

Sygn. akt: KIO 1195/18

WYROK
z dnia 3 lipca 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Paweł Trojan

Protokolant: Marta Słoma

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 czerwca 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **18.06.2018 r.** przez wykonawcę **DKS Spółka z o.o., ul. Energetyczna 15, 80-180 Kowale** w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez Zamawiającego - **Izba Administracji Skarbowej w Kielcach, ul. Sandomierska 105, 25-324 Kielce** w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Usługa outsourcingu obejmująca drukowanie, kopiowanie i skanowanie dokumentów” (numer referencyjny 2601-ILZ.260.3.2018).

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum **Ediko Spółka z o.o., ul. Nakielska 3, 01-106 Warszawa** oraz **R.P.** prowadzący działalność gospodarczą pod firmą **Arcop R.P.** zgłaszających przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Odwołującego.

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia p. **Z.S.** oraz p. **K.S.** prowadzący działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod firmą **KWANT s.c. Z.S. i K.S., Al. Solidarności 15a, 25-323 Kielce** zgłaszających przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych i zero groszy) obciąża Odwołującego - **DKS Spółka z o.o., ul. Energetyczna 15, 80-180 Kowale** i:

- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **DKS Spółka z o.o., ul. Energetyczna 15, 80-180 Kowale** tytułem wpisu od odwołania,

3. Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 20 lipca 2017 r., poz. 1579 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Kielce**.

Przewodniczący:

.....

U z a s a d n i e

do wyroku z dnia 3 lipca 2018 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1195/18

Zamawiający – Izba Administracji Skarbowej w Kielcach, ul. Sandomierska 105, 25-324 Kielce prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Usługa outsourcingu obejmująca drukowanie, kopiowanie i skanowanie dokumentów” (numer referencyjny 2601-ILZ.260.3.2018).

Postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 21.02.2018 r. ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w suplemencie do Dz. U. UE pod numerem 2018/S 036 – 078582.

W dniu 08.06.2018 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18.06.2018 r. w formie pisemnej przez wykonawcę DKS Spółka z o.o., ul. Energetyczna 15, 80-180 Kowale wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i zaniechania odrzucenia oferty KWANT s.c. jako niezgodnej z treścią SIWZ.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

1. naruszenie art 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez niewłaściwe jego zastosowanie i uznanie, że złożona przez oferta KWANT s.c. Z. S., K. S. odpowiada treści istotnych warunków zamówienia oraz uznanie, że oferta ta nie powinna zostać odrzucona,
2. naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy Pzp przez niewłaściwe jego zastosowanie i uznanie, że za ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia może być uznana oferta złożona przez KWANT s.c. Z. S., K. S.,
3. naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp przez niewłaściwe jego zastosowanie i prowadzenie postępowania w sposób, który nie zapewnia uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, gdyż Zamawiający przeprowadził testy systemu proponowanego przez jednego z wykonawców biorącego udział w postępowaniu - KWANT s.c. Z, S., K. S. w obecności tylko tego wykonawcy, bez obecności innych wykonawców, którzy o tych testach nie zostali poinformowani.

Biorąc pod uwagę powyższe naruszenia Odwołujący wniósł o:

1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
3. obciążenie Zamawiającego kosztami niniejszego postępowania w całości oraz zwrócenie ich Odwołującemu.

Nadto Odwołujący wniósł o dopuszczenie oraz przeprowadzenie dowodu z:

1. oględzin (w obecności odwołującego oraz biegłego z zakresu informatyki) systemu zaoferowanego w ofercie przez KWANT s.c. Z. S., K. S.,
 2. opinii biegłego z zakresu informatyki,
- wszystkich na okoliczność tego, że oferta KWANT s.c. Z. S., K. S. nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

UZASADNIENIE

Dnia 8 czerwca 2018 r. Zamawiający - Izba Administracji Skarbowej w Kielcach, działając w oparciu o art. 92 ust. 2 ustawy Pzp poinformował, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego „Usługa outsourcingu obejmująca drukowanie, kopiowanie i skanowanie dokumentów” jako najkorzystniejsza została wybrana oferta wykonawcy KWANT s.c. Z. S., K. S. (dalej również jako KWANT s.c.).

W przedmiotowym postępowaniu wpłynęły 4 oferty:

- 1/ oferta KWANT s.c. Z. S., K. S., która otrzymała 100 punktów (cena - 60 punktów, parametry ekranu LCD - 10 punktów, parametry podajnika DSDF - 18 punktów, zatrudnienie osób bezrobotnych 2 punkty, format wydruku urządzenia z grupy II - 10 punktów);
- 2/ oferta Konica Minolta Business Solutions Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie - oferta odrzucona na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp;
- 3/ oferta Konsorcjum Ediko Spółka z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz ARCOP R.P. w Kielcach - 93,54 punktów (cena - 53,54 punktów, parametry ekranu LCD - 10 punktów, parametry podajnika DSDF - 18 punktów, zatrudnienie osób bezrobotnych 2 punkty, format wydruku urządzenia z grupy II - 10 punktów);
- 4/ oferta DKS Spółka z o.o. z siedzibą w Kowalach (odwołującego) - 95,12 punktów (cena - 55,12 punktów, parametry ekranu LCD - 10 punktów, parametry podajnika DSDF - 18 punktów, zatrudnienie osób bezrobotnych 2 punkty, format wydruku urządzenia z grupy II - 10 punktów).

Jednocześnie w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej Zamawiający wskazał m.in., że KWANT s.c. po dokonanej prezentacji zaproponowanych urządzeń i systemów, która

odbyła się dnia 8 czerwca 2018 r. (a o której inni wykonawcy nie byli informowani) wykazał, że zaoferowane rozwiązania spełniają postawione w SIWZ wymagania oraz, że oferta KWANT s.c. jest najkorzystniejsza w rozumieniu art. 2 pkt 5 lit. a ustawy Pzp

Jako, że doszło, zdaniem Odwołującego, do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, art. 91 ust. 1 ustawy Pzp jak również art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, w sposób określony we wstępie do niniejszego odwołania, przedmiotowy wybór oferty najkorzystniejszej dokonany przez Zamawiającego na rzecz KWANT s.c. winien być uznany za nieważny, a szczegółowe informacje zawarte w przedmiotowej informacji Zamawiającego z dnia 8 czerwca 2018 r. nie mogą uznane za wiążące oraz zgodne z prawdą, gdyż jak wskazał Odwołujący, rozwiązanie zaoferowane przez KWANT s.c. nie spełnia wymogów SIWZ w jednej z grup urządzeń.

W ocenie Odwołującego zaoferowany System wspiera jedynie urządzenia z platformą „e-BRIDGE”. Jest to wyraźnie opisane w specyfikacji oprogramowania. Platforma „e-BRIDGE” to platforma obsługująca wszystkie urządzenia Toshiba oraz niektóre modele OKI.

Oferta KWANT s.c. składała się z 2 grup urządzeń.

Pierwsza Grupa to urządzenia MFP firmy Toshiba.

Druga grupa to drukarki Kyocera.

W przypadku drukarek Kyocera system, zdaniem Odwołującego, nie obsługuje urządzeń, które nie posiadają platformy „e-BRIDGE”, tym bardziej urządzeń firmy Kyocera a zaoferowane drukarki muszą być rozliczane zgodnie z wymaganiami Zamawiającego w ramach jednego Systemu.

Jak podniósł Odwołujący KWANT s.c. zaoferował system, który nie spełnia wymagań w zakresie następujących wymagań Zamawiającego:

Punkt 3 wymagań Zamawiającego dotyczących systemu Wydruku Podpunkt 3 brzmi:

„System ma zapewnić monitorowanie i rozliczanie (kolejka, klucz USB) kopii, skanów na użytkownika z urządzeń MFP (grupa I-III) będących przedmiotem zamówienia. System zapewni również monitorowanie wydruków z drukarek (grupa IV) w podziale na użytkownika w zadanym czasie.”.

Jednocześnie Zamawiający nie dopuszcza instalacji lokalnych agentów i wymaga dokładnego zliczania wydruków mieszanych co uniemożliwia odczyt z bufora wydruku Windows. OPZ (20.04.2018) Załącznik Nr 1 do SIWZ - Rozdz. III, pkt. 6 - „Zamawiający nie dopuszcza instalacji jakiegokolwiek oprogramowania na komputerach klienckich w celu monitorowania wydruków. System musi działać na serwerach wydruku”.

Z powyższych wymogów wynika więc, w ocenie Odwołującego, że wydruki muszą być zliczane w Systemie, co nie jest możliwe dlatego, że specyfikacja mówi jasno, że muszą być to urządzenia z kontrolerem „e- BRIDGE” aby można dokonać integracji. Innymi słowy, zdaniem Odwołującego, Zamawiający w SIWZ wymaga, aby System wymieniony z nazwy (Toshiby) rozliczał (również) urządzenia innych marek, np. drukarki Kyocery.

Jak wskazano w dalszej części uzasadnienia należy także pamiętać o tym, że aby można było się zintegrować z urządzeniami Kyocera wymagana jest akredytacja Kyocery, a takowej KWANT s.c., wedle wiedzy Odwołującego, nie posiada. Odwołujący wnosi więc o zobowiązanie KWANT s.c. do przedstawienia akredytywy Kyocera pozwalającej zintegrować się z systemami Kyocera.

Wskazać również należy, że Zamawiający co prawda przeprowadził testy rozwiązania KWANT s.c., lecz nie przetestował tej grupy urządzeń w której funkcjonalność nie spełnia wymogów zawartych w SIWZ. W trakcie testów testowano tylko urządzenia Toshiba, a nie urządzenia Kyocera. Dodatkowo inni wykonawcy nie uczestniczyli w tym teście, więc odbyły się tylko w wąskim gronie Zamawiający - KWANT s.c. Tym samym, w ocenie Odwołującego, testów tych nie można uznać za obiektywne i wiążące.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp; „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ”.

Jak wskazano w uzasadnieniu odwołania przez pojęcie „treść oferty” należy rozumieć deklarowane w ofercie spełnienie wymagań zamawiającego przede wszystkim co do zakresu, ilości, jakości warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia publicznego zamówienia. „Treść oferty” to treść zobowiązania wykonawcy do zgodnego z żądaniami zamawiającego wykonania przedmiotu zamówienia publicznego. Na tak rozumianą treść oferty składa się formularz ofertowy oraz wszystkie dokumenty dookreślające i precyzujące zobowiązanie wykonawcy dotyczące przedmiotu oraz zakresu lub wielkości zamówienia, składane wraz z formularzem ofertowym. Zadeklarowana przez wykonawcę treść oferty musi znaleźć potwierdzenie w dokumentach składanych przez wykonawcę w celu potwierdzenia spełniania przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego. W konsekwencji brak takiego potwierdzenia również jest podstawą do odrzucenia oferty jako niezgodnej z treścią SIWZ.

Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ zamówienia w rozumieniu art. 89 ust, 1 pkt 2 ustawy Pzp polega na niezgodności zobowiązania, które wykonawca wyraża w swojej ofercie i przez jej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, które zamawiający opisał

w SIWZ i którego przyjęcia oczekuje. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma miejsce w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia, nie zapewniając jego realizacji w całości zgodnie z wymogami zamawiającego (taj wyrok KIO z 24.10.2008 r., KIO/UZP 1093/08).

Jak wskazał Odwołujący w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej podkreśla się nadto, że niezgodność treści oferty z treścią SIWZ powinna być oceniana z uwzględnieniem definicji oferty zawartej w art. 66 k.c., tj. niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami zamawiającego, odnoszącymi się do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia, a więc materialnej sprzeczności zakresu zobowiązania zawartego w ofercie z zakresem zobowiązania, którego zamawiający oczekuje, zgodnie z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W orzecznictwie przez pojęcie treści oferty należy rozumieć deklarowane w ofercie spełnienie wymagań zamawiającego przede wszystkim co do zakresu, ilości, jakości warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia (wyrok KIO z 10.11.2011 r., KIO 2345/11). Natomiast w wyroku z 8.06.2009 r., KIO/UZP 663/09, Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że treść oferty należy rozumieć jako treść zobowiązania wykonawcy do zgodnego z żądaniami zamawiającego wykonania zamówienia.

W wyroku z 14.08.2014 r., KIO 1543/14, LEX nr 1514851, Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, stanowiąca przesłankę odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zachodzi wówczas, gdy zawartość merytoryczna oferty nie odpowiada między innymi pod względem przedmiotu zamówienia lub sposobu jego wykonania wymaganiom zawartym w SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ustawy Pzp.

Na uwadze mieć należy również, że zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz z zastrzeżeniem ust. 1a i 2 p.z.p., dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

W myśl art. 91 ust. 1 ustawy Pzp: „Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ.

W ocenie Odwołującego skoro oferta KWANT s.c. nie odpowiadała treści SIWZ zamówienia nie można było jej wybrać na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ, gdyż warunkom tym nie odpowiadała ona.

Pojęcie „kryterium” nie zostało zdefiniowane ustawowo. Przyjmuje się, że kryteria oceny ofert to mierniki służące za podstawę oceny ofert złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, umożliwiające sprawiedliwe porównanie ofert oraz gwarantujące wybór oferty rzeczywiście najkorzystniejszej. Określenie uniwersalnej procedury oceny ofert i

obiektywnych kryteriów, według których ocena ma być dokonywana, ma na celu zapewnienie przejrzystości tej fazy postępowania, pewność prawną oraz standaryzację wszystkich postępowań o udzielenie zamówień publicznych.

Zgodnie z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp: „1. Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. 3. Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Jak zostało wskazane w dalszej części odwołania zasada równego traktowania stanowi jedną z fundamentalnych zasad prawa zamówień publicznych. Jest ona kierowana przede wszystkim do zamawiającego, który jako organizator postępowania powinien stać na jej straży, stwarzając wszystkim zainteresowanym podmiotom możliwość równego dostępu do uzyskania zamówienia publicznego.

Zasada ta jest także bezpośrednio związana z zasadą poszanowania uczciwej konkurencji, proporcjonalności i przejrzystości. Poszanowanie uczciwej konkurencji zobowiązuje zamawiającego do traktowania wszystkich wykonawców ubiegających się o zamówienie w sposób jednakowy, a proporcjonalność i przejrzystość do transparentnego stosowania środków adekwatnych do zamierzonego celu.

Zasada ta sprowadza się do jednakowego traktowania podmiotów znajdujących się w takiej samej sytuacji oraz do zakazu jednakowego traktowania podmiotów znajdujących się w odmiennych sytuacjach z zastrzeżeniem, iż nierówne traktowanie jest dopuszczalne w obiektywnie uzasadnionych przypadkach.

Wskazać należy, zdaniem Odwołującego, iż naruszenie zasady uczciwej konkurencji może dotyczyć różnych segmentów postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i wynikać z działania zamawiającego (np. opis przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty), jak również wykonawcy (np. złożenie oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, złożenie oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji). To na zamawiającym ciąży obowiązek przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, a więc taki, który nie będzie eliminować z udziału w postępowaniu określonej grupy wykonawców bądź nie będzie stwarzać określonej grupie wykonawców uprzywilejowanej pozycji.

Jeżeli więc Zamawiający - Izba Administracji Skarbowej w Kielcach przeprowadza daną czynność w obecności tylko jednego wykonawcy, nie powiadamiając o tym innych

wykonawców, wydaje się oczywistym, w ocenie Odwołującego, że dochodzi do naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp. Mając na uwadze powyższe Odwołujący wniósł jak we wstępie.

Zamawiający pismem z dnia 26.06.2018 r. wniósł odpowiedź na odwołanie. W jej treści wniósł o oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, ofertą złożoną w postępowaniu przez Przystępującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia p. Z.S. oraz p. K.S. prowadzący działalność w formie spółki cywilnej pod firmą KWANT s.c. Z.S. i K.S., Al. Solidarności 15a, 25-323 Kielce oraz korespondencją prowadzoną w toku postępowania pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody przez Odwołującego będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Wnoszący odwołanie złożył w postępowaniu ofertę sklasyfikowaną na drugim miejscu w rankingu ofert zmierzając do odrzucenia oferty uznanej za najkorzystniejszą. W przypadku zaś uwzględnienia odwołania ma on szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Odnosząc się do opozycji wykonawców p. Z.S. oraz p. K.S. prowadzący działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod firmą KWANT s.c. Z.S. i K.S. wobec przystąpienia do postępowania po stronie Odwołującego wykonawców Konsorcjum Ediko Spółka z o.o. oraz R.P. prowadzący działalność pod firmą Arcop R.P. Izba nie uwzględniła tego wniosku. Izba wskazuje, że interes w zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego ma szerszy charakter niż interes we wniesieniu odwołania. Nadto samo pojęcie interesu we wniesieniu środka ochrony prawnej w oparciu o orzecznictwo TSUE jest obecnie rozumiane

szerzej niż dotychczas. Wynika to nie tylko z orzecznictwa Trybunału ale również z faktu przemodelowania procedury ubiegania się o zamówienie publiczne, gdzie doszło m.in. do wprowadzenia tzw. procedury odwróconej powodującej, że na wstępnym etapie postępowania podmiot zamawiający nie ma obowiązku oceny pod względem podmiotowym wszystkich wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. Nadto zauważyć należy, iż w ramach niniejszego postępowania wykonawca Konsorcjum Ediko Spółka z o.o. oraz Arcop R.P. swojego interesu w przystąpieniu upatrują w braku dopuszczenia innych wykonawców do udziału w testach oferowanego systemu wiążąc ten argument ze wskazanym w odwołaniu zarzutem naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp. Tym samym przesądzenie na tym etapie braku interesu we wniesieniu dowołań stanowiłoby swego rodzaju przesąd, gdyż element ten stanowi kwestię podlegającą merytorycznemu rozpoznaniu na rozprawie. Biorąc pod uwagę powyższe argumenty Izba oddaliła opozycję zgłoszoną przez wykonawców p. Z.S. oraz p. K.S. prowadzący działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod firmą KWANT s.c.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z treści ogłoszenia o zamówieniu, treści SIWZ, oferty złożonej w postępowaniu przez Przystępującego - wykonawców p. Z.S. oraz p. K.S. prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod firmą KWANT s.c., jak również korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie Zamówienia publicznego.

Izba uwzględniła również dowody z dokumentów przedłożone na rozprawie przez wykonawców p. Z.S. oraz p. K.S. prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod firmą KWANT s.c. (dalej „KWANT s.c.”) obejmujących:

1. Oświadczenie producenta oprogramowania APSM produkcji OBS Poland K.P. z dnia 27.06.2018 r. potwierdzającego dla wersji oprogramowania 20180507, że obsługuje ona drukarki Toshiba oraz zaoferowane w postępowaniu przez KWANT s.c. jednofunkcyjne monochromatyczne drukarki Kyocera, w tym zapewnia monitorowanie wydruków z drukarek z podziałem dla na użytkownika bez instalowania jakiegokolwiek dodatkowego programu na komputerach klienckich. Dodatkowo w powyższym oświadczeniu zostało wskazane, że do realizacji wymaganych w SIWZ funkcjonalności nie wymagana jest żadna akredytacja ze strony producenta czy przedstawiciela Kyocera, gdyż aplikacja APSM wykorzystuje informacje publiczne dostępne w tych drukarkach. Do ww. oświadczenia załączono dokument w postaci wydruku strony raportowej SureCountPro: Raport Wydruków Systemu wygenerowany 29.06.2018 r. OBS Poland 2009 dla drukarki Kyocera Ecosys P3045dn VM4

w ramach organizacji ZPUE S.A. dla dwóch osób (użytkowników) wskazujący na ilość wydruków z przypisaniem ilości dla każdego użytkownika.

2. Oświadczenie Arcus S.A. O możliwości współpracy zaoferowanej drukarki Kyocera w ramach zaoferowanego przez wykonawcę KWANT s.c. systemami zarządzania wydrukiem (w tym APSM) nie korzystając z poufnych informacji producenta i nie jest wymagana akredytacja producenta drukarek. Jako załącznik do ww. oświadczenia została dołączona autoryzacja producenta Kyocera dla Arcus S.A. jako oficjalnego dystrybutora na terytorium Polski dla produktów Kyocera Document Solutions z datą ważności do 31.12.2019 r.

3. Oświadczenie Cersanit z dnia 22.06.2018 r. odnoszące się do współpracy w ramach jednego systemu opartego na oprogramowaniu APSM produkcji OBS Poland w ramach urządzeń Toshiba, Lexmark i Kyocera wraz z jego właściwościami.

4. Oświadczenie ZPUE S.A. z dnia 26.06.2018 r. odnoszące się do współpracy w ramach jednego systemu opartego na oprogramowaniu APSM produkcji OBS Poland w ramach urządzeń Toshiba i Kyocera wraz z jego właściwościami.

W zakresie wniosku Odwołującego o przeprowadzenie dowodu z okazania systemu oferowanego przez Przystępującego KWANT s.c. przy udziale biegłego oraz o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego wszystkich na okoliczność tego, że oferta KWANT s.c. Z. S., K. S. nie odpowiada treści SIWZ w pierwszej kolejności wskazać należy, iż tak sformułowana przez Odwołującego teza dowodowa zawiera w sobie założenie, którego podstawa będzie powodowała wadliwość przeprowadzonego dowodu.

Kolejną podstawą oddalenia wyżej wskazanego wniosku jest to, że ocena okoliczności wskazanych jako podstawa faktyczna zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nie wymaga wiadomości specjalnych. Otóż de facto zarzut ten sprowadza się do oceny, że system zaoferowany przez Przystępującego KWANT s.c. nie pozwala dla urządzeń grupy IV dokonania zliczania liczby wykonanych kopii z przypisaniem ich do poszczególnych użytkowników w oparciu tylko i wyłącznie o system dostarczony przez wykonawcę bez udziału urządzeń i oprogramowania stanowiących własność Zamawiającego (bez udziału urządzeń i systemów peryferyjnych). W ocenie Izby istnieje możliwość oceny realizacji przez system tego typu funkcjonalności przy odpowiednim scenariuszu testów, gdyż ocena tej funkcjonalności odnosi się do prostych i standardowych funkcjonalności, zaś sama ocena czy system dostarczony przez wykonawcę samodzielnie dokonuje zliczenia kopii z ich przypisaniem poszczególnym użytkownikom sprowadza się zasadniczo do oceny rzetelności danych przez oprogramowanie dedykowane do systemu. Jednakże zasadniczym powodem oddalenia ww. wniosku dowodowego jest okoliczność, że w ocenie Izby okoliczności pozwalające na ocenę merytoryczną zarzutów zostały wykazane innymi dowodami, w tym dowodami w postaci akt postępowania oraz dowodami z dokumentów złożonymi na

rozprawie przez wykonawcę KWANT s.c. (art. 190 ust. 6 ustawy Pzp). Ocena merytoryczna tych dowodów, w tym ocena ich wiarygodności oraz mocy dowodowej nastąpi w dalszej części uzasadnienia w ramach merytorycznego rozpoznania zarzutów. W tym miejscu jedynie należy wskazać, że złożone przez wykonawcę KWANT s.c. dowody z dokumentów korespondują z treścią złożonej przez tego wykonawcę oferty, w tym w szczególności pozwalają na identyfikację oprogramowania (aplikacja APSM produkcji OBS Poland K.P. wersja 20180507), które to oprogramowanie zostało wskazane w ofercie wykonawcy KWANT s.c. na str. 38.

Jak dodatkowo Izba wskazała na posiedzeniu postulowany dowód z opinii biegłego oraz oględzin stałby w sprzeczności z postanowieniami SIWZ, którymi związani są nie tylko wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego, lecz przede wszystkim podmiot zamawiający oraz organy rozpoznające środki ochrony prawnej. Otóż Zamawiający w treści SIWZ nie przewidział nie tylko badania urzędzeń grupy IV, lecz również w ogóle nie dopuścił w testach udziału innych wykonawców, poza umocowanymi przedstawicielami tego wykonawcy, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą (vide Rozdział XIV pkt 4 ppkt 4.1. SIWZ oraz Rozdział XIV pkt 4 ppkt 4.7. SIWZ).

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że przedmiotem postępowania jest usługa outsourcingu obejmująca drukowanie, kopiowanie i skanowanie dokumentów.

Zgodnie z postanowieniami SIWZ (Rozdział III pkt 1-3 Opisu przedmiotu zamówienia stanowiącego Załącznik Nr 1 do SIWZ) Zamawiający przedstawił następujące wymagania:

1. Wykonawca w ramach realizacji zamówienia wdroży system zarządzania dzierżawionymi urządzeniami drukującymi, wydruku centralnego i rozliczania kosztów dla dzierżawionych urządzeń zwany dalej Systemem.
2. Całość Systemu musi zostać zainstalowana na serwerach dostarczonych przez Wykonawcę.

Dostarczone serwery zostaną zainstalowane przez Wykonawcę przy asyście pracowników Zamawiającego we wskazanych przez Zamawiającego miejscach każdej z lokalizacji wskazanej w kolumnie „Jednostka i adres” w tabeli w pkt 4 części II niniejszego Załącznika.

3. System ma zapewnić monitorowanie i dokładne rozliczanie wydruków (kolejka, wydruk bezpośredni, klucz USB), kopii, skanów na użytkownika z urządzeń MFP (grupa I-III) będących przedmiotem zamówienia. System zapewni również monitorowanie wydruków z drukarek (grupa IV) w podziale na użytkownika w zadanym czasie.

Warunki przeprowadzenia tej prezentacji/testu zostały opisane w części XIV pkt 4 i podpunkty 4.1-4.9 siwz:

„4. Przed dokonaniem ostatecznego wyboru oferty Zamawiający zastrzega sobie prawo żądania od Wykonawcy, którego oferta zostanie wstępnie oceniona jako najkorzystniejsza, przetestowania oferowanego rozwiązania (tj. oferowanych systemów oraz urządzeń) w zakresie spełnienia wymogów SIWZ tj. dokonania prezentacji oferowanego systemu/systemów i co najmniej części urządzeń.

4.1. W celu przeprowadzenia testów wezwany Wykonawca niezwłocznie, najpóźniej w ciągu 4 dni roboczych od dnia wezwania, dostarczy do siedziby Zamawiającego:

- niezbędny do testów sprzęt tj.: min. po jednej sztuce urządzeń spełniających wymagania opisane dla urządzeń z grupy I, II i III oraz min. 1 szt. modułu faksu i jednoprzebiegowego dwustronnego podajnika dokumentów — dostarczony na prezentację sprzęt będzie tożsamy ze sprzętem, który Wykonawca wskaże w formularzu ofertowym (sprzęt używany do prezentacji nie musi być sprzętem fabrycznie nowym, celem prezentacji jest sprawdzenie funkcjonalności sprzętu),

- oferowane oprogramowanie (w formie pozwalającej na dokonanie prezentacji we współpracy z dostarczonymi urządzeniami) i dokona praktycznej prezentacji oferowanego systemu/systemów i funkcjonalności urządzeń. Na podstawie prezentacji Zamawiający dokona ostatecznej oceny co do spełniania wymogów SIWZ przez ofertowany system i urządzenia. W trakcie prezentacji Zamawiający ma prawo do żądania zaprezentowania wszystkich funkcjonalności systemów i urządzeń wymaganych w siwz.

Prezentacja odbywać się będzie według scenariusza opracowanego przez Zamawiającego. W trakcie prezentacji Wykonawca będzie prezentował funkcjonalności zaoferowanych systemów zgodnie z zaleceniami Zamawiającego żadne z wymagań postawionych przez Zamawiającego podczas dokonywania prezentacji nie będzie wykraczać poza wymagania postawione i opisane w niniejszej SIWZ oraz w jej załącznikach.

4.2. Wynik prezentacji będzie potwierdzał zgodność lub niezgodność funkcjonalności oferowanego systemu/systemów i urządzeń z wymaganiami SIWZ.

4.3. Prezentacja, bez względu na jej wynik, nie może być uzupełniana ani powtarzana, ponieważ nie stanowi ona dokumentów podlegających uzupełnieniu w rozumieniu art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, z zastrzeżeniem pkt. 4.4.

4.4. Zamawiający może wyznaczyć kolejny termin na dokonanie prezentacji wyłącznie w przypadku gdy w trakcie dokonywania prezentacji w pierwotnie ustalonym terminie wystąpią okoliczności powodujące obiektywnie niemożność przeprowadzenia prezentacji i dokonania oceny prezentowanych systemów lub urządzeń, w szczególności w przypadku:

nie dającej się usunąć awarii urządzeń, za pomocą których dokonywana jest prezentacja,
- awarii sieci elektrycznej w miejscu dokonywania prezentacji uniemożliwiającej przeprowadzenie prezentacji.

Ostateczną decyzję o wyznaczeniu drugiego terminu prezentacji podejmuje Zamawiający.

4.5. W przypadku negatywnego wyniku prezentacji tj. gdy w wyniku prezentacji zostanie potwierdzone, że oferowane systemy lub urządzenia nie spełniają wymagań SIWZ oferta Wykonawcy zostanie odrzucona.

4.6. Z prezentacji zostanie sporządzony protokół który będzie podpisany przez przedstawicieli Zamawiającego oraz Wykonawcy, którzy uczestniczyli w prezentacji.

4.7. W prezentacji brać udział będą tylko upoważnieni przedstawiciele Wykonawcy dokonującego prezentacji oraz pracownicy Zamawiającego: członkowie komisji przetargowej oraz inni wyznaczeni przez Zamawiającego pracownicy.

4.8. Zamawiający zastrzega sobie prawo do rejestracji prezentacji za pomocą urządzeń rejestrujących dźwięk i obraz.

Ponieważ prezentacja nie będzie dotyczyć struktury oprogramowania, a jedynie zaprezentowania jego funkcji użytkowych, Zamawiający zakłada, że prezentowane informacje nie będą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa. Jeżeli Wykonawca stwierdzi jednak, że informacje przekazywane na ewentualnej prezentacji będą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, zobowiązany jest poinformować o tym na etapie składania ofert np. dołączając do oferty odpowiednie oświadczenie, w którym opíše rodzaj informacji oraz wykaże, że te informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa — zgodnie z zasadami opisanymi w części XI pkt 3.3 SIWZ.

Zgodnie z pkt 3 wymagań Zamawiającego dotyczących systemu Wydruku:

„System ma zapewnić monitorowanie i rozliczanie (kolejka, klucz USB) kopii, skanów na użytkownika z urządzeń MFP (grupa I-III) będących przedmiotem zamówienia. System zapewni również monitorowanie wydruków z drukarek (grupa IV) w podziale na użytkownika w zadanym czasie.”.

Jednocześnie Zamawiający wskazał, że nie dopuszcza instalacji lokalnych agentów i wymaga dokładnego zliczania wydruków mieszanych co uniemożliwia odczyt z bufora wydruku Windows.

W opisie przedmiotu zamówienia (20.04.2018) Załącznik Nr 1 do SIWZ - Rozdz. III, pkt. 6 zostało wskazane, że: „Zamawiający nie dopuszcza instalacji jakiegokolwiek oprogramowania na komputerach klienckich w celu monitorowania wydruków. System musi działać na serwerach wydruku”.

Jak Izba ustaliła w przedmiotowym postępowaniu oferty złożyło 4 wykonawców:

1. oferta KWANT s.c. Z. S., K. S., która otrzymała 100 punktów (cena - 60 punktów, parametry ekranu LCD - 10 punktów, parametry podajnika DSDF - 18 punktów, zatrudnienie osób bezrobotnych 2 punkty, format wydruku urządzenia z grupy II - 10 punktów);
2. oferta Konica Minolta Business Solutions Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie - oferta odrzucona na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp;
3. oferta Konsorcjum Ediko Spółka z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz ARCOP R.P. w Kielcach - 93,54 punktów (cena - 53,54 punktów punktów, parametry ekranu LCD - 10 punktów, parametry podajnika DSDF - 18 punktów, zatrudnienie osób bezrobotnych 2 punkty, format wydruku urządzenia z grupy II - 10 punktów);
4. oferta DKS Spółka z o.o. z siedzibą w Kowalach (odwołującego) - 95,12 punktów (cena - 55,12 punktów, parametry ekranu LCD - 10 punktów, parametry podajnika DSDF - 18 punktów, zatrudnienie osób bezrobotnych 2 punkty, format wydruku urządzenia z grupy II - 10 punktów).

W ofercie wykonawcy KWANT s.c. w zakresie grup I – III zostały zaoferowane urządzenia produkcji Toshiba, zaś w zakresie grupy IV urządzenia marki Kyocera model Ecosys P3045dn ze wskazaniem dostępności dokumentacji na stronie arcus.pl (str. 38 oferty). Jako system centralny integrujący wszystkie urządzenia została wskazana aplikacja APSM produkcji OBS Poland K.P. (wersja 20180507), które to oprogramowanie zostało wskazane w ofercie wykonawcy KWANT s.c. na str. 38. Na tej samej stronie w części technicznej formularza ofertowego (załącznik nr 2 do SIWZ) w pkt IV jako system druku centralnego wskazano Advanced Printing Solution Manager (dalej APSM) produkcji OBS Poland w wersji 20180507, zaś jako system OCR oprogramowanie e-Bridge produkcji Toshiba.

Zamawiający pismem z dnia 08.06.2018 r. poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej za którą została uznana oferta wykonawcy KWANT s.c. W informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej Zamawiający wskazał m.in., że KWANT s.c. po dokonanej

prezentacji zaproponowanych urządzeń i systemów, która odbyła się dnia 8 czerwca 2018 r. wykazała, że zaoferowane rozwiązania spełniają postawione w SIWZ wymagania oraz, że oferta KWANT s.c. jest najkorzystniejsza w rozumieniu art. 2 pkt 5 lit. a p.z.p.

Na powyższą czynność Odwołujący wniósł odwołanie.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż sformułowane przez Odwołującego zarzuty nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

I. W pierwszej kolejności Izba wskazuje, iż podniesione w treści odwołania zarzuty w postaci art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, którego podstawa faktyczna obejmowała brak możliwości śledzenia (monitorowania) i rozliczania (kolejka, klucz USB) kopii, skanów na użytkownika z urządzeń MFP (grupa I – III) oraz zapewnienia wydruków z drukarek monochromatycznych (grupa IV) w podziale na użytkownika w zadanym czasie w ramach jednego systemu bez udziału jakichkolwiek urządzeń peryferyjnych, czy też oprogramowania znajdującego się na urządzeniach Zamawiającego. Swoje założenie Odwołujący wywiódł z faktu, że dla grup I – III wykonawca KWANT s.c. zaoferował urządzenia Toshiba, zaś dla grupy IV urządzenia Kyocera oraz dodatkowo oparł na hipotezie (własnym przypuszczeniu), że cały system jest oparty na platformie e-BRIDGE, która obsługuje wszystkie urządzenia Toshiba oraz niektóre modele OKI.

Fakt, że platforma ta obsługuje tylko ww. urządzenia wynika wyraźnie, zdaniem Odwołującego, z opisu znajdującego się w specyfikacji oprogramowania. Po pierwsze Odwołujący, jak wyżej wskazano, niezgodność treści oferty wykonawcy KWANT s.c. opiera na hipotetycznych założeniach, po drugie powołuje się na bliżej nie sprecyzowaną specyfikację oprogramowania i co najważniejsze, w ogóle nie odnosi się do treści oferty wykonawcy KWANT s.c., w ramach której na str. 38 zostało wyraźnie wskazane, że cały system został oparty na oprogramowaniu APSM produkcji OBS Poland K.P. w wersji 20180507. Z powyższego wynika, że u podstaw wyżej wskazanego zarzutu legły błędne założenia Odwołującego oderwane od treści oferty wykonawcy KWANT s.c.

W tym miejscu jedynie na marginesie Izba wskazuje, że według informacji powszechnie dostępnych w Internecie oprogramowanie Toshiba e-BRIDGE Re-Rite to rozwiązanie przetwarzające dokumenty papierowe do formy edytowalnej, gotowej do dalszej edycji. System bazujący na pojedynczej licencji oferuje pełną integrację poprzez panel z

urządzeniami wielofunkcyjnymi TOSHIBA z pełnym kontrolerem e-BRIDGE, gwarantując obsługę zadań dla wszystkich użytkowników bez limitów zarówno z pozycji każdego urządzenia wielofunkcyjnego TOSHIBA jak i zdalnego dostępu z dowolnego komputera firmowej sieci.

Mając na uwadze powyższe ustalenia Izba w całej rozciągłości podzieliła argumentację Przystępującego KWANT s.c., że Odwołujący na potwierdzenie swoich twierdzeń nie przedstawił żadnych dowodów. Samo złożenie wniosków o przeprowadzenie dowodów z oględzin i opinii biegłego nie może zostać bowiem uznane za wypełnienie obowiązków mających swoje źródło w treści art. 190 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp. Jeżeli bowiem wnoszący odwołanie posiada przypuszczenia, co do niezgodności treści oferty konkurenta z treścią SIWZ winien powyższe wykazać stosownymi dowodami lub przynajmniej uprawdopodobnić, że w tym zakresie może istnieć taka niezgodność, której pełna kontrola może nastąpić dopiero przy wykorzystaniu wiadomości specjalnych z udziałem biegłego. Odwołujący zaś swój zarzut skonstruował wielopiętrowo z wykorzystaniem hipotez i samych twierdzeń, że system wykorzystany przez wykonawcę KWANT s.c. został oparty na oprogramowaniu e-BRIDGE (wbrew treści oferty KWANT s.c., z której wynika, że oparto go na systemie APSM produkcji OBS Poland), że system ten wspiera jedynie urządzenia z tym oprogramowaniem (powołując się na niezidentyfikowaną specyfikację oprogramowania), oprogramowanie to nie umożliwia obsługi urządzeń Kyocera (twierdzenie nie poparte dowodem), niemożliwe jest zliczanie wydruków w ramach jednego systemu (hipoteza Odwołującego), gdyż tak stanowi specyfikacja tego urządzenia (brak dowodu i sprecyzowania a jaką specyfikacją chodzi), oraz że muszą to być urządzenia z kontrolerem e-BRIDGE aby można było dokonać integracji (założenie nie poparte żadnym dowodem). Dodatkowo Odwołujący wprowadził kolejny argument, (...) *że należy pamiętać, iż aby się zintegrować z urządzeniami Kyocera wymagane jest akredytacja ich producenta* (twierdzenie nie poparte żadnym dowodem). Aby można było uznać, że Odwołujący zasadnie wykazał konieczność powołania dowodu z opinii biegłego winien przynajmniej, mając na uwadze wielopiętrową konstrukcję zarzutu, wykazać (stosownymi dowodami), że oparcie systemu wykonawcy KWANT s.c. na oprogramowaniu APSM produkcji OBS Poland nie umożliwia realizacji w ramach jednego systemu wszystkich wymaganych funkcjonalności oraz, że do takiej integracji wymagana jest np. autoryzacja producenta urządzeń Kyocera. W tym wypadku Odwołujący w żaden sposób nie uprawdopodobnił, a tym bardziej nie wykazał, że współpraca urządzeń Toshiba i Kyocera nie jest możliwa w ramach jednego systemu przy zachowaniu funkcjonalności wymaganych przez Zamawiającego. Wprost przeciwnie, w toku rozprawy Odwołujący wskazał, że taka integracja jest możliwa, gdyż sam oferuje takie rozwiązanie (dosł.: *nie musi pozyskać tej technologii, gdyż ma zrealizowaną integrację w tym zakresie*) i posiada autoryzację (akredytację) producenta Kyocera w tym zakresie. Powyższy

fakt nie został zatem ani uprawdopodobniony, ani wykazany w procesie dowodzenia. Co do akredytacji zgodzić się należy z Przystępującym KWANT s.c., że SIWZ nie zawierała wymagań w tym zakresie. Ponadto, jak wynika z wiedzy powszechnie dostępnej, uzyskanie prawnej możliwości (przez akredytację lub autoryzację) integrowania urządzeń poszczególnych producentów z systemami wydruku centralnego jest bardzo często uzyskiwana właśnie przez wytwórców aplikacji umożliwiających integrację urządzeń w ramach jednego systemu. Jednakże przy tak prostej funkcjonalności, jak wymagana w ramach IV grupy urządzeń, konieczność uzyskania takiej akredytacji nie została w żadnej sposób wykazana przez Odwołującego. Przy tak skonstruowanej argumentacji Odwołujący w uzasadnieniu odwołania stwierdził, że: *„Innymi słowy Zamawiający w SIWZ wymaga aby System wymieniony z nazwy (Toshiby) rozliczał (również) urządzenia innych marek, np. drukarki Kyocery.”* – i opierając się na własnych przypuszczeniach związanych z zastosowaniem przez wykonawcę KWANT s.c. oprogramowania e-BRIDGE uznał, że ta prosta funkcjonalność, wbrew dowodom w postaci np. oświadczenia Cersanit, nie została spełniona.

Odwołujący przedstawił również w uzasadnieniu odwołania szeroką argumentację związaną z treścią oferty zapominając, że stanowi ona w zasadzie oświadczenie woli wykonawcy. Jego kontrola pod względem prawdziwości z rzeczywistym stanem rzeczy może nastąpić jedynie wówczas, gdy oświadczenie to jednocześnie obejmuje oświadczenie wiedzy, a więc referuje do niezależnego od składającego to oświadczenie wykonawcy stanu rzeczy. Jednakże aby dokonać weryfikacji prawdziwości takiego oświadczenia, co postuluje w treści uzasadnienia odwołania Odwołujący, musi istnieć możliwość identyfikacji tego stanu. W niniejszym wypadku brak jest jednak możliwości dokonania takiego porównania, gdyż Odwołujący nie uprawdopodobnił, a tym bardziej nie wykazał dowodami, jakie właściwości posiadają oferowane przez wykonawcę KWANT s.c. urządzenia, jakie wymagania prawne i faktyczne postawił ich producent, jakie właściwości posiada oprogramowanie oferowane przez wykonawcę KWANT s.c. oraz, czy istnieje możliwość współpracy tego oprogramowania z zadeklarowanymi w ofercie urządzeniami (Toshiba i Kyocera) w sposób pożądaný przez Zamawiającego. W przypadku postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą mamy do czynienia z kontradiktoryjnym procesem opartym na cywilistycznej teorii dowodowej, w ramach której ciężar dowodu spoczywa na tym kto twierdzi (tj. podmiocie inicjującym postępowanie odwoławcze) a nie na tym kto zaprzecza (sformułowanym tam zarzutem). Jedyny wyjątek w tym zakresie odnosi się do zarzutu związanego z rażąco niską ceną (art. 190 ust. 1a ustawy Pzp).

W toku postępowania odwoławczego inicjatywę dowodową przejął Przystępujący wykonawca KWANT s.c. Odwołujący, odnosząc się do dowodów zaprezentowanych przez tego wykonawcę, podważał ich wiarygodność twierdzeniami, że są to dowody z dokumentów

prywatnych – a więc podmiotów zainteresowanych określonym rozstrzygnięciem postępowania. Dodatkowo w odniesieniu do wydruku strony raportowej programu APSM produkcji OBS Poland wskazującego, że dokonuje on zliczenia liczby kopii dla urządzeń Toshiba i Kyocera dla poszczególnych użytkowników, przedstawiciel Przystępującego Konsorcjum Ediko Spółka z o.o. oraz Arcop R.P.(dalej „Ediko”) wskazywał zaś, że z żadnego dokumentu nie wynika 100% zliczalność kopii na każdego użytkownika. Odnosząc się do powyższych argumentów wskazać należy, że wszystkie 4 złożone oświadczenia pozwalają na jednoznaczną identyfikację oprogramowania APSM produkcji OBS Poland korespondującą z treścią złożonej oferty (w tym także dla oświadczenia OBS Poland K.P. pod względem jego wersji 20180507). Wersja ta została wskazana w ofercie KWANT s.c. na str. 38. Dodatkowo dwa z tych oświadczeń (oświadczenie Cersanit oraz ZPUE S.A.) zostały złożone przez podmioty nie mające żadnego interesu w rozstrzygnięciu postępowania przetargowego lub odwoławczego na korzyść któregośkolwiek z wykonawców lub którejkolwiek ze stron. Są to jedynie użytkownicy centralnego systemu monitorowania wydruku, zaś dodatkowo wraz z jednym z oświadczeń (OBS Poland K.P.) przedstawiono wydruk strony raportowej systemu oznaczonej dla organizacji ZPUE S.A. wskazujący, że system ten zlicza kopie dla urządzeń Toshiba i Kyocera dla poszczególnych użytkowników. Jak wynika z oświadczenia ZPUE S.A. system ten działa w jego strukturach od 01.07.2016 r., zaś wg oświadczenia Cersanit działa on od 10.11.2010 r. Tym samym, odnosząc się do argumentów kwestionujących te dowody, kierując się doświadczeniem życiowym oraz zasadami logicznego rozumowania należy uznać, że jeżeli wykonawca KWANT s.c. w przeszłości był w stanie dostarczyć centralny zintegrowany system monitorowania wydruku przy wykorzystaniu oprogramowania APSM produkcji OBS Poland dla urządzeń Toshiba i Kyocera to tym bardziej będzie taki system zdolny dostarczyć w przyszłości. W ocenie Izby wykonawca KWANT s.c. wykazał, że taki system został już przez niego wcześniej dostarczony, w jego skład wchodzi urządzenia Toshiba i Kyocera, umożliwia on zliczanie kopii i wydruków z przypisaniem ich do imiennie oznaczonych użytkowników. Dodatkowo należy wskazać, że oświadczenie o wdrożeniu tego systemu u jednego ze wskazanych wyżej podmiotów koresponduje z dokumentami przedstawionymi przez wykonawcę KWANT s.c. w ofercie na potwierdzenie spełnienia warunków.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że brak jest dowodów podważających możliwość integracji urządzeń Toshiba i Kyocera w ramach oprogramowania APSM produkcji OBS Poland z jednoczesnym spełnieniem wszystkich wymagań Zamawiającego dla urządzeń grupy I – III oraz grupy IV. Ponadto jeżeli w drodze testów Zamawiający sprawdził działanie systemu, choć ograniczone do urządzeń grupy I – III, brak jest podstaw do kwestionowania tego faktu bez przedstawienia dowodów potwierdzających okoliczności przeciwne. Wszakże integracja tych urządzeń została potwierdzona przez wykonawcę

KWANT s.c. dowodami w postaci oświadczenia producenta oprogramowania APSM produkcji OBS Poland K.P., możliwość integracji urządzeń Toshiba i Kyocera oświadczeniem dystrybutora Arcus, samo wdrożenie i funkcjonowanie centralnego systemu monitorowania wydruku opartego na aplikacji APSM produkcji OBS Poland z udziałem urządzeń Toshiba i Kyocera oświadczeniami użytkowników tych systemów, tj. producenta armatury Cersanit i producenta rozwiązań dla elektroenergetyki i przemysłu ZPUE S.A. Co niezwykle istotne dla tego zarzutu Odwołujący, co do zasady nie kwestionował prawdziwości oświadczenia wykonawcy KWANT s.c. dotyczącego możliwości dostarczenia centralnego zintegrowanego systemu monitorowania wydruku opartego na urządzeniach Toshiba i Kyocera i obsługiwanego przez aplikację APSM produkcji OBS Poland. W odwołaniu wprost taki zarzut się nie pojawił, nie pojawiło się również żadne żądanie w tym zakresie (np. żądanie wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp). Przewija się on jedynie w uzasadnieniu prawnym odwołania w ramach ogólnej argumentacji związanej z rolą treści oferty i jej niezgodności z treścią SIWZ.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, że podniesiony przez Odwołującego zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nie potwierdził się.

II. W zakresie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp przez pozbawienie innych wykonawców możliwości uczestnictwa w testach urządzeń oferowanych przez wykonawcę KWANT s.c. wskazać należy, że podstawa faktyczna zarzutu oraz sformułowane przez Odwołującego żądanie pozostają wprost w sprzeczności a postanowieniami SIWZ (Rozdział XIV pkt 4 ppkt 4.6. SIWZ). Dodatkowo w zakresie sposobu przeprowadzenia testów Zamawiający w Rozdziale XIV pkt 4 ppkt 4.1. SIWZ do testów przewidział jedynie urządzenia grupy I – III, tj. te urządzenia które poddał testom w zakresie oferty wykonawcy KWANT s.c. Zamawiający w treści odpowiedzi na odwołanie uzasadniał powyższe ograniczenie tym, że w zakresie IV grupy urządzeń wymagał jedynie podstawowej funkcjonalności w postaci monitorowania wydruków z drukarek w podziale na użytkownika w zadanym czasie – a więc jednej z podstawowych i prostych do uzyskania funkcji systemu monitorowania wydruku.

Odwołujący wskazał w uzasadnieniu odwołania, że Zamawiający co prawda przeprowadził testy rozwiązania KWANT s.c., lecz nie przetestował tej grupy urządzeń w której funkcjonalność nie spełnia wymogów zawartych w SIWZ. W trakcie testów testowano tylko urządzenia Toshiba, a nie urządzenia Kyocera. Dodatkowo inni wykonawcy nie uczestniczyli w tym teście, więc odbyły się tylko w wąskim gronie Zamawiający - KWANT s.c. Tym samym, w ocenie Odwołującego, testów tych nie można uznać za obiektywne i wiążące.

Odnosząc się do tak sformułowanych podstaw faktycznych zarzutów Izba wskazuje, że jak wynika z dokumentacji postępowania powyższe wymagania nie były kwestionowane przez

żadnego wykonawcę, a zatem takie sformułowanie zrzutów i żądań należy po części uznać za kwestionowanie postanowień SIWZ, która to czynność jest na tym etapie postępowania czynnością spóźnioną.

Biorąc pod uwagę powyższe zakres rzeczowy testów (urządzenia grupy I- III) oraz udział w nich jedynie Zamawiającego i przedstawicieli wykonawcy KWANT s.c. są zgodne z postanowieniami SIWZ – a zatem powyższe zarzuty nie zasługują na uwzględnienie.

III. Tym samym w zakresie naruszenia przez Zamawiającego art. 91 ust. 1 ustawy Pzp zarzut ten, jako zarzut wynikowy, nie znalazł również potwierdzenia w zgromadzonym w sprawie materiale dowodowym. Jeżeli bowiem za poprawne należy uznać czynności poprzedzające wybór oferty wykonawcy KWANT s.c. (ocenę oferty pod względem merytorycznym - rzeczowym) to również sama czynność wyboru nie jest obciążona wadą i powinna zostać utrzymana jako zgodna z prawem.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie bowiem z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Brak potwierdzenia zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień 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 (tekst jednolity Dz. U. z 2018 r. poz. 2972) zmienionego rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 stycznia 2017 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2017 r., poz. 47), w tym w szczególności § 5 ust. 4.

Przewodniczący:

.....

