o podanie informacji dotyczących oferowanego oprogramowania (nazwy, wersji, typu licencji i producenta oprogramowania). Do pisma z dnia 22 grudnia 2017 r. Wykonawca załączył nowe zestawienie zawierające informacje dotyczące oprogramowania — wynika z niego, iż oferowane przez Przystępującego nieistniejące oprogramowanie zarządzające to oprogramowanie Q-VISION wersja 2.3, której producentem jest Qube Technologies Sp. z o. o, (dalej: „Qube”).

W zakresie zarzutu 1 odwołania Odwołujący zaznaczył, że z wiedzy Odwołującego wynika, iż oprogramowanie Q-VISION nie istnieje w wersji 2.3., a zatem Wykonawca zaoferował oprogramowanie nieistniejące. System Q-Vision składa się z modułów odpowiadających za różne funkcjonalności i licencjonowany jest na pożądaną liczbę urządzeń wielofunkcyjnych. Zaoferowanie przez Przystępującego nieistniejącego oprogramowania w konsekwencji oznacza, iż niemożliwe jest udzielenie przez wykonawcę licencji na to oprogramowanie. Zgodnie z pkt 5 Opisu Przedmiotu Zamówienia (dalej: „OPZ”) wykonawca w ramach dostawy dzierżawionych urządzeń zapewni zainstalowanie oprogramowania zarządzającego „Systemem Druku Podążającego”, w tym celu Wykonawca musi zapewnić licencje na określonych przez Zamawiającego warunkach. Zgodnie z treścią § 4 ust. 2 wzoru umowy stanowiącej załącznik nr 3 do SIWZ Zamawiający przewidział termin 15 dni na dostawę i przekazanie do użytkownika Zamawiającemu dzierżawionych urządzeń wraz z „Systemem Druku Podążającego”. Tak krótki termin na dostarczenie urządzeń oraz wdrożenie oprogramowania druku podążającego wyraźnie wskazuje na to, iż celem Zamawiającego było zamówienie oprogramowania istniejącego w chwili składania ofert, tak zwanego oprogramowania „z półki”, które nie jest tworzone specjalnie dla Zamawiającego, lecz jest sprzedawane w określonej formie wielu podmiotom. Wymaganie podania nazwy, wersji i producenta oprogramowania wynika także wprost z wezwania Zamawiającego z dnia 21 grudnia 2017 r. do którego Wykonawca zastosował się wskazując konkretne oprogramowanie, wersję, typ licencji oraz nazwę producenta. Z ostrożności Odwołujący wskazał, iż nawet w przypadku uznania, że oferowane Zamawiającemu oprogramowanie nie musi istnieć w chwili składania ofert, to należy podkreślić, że z informacji uzyskanych od producenta oprogramowania — firmy Qube wynika, iż firma ta nie pracuje nad oprogramowaniem Q-VISION w wersji 2.3, ponadto okres od dnia uzyskania tej informacji do terminu dostarczenia oprogramowania wynikającego z umowy byłby zbyt krótki na stworzenie oprogramowania druku podążającego przez jakiegokolwiek podmiot. Brak istnienia oferowanego oprogramowania oznacza, iż Przystępujący nie jest w stanie dostarczyć oferowanego oprogramowania, ani udzielić na nie licencji. Powyższe oznacza, że oferta Przystępującego jest sprzeczna z SIWZ i jako taka powinna zostać odrzucona przez Zamawiającego, ponieważ de facto nie obejmuje wymaganego przez SIWZ świadczenia. Ponadto, w przypadku oprogramowania które nie istnieje, nie jest możliwe wskazanie ani zweryfikowanie jego parametrów. Tymczasem, w zestawieniu Wykonawca potwierdza, iż oferowane przez niego oprogramowanie spełnia szczegółowe wymagania Zamawiającego. Fakt, że Wykonawca zaoferował oprogramowanie nieistniejące i które nie powstanie (producent nie ma takich zamiarów), spowoduje w przypadku podpisania umowy z Wykonawcą niewykonanie zobowiązania w zakresie zainstalowania oferowanego oprogramowania. Może mieć także miejsce świadczenie niemożliwe o którym mowa w art. 387 § 1 Kodeksu cywilnego. Zgodnie

z tym przepisem umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna. Zgodnie z § 2 tego przepisu strona, która w chwili zawarcia umowy wiedziała o niemożliwości świadczenia, a drugiej strony z błędu nie wyprowadziła, obowiązana jest do naprawienia szkody, którą strona poniosła przez to, że zawarła umowę nie wiedząc o niemożliwości świadczenia. Tego rodzaju działania Wykonawcy powinny w ocenie Odwołującego zostać zakwalifikowane jako wprowadzenie Zamawiającego w błąd, co zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17) ustawy pzp stanowi podstawę wykluczenia wykonawcy z postępowania. Wykonawca bowiem składa niezgodne z prawdą oświadczenie o zaoferowaniu danego produktu, podczas gdy jego dostarczenie Zamawiającemu nie jest możliwe. Takie postępowanie Wykonawcy może również stanowić czyn nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący zauważył, że jak wynika z pkt 5 OPZ, zadaniem wykonawcy jest zainstalowanie oprogramowania. Z wiedzy Odwołującego wynika, iż producent wskazanego przez Wykonawcę oprogramowania — firma Qube zawsze samodzielnie przeprowadza wdrożenie oprogramowania. Powodem samodzielnej realizacji wdrożeń jest, po pierwsze chęć ochrony unikalnego know-how tego podmiotu (Qube posiada majątkowe prawa autorskie do oprogramowania Q-Vision). Po drugie, podmiot ten, chcąc zachować wysoką jakość systemu, wdraża swoje oprogramowania samodzielnie — przez specjalistów zatrudnionych bądź współpracujących z Qube, nie korzystając z jakiegokolwiek sieci partnerskiej czy usług podwykonawców. Tymczasem, z oświadczenia Przystępującego wynika, iż zamierza on zrealizować zamówienie samodzielnie. Zainstalowanie jakiegokolwiek oprogramowania, którego producentem jest Qube przez inny podmiot niż Qube, jest niemożliwe z wyżej wskazanych powodów. Praktyka Qube jest w tym zakresie konsekwentna. W związku z powyższym, oświadczenie Wykonawcy o samodzielnej realizacji zamówienia w całości jest nieprawdziwe, co stanowi wprowadzenie Zamawiającego w błąd. Odwołujący wskazał także,

iż z informacji uzyskanych od producenta oprogramowania zaoferowanego przez Przystępującego wynika, iż Qube nie otrzymało od Wykonawcy żadnego zapytania ofertowego i nie przedstawiło Przystępującemu żadnej oferty, ani na zakup licencji na oprogramowanie, ani na jego wdrożenie (ani na serwis). Tymczasem, koszt wdrożenia oprogramowania różni się w zależności od urządzeń z którymi system ma być integrowany. Oznacza to, że wycena wdrożenia jest uzależniona od rodzaju urządzeń dostarczanych przez Wykonawcę. Odwołujący zwrócił również uwagę na obowiązek zapewnienia opieki serwisowej oprogramowania. Zgodnie z pkt 4.1. OPZ, Zamawiający wymaga objęcia całego systemu dostarczonego przez Wykonawcę obsługą serwisową (urządzeń oraz oprogramowania). Dla prawidłowego świadczenia opieki serwisowej niezbędne jest wsparcie producenta oprogramowania. Świadczenie wsparcia przez inny niż producent podmiot, może w pewnych sytuacjach nie być wystarczające dla zapewnienia prawidłowego działania oprogramowania

7

(albo w ogóle do jego działania). Standardem na rynku usług wydruku jest świadczenie usług wsparcia przez producenta, gdyż jedynie producent ma dostęp do interfejsu programistycznego, który umożliwia naprawę oprogramowania.

