

**WYROK**  
**z dnia 4 stycznia 2023 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:      Monika Kawa-Ogorzałek**

**Protokolant:            Tomasz Skowroński**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 grudnia 2022r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 12 grudnia 2022 r. przez wykonawców **Konsorcjum: Arcus S.A., J. W. prowadzący działalność pod firmą KC Consulting J. W. z siedzibą lidera w Warszawie (KIO 3308/22)**

B. w dniu 12 grudnia 2022 r. przez wykonawcę **Konica Minolta Business Solutions Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (KIO 3328/22)**

w postępowaniu prowadzonym przez **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie**

przy udziale:

A. wykonawcy **GALAXY Systemy Informatyczne Sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze** zgłaszającego przystąpienia do postępowań odwoławczych o sygn.. akt: **KIO 3308/22, KIO 3328/22** po stronie **zamawiającego**

B. wykonawcy **Konica Minolta Business Solutions Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn.. akt: **KIO 3308/22** po stronie **zamawiającego**

C. wykonawców **Konsorcjum: Arcus S.A., KC Consulting J. W. z siedzibą lidera w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn.. akt: **KIO 3328/22** po stronie **zamawiającego**

orzeka:

1. oddala odwołanie o sygn. akt KIO 3308/22,
2. Kosztami postępowania odciąża Odwołującego i:

## Sygn. akt KIO 3308/22, KIO 3328/22

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł (piętnaście tysięcy złotych) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz wykonawcy **GALAXY Systemy Informatyczne Sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze** kwotę 3600 zł (trzy tysiące sześćset złotych) jako zwrot kosztów poniesionych tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

3. umarza postępowanie odwoławcze w sprawie zarzutu nr 4 odwołania KIO 3328/22 (litery h-j) oraz zarzutu nr 5 lit. k) w zakresie naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 218 ust. 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty **Konsorcjum: Arcus S.A., J. W. prowadzący działalność pod firmą KC Consulting J. W. z siedzibą lidera w Warszawie**, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie braku spełniania przez oferowany System Zarządzania Wydrukiem wymagań określonych w pkt 6.2.69 oraz 6.2.72. OPZ, w związku z wycofaniem zarzutów przez Odwołującego,

4. uwzględnia odwołanie KIO 3328/22 w części dotyczącej zarzutu nr 2 dotyczącego naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 218 ust. 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty **GALAXY Systemy Informatyczne Sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze**, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie braku spełnienia przez System Wydruku wymagania określonego w pkt 6.2.70 OPZ, tj. zaoferowany System Wydruku nie spełnia wymagania aby dostarczone licencje zapewniały bezterminowe wykorzystywanie wdrożonego systemu po wygaśnięciu umowy (bez wykupionej asysty) w zakresie wszystkich wdrożonych modułów, wymagań i funkcjonalności i nakazuje Zamawiającemu:

4.1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

4.2. odrzucenie oferty **GALAXY Systemy Informatyczne Sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze** na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp,

4.3. ponowną ocenę i badanie ofert,

5. w pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddala,

6. Kosztami postępowania odciąża w części 14/15 Odwołującego i 1/15 Przystępującego **GALAXY Systemy Informatyczne Sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze wnoszącego sprzeciw** i:

6.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł (piętnaście tysięcy złotych) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

6.2. zasądza od **GALAXY Systemy Informatyczne Sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze** na rzecz Odwołującego kwotę 1480 zł (tysiąc czterysta osiemdziesiąt złotych).

**Sygn. akt KIO 3308/22, KIO 3328/22**

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 t.j.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodniczący:** .....

## **UZASADNIENIE**

Zamawiający - PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2022r., poz. 1710 ze zm. dalej: „Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na: *„Wdrożenie systemu monitorowania i zarządzania wydrukami oraz zakup wielofunkcyjnych urządzeń drukujących wraz z asystą techniczną.”*

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2022/S 175-496725 w dniu 7 września 2022r.

### **Sygn. akt KIO 3308/22**

W dniu 12 grudnia 2022r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – Konsorcjum firm: Arcus S.A. z siedzibą w Warszawie oraz J. W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą KC Consulting J. W. (dalej: „Odwołujący Arcus” lub „Konsorcjum”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp oraz art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1, 2, 3 Pzp poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia, podczas gdy Zamawiający winien poprawić ofertę Odwołującego, uznając, że doszło do innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty;

2) art. 226 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 118 ust. 2 Pzp poprzez jego niezasadne zastosowanie i bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego jako niezgodnej z przepisami ustawy, pomimo że Odwołujący potwierdził spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznych i zawodowych, gdyż wykazał realność dysponowania zasobami podmiotów trzecich udostępniających zasoby;

3) ewentualnie, z ostrożności procesowej, art. 122 Pzp w zw. z art. 118 ust. 2 Pzp poprzez niezasadne zaniechanie wezwania Odwołującego do zastąpienia MILESTONE sp. z o. o. przez wykazanie, że Odwołujący samodzielnie spełnia warunki udziału w Postępowaniu, w sytuacji gdy zobowiązanie MILESTONE sp. z o. o. do udostępnienia zasobów dołączone do oferty Odwołującego oraz zadeklarowany sposób wykorzystania tych zasobów w formularzu ofertowym nie potwierdzał zdaniem Zamawiającego realności udostępnienia zasobów;

4) art. 17 ust. 2 Pzp w związku z art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp oraz art. 223 ust. 1 i 128 ust. 4 Pzp, poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert, a co za tym idzie może automatycznie i bez weryfikacji przyjmować oświadczenie Konica Minolta dotyczące rzekomego spełnienia wymagań SWZ przez oprogramowanie SmartPrint za prawdziwe,

5) art. 17 ust. 2 Pzp w związku z art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp oraz art. 223 ust. 1 i 128 ust. 4 Pzp, poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert, a co za tym idzie może automatycznie i bez weryfikacji przyjmować oświadczenie Galaxy dotyczące rzekomego spełnienia wymagań SWZ przez silnik OCR tego wykonawcy za prawdziwe,

6) art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez brak jego zastosowania, a tym samym brak odrzucenia oferty Galaxy niezgodnej z warunkami zamówienia i przez to błędne przyjęcie przez Zamawiającego, że oferta Galaxy spełnienia wymagania SWZ w zakresie dotyczącym współpracy urządzenia Kyocera ECOSYS P2040dn z Systemem Wydruku zgodnie z pkt 6.2.71. OPZ, podczas gdy oferowany przez Galaxy System Wydruku pod nazwą „Focus Print 2.0” nie współpracuje z urządzeniem Kyocera ECOSYS P2040dn, a więc nie spełnia wymagania z pkt 6.2.71. OPZ, wobec czego zaistniała podstawa do odrzucenia oferty Galaxy,

7) art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez brak jego zastosowania, a tym samym brak odrzucenia oferty Konica Minolta niezgodnej z warunkami zamówienia i przez to błędne przyjęcie przez Zamawiającego, że oferta Konica Minolta spełnienia wymagania SWZ w zakresie dotyczącym współpracy urządzenia Kyocera ECOSYS P2040dn z Systemem Wydruku zgodnie z pkt 6.2.71. OPZ, podczas gdy oferowany System Wydruku przez Konica Minolta pod nazwą „Smart Print” nie współpracuje z urządzeniem Kyocera ECOSYS P2040dn, a więc nie spełnia wymagania z pkt 6.2.71. OPZ, wobec czego zaistniała podstawa do odrzucenia oferty Konica Minolta.

W związku z tak postawionymi zarzutami Odwołujący Arcus wniósł o:

1. uwzględnienie niniejszego odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu:

a) unieważnienia czynności badania i oceny ofert w postępowaniu oraz unieważnienia czynności wyboru oferty Galaxy jako oferty najkorzystniejszej;

b) dokonania ponownego badania i oceny ofert, wraz z nakazaniem wykluczenia Galaxy oraz Konica Minolta z postępowania,

ewentualnie – z ostrożności procesowej – odrzuceniu oferty po uprzednim nakazaniu wezwania [i] Konica Minolta do złożenia wyjaśnień oraz ewentualnego uzupełnienia tabeli określającej wymagania Systemu Wydruku w Załączniku nr 10 do SWZ w celu określenia

numeru wersji wykorzystywanego systemu pod nazwą „Smart Print” przez tego wykonawcę, [ii] Galaxy do złożenia wyjaśnień oraz ewentualnego uzupełnienia tabeli określającej wymagania Systemu Wydruku w Załączniku nr 10 do SWZ w celu opisanie wykorzystywanego przez tego wykonawcę silnika OCR

c) oraz następnie dokonania ponownego badania i oceny ofert, a w tym wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w treści oferty oraz poprawienia niezgodności treści tej oferty jako innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści, wskazując „Wynagrodzenie Wykonawcy z tytułu realizacji KM11 w ramach Prawa Opcji” w kwocie 253 180,82 (zł), zamiast omyłkowo wskazanej kwoty 4 219 680,40 (zł) w rozdziale 2.5, l.p. 6 Formularza cenowego (sporządzonego według Załącznika nr 1 do Załącznika nr 3 do SWZ).

Uzasadniając zarzut nr 1 Odwołujący Arcus wskazał: „Odwołujący w pliku o nazwie „3.1. Zał nr 1 do Formularza - Formularz cenowy\_aktualny-sig” przekazał Formularz cenowy. W rozdziale 2.5, l.p. 6 przekazanego Formularza cenowego, za realizację KM11 w ramach Etapu III, Wykonawca w kolumnie Cena jednostkowa netto w PLN, podał kwotę 4 219 680,40, co stanowi **100%** wartości Prawa Opcji, gdy tymczasem, kwota wskazana w kolumnie Cena jednostkowa netto w PLN powinna stanowić **od 3% do 6%** łącznej wartości Prawa Opcji (...) niezgodność oferty Odwołującego z dokumentami zamówienia nie ma istotnego charakteru. Polega na omyłkowym przepisaniu ceny łącznej Prawa Opcji wskazanej w kolumnie „Cena łączna netto PLN” do kolumny „Cena jednostkowa netto w PLN” (Rozdział 2.5, l.p. 6 w dokumencie: „3.1. Zał nr 1 do Formularza - Formularz cenowy\_aktualny-sig”). W każdej z tych kolumn znajduje się taka sama wartość, czyli 4 219 680,40. Tymczasem, kwota wskazana w kolumnie Cena jednostkowa netto w PLN powinna stanowić od 3% do 6% łącznej wartości Prawa Opcji, czyli z oczywistych względów nie może wskazywać kwoty 4 219 680,40.

Jest oczywiste, że zaistnienie ww. niezgodności nie było zamierzone ze strony Odwołującego. Niezgodność ta nie ma również charakteru nieusuwalnego. Poprawienia oferty Odwołującego mógł dokonać samodzielnie Zamawiający. W konsekwencji tego zmianie uległaby całkowita Cena jednostkowa netto w PLN za realizację KM11 w ramach Etapu III przez Odwołującego. Jednakże istotne jest to, że poprawienie tej niezgodności nie miałoby wpływu na pozycję oferty Odwołującego w klasyfikacji punktowej ofert w Postępowaniu (z obecną Ceną łączną, przy założeniu nieodrżucenia oferty Odwołującego oraz z ceną po zmianie). Cena globalna oferowana przez Odwołującego nie uległaby bowiem żadnej zmianie.”.

Uzasadniając zarzut nr 2 Konsorcjum wskazało: " MILESTONE sp. z o.o. to podmiot udostępniający swoje zasoby Odwołującemu, przy czym podmiot ten zgodnie z oświadczeniem Odwołującego nie miał być zaangażowany w realizację zamówienia jako podwykonawca (tj. nie było zamiarem Odwołującego powierzone pod wykonania całości ani części zamówienia temu podmiotowi).

MILESTONE sp. z o.o. miał udostępnić Odwołującemu do wykorzystania zasoby w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej zapewniające należyte wykonanie zamówienia udokumentowane referencjami w następujący sposób:

- poprzez konsultacje i doradztwo,
- w zakresie zdolności technicznej w postaci oddania do korzystania know – how,
- udostępnienie i przekazanie dokumentów zawierających opis procesów technologicznych, dokumentacji serwisowej, programów komputerowych,
- będzie polegać na przekazaniu przez MILESTON sp. z o.o. parametrów (ustawień) sterowników urządzeń drukujących, ustawień modułu OCR.

Powyższy zakres zasobów i sposobu ich udostępnienia przez MILESTONE sp. z o.o. został wskazany już na etapie składania oferty Odwołującego, w ramach zobowiązania podmiotu MILESTONE sp. z o.o. do udostępnienia zasobów Odwołującemu.

Potencjał podmiotu MILESTONE sp. z o.o. miał zostać przeniesiony na Odwołującego w określony powyżej sposób. Powyższy zakres udostępnienia zasobów i sposób ich wykorzystania jest więc znacznie szerszy, niż literalnie jedynie „doradztwo i konsultacje”. Poza zakresem wskazywanego przez Zamawiającego doradztwa i konsultacji, które w ocenie Zamawiającego mogłoby rodzić potrzebę wykonania przez podmiot MILESTONE sp. z o.o. części zamówienia zgodnie z art. 118 ust. 2 Pzp MILESTONE sp. z o.o. zobowiązał się również:

- udostępnić Odwołującemu swoje know how (tj. pakiet nieopatentowanych informacji praktycznych, wynikających z doświadczenia i przeprowadzonych testów, o niejawnym, istotnym i określonym charakterze), jak również
- przekazać Odwołującemu dokumentację związaną między innymi z realizacją przedmiotu zamówienia tj.: dokumentów zawierających opis procesów technologicznych, dokumentacji serwisowej, programów komputerowych, a ponadto
- przekazać Odwołującemu posiadanych przez MILESTONE sp. z o.o. parametrów (ustawień) sterowników urządzeń drukujących oraz ustawień modułu OCR. Taki sposób przekazania pozwala zaś Odwołującemu na prawidłową i należyłą realizację przedmiotu zamówienia, w oparciu o nabyte przez MILESTONE sp. z o.o. zdolności techniczne / zawodowe, które są udokumentowane referencjami.

Przedmiotowe zaś konsultacje i doradztwo wspierać miały Odwołującego w realizacji przez niego przedmiotu zamówienia, w oparciu o całość doświadczeń zawodowych zgromadzonych przez podmiot MILESTONE sp. z o.o. w toku wielu lat prowadzenia przez to przedsiębiorstwo działalności gospodarczej. (...) udostępnienie zasobów przez podmiot trzeci może również przybierać inne formy, niż podwykonawstwo. Nie jest zaś bezwzględnie konieczne zaangażowanie podmiotu udostępniającego zasoby w roli podwykonawcy przedmiotu zamówienia, niezależnie od tego jaki rodzaj zasobu zostaje udostępniony”.

Uzasadniając zarzut 3 Konsorcjum wskazało: „gdyby uznać, że Odwołujący nie potwierdził spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznych i zawodowych, gdyż nie wykazał realnego dysponowania zasobami MILESTONE sp. z o.o. (czemu Odwołujący kategorycznie zaprzecza), to w ocenie Odwołującego, Zamawiający powinien zażądać od Odwołującego wykazania spełniania warunku samodzielnie własnym potencjałem.”.

W zakresie zarzutu nr 4 i nr 5 Konsorcjum podkreśliło, że: „okoliczność, iż Zamawiający wprost nie żądał podania nazwy oferowanego Systemu Wydruku, jego konkretnej wersji, nazwy silników, czy modułów tego Systemu nie może usprawiedliwiać zaniechania Zamawiającego do uwzględnienia oświadczeń wykonawców w toku badania i oceny oferty. (...) Bez znaczenia zatem pozostaje fakt, że Zamawiający w tabeli „System monitorowania i zarządzania wydrukiem oraz OCR” (Załącznik nr 10 do SWZ) oczekiwał wyłącznie wskazania przez wykonawców „Nazwy” oraz „producenta” oferowanego Systemu Wydruku.

Zatem, z uwagi na fakt, że Konica Minolta podała w ofercie nazwę oferowanego Systemu Wydruku (z pominięciem jego wersji), Zamawiający nie może bazować jedynie na oświadczeniu tego wykonawcy, że zaoferowany system jest zgodny z wymaganiami Załącznika nr 10 SWZ, a zatem jak zaznaczyła Konica Minolta, że system SmartPrint „spełnia” wszystkie wymagania OPZ. Tym bardziej, że Zamawiający miał wiedzę i świadomość, że system SmartPrint oferowany przez Konica Minolta jest oferowany w wielu różnych wersjach. Wskazuje na to jednoznacznie pkt 5.3.1. OPZ przygotowanego przez Zamawiającego, gdzie Zamawiający jednoznacznie wskazuje wersje systemu SmartPrint, którym dysponuje. Zamawiający wskazał, że dysponuje licencją do „SmartPrint 2.0”.

Taka ocena (zgodności z SWZ) jest zdaniem Odwołującego całkowicie niemożliwa do przeprowadzenia w przypadku silnika OCR, którego wykorzystanie deklaruje Galaxy w Postpowaniu, ponieważ wykonawca ten zaniechał sprecyzowania nazwy i producenta tego silnika. Galaxy podał jedynie nazwę modułu OCR, ograniczając się do wpisania słów „moduł OCR” w Załączniku Nr 10 do SWZ w ostatnim wierszu tabeli „System monitorowania i



zarządzania wydrukiem oraz OCR”. W efekcie nie jest możliwe ustalenie czy wymagany przez Zamawiającego silnik OCR w ogóle został zaoferowany, a jeżeli tak, to czy np. zostanie udostępniony Zamawiającemu w ramach bezterminowej licencji, czyli zgodnie z SWZ, czy też nie. Oznacza to, że oferta Galaxy jest niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie obowiązku wskazania wykorzystanego silnika OCR w wypełnionym Załączniku Nr 10, a także to, że wada ta jest nieusuwalna, czyli nie nadająca się do samodzielnej poprawy przez Zamawiającego (np. w trybie art. 223 ust. 2 Pzp). Trudno bowiem oczekiwać od Zamawiającego, by na podstawie słów „moduł OCR” Zamawiający stwierdził, wybierając ze wszystkich rozwiązań dostępnych na rynku, jaki to silnik OCR oferuje Galaxy i czy jest to akurat silnik OCR spełniający wymagania funkcjonalne z OPZ. Odwołujący wskazuje przy tym, że jakiegokolwiek dookreślenie silnika OCR po otwarciu ofert stanowiłoby niedozwoloną zmianę treści oferty po dniu składania ofert i prowadziłoby do niedozwolonych na gruncie Pzp negocjacji Zamawiającego z wykonawcą Galaxy.

Podobne zastrzeżenia należy sformułować w zakresie oznaczenia silnika OCR ABBYY oferowanego przez Konica Minolta. Oznaczenie tego silnika przez Konica Minolta jest pozbawione numeru wersji tego silnika. Konica Minolta wskazuje w tabeli określającej wymagania Systemu Wydruku w Załączniku nr 10 do SWZ, że oferuje „Silnik OCR ABBYY”. Tymczasem określenie kolejności powstawania nowych wersji oprogramowania, pozwala na odróżnienie różnych wersji tego oprogramowania między sobą. W dobie intensywnie rozwijanych programów komputerowych, które wzbogacane są niemal w czasie rzeczywistym o nowe funkcje i udoskonalenia, porządkujący charakter oznaczenia wersji oprogramowania pozwala odróżnić oprogramowanie nowsze od starszego, czy też wersję rozszerzoną od uproszczonej tego oprogramowania. Mówiąc wprost, pozwala zidentyfikować konkretne oprogramowanie, a więc także funkcje które to oprogramowanie zapewnia. Zakres oczekiwanych przez Zamawiającego funkcji silnika OCR określa pkt 6.2.72. OPZ, co oznacza, że oczekiwana wersja (funkcje) silnika objętego zamówieniem nie była obojętna dla Zamawiającego. Tymczasem Konica Minolta nie była w stanie sprecyzować jaką dokładnie wersję silnika OCR oferuje, pomimo tego, że jest wieloletnim partnerem producenta oprogramowania ABBYY.

Dowód: <https://www.abby.com/partners/alliance-partners/> (dowód 1)

<https://www.abby.com/company/news/abby-usa-selected-by-konica-minoltafor-integration-into-bizhub-multifunction-printer-series/> (dowód 2)

W tym świetle, brak wskazania przez Konica Minolta wersji oferowanego silnika OCR ABBYY musi oznaczać próbę obejścia wymogów SWZ dotyczących funkcjonalności silnika OCR oczekiwanych przez Zamawiającego lub jaskrawy przejaw niedbalstwa i braku profesjonalizmu. Szczególnie zważywszy na fakt, że firma ABBYY oferuje około 123 wersji swojego rozwiązania OCR.

Podsumowując, Zamawiający ma obowiązek zbadać, czy system SmartPrint rzeczywiście posiada wszystkie funkcjonalności, w tym te, o których mowa w 6.2.17 OPZ oraz 6.2.18 OPZ, a także jaki oraz na jakich zasadach jest oferowany przez Galaxy w Postępowaniu silnik OCR oraz silnik OCR oferowany przez Konica Minolta.

W ocenie Odwołującego mając na uwadze powyższe, stwierdzić należy, że w swojej ofercie Konica Minolta zaoferowała system SmartPrint, który nie spełnia wymagań SWZ. Mimo to, Konica Minolta oświadczyła, że oferuje system SmartPrint spełniający wszystkie wymagania Zamawiającego. Podobnie Galaxy w Postępowaniu, którego silnik OCR opisany w Załączniku nr 10 do SWZ nie został przez tego wykonawcę właściwie zidentyfikowany.

Zważywszy, że oświadczenia tych wykonawców nie odpowiadają prawdzie, Zamawiający powinien w ocenie Odwołującego wykluczyć tych wykonawców z Postępowania a to na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp Zgodnie z tym przepisem wykluczeniu podlega wykonawca, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Wykluczenie wykonawcy w oparciu o dyspozycję art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp może mieć miejsce w przypadku, gdy wykonawca nie wykazując profesjonalizmu wymaganego od uczestnika rynku zamówień publicznych, przedstawia informacje niezgodne z rzeczywistością. (...) Brak oznaczenia wersji oferowanego Systemu Wydruku, w sytuacji, gdy powszechnie i publicznie dostępną jest informacja o występowaniu wielu różnych wersji tego Systemu Wydruku jest bez wątpienia dowodem braku profesjonalizmu wymaganego od uczestnika rynku zamówień publicznych oraz niedbalstwa. Brak oznaczenia i rozróżnienia wersji Systemu Wydruku oferowanego przez Konica Minolta, czyli przez podmiot zawodowo zajmujący się wdrożeniami systemów drukujących, jest tym bardziej niezrozumiałe, zważywszy, że sam Zamawiający, jako podmiot korzystający z usług profesjonalistów w zakresie opisanych wyżej wdrożeń i pozbawiony profesjonalnego doświadczenia w tym zakresie, o teoretycznie mniejszej wiedzy specjalistycznej, wprost wskazuje zasób posiadanych licencji oprogramowania, precyzyjnie rozróżniając ich wersje i rodzaje (pkt 5.3. OPZ). Wskazanie w pkt 5.3.1. OPZ przez Zamawiającego numeru wersji systemu SmartPrint, którym dysponuje Zamawiający, a więc systemu SmartPrint 2.0., czytelnie dowodzi skali oraz rodzaju niedbalstwa Konica Minolta w formułowaniu swojej oferty. Efekt tego niedbalstwa, czyli przedstawienia informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego, miał istotny wpływ na decyzję Zamawiającego, ponieważ skutkowało wyborem oferty Galaxy jako najkorzystniejszej w Postępowaniu oraz zaniechaniem wykluczenia z Postępowania Konica Minolta.”.

## **Sygn. akt KIO 3308/22, KIO 3328/22**

Uzasadniając zarzut nr 6 Konsorcjum wskazało, że: „jest przedstawicielem oraz dystrybutorem urządzeń firmy Kyocera Document Solutions w Polsce, czyli producenta urządzenia Kyocera ECOSYS P2040dn. Odwołujący oświadcza, że urządzenie Kyocera ECOSYS P2040dn nie jest obsługiwane przez System Wydruku oferowany przez Galaxy, czyli system „Focus Print 2.0”. Ten system nie spełnia zatem wymagania opisanego w pkt 6.2.71. OPZ, co oznacza, że oferta Galxy nie jest zgodna z warunkami SWZ, co potwierdza oświadczenie producenta urządzenia, które potwierdza brak zgodności Kyocera ECOSYS P2040dn z systemem „Focus Print 2.0”. Zamawiający posiada 1363 drukarek monochromatycznych - Kyocera Ecosys P2040DN, a także 29 urządzeń KIP 860 (pkt 5.2.2. OPZ). Zamawiający nie określił parametru zgodności przyszłego Systemu Wydruku z urządzeniami Kyocera ECOSYS P2040dn oraz KIP 860 jako wymagania alternatywnego (albo Kyocera ECOSYS P2040dn albo KIP 860) lub minimalnego (co najmniej Kyocera ECOSYS P2040dn) – Zamawiający wskazał wprost, że przyszły System Wydruku musi obsługiwać urządzenia drukujące posiadane przez Zamawiającego, czyli musi obsługiwać Kyocera ECOSYS P2040dn. Brak obsługi urządzeń Kyocera ECOSYS P2040dn przez System Wydruku oferowany przez Galaxy jest zatem niebagatelny naruszeniem warunków SWZ, bo oznacza, że nowy System Wydruku wdrażany przez Galaxy wykluczy z eksploatacji niemalże wszystkie urządzenia drukujące, którymi dysponuje Zamawiający, a jednocześnie będzie stanowił trwałą i kosztowną przeszkodę w dalszym rozwoju tego parku maszynowego.”.

Odwołujący w zakresie zarzutu nr 7 przedstawił analogiczne zastrzeżenie dotyczące zgodności systemu SmartPrint z urządzeniem Kyocera Ecosys P2040DN.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oświadczył, iż uwzględni zarzut nr 5 odwołania Konsorcjum. W pozostałym zakresie wniósł o jego oddalenie.

Przystępujący Galaxy oświadczył, że zgłasza sprzeciw co do zarzutów uwzględnionych przez Zamawiającego.

## **Sygn. akt KIO 3328/22**

W dniu 12 grudnia 2022r. wykonawca Konica Minolta Business Solutions Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący Konica” lub „Konica”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

[Zarzut#1 - GALAXY - tajemnica przedsiębiorstwa]

## Sygn. akt KIO 3308/22, KIO 3328/22

a. art. 18 ust. 1, 2 i 3 PZP, art. 74 ust. 1 i 2 PZP, art. 16 ust. 2 w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2022 r. poz. 1233) (dalej: „UZNK”) w zw. z art. 61 Konstytucji RP poprzez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia złożonych przez GALAXY w Postępowaniu dokumentów, które nie spełniają przesłanek umożliwiających ich skuteczne zastrzeżenie, co prowadzi do naruszenia przepisów o jawności i przejrzystości postępowania o zamówienie publiczne;

### [Zarzut#2 - GALAXY - silnik OCR]

b. art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 218 ust. 2 PZP w zw. z art. 223 ust. 1 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty GALAXY, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie braku wskazania w ofercie wykorzystywanego silnika OCR dla Systemu monitorowania i zarządzania wydrukiem oraz OCR, zgodnie z Załącznikiem nr 10 do SWZ, którego obowiązek złożenia wynikał z rozdz. XI ust. 1 pkt 5) SWZ;

alternatywnie:

art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 218 ust. 2 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty GALAXY, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie braku spełnienia przez System Wydruku wymagania określonego w pkt 6.2.70 OPZ, tj. zaoferowany System Wydruku nie spełnia wymagania aby dostarczone licencje zapewniały bezterminowe wykorzystywanie wdrożonego systemu po wygaśnięciu umowy (bez wykupionej asysty) w zakresie wszystkich wdrożonych modułów, wymagań i funkcjonalności,

c. art. 109 ust. 1 pkt 10) Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy GALAXY z postępowania w sytuacji, gdy wykonawca ten udzielając wyjaśnień, w wyniku co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa, przedstawił informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd w zakresie wykorzystywanego silnika OCR w oferowanym Systemie Zarządzania Wydrukiem, co miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty GALAXY, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia;

d. art. 16 pkt 1) i art. 17 ust. 2 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 218 ust. 2 PZP poprzez prowadzenie Postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, tj. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy GALAXY pomimo wystąpienia przesłanek obligujących Zamawiającego do odrzucenia oferty tego wykonawcy, szczegółowo opisane przez Odwołującego w uzasadnieniu odwołania, co w konsekwencji doprowadziło do wyboru oferty wykonawcy GALAXY jako najkorzystniejszej niezgodnie z przepisami PZP;

[Zarzut#3 – GALAXY – System Zarządzania Wydrukiem – współpraca z KIP i KYOCERA i ploterami XEROX]

**Sygn. akt KIO 3308/22, KIO 3328/22**

e. art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 218 ust. 2 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty GALAXY, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie braku spełniania przez oferowany System Zarządzania Wydrukiem wymagań określonych w pkt 6.2.17., 6.2.18, 6.2.71. OPZ;

f. art. 109 ust. 1 pkt 10) PZP w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy GALAXY z Postępowania w sytuacji, gdy wykonawca ten udzielając wyjaśnień, w wyniku co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa, przedstawił informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd w zakresie zgodności oferowanego Systemu Zarządzania Wydrukiem z wymaganiami SWZ, co miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty GALAXY, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia dotyczącymi Systemu Zarządzania Wydrukiem;

g. art. 16 pkt 1) i art. 17 ust. 2 PZP w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 218 ust. 2 PZP poprzez prowadzenie Postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, tj. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy GALAXY i wykluczenia GALAXY z Postępowania, pomimo wystąpienia przesłanek obligujących Zamawiającego do odrzucenia oferty tego wykonawcy i jego wykluczenia, szczegółowo opisane przez Odwołującego w uzasadnieniu odwołania, co w konsekwencji doprowadziło do wyboru oferty wykonawcy GALAXY jako najkorzystniejszej niezgodnie z przepisami PZP;

*[Zarzut #4 – GALAXY – referencja COAR]*

h. art. 109 ust. 1 pkt 10) PZP i art. 16 pkt 1) PZP w zw. z art. 226 ust. 2) pkt a) PZP poprzez zaniechanie wykluczenia z Postępowania GALAXY, które w wyniku co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa, przedstawił informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd w zakresie spełnienia przez GALAXY warunku udziału w Postępowaniu, co doprowadziło do naruszenia zasady prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;

ewentualnie, w przypadku uznania, że nie zachodzi podstawa do wykluczenia GALAXY na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10) PZP:

i. art. 128 ust. 1 PZP w zw. z art. 16 pkt 1) PZP poprzez zaniechanie wezwania GALAXY do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w Postępowaniu o którym mowa w rozdz. X ust. 2 pkt 4) lit. a) SWZ;

j. art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) PZP w zw. z art. 16 pkt 1) PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty GALAXY z Postępowania w sytuacji, gdy GALAXY nie spełnienia warunków udziału w Postępowaniu;

*[Zarzut #5 – KONSORCJUM ARCUS – System Zarządzania Wydrukiem – licencje]*

## Sygn. akt KIO 3308/22, KIO 3328/22

k. art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 218 ust. 2 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty KONSORCJUM ARCUS, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie braku spełniania przez oferowany System Zarządzania Wydrukiem wymagań określonych w pkt 6.2.69., 6.2.70. i 6.2.72. OPZ;

l. art. 109 ust. 1 pkt 10) PZP w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy KONSORCJUM ARCUS z Postępowania w sytuacji, gdy wykonawca ten udzielając wyjaśnień, w wyniku co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa, przedstawił informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd w zakresie zgodności oferowanego Systemu Zarządzania Wydrukiem z wymaganiami SWZ, co miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty KONSORCJUM ARCUS, której treść jest niezgodna z ww. warunkami zamówienia dotyczącymi Systemu Zarządzania Wydrukiem;

m. art. 16 pkt 1) i art. 17 ust. 2 PZP w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 218 ust. 2 PZP poprzez prowadzenie Postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, tj. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy KONSORCJUM ARCUS i wykluczenia KONSORCJUM ARCUS z Postępowania, pomimo wystąpienia przesłanek obligujących Zamawiającego do odrzucenia oferty tego wykonawcy i jego wykluczenia, szczegółowo opisane przez Odwołującego w uzasadnieniu odwołania, co w konsekwencji doprowadziło do odrzucenia oferty wykonawcy KONSORCJUM ARCUS z powodu tylko niektórych uchybień;

[Zarzut #6 – KONSORCJUM ARCUS – System Zarządzania Wydrukiem – współpraca z urządzeniami]

n. art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 218 ust. 2 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty KONSORCJUM ARCUS, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie braku spełniania przez oferowany System Zarządzania Wydrukiem wymagań określonych w pkt 6.2.17., 6.2.18, 6.2.71. OPZ;

o. art. 109 ust. 1 pkt 10) PZP w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy KONSORCJUM ARCUS z Postępowania w sytuacji, gdy wykonawca ten udzielając wyjaśnień, w wyniku co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa, przedstawił informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd w zakresie zgodności oferowanego Systemu Zarządzania Wydrukiem z wymaganiami SWZ, co miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty KONSORCJUM ARCUS, której treść jest niezgodna z ww. warunkami zamówienia dotyczącymi Systemu Zarządzania Wydrukiem;

p. art. 16 pkt 1) i art. 17 ust. 2 PZP w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 218 ust. 2 PZP poprzez prowadzenie Postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania

uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, tj. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy KONSORCJUM ARCUS i wykluczenia KONSORCJUM ARCUS z Postępowania, pomimo wystąpienia przesłanek obligujących Zamawiającego do odrzucenia oferty tego wykonawcy i jego wykluczenia, szczegółowo opisane przez Odwołującego w uzasadnieniu odwołania, co w konsekwencji doprowadziło do odrzucenia oferty wykonawcy KONSORCJUM ARCUS z powodu tylko niektórych uchybień;

[Zarzut #7 – KONSORCJUM ARCUS – System Zarządzania Wydrukiem – API]

q. art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 218 ust. 2 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty KONSORCJUM ARCUS, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie braku spełniania przez oferowany System Zarządzania Wydrukiem wymagań

określonych w pkt 6.2.51., 6.2.35., 6.2.36., 6.2.40., 6.2.42. OPZ;

r. art. 109 ust. 1 pkt 10) PZP w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy KONSORCJUM ARCUS z Postępowania w sytuacji, gdy wykonawca ten udzielając wyjaśnień, w wyniku co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa, przedstawił informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd w zakresie zgodności oferowanego Systemu Zarządzania Wydrukiem z wymaganiami SWZ, co miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty KONSORCJUM ARCUS, której treść jest niezgodna z ww. warunkami zamówienia dotyczącymi Systemu Zarządzania Wydrukiem;

s. art. 16 pkt 1) i art. 17 ust. 2 PZP w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 218 ust. 2 PZP poprzez prowadzenie Postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, tj. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy KONSORCJUM ARCUS i wykluczenia KONSORCJUM ARCUS z Postępowania, pomimo wystąpienia przesłanek obligujących Zamawiającego do odrzucenia oferty tego wykonawcy i jego wykluczenia, szczegółowo opisane przez Odwołującego w uzasadnieniu odwołania, co w konsekwencji doprowadziło do odrzucenia oferty wykonawcy KONSORCJUM ARCUS z powodu tylko niektórych uchybień.

W oparciu o tak przedstawione zarzuty Odwołujący Konica wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

a. unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy GALAXY jako najkorzystniejszej;

b. odtajnienie dokumentów złożonych przez GALAXY, to jest:

- i. Zał. nr 8 do SWZ - wykaz zrealizowanych umów;
- ii. referencja IUVI;
- iii. ISO 9001 na świadczenie usług serwisowych;

iv. Uzasadnienie.

c. dokonania ponownego badania i oceny ofert,

d. odrzucenia oferty GALAXY oraz wykluczenie GALAXY z Postępowania;

ewentualnie: wezwania GALAXY do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w Postępowaniu o którym mowa w rozdz. X ust. 2 pkt 4) lit. a) SWZ,

e. odrzucenia oferty Konsorcjum na innych, niewskazanych przez Zamawiającego podstawach oraz wykluczenia Konsorcjum z postępowania.

Uzasadniając zarzut 1 odwołania, Konica wskazała, że: „w ocenie Odwołującego żaden z dokumentów zastrzeżonych przez GALAXY jako tajemnica przedsiębiorstwa nie zawiera informacji, które mogą zagrozić pozycji konkurencyjnej tego wykonawcy i które spełniają przesłanki określone w art. 11 ust. 2 UZNK, a w konsekwencji – wymagających zastrzeżenia.”. Odnosząc się do zastrzeżenia dokumentu stanowiącego wykaz zrealizowanych umów Odwołujący wskazał, że: „ w wykazie usług znajduje się jedynie ograniczony zakres informacji, nieprowadzących do pogorszenia pozycji rynkowej GALAXY i ujawniona została nazwa odbiorcy usługi (IUVI), w ocenie Odwołującego wykaz ten powinien zostać odtajniony w całości.”. W odniesieniu do zastrzeżenia referencji IUVI Odwołujący Konica wskazał, że „zastrzeżenie referencji w przypadku ujawnienia nazwy odbiorcy usługi należy bezsprzecznie uznać za nieskuteczne, gdyż nie są w takiej sytuacji spełnione przesłanki określone w art. 11 ust. 2 UZNK. Zamawiający powinien zatem odtajnić co najmniej część referencji dotyczącą ujawnionych informacji, to jest odbiorcy usługi, informacji czy umowa została należycie wykonana, informacji w zakresie którym odnosi się do warunku udziału w Postępowaniu oraz dat. Tym samym, nie sposób uznać, że jakiegokolwiek pozostałe informacje posiadają wartość gospodarczą umożliwiającą ich skuteczne zastrzeżenie. (...) w przypadku referencji zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa nie powinien zostać objęty cały dokument, lecz co najwyżej pojedyncze informacje. Zastrzeżone nie powinny być w szczególności informacje co do tego, czy dane zamówienie zostało wykonane należycie i terminowo oraz czy wykonane zamówienie odpowiada przedmiotowo warunkom udziału w postępowaniu. Warto przy tym dodać, że GALAXY, zastrzegając dokument pn. „3.2 referencja IUVI”, ujawnił nazwę podmiotu wystawiającego zastrzeżoną referencję. W związku z tym, w ocenie Odwołującego zastrzeżenie wskazanej referencji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, jest w świetle przedstawionych okoliczności bezprzedmiotowe. (...)

Zamawiający nieprawidłowo uznał, że zastrzeżeniu jako