

Sygn. akt: KIO 619/13

**WYROK**  
z dnia 28 marca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek**

**Protokolant: Radosław Cwyl**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **28 marca 2013 r.** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 marca 2013 r. przez **SEQUENCE Sp. z o.o., 43-600 Jaworzno, ul. Szczakowska 35**, w postępowaniu prowadzonym przez **Ministerstwo Spraw Zagranicznych, 00-580 Warszawa, Al. J. Ch. Szucha 23**,

przy udziale **Konica Minolta Business Solutions Polska Sp. z o.o., 02-273 Warszawa, ul. Muszkieterów 15**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego oraz wnoszącego sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania.

**orzeka:**

1. oddala odwołanie.
2. kosztami postępowania obciąża **SEQUENCE Sp. z o.o., 43-600 Jaworzno, ul. Szczakowska 35**, i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **SEQUENCE Sp. z o.o., 43-600 Jaworzno, ul. Szczakowska 35**, tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

### **Uzasadnienie**

Ministerstwo Spraw Zagranicznych w Warszawie, zwane dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na modernizację i rozbudowę systemu wydruku na potrzeby systemu EOD (Elektroniczny Obieg Dokumentów). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 4 października 2012 r., nr 2012/S 194-319148.

W dniu 18 marca 2013 roku, odwołujący - Sequence Sp. z o.o. wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności zaniechania przez zamawiającego odrzucenia oferty wykonawcy Konica Minolta Business Solution Polska Sp. z o.o. oraz czynności wyboru oferty złożonej przez wskazanego wykonawcę jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu. Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy Pzp, mające wpływ na wynik postępowania:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Konica Minolta Business Solution Polska Sp. z o.o. mimo, że zaistniały okoliczności nakazujące zamawiającemu podjęcie takiej decyzji, gdyż oferta złożona przez tego wykonawcę nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej siwz).
2. art. 7 ust. 1 i ust. 3 przez naruszenie zasad równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji oraz udzielenia zamówienia wykonawcy, którego wybór nastąpił z naruszeniem przepisów ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o:

1. dokonanie uprzednio zaniechanych czynności polegających na odrzuceniu oferty wykonawcy Konica Minolta Business Solution Polska Sp. z o.o.,
2. unieważnieniu czynności wyboru oferty wykonawcy Konica Business Solution Polska Sp. z o.o.,
3. nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania, oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej,
4. zasądzenie na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Odwołujący wykazując swój interes we wniesieniu odwołania oraz wskazując na możliwość poniesienia szkody na skutek naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, podniósł, że oferta Konica Minolta Business Solution Polska Sp. z o.o. podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W uzasadnieniu wskazał, że przedmiotem oferty

Konica Minolta Business Solution Polska Sp. z o.o. jest dostawcą urządzeń Konica Minolta Bizhub C224 oraz licencji oprogramowania YSoft SafeQ v4 ORS wraz z 3 letnią gwarancją. Złożone na wezwanie zamawiającego wyjaśnienie treści oferty z dnia 7 lutego 2013 roku, dowodzi, że na stronie 13 oferty w pkt 1.9 wykonawca podał niezgodne z siwz informacje. Z kolei w odpowiedzi z dnia 18 lutego 2013 roku Konica Minolta zmienia stanowisko i informuje, że w celu realizacji wymaganej w siwz funkcjonalności uruchomi w ramach wdrożenia „stosowną aplikację”, która zapewni realizację zabezpieczenia kopiowanych dokumentów. Odwołujący podkreślił, że Konica Minolta nie wskazuje w/w „stosownej aplikacji” ani w treści złożonej oferty, ani nie wyjaśnia jaka to będzie aplikacja, jak również nie opisuje jej parametrów technicznych. Zdaniem odwołującego, Konica Minolta, składając ofertę doskonale wiedziała, że integracja oferowanych przez nią urządzeń Konica Minolta Bizhub C224 z posiadany przez zamawiającego systemem YSoft SafeQ nie będzie możliwa w opisanym w siwz zakresie. Wdrożony u zamawiającego system SafeQ został w zakresie funkcji zabezpieczenia dokumentów napisany specjalnie dla zamawiającego i integruje się w pełnym zakresie jedynie z urządzeniami, które zamawiający nabył w 2009 roku w ramach postępowania na elektroniczny obieg dokumentów. Zintegrowanie urządzeń Konicy Minolty z obecnie wykorzystywanym przez zamawiającego systemem SafeQ wymagałoby zatem modyfikacji kodu źródłowego systemu przez jego producenta. Licencji zaś na ww rozszerzenie systemu SaafeQ może udzielić jedynie firma YSoft Corporation, po uzyskaniu pisemnej zgody firmy Xerox Polska Sp. z o.o. na jego modyfikację. Na dowód czego odwołujący załączył pismo spółki YSoft Corporation a.s. Ponadto Konica Minolta nie wystąpiła ani do firmy YSoft Corporation a.s ani do Xerox Polska Sp. z o.o. o wyrażenie zgody na modyfikację kodu źródłowego aplikacji. Na dowód powyższego odwołujący załączył pismo spółki Xerox Sp. z o.o. z dnia 18 marca 2013 roku. Podniósł, że zaoferowane przez Konica Minolta rozwiązanie nie odpowiada wymaganiom zawartym w pkt 1.6 Załącznika nr 1 do siwz po wprowadzeniu zmian z dnia 22 listopada 2012 roku. Zamawiający dopuścił w przedmiotowym postępowaniu rozwiązania równoważne, co dowodzi tego, że Konica Minolta nie musiała oferować dostawy licencji na system SafeQ, gdyż mogła zaproponować rozwiązanie równoważne zgodne z siwz. Zakres licencji, wskazanych z ofercie Konica Minolta nie obejmuje funkcjonalności wymaganych w siwz.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosiła przystąpienie Konica Minolta Business Solution Polska Sp. z o.o.

Zamawiający uwzględnił zarzuty zawarte w odwołaniu na skutek czego, w toku posiedzenia przed Krajową Izbą Odwoławczą, Konica Minolta Business Solution Polska Sp. z o.o. wniosła sprzeciw.

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

Przedmiotem zamówienia publicznego jest modernizacja i rozbudowa systemu wydruku na potrzeby systemu EOD (Elektronicznego Obiegu Dokumentów), który obejmuje: dostarczenie oprogramowania z 36 miesięczną subskrypcją producenta oraz dostarczenie urządzeń drukujących do posiadanego przez zamawiającego systemu wydruku zakupionego w ramach projektu EOD. Wykonawca zobowiązany będzie do dokonania w odpowiednim zakresie aktualizacji dokumentacji powykonawczej będącej w posiadaniu zamawiającego i do której zamawiający posiada majątkowe prawa autorskie. Aktualnie wykorzystywany przez zamawiającego system wydruku oparty jest na rozwiązaniu YSoft SafeQ v.3.6 Enterprise oraz urządzeniach drukujących Xerox WorkCentre 6400, Xerox WorkCentre 7120 oraz Xerox WorkCentre 7765. W udzielonych wyjaśnieniach z dnia 19 listopada 2012 roku, zamawiający podał m.in., że wykorzystuje system wydruku oparty na rozwiązaniu YSoft SafeQ v.3.6 Enterprise z prawem do aktualizacji do wersji 4.0, którą wykona we własnym zakresie (pytanie nr 1) oraz podał, że wymaga integracji z rozwiązaniem YSoft SafeQ v.4 Enterprise.

Zamawiający dopuścił oferowanie rozwiązań równoważnych. W pkt 1.6 Załącznika nr 1 do siwz, po jego modyfikacji z dnia 22 listopada 2012 roku, zamawiający podał minimalne wymagania techniczne urządzeń, wskazując na możliwość zarządzania pracami z panelu urządzenia drukującego w zakresie m.in.: wykonania bezpiecznej kopii dokumentu tj. nanoszenie na kopię, wykonywaną przez urządzenie informacji zawierającej identyfikator użytkownika, czas i miejsce wykonania kopii. (lit. d). W pkt 3 Załącznika nr 1 podał zakres wymaganej integracji dostarczonych oprogramowań z użytkowanym przez zamawiającego systemem wydruku. W pkt 1.9 Załącznika nr 1 do opisał funkcjonalność związaną z zabezpieczeniem dokumentów, wskazując na: wstawienie w dokument pola graficznego w postaci szarego paska, wykonanego przy pomocy odpowiednio spreparowanego rastra (..) lub równoważnego zabezpieczenia pozwalającego jednoznacznie odróżnić kopię dokumentu od oryginału oraz nanoszenie na kopię, wykonywaną przez urządzenie, informacji zawierającej: identyfikator użytkownika, urządzenia, czas i miejsce wykonania kopii.

Izba ustaliła, że postępowaniu wpłynęły cztery oferty: Sequence Sp. z o.o. z ceną 4 367 035 zł, IT. Expert Sp. z o.o. z ceną 4 800 800 zł, Konica Minolta Business Solution Polska Sp. z o.o. z ceną 4 113 364 zł oraz Biatel Bit S.A. z ceną 3 882 580 zł. Oferta wykonawcy Biatel Bit S.A. została odrzucona.

Wykonawca Konica Minolta Business Solution Polska Sp. z o.o. (dalej Konica Minolta) w ofercie z dnia 4 grudnia 2012 roku zaproponował rozwiązanie oparte o urządzenia KonicaMinolta Bizhub C224 oraz licencję na oprogramowanie YSoft SafeQ v.4 ORS wraz z 3 letnią gwarancją.

Mając na uwadze powyższe, Izba zważyła co następuje:

### **Odwołanie podlega oddaleniu.**

W ocenie Izby, wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Izba dopuściła jako dowody w sprawie: dokumentację postępowania o zamówienie publiczne wraz z udzielonymi wyjaśnieniami, ofertę Konica Minolta wraz z wyjaśnieniami treści oferty złożonymi przez tego wykonawcę dnia 7 i 18 lutego 2012 roku a także załączone przez odwołującego pisma: z dnia 18 marca 2013 roku Xerox Polska Sp. z o.o. oraz YSoft Corporation a.s. oraz złożone przez Konika Minolta pismo z dnia 22 marca 2013 roku Ysoft Corporation a.s.

W ocenie Izby, twierdzenia odwołującego, jak również załączone przez niego dowody, opierają się przekonaniu, że dla zapewnienia integracji w wymaganym przez zamawiającego zakresie, zaproponowanego rozwiązania z istniejącym aktualnie u zamawiającego koniecznym jest modyfikacja kodu źródłowego. Tymczasem wymóg ten nie wynika z treści samej specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jak również z udzielonych w toku postępowania wyjaśnień. Izba podzieliła stanowisko zaprezentowane w toku rozprawy przez Konica Minolta, iż odwołujący, na którym zgodnie z dyspozycją art. 6 k.c. oraz art. 190 ust. 1 ustawy Pzp, spoczywa ciężar udowodnienia faktów, z których wywodzi korzystne dla siebie skutki prawne, nie przedstawił żadnych dowodów potwierdzających stanowisko o niespełnieniu przez zaproponowane w ofercie Konica Minolta rozwiązanie wymagań funkcjonalnych, określonych w pkt 1.6 oraz 1.9 Załącznika nr 1 do siwz. Przedstawione przez odwołującego dowody w postaci pism: Xerox Polska Sp. z o.o. z dnia 18 marca 2013 roku oraz YSoft Corporation a.s., nie potwierdzają tezy, że w zakresie funkcji zabezpieczenia dokumentów system SafeQ integruje się w pełnym zakresie jedynie z urządzeniami, które zamawiający nabył w 2009 roku oraz że zintegrowanie urządzeń Konica Minolta z obecnie wykorzystywanym systemem SafeQ wymaga modyfikacji kodu źródłowego. YSoft Corporation a.s. w złożonym piśmie potwierdza jedynie, że „funkcja zabezpieczenia

dokumentów jest dostępna w systemie wyłącznie dla urządzeń Xerox. Jakikolwiek inne wykorzystanie tej funkcjonalności wymaga stosownej, pisemnej zgody Xerox”. Z kolei w piśmie z dnia 18 marca 2013 roku Xerox Polska Sp. z o.o. informuje jedynie, że „nie otrzymał zapytania ze strony KonicaMinolta Business Solution Polska Sp. z o.o. dotyczącego możliwości ingerencji w kod źródłowy aplikacji SafeQ zainstalowanej w Ministerstwie Spraw Zagranicznych”. Złożone oświadczenia nie stanowią potwierdzenia konieczności ingerencji w kod źródłowy w przypadku zastosowania urządzeń innych producentów np. Konica Minolta.

Tymczasem potwierdzeniem spełniania funkcji określonych w pkt 1.6 oraz 1.9 załącznika nr 1 do siwz jest sama treść oferty złożonej przez Konica Minolta, w której na stronie 13 wykonawca zadeklarował spełnianie przez oferowane rozwiązanie funkcjonalności z pkt 1.6 oraz wskazał, że oferowane urządzenia Bizhub C224 posiadają zaawansowane mechanizmy zabezpieczające dokumenty przed ewentualnym nieautoryzowanym wykorzystaniem, w tym funkcjonalność zabezpieczenia kopii oraz nanoszenia dodatkowych informacji. Dodatkowe potwierdzenie spełniania funkcjonalności „zabezpieczenia dokumentów” stanowi przedłożone przez Konica Minolta jako dowód w sprawie oświadczenie YSoft Corporation a.s. z dnia 22 marca 2013 roku, w którym potwierdzono, że „SafeQ 4.0 Enterprise nie zakłóca, nie ingeruje w ani nie wyłącza oryginalnej funkcji „zabezpieczenia dokumentów”, znanej również pod nazwą funkcja „zabezpieczenie kopii”, jaką zapewnia urządzenie Konica Minolta Bizhub C224”.

Izba nie podzieliła także stanowiska odwołującego co do sprzeczności pomiędzy udzielonymi przez Konica Minolta wyjaśnieniami treści oferty z dnia 8 lutego oraz 18 lutego 2013 roku. W wyjaśnieniach tych wykonawca potwierdził, że wymagana funkcjonalność zabezpieczenia dokumentów bazuje na natywnej funkcjonalności oferowanych urządzeń i zostanie uruchomiona w ramach wdrożenia „stosownej aplikacji”. Przy czym zamawiający nie wymagał wskazania jaka to będzie aplikacja czy opisanie jej parametrów technicznych. W konkluzji, stwierdzić należy, że z uwagi na brak przedstawienia przez odwołującego dowodów potwierdzających, że dla zapewnienia funkcjonalności z pkt 1.6 i 1.9 wymagana jest ingerencja w kod źródłowy, Izba uznała, że odwołania nie zasługuje na uwzględnienie.

Ponadto podnieść należy, że jak oświadczył w toku rozprawy zamawiający, aktualnie prowadzone są testy zaproponowanych przez wykonawców rozwiązań, podczas których zamawiający dokona weryfikacji i oceny zgodności deklarowanych parametrów z określonymi w siwz. Możliwość taką zamawiający zastrzegł w treści pkt 17.4 - 17.6 siwz, wskazując jednocześnie, że brak dostarczenia oraz konfiguracji z wykorzystywanym systemem wydruku bądź dostarczenie urządzenia drukującego, którego parametry nie są zgodne z zadeklarowanymi w ofercie skutkować będzie odstąpieniem zamawiającego od podpisania umowy i zatrzymaniem wadium z odsetkami.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

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

**Przewodniczący:** .....



Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

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

**Przewodniczący:** .....