Z ostrożności, Odwołujący wskazał w uzasadnieniu zarzutu 3 odwołania, iż w przypadku nieuwzględnienia przez Wykonawcę ceny oprogramowania bądź ceny wdrożenia oprogramowania, oferta Wykonawcy jest sprzeczna z SIWZ, ponieważ zgodnie z pkt XII ust. 5 SIWZ, w obliczonej cenie ofertowej przedmiotu zamówienia Wykonawca był obowiązany uwzględnić koszty wszystkich warunków dzierżawy wynikających z OPZ, w tym m.in. koszty zainstalowania oprogramowania.

Odnosnie zarzutu 2 odwołania Odwołujący zauważył, że z „Zestawienia Parametrów oferowanego sprzętu i oprogramowania zarządzającego Systemem Druku Podążającego” złożonego przez Wykonawcę wynika, iż oferowany Zamawiającemu system OCR to SMART SCAN/SMART OCR (Optical Character Recognition — oprogramowanie służące do rozpoznawania tekstu w zeskanowanym dokumencie). System Smart Scan jest autorskim rozwiązaniem Konica Minolta, wobec czego Odwołujący posiada dokładną wiedzę na temat jego właściwości oraz sposobu dystrybucji. W pierwszej kolejności wskazał, iż obecnie istnieją dwa sprzedawane, wspierane i rozwijane przez producenta rodzaje oprogramowania Smart Scan: Smart Scan 2 ECM oraz Smart Scan 2 Light. Oprogramowanie Smart Scan 2 ECM jest przeznaczone do kanału sprzedaży bezpośredniej — na terenie Polski licencja udzielana jest wyłącznie przez Konica Minolta Business Solutions Polska Sp. z o. o. klientom końcowym. Natomiast oprogramowanie Smart Scan 2 Light jest przeznaczone do kanału sprzedaży pośredniej — jest ono sprzedawane przez autoryzowanych partnerów Konica Minolta (do których firma Przystępującego nie należy). Zgodnie z wymaganiem Zamawiającego zawartym w pkt 5 wers 4 OPZ oprogramowanie do skanowania z funkcją OCR ma umożliwiać zeskanowanie 25.000 stron miesięcznie we wszystkich lokalizacjach łącznie. Oprogramowanie Smart Scan 2 ECM jest oferowane w wersjach spełniających powyższe wymaganie. Jednakże, na terenie Polski oprogramowanie to jest sprzedawane wyłącznie przez Konica Minolta (w tym za pośrednictwem jej delegatur rozmieszczonych w głównych miastach Polski). Oprogramowanie to nie jest sprzedawane przez inne podmioty, w tym przez autoryzowanych partnerów. Oprogramowanie Scan Smart 2 ECM jest udzielane wyłącznie przez Konica Minolta na rzecz klienta końcowego. W związku z powyższym, niemożliwe jest udzielenie licencji na oprogramowanie Smart Scan 2 ECM przez inny podmiot niż Konica Minolta, a więc oferowane przez Przystępującego oprogramowanie nie może być oprogramowaniem Smart Scan 2 ECM, gdyż nie posiada on uprawnień do udzielenia licencji na to oprogramowanie. Okoliczność, iż oprogramowanie Smart Scan 2 ECM nie jest sprzedawane za pośrednictwem innych niż Konica Minolta podmiotów wynika ze strategii sprzedażowej Konica Minolta, zgodnie z którą oprogramowanie OCR (Smart Scan 2 ECM) w pełnej funkcjonalności jest sprzedawane bezpośrednio, a oprogramowanie OCR w ograniczonej funkcjonalności (Smart Scan 2 Light) jest sprzedawane wyłącznie za pośrednictwem autoryzowanych partnerów. Oprogramowanie Smart Scan 2 Light jest oprogramowaniem sprzedawanym przez autoryzowanych partnerów Konica Minolta. Przystępujący nie jest na liście autoryzowanych partnerów, a zatem nie może oferować również tego oprogramowania. Niezależnie od tego, należy podkreślić, iż licencja na oprogramowanie Smart Scan 2 Light nie umożliwia skanowania wymaganej przez Zamawiającego liczby stron. Licencja na oprogramowanie Smart Scan 2 Light, w zależności od wersji, pozwala na skanowanie jedynie do 500 lub 1000 stron miesięcznie. Udzielenie licencji na oprogramowanie Smart Scan 2 Light z większym limitem stron przez autoryzowanych partnerów stron jest możliwe jedynie w szczególnych sytuacjach, w przypadku bardzo dużych zamówień, za zgodą i wiedzą Konica Minolta i stanowi bardzo rzadki wyjątek. W związku z powyższym, oferta Wykonawcy w przypadku zaoferowania oprogramowania Smart Scan 2 Light) jest sprzeczna z SIWZ. W treści zestawienia Wykonawca wskazuje, iż oferowane przez niego oprogramowanie to „SMART SCAN/SCAN OCR”. Gdyby Wykonawca oferował oprogramowanie Smart Scan 2 ECM lub Smart Scan 2

Light, powinno to zostać wskazane w treści zastawienia. Być może zamiarem Wykonawcy było zaoferowane oprogramowania o nazwie „Smart Scan”, które było sprzedawane do października 2016 r. Oprogramowanie pod taką nazwą nie jest obecnie sprzedawane, wdrażane ani wspierane przez Konica Minolta w związku z czym nie ma możliwości udzielenia licencji na to oprogramowanie. Niezależnie od tego, należy wskazać iż oprogramowanie Smart Scan nie spełnia wymagań Zamawiającego, ponieważ podobnie jak Smart Scan 2 Light umożliwia ono skan jedynie do 500 lub 1000 stron miesięcznie, co oznacza że oferta Przystępującego jest sprzeczna z SIWZ, gdyż oferowane rozwiązanie nie spełnia wymagań Zamawiającego. Odnośnie usług serwisu oprogramowania Odwołujący wskazał, iż dla prawidłowego działania oprogramowania OCR niezbędne jest wsparcie producenta. W przypadku zaoferowania przez Przystępującego oprogramowania w starej, niesprzedawanej obecnie wersji, to wsparcie nie będzie mogło zostać zapewnione. Oprogramowanie to nie jest obecnie rozwijane ani wspierane przez producenta, firmę Konica Minolta.

Odnosząc się do zarzutu 4 i 5 odwołania Odwołujący zaznaczył, że opisane wyżej okoliczności implikują konieczność wykluczenia Przystępującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17) ustawy pzp. Dla zaistnienia przesłanki wykluczenia wystarczające jest samo przedstawienie (w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa) informacji wprowadzających zamawiającego w błąd, które to informacje mogą mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego. W orzecznictwie Izby wskazuje się, że po stronie zamawiającego nie musi powstać mylne wyobrażenie o faktach, na skutek przedstawionych przez wykonawcę informacji, wystarczającym jest, iż takie wyobrażenie mogło powstać. Istotna jest sama treść informacji i to, jaki skutek mogły one wywołać w świadomości zamawiającego, niezależnie od okoliczności czy wprowadzenie w błąd rzeczywiście nastąpiło (wyrok KIO z dnia 2 listopada 2017 r., sygn. akt: KIO 2007/17; KIO 2014/17). Odwołujący zaznaczył również, że należała staranność profesjonalisty, do której zachowania obowiązany jest na podstawie art. 355 § 2 Kodeksu cywilnego wykonawca, nakłada na tego wykonawcę obowiązek zapewnienia, aby deklarowany przez niego w dokumentach, oświadczeniach itd. stan odpowiadał rzeczywistości (wyrok KIO z dnia 25 września 2017 r., sygn. akt: KIO 1901/17). Informacje przedstawione przez Przystępującego są w ocenie Odwołującego informacjami wprowadzającymi Zamawiającego w błąd, które miały istotny wpływ na decyzje Zamawiającego podjęte w postępowaniu. Mimo że Wykonawca zaoferował produkt, który nie jest i nie będzie oferowany na rynku, to Zamawiający wybrał jego ofertę jako najkorzystniejszą z ofert złożonych w postępowaniu. Zaoferowanie nieistniejącego produktu, który nie może zostać wyprodukowany do dnia rozpoczęcia wykonywania zamówienia jest także wyraźnym przejawem czynu nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 3 ust. 1 UZNK. Stosownie do przywołanego przepisu czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. W przepisie art. 3 ust. 2 UZNK ustawodawca zawarł katalog przykładowych czynów nieuczciwej konkurencji, wskazując w nim „utrudnianie dostępu do rynku”. Tę stypizowaną postać czynu nieuczciwej konkurencji wyróżnił także w przypisie art. 15 ust. 1 UZNK („Czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku”). Odwołujący podkreślił, że właśnie z taką stypizowaną postacią czynu nieuczciwej konkurencji mamy do czynienia w przypadku oferty Przystępującego, bowiem zamiarem Wykonawcy było uzyskanie przedmiotowego zamówienia niezgodnie z przepisami ustawy pzp oraz Kodeksu cywilnego, tj. w sposób niekonkurencyjny i bezprawny, co w oczywisty sposób zagrażało interesom pozostałych wykonawców ubiegających się o udzielenie tego zamówienia, konkurujących na uczciwych zasadach, a w chwili wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej naruszyło interesy Odwołującego. Wyraźnym zamiarem Przystępującego było wyeliminowanie konkurentów z rynku (rynku, którego granice wyznaczają ramy niniejszego postępowania). Działanie Przystępującego było działaniem świadomym. Zasady logiki nie pozwalają bowiem na przyjęcie, że Wykonawca nieświadomie zaoferował produkt, który nie jest i nie będzie oferowany na rynku. Przystępujący może jednak za pomocą stosownych dowodów wykazać, że w chwili składania oferty miał podstawy, aby twierdzić, że będzie w stanie dostarczyć Zamawiającemu zaoferowany produkt. Wobec powyższego, oferta złożona przez Przystępującego powinna być zdaniem Odwołującego zostać odrzucona także w oparciu o przepis art. 89 ust. 1 pkt 3) ustawy pzp, tj. jako oferta, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Na posiedzeniu z udziałem Stron i Uczestnika Postępowania Przystępujący złożył pismo procesowe, w którym wniósł o oddalenie odwołania. Następnie wskazał, że odwołanie w zakresie zarzutów 1-3 odwołania straciło na aktualności wobec zastąpienia oprogramowania Q-Vision oprogramowaniem Ysoft z serii SafeQ wraz z aplikacją Printcity Onsite firmy Tummim Sp. z o.o. oraz SMART SCAN/SMART OCR oprogramowaniem OCR FineReader, jako nieistotna zmiana. Odnośnie zarzutu 4 i 5 odwołania zaznaczył, że na dzień otwarcia ofert aktualnym było oferowanie produktu, jaki wskazano w treści wyjaśnień z dnia 22 grudnia 2017 r. W ocenie Przystępującego wykluczenie na podstawie wskazanej przez Odwołującego nie znajduje uzasadnienia w dowodach zaoferowanych przez Odwołującego. Sam Odwołujący przyznaje, iż oprogramowanie, jakie było przedmiotem wyjaśnień, nie musi istnieć w dacie

składania oferty. Ponadto w zakresie rzekomego czynu nieuczciwej konkurencji i odrzucenia na tej podstawie oferty podkreślił, iż rozpatrując odrzucanie ofert z powodu uznania ich za czyn nieuczciwej konkurencji, należy mieć na względzie fakt, iż przepisy ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przewidują drogę sądową dochodzenia roszczeń z tego tytułu. Wątpliwa jest zatem w ocenie Przystępującego możliwość jednoznacznego stwierdzenia przez Zamawiającego popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji i podejmowania na tej podstawie decyzji o odrzuceniu oferty. Stwierdzenie, czy konkretne zachowanie przedsiębiorcy stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, wymaga każdorazowo dokładnej analizy zaistnienia znamion takiego czynu, co szczególnie w przypadku niedookreślonych przesłanek może być trudne.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 189 ust. 2 ustawy, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymogi formalne określone w art. 185 ust. 2 ustawy i jako takie jest skuteczne. Izba postanowiła dopuścić do postępowania odwoławczego wykonawcę PrintNonStop Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Lublinie w charakterze uczestnika postępowania po stronie Zamawiającego.

Izba oceniła, że Odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia, jak również możliwość poniesienia szkody, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy. Odwołujący złożył ofertę sklasyfikowaną na miejscu drugim zgodnie z informacją o wyborze najkorzystniejszej oferty. W przypadku uwzględnienia odwołania oferta Odwołującego będzie potencjalnie ofertą najkorzystniejszą. Odwołujący może ponieść szkodę z uwagi na powyższe, przejawiającą się ostatecznie w niezyskaniu niniejszego zamówienia.

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. ogłoszenia o zamówieniu, SIWZ wraz z załącznikami, wyjaśnień treści SIWZ i modyfikacji treści SIWZ, informacji z otwarcia ofert, informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty, oferty Przystępującego, wezwania Zamawiającego do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 1 ustawy pzp z dnia 8 grudnia 2017 r. oraz złożonego przez Przystępującego zestawienia parametrów oferowanego sprzętu i oprogramowania zarządzającego Systemem Druku Podążającego, wezwania Zamawiającego do wyjaśnień z dnia 21 grudnia 2017 r. oraz złożonego przez Przystępującego na wezwanie zestawienia parametrów oferowanego sprzętu i oprogramowania zarządzającego Systemem Druku Podążającego, pisma Przystępującego z dnia 17 i 18 stycznia 2018 r. Ponadto Izba dopuściła dowody złożone na posiedzeniu przez Odwołującego: Oświadczenie Qube Technologies sp. z o.o. wraz z odpisem z KRS, Oświadczenie firmy Konica Minolta Business Solutions Polska Sp. z o.o., Zestawienie funkcjonalności oprogramowania Smart Scan 2ECM z oprogramowaniem Smart Scan Light 2, Wiadomość e-mail od Y Soft Corporation.

Na podstawie tych dokumentów oraz stanowisk stron i uczestnika postępowania prezentowanych na rozprawie Izba dokonała ustaleń faktycznych stanowiących podstawę do wydania rozstrzygnięcia w przedmiocie podniesionych zarzutów.

Mianowicie, Izba ustaliła, że w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego otwarcie ofert odbyło się 6 grudnia 2017 r., a w postępowaniu oferty złożyło dwóch wykonawców: Przystępujący i Odwołujący. Ofertę najkorzystniejszą złożył Wykonawca Przystępujący i jego oferta została wybrana zgodnie z informacją z dnia 28 grudnia 2017 r.

Zgodnie z Rozdziałem VI SIWZ pkt 4.2, pkt VI 3) 2. Ogłoszenia o zamówieniu: „Na potwierdzenie spełniania przez oferowane dostawy ramach dzierżawy urządzeń drukujących wymagań określonych przez Zamawiającego, wybrany Wykonawca złoży „Zestawienie parametrów ofertowanego sprzętu i oprogramowania zarządzającego Systemem Druku Podążającego” w oryginale, wg wzoru załączonego przez Zamawiającego.”

W myśl Rozdziału XVI pkt 3 i 4 SIWZ: „3. Zamawiający na podstawie dyspozycji art. 144 ust. 1 ustawy przewiduje możliwość dokonania istotnej zmiany zawartej umowy w stosunku do treści oferty na podstawie, której dokonano wyboru Wykonawcy w przypadku zmiany: 1) powszechnie obowiązujących przepisów, które będą miały wpływ na realizację przedmiotu zamówienia, 2) funkcjonalno — organizacyjnej, w którejkolwiek ze stron mającej wpływ na realizację przedmiotu zamówienia; 3) ograniczenia zakresu przedmiotu zamówienia wynikającej z braku środków finansowych Zamawiającego lub innych przyczyn leżących po stronie Zamawiającego; 4) zmiany zakresu wykonania przedmiotu zamówienia w przypadku wystąpienia działań osób trzecich uniemożliwiających wykonanie przedmiotu zamówienia, za które to działania nie ponosi winy którakolwiek ze Stron umowy; 5) z powodu uzasadnionych zmian w zakresie sposobu wykonania przedmiotu zamówienia proponowanych przez Zamawiającego lub Wykonawcę, jeżeli zmiany te są korzystne dla Zamawiającego i nie ograniczają przedmiotu zamówienia; Powyższe zmiany zostaną dokonane w formie aneksu

do umowy. 4. Zamawiający w trakcie realizacji umowy dopuszcza w każdym czasie, zmiany jej treści niepowodujące zmiany treści oferty na podstawie, której wybrano Wykonawcę, niezwiązanych z wyborem Wykonawcy (np. zmiana konta bankowego, zmiana danych teleadresowych, zmiany sposobu fakturowania, zmiany osób wskazanych do kontaktów między stronami, itp.). O powyższych zmianach strony umowy będą powiadamiały się wzajemnie pisemnie."

W załączniku nr 1 do SIWZ po modyfikacji wskazano w pkt 4. - Warunki serwisu wydierżawianych urządzeń, urządzenia zastępcze: „4.1. Zamawiający wymaga objęcia całego systemu dostarczonego przez Wykonawcę obsługą serwisową (urządzenia oraz oprogramowanie). Świadczenie usługi serwisowej rozpoczyna się od dnia protokolarnego przekazania działania systemu i będzie realizowana przez cały czas trwania umowy. 4.2. Do usługi serwisowej zalicza się wszelkie niezbędne prace związane z utrzymaniem urządzeń i systemu monitorującego w ciągłej dostępności - poprzez niezbędne i wymagane przez producenta przeglądy, konserwacje, czyszczenie z zewnątrz i wewnątrz, regulacje, naprawy, aktualizacje itp.” Natomiast zgodnie z pkt 5. załącznika w ramach dostawy dzierżawionych urządzeń Wykonawca ma zapewnić m.in. A. Zainstalowanie oprogramowania zarządzającego „Systemem Druku Podążającego”, w tym licencjonowanie oprogramowania w ramach „Systemem Druku Podążającego”. Ponadto, wszystkie urządzenia dostarczone przez Wykonawcę muszą być monitorowane przez System Druku, a oprogramowanie do skanowania z funkcją OCR ma umożliwiać zeskanowanie 25.000 stron miesięcznie we wszystkich lokalizacjach łącznie. Oprogramowanie musi umożliwiać skanowanie bezpośrednio z poziomu panelu urządzeń wielofunkcyjnych wraz z możliwością opisywania skanowanych dokumentów metadanymi. Oprogramowanie musi być możliwe do zainstalowania w dowolnej liczbie lokalizacji klienta bez ponoszenia dodatkowych kosztów. Wykonawca ma również zapewnić: B. Asystę, szkolenia i instrukcje dla użytkowników i administratorów Systemu Druku Podążającego.

W myśl § 5 ust. 2 pkt 5-8 załącznika nr 3 do SIWZ (wzór umowy) wykonawca jest zobowiązany m.in. do: zainstalowania wraz z wydierżawionymi urządzeniami drukującymi na czas obowiązywania umowy oprogramowania zarządzającego „Systemem Druku Podążającego” o funkcjonalności zgodnej z ofertą Wykonawcy; posiadania uprawnień do udzielenia licencji/sublicencji na użytkowanie oprogramowania i udziela w tym zakresie licencji na użytkowanie oprogramowania zainstalowanego w dzierżawionym przedmiocie umowy, na czas dzierżawy; zapewnienia w okresie dzierżawy urządzeń drukujących asysty, przeszkolenia i instruktażu dla 150 użytkowników i 52 administratorów „Systemu Druku Podążającego” zgodnie z opisem zawartym w pkt 5 część B Załącznika Nr 1 do SIWZ - Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia; przeprowadzenia przeszkolenia i instruktażu dla 150 użytkowników i 52 administratorów „Systemu Druku Podążającego” w terminie 2 miesięcy od podpisania umowy.

W formularzu ofertowym Przystępujący w pkt 3.6 nie wskazał podwykonawców, a zatem zadeklarował, że wykona zamówienie samodzielnie.

Dnia 8 grudnia 2017 r. Zamawiający wezwał Wykonawcę Przystępującego w trybie art. 26 ust. 1 ustawy pzp do złożenia m.in. „Zestawienia parametrów ofertowanego sprzętu i oprogramowania zarządzającego Systemem Druku Podążającego” w oryginale, wg wzoru załączonego przez Zamawiającego” na potwierdzenie spełniania przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego. W dniu 18 grudnia 2017 r. Przystępujący złożył wyżej wskazany dokument i w Tabeli „Oprogramowania Zarządzającego Systemem Druku Podążającego” w pkt 1 i 4.2. wpisał: SPEŁNIA WYMAGANIA.

W dniu 21 grudnia 2017 r. Zamawiający wezwał Wykonawcę Przystępującego m.in. do podania w Tabeli „Oprogramowania Zarządzającego Systemem Druku Podążającego” w pozycji 1 i 4.2. niezbędnych informacji odnośnie oferowanego oprogramowania m.in. nazwę, wersję, typ licencji i producenta danego oprogramowania. Zamawiający wskazał, że poza deklaracją zgodności oferowanego z jego strony oprogramowania z wymaganymi cechami funkcjonalnymi Wykonawca nie podaje podstawowych informacji na temat oprogramowania. Taka sytuacja uniemożliwia wykonanie prawidłowej weryfikacji spełniania wymogów przez oprogramowanie oferowane ze strony Wykonawcy. Przystępujący odpowiedział na wezwanie i 22 grudnia 2017 r. złożył Zamawiającemu poprawione „Zestawienie parametrów ofertowanego sprzętu i oprogramowania zarządzającego Systemem Druku Podążającego” w oryginale, wg wzoru załączonego przez Zamawiającego.” W pkt 1 Tabeli wskazał: Q VISION WERSJA 2.3, LICENCJA OBEJMUJE 127 URZĄDZEŃ BAZOWO Z MOŻLIWOŚCIĄ ROZSZERZENIA O URZĄDZENIA DOSTARCZANE W RAMACH PRAWA OPCJI, NA UŻYTKOWNIKÓW LICENCJE NIELIMITOWANE, QUBE TECHNOLOGIES sp. z o.o., natomiast w pkt 4.1. Tabeli podał oprogramowanie: SMART SCAN/SMART OCR/SPEŁNIA WYMAGANIA.

Z pisma Przystępującego z dnia 17 oraz 18 stycznia 2018 r. wynika, że Wykonawca poinformował Zamawiającego o zmianie sposobu wykonania zamówienia w zakresie

oferowanych rozwiązań informatycznych - oprogramowania na rozwiązania alternatywne. Mianowicie, oprogramowanie QVision zastąpił oprogramowanie Ysoft z serii SafeQ 5.0 wraz z aplikacją Printcity Onsite firmy Tummim sp. z o.o. uzasadniając zmianę wycofaniem autoryzacji na zakup licencji oprogramowania QVision. Natomiast oprogramowanie SMART SCAN/SMART OCR zmienił na oprogramowanie OCR FineReader.

Zamawiający nie odpowiedział na powyższe pisma oraz nie zawarł umowy z Przystępującym.

Z oświadczenia producenta firmy Qube Technologies sp. z o.o. wynika, że:

- Qube jest producentem oprogramowania do zarządzania systemem druku podążającego o nazwie Q-VISION i posiada do niego autorskie prawa majątkowe. Jediną obecnie dostępną wersją oprogramowania Q-VISION jest wersja 2.4. Tylko wersja 2.4 oprogramowania Q-VISION jest aktualnie licencjonowana i wdrażana przez Qube;
- nie istnieje i nigdy nie istniało zaoferowane przez Printnoston Sp. z o. o. Sp.k. z siedzibą w Lublinie (dalej: „Printnoston”) w Postępowaniu oprogramowanie Q-VISION w wersji 2.3. Qube nie pracuje nad oprogramowaniem Q-VISION w wersji 2.3. i nie ma takich zamiarów;
- Qube sprzedaje oprogramowanie Q-VISION wyłącznie bezpośrednio — nie można nabyć licencji na oprogramowanie Q-VISION od innych podmiotów;
- Oprogramowanie Q-VISION 2.4 jest instalowane i konfigurowane (wdrażane) wyłącznie przez pracowników firmy Qube. Wdrożenia nie są zlecane innym podmiotom - podwykonawcom czy partnerom. Cena wdrożenia oprogramowania jest ustalana indywidualnie dla każdego projektu, jest ona uzależniona między innymi od liczby urządzeń z którymi system jest integrowany oraz od rodzaju tych urządzeń. Wdrożenie obejmuje również świadczenie opieki serwisowej przez okres ustalony umową;
- Qube do dnia złożenia niniejszego oświadczenia nie otrzymała żadnego zapytania ofertowego od firmy Printnoston i nie złożyła jej żadnej oferty w związku z Postępowaniem. Printnoston nie miała zatem informacji niezbędnych do skalkulowania oferty — nie posiada bowiem oferty mogącej stanowić podstawę wyceny licencji na oprogramowanie Q-VISION, wdrożenie oprogramowania i zapewnienie opieki serwisowej.

Z oświadczenia firmy Konica Minolta Business Solutions Polska Sp. z o.o. wynika, że:

- System Smart Scan jest autorskim rozwiązaniem stworzonym przez Konica Minolta;
- Obecnie Konica Minolta sprzedaje, wspiera i rozwija oprogramowanie Smart Scan w dwóch wersjach: Smart Scan 2 ECM oraz Smart Scan 2 Light;
- Oprogramowanie Smart Scan 2 ECM jest to oprogramowanie sprzedawane bezpośrednio przez Konica Minolta nie jest przeznaczone do sprzedaży pośredniej przez autoryzowanych partnerów Konica Minolta. Oprogramowanie Smart Scan 2 ECM może zostać sprzedane przez autoryzowanych partnerów Konica Minolta na zasadzie wyjątku, za wiedzą i zgodą Konica Minolta;
- Oprogramowanie Smart Scan 2 Light jest wersją oprogramowania z ograniczonymi, względem oprogramowania Smart Scan 2 ECM, funkcjonalnościami. Oprogramowanie to jest przeznaczone do kanału sprzedaży pośredniej poprzez autoryzowanych partnerów Konica Minolta;
- Wymagania Zamawiającego sprecyzowane w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (pkt 5 ust. 4.10 Opisu Przedmiotu Zamówienia) spełnia wyłącznie oprogramowanie Smart Scan 2 ECM. Tylko ta, pełna wersja oprogramowania Smart Scan umożliwia bowiem skanowanie z funkcją OCR 25.000 (i więcej) stron miesięcznie. W zależności od wersji, oprogramowanie Smart Scan 2 ECM umożliwia skan 10, 25, 75, 100, 150 tysięcy stron miesięcznie lub bez limitu stron;
- Oprogramowanie Smart Scan 2 Light nie spełnia wymagań Zamawiającego ponieważ, w zależności od wersji, pozwala ono na skanowanie z funkcją OCR jedynie do 500 albo 1000 stron miesięcznie. Oprogramowanie Smart Scan 2 Light może zostać sprzedane w wersji umożliwiającej skanowanie z funkcją OCR w większej niż standardowo liczbie stron, wyłącznie za zgodą i wiedzą Konica Minolta;
- Firma Printnoston Sp. z o. o. Sp.k. z siedzibą w Lublinie (dalej: „Printnoston”) nie jest autoryzowanym partnerem Konica Minolta, a zatem nie posiada uprawnień do sprzedaży i wdrożenia oprogramowania Smart Scan;
- Konica Minolta nie otrzymała od Printnoston ani od żadnego z autoryzowanych partnerów

Konica Minolta zapytania dotyczącego sprzedaży oprogramowania na potrzeby niniejszego Postępowania;

- Oprogramowanie o nazwie „Smart Scan” nie jest sprzedawane przez Konica Minolta ani jej autoryzowanych partnerów od października 2016 r. Oprogramowanie to nie jest wdrażane, wspierane ani rozwijane przez producenta. Oprogramowanie Smart Scan umożliwiało skanowanie z funkcją OCR do 500 albo 100 stron miesięcznie;
- Sprzedaż oprogramowania Smart Scan w każdej wersji wymaga wygenerowania nowych kluczy licencyjnych dedykowanych do nowego serwera sprzętowego przez Konica Minolta pozwalających na instalację oprogramowania, nie jest zatem możliwe korzystanie z używanego oprogramowania. Każda zmiana serwera fizycznego lub jego parametrów (ID Procesora, Numer seryjny płyty głównej, Numer seryjny BIOS'u) powoduje dezaktywację licencji i brak możliwości korzystania z oprogramowania.

Zestawienie funkcjonalności oprogramowania Smart Scan 2ECM z oprogramowaniem Smart Scan Light 2 wskazuje, że oprogramowania te mają całkiem inne funkcjonalności, przy czym oprogramowanie Smart Scan 2ECM jest bardziej zaawansowane i spełnia wymaganie skanowania z funkcją OCR 25.000 (i więcej) stron miesięcznie.

Zgodnie z wiadomością e-mail z dnia 18 stycznia 2018 r. Przystępujący nie jest autoryzowanym partnerem firmy Ysoft Corporation, a dokonywać zakupów i instalacji może tylko za pomocą certyfikowanych partnerów firmy Ysoft Corporation.

Izba zważyła, co następuje:

Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów, biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego przedstawione na rozprawie stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odnosząc się do twierdzeń Przystępującego, że wniesione odwołanie straciło na aktualności, a zarzuty są bezprzedmiotowe bowiem Przystępujący poinformował Zamawiającego o zmianie sposobu wykonywania umowy w zakresie podważanego przez Odwołującego oprogramowania Izba zaznacza, że zgłaszane Zamawiającemu zmiany są na obecnym etapie postępowania bezskuteczne. Zamawiający oświadczył na posiedzeniu, że umowa z Przystępującym nie została zawarta oraz że nie weryfikował oprogramowania, które zostało wskazane w piśmie z dnia 17 stycznia 2018 r. ani nie skierował w tej sprawie odpowiedzi do Przystępującego. Izba podkreśla, że ewentualne zmiany oferowanego oprogramowania mogłyby być dokonywane przez Przystępującego po podpisaniu umowy i wprowadzane odpowiednim aneksem, jednak wyłącznie jeśli okoliczności stanowiące podstawę zmiany umowy zostałyby przewidziane w umowie. Na marginesie podkreślić należy, że Zamawiający nie przewidział okoliczności wskazanej przez Przystępującego jako uprawniającej do zmiany umowy. Co istotne, Wykonawca najpierw musi wykazać się spełnieniem wymagań postawionych przez Zamawiającego w pierwotnie złożonej ofercie, na podstawie której Zamawiający dokonał wyboru oferty Wykonawcy, a której prawidłowość została podważona w niniejszym postępowaniu przez Odwołującego. Zmiany treści oferty dokonywane po wyborze oferty Wykonawcy a przed podpisaniem umowy należy uznać za niedopuszczalne, tym samym nieodnoszące żadnych skutków prawnych.

Na marginesie Izba wskazuje, że z wiadomości e-mail oraz argumentacji prezentowanej przez Odwołującego na rozprawie można wywieść, że spełnianie wymagań SIWZ przez kolejne proponowane oprogramowania również budzi uzasadnione wątpliwości.

1) Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, podczas gdy zaoferowane przez Wykonawcę oprogramowanie systemu druku nie istnieje, a zatem oferta Wykonawcy jest sprzeczna z SIWZ, ponadto Wykonawca nie będzie w stanie samodzielnie wdrożyć systemu oraz zapewnić odpowiedniej opieki serwisowej, co także jest sprzeczne z postanowieniami SIWZ.

W świetle zebranego materiału dowodowego oraz stanowisk Stron i Uczestnika Postępowania prezentowanych na rozprawie Izba stwierdziła, że zarzut potwierdził się.

W niniejszym postępowaniu Zamawiający żądał złożenia przez Wykonawcę najwyższej ocenionego dokumentu: „Zestawienie parametrów ofertowanego sprzętu i oprogramowania zarządzającego Systemem Druku Podążającego” na potwierdzenie, że oferowane dostawy spełniają jego wymagania. W Tabeli zestawienia Wykonawca był zobowiązany podać oferowane przez siebie parametry. W zakresie oprogramowania Zamawiający żądał wbrew twierdzeniom Przystępującego, jak wynika z treści wezwania do wyjaśnienia podania przez Wykonawcę nazwy, wersji, typu licencji i producenta danego oprogramowania tak aby Zamawiający mógł zweryfikować jego zgodność z postawionymi przez siebie wymaganiami. Co prawda w zestawieniu Zamawiający zatytułował Tabelę: „Parametry oferowane przez Wykonawcę” jednakże uznać należy, że w przypadku oprogramowania wskazanie parametrów sprowadza się w istocie co najmniej do podania nazwy i producenta, tylko w ten sposób możliwe będzie sprawdzenie zgodności oferty z SIWZ. Przystępujący w pierwotnie złożonym zestawieniu wskazał wyłącznie, że „spełnia wymagania” nie podając jakie oprogramowanie oferuje. Na wezwanie Zamawiającego złożył kolejne zestawienie, gdzie w pkt 1 Tabeli zaoferował oprogramowanie: „Q VISION WERSJA 2.3, LICENCJA OBEJMUJE 127 URZĄDZEŃ BAZOWO Z MOŻLIWOŚCIĄ ROZSZERZENIA O URZĄDZENIA DOSTARCZANE W RAMACH PRAWA OPCJI, NA UŻYTKOWNIKÓW LICENCJE NIELIMITOWANE, QUBE TECHNOLOGIES sp. z o.o.” Odwołujący podniósł, że oprogramowanie w takiej wersji nie istnieje, firma Qube Technologies sp. z o.o. nie pracuje nad stworzeniem takiego oprogramowania, a wdrożenia oprogramowania firma Qube dokonuje samodzielnie, a zatem Wykonawca nie będzie w stanie wdrożyć oprogramowania bez udziału Producenta czy udzielić na nie licencji. Twierdzenia Odwołującego znalazły odzwierciedlenie w przedłożonym liście oświadczeniu producenta Qube Technologies sp. z o.o., które Izba uznała za kompletne i wiarygodne. Przystępujący nie przedstawił dowodów przeciwnych, a złożone przez niego pismo z dnia 17 stycznia 2018 r. jedynie podkreśla prawidłowość argumentacji Odwołującego. Skoro bowiem Przystępujący po wyborze swojej oferty zmienia oprogramowanie na inne oznacza to, że pierwotnie oferowane nie spełniało wymagań SIWZ, w szczególności, że jak wynika z oświadczenia Qube Technologies sp. z o.o. okoliczność wskazana w piśmie wycofania z autoryzacji licencji na to nieistniejące oprogramowanie nigdy nie wystąpiła i wystąpić nie mogła. Tym samym Przystępujący podjął próbę nieuprawnionego poprawienia nieprawidłowości pierwotnie złożonej oferty najprawdopodobniej na skutek wniesionego odwołania i twierdzeń w nim zawartych. Jednocześnie w świetle treści oświadczenia Producenta Qube nie potwierdziły się także twierdzenia Przystępującego, że posiadał on promesę zakupu licencji - Przystępujący nigdy nie zwrócił się po wycenę oprogramowania. W trakcie postępowania odwoławczego

Przystępujący sam sobie zaprzeczał, z jednej strony twierdził, że oprogramowanie to nie musiało istnieć na dzień złożonej oferty, z drugiej zaś wskazywał na niemożliwość jego nabycia u Producenta, pomimo wcześniejszych uzgodnień w tym zakresie i promesę zakupu.

W myśl art. 89 ust. 1 ustawy pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 (Zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty). W odniesieniu do niniejszej sprawy nie było możliwe poprawienie oferty Wykonawcy, gdyż prowadziłoby to do dokonania istotnych zmian w jej treści. Powyżej wskazane okoliczności potwierdzają, że Przystępujący nie wykazał spełnienia wymagań Zamawiającego, a jego oferta jest niezgodna z SIWZ i powinna podlegać odrzuceniu, co Izba nakazała.

2) Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, podczas gdy zaoferowane przez Wykonawcę oprogramowanie OCR nie spełnia wymogów Zamawiającego, przez co oferta jest sprzeczna z SIWZ; ponadto Wykonawca nie będzie w stanie zapewnić odpowiedniej opieki serwisowej, co także jest sprzeczne z postanowieniami SIWZ.

Izba stwierdziła, że zarzut zasługuje na uwzględnienie.

Na wezwanie Zamawiającego Wykonawca w pkt 4.1. Tabeli zaoferował oprogramowanie o nazwie, która nie wskazuje na konkretne oprogramowanie. Na rozprawie Przystępujący nie wyjaśnił jakie konkretnie oprogramowanie oferował, a jedynie że spełniało ono wymagania. Jednocześnie pismem z dnia 17 stycznia 2018 r. Przystępujący chciał zastąpić oprogramowanie SMART SCAN/SMART OCR na inne - OCR FineReader. Zarówno w piśmie jak i na rozprawie Przystępujący nie uzasadnił powodów powyższej zmiany. Jak zostało już

podkreślone w ocenie Izby zmiany takie są niedopuszczalne a w kontekście niniejszej sprawy jedynie potwierdzają argumentację przedstawioną przez Odwołującego. Odwołujący wskazał, że system SMART SCAN jest autorskim rozwiązaniem Konica Minolta, a obecnie w sprzedaży dostępne są oprogramowania Smart Scan: Smart Scan 2 ECM oraz Smart Scan 2 Light. Pierwsze z nich spełnia wymagania Zamawiającego w niniejszym postępowaniu, jednak to Konica Minolta udziela licencji na to oprogramowanie na rzecz klienta końcowego. Przystępujący oferując to oprogramowanie nie miałby możliwości spełnienia wymagania SIWZ - udzielenia na nie licencji. Oprogramowanie Smart Scan 2 Light nie umożliwia skanowania wymaganej przez Zamawiającego liczby stron oraz jest sprzedawane przez autoryzowanych partnerów Konica Minolta, a na liście tych partnerów nie ma Przystępującego. Twierdzenia

Odwołującego znajdują odzwierciedlenie w zestawieniu własnym Odwołującego funkcjonalności oprogramowania oraz oświadczeniu producenta Konica Minolta Business Solutions Polska Sp. z o.o. Nadto, zgodnie z tym oświadczeniem oprogramowanie o nazwie „Smart Scan” nie jest sprzedawane przez Konica Minolta ani jej autoryzowanych partnerów od października 2016 r. Izba uznała powyższy dowód za kompletny i wiarygodny. Ponadto, nie ulega wątpliwości, że oświadczenie zostało złożone Konica Minolta Business Solutions Polska Sp. z o.o. Reasumując, Przystępujący nie mógłby zapewnić licencji na to oprogramowanie, jak również odpowiedniej opieki serwisowej, tym samym potwierdził się zarzut niezgodności oferty z SIWZ.

3) Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, podczas gdy w ofercie Przystępującego nie uwzględniono ceny oprogramowania zarządzającego „Systemem Druku Podążającego” oraz kosztów jego instalacji (wdrożenia), co jest sprzeczne z pkt XII ust. 5 SIWZ

W ocenie Izby zarzut ten nie potwierdził się.

W odniesieniu do oprogramowania Q Vision Odwołujący zaznaczył, iż w przypadku nieuwzględnienia przez Wykonawcę ceny oprogramowania bądź ceny wdrożenia oprogramowania, oferta Wykonawcy jest sprzeczna z SIWZ, ponieważ zgodnie z pkt XII ust. 5 SIWZ, w obliczonej cenie ofertowej przedmiotu zamówienia Wykonawca był obowiązany uwzględnić koszty wszystkich warunków dzierżawy wynikających z OPZ, w tym m.in. koszty zainstalowania oprogramowania. Izba podkreśla, że w istocie Wykonawca zaoferował nieistniejące oprogramowanie, jednak nie można jednoznacznie stwierdzić że nie ujął kosztów „jakiegoś” oprogramowania i wdrożenia w cenie oferty. Przystępujący nie odniósł się na rozprawie do tego zarzutu, a Odwołujący nie udowodnił, że cena zaoferowana przez Przystępującego nie zawiera podważanych kosztów, dlatego też Izba nie uwzględniła zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy pzp w tym zakresie.

4) Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5) ustawy pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 17) ustawy pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Przystępującego, podczas gdy Wykonawca ten przedstawił Zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd, mogące mieć wpływ na decyzje Zamawiającego, polegające na zaoferowaniu nieistniejącego oprogramowania, a także na podaniu nieprawdziwej informacji o samodzielnej realizacji zamówienia w całości.

Mając na względzie zgromadzony materiał dowodowy oraz stanowiska Stron i Uczestnika Postępowania prezentowane na rozprawie Izba uznała, że zarzut zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że w przedmiotowym stanie faktycznym zaoferowanie przez Przystępującego oprogramowania nieistniejącego oraz oprogramowania, które co prawda samo w sobie spełnia funkcjonalności wymagane przez Zamawiającego ale jednocześnie jest niemożliwe do dostarczenia i samodzielnego wdrożenia przez Przystępującego oraz udzielenia na nie licencji, a więc spełnienia dalszych wymagań SIWZ, było wynikiem braku starannego działania przy przygotowaniu treści składanej oferty. Przystępujący jako profesjonalista powinien dokonać rzetelnej weryfikacji zarówno w zakresie spełnienia wybranych funkcjonalności ale również dostępności oferowanych produktów i możliwości ich wdrożenia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia. Staranna weryfikacja na etapie składanej oferty winna doprowadzić

Przystępującego do wniosku, że oferowane oprogramowanie, ze względów, o których mowa w zarzucie dotyczącym zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp, nie istnieje (odnośnie oprogramowania Q Vision) oraz nie jest możliwe jego licencjonowanie. W ocenie Izby czynnościom Przystępującego można przypisać co najmniej niedbalstwo, polegające na działaniu w sposób niestaranny. Wykonawca ten nie dołożył bowiem należytej staranności i nie ustalił składając ofertę czy oferowane przez niego oprogramowanie istnieją oraz czy będą dla niego dostępne na rynku w stopniu umożliwiającym mu spełnienie wszystkich wymagań postawionych przez Zamawiającego w SIWZ. Przystępujący najprawdopodobniej dopiero w konsekwencji złożonego odwołania zorientował się w oferowanym przez siebie oprogramowaniu i chcąc zrealizować zamówienie mimo wszystko podjął próbę zastąpienia go innym. Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy pzp „Z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się: (...) 17) wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia”. Wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy pzp może mieć miejsce, gdy wykonawca nie wykazując profesjonalizmu wymaganego od uczestnika rynku zamówień publicznych przedstawia informacje niezgodne z rzeczywistością, w oparciu o które zamawiający dokonuje czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia (tak też: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 lipca 2017 r., sygn. akt 1363/17). Kwalifikując brak starannego działania Przystępującego jako niedbalstwo stwierdzić należy, że w przedmiotowej sprawie spełniła się przesłanka wykluczenia Przystępującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy pzp. Zamawiający wyjaśnił podczas rozprawy, że w jego ocenie z oferty Wykonawcy wynikało, że oprogramowanie wskazane w zestawieniu parametrów oferowanego sprzętu w pkt 4.1 – to oprogramowanie producenta Konica Minolta, które spełnia minimalne wymagania. O istotnym wpływie przedstawionych przez Przystępującego Zamawiającemu informacji świadczy fakt wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej, w sytuacji, gdy Przystępujący zaoferował oprogramowania w istocie niespełniające wymagań Zamawiającego.

Uwzględniając powyższe, Izba uznała, że zarzut się potwierdził.

Izba wskazuje nadto, że nie można przypisać Zamawiającemu naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp. Wskazana regulacja jest jedynie konsekwencją wykluczenia Wykonawcy z postępowania, co Izba nakazała zgodnie z sentencją orzeczenia.

5) Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3) ustawy pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy pzp w zw.

z art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 UZNK poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego

w sytuacji, gdy wyżej wskazane okoliczności stanowią czyn nieuczciwej konkurencji

w rozumieniu przepisów UZNK.

W odniesieniu do powyższego zarzutu, Izba stwierdziła, że nie ma podstaw do jego uwzględnienia.

Czynem nieuczciwej konkurencji w rozumieniu klauzuli generalnej, zawartej w UZNK jest działaniem sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. W katalogu czynów nieuczciwej konkurencji ustawodawca wskazał na „utrudnianie dostępu do rynku”. Zgodnie ze stanowiskiem doktryny i orzecznictwa w przypadku podnoszenia rzrutow czynu nieuczciwej konkurencji ważne jest skonkretyzowanie takiego czynu, którego popełnienia dopuścił się określony przedsiębiorca, a także konkretne określenie, jakiego rodzaju dobrym obyczajom przedsiębiorca uchybił. Uznanie zaś konkretnego czynu za akt nieuczciwej konkurencji wymaga ustalenia, na czym określone działanie polegało, oraz kwalifikowania go pod względem prawnym przez przypisanie mu cech konkretnego deliktu (tak też: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11 października 2002 r., sygn. akt III CKN 271/01).

W niniejszej sprawie Odwołujący podniósł, że Przystępujący dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji właśnie w postaci utrudniania dostępu do rynku, bowiem zaoferował nieistniejący produkt. Jak zostało zaznaczone przy okazji omawiania zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy pzp, Przystępujący nie dołożył należytej staranności składając ofertę. Najprawdopodobniej na skutek złożonego odwołania i zawartej w nim treści Przystępujący podjął próbę zamiany niespełniającego wymagań SIWZ oprogramowania na inne. W ocenie Izby Odwołujący nie udowodnił, że działanie Przystępującego stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji. W ocenie Izby działanie Przystępującego nie było działaniem utrudniającym dostęp do rynku innym Wykonawcom, a raczej podyktowane było chęcią ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego. Gdyby Odwołujący zaoferował niższą cenę

w niniejszym postępowaniu oferta Przystępującego nie zostałaby wybrana. Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej za czyn nieuczciwej konkurencji uznaje się takie okoliczności jak manipulacje ceną, czy kryteriami oceny ofert, które stanowią podstawę wyboru danego wykonawcy i w sposób oczywisty wskazują na zachowanie nieuczciwe, powodujące wyeliminowanie z rynku innych przedsiębiorców. Pamiętać należy, że w przypadku nie dostarczenia produktów zgodnych z SIWZ, co na pewno uwidoczniłoby się na etapie realizacji umowy, Wykonawca poniósłby konsekwencje własnych działań w postaci kar umownych z odstąpieniem od umowy włącznie.

6) Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania ze względu na naruszenie wyżej wymienionych przepisów ustawy pzp.

W świetle wskazanych powyżej okoliczności Izba stwierdziła, że zarzut potwierdził się.

Mając na względzie powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp, a także w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 5 ust. 2 pkt 1 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. nr 41 poz. 238 oraz Dz. U. z 2017 r., poz. 47) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez Odwołującego oraz zasądzając od Zamawiającego na rzecz Odwołującego koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania w wysokości 15.000,00 zł oraz wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600,00 zł na podstawie faktury Vat złożonej przez Odwołującego na rozprawie.

Izba nie uwzględniła kosztów w wysokości 828,00 zł z tytułu kosztów zastępstwa prawnego, stosownie bowiem do § 3 pkt 2 lit b 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. nr 41 poz. 238 oraz Dz. U. z 2017 r., poz. 47), do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się wynagrodzenie pełnomocników, jednak nie wyższe niż 3 600,00 zł.

Przewodniczący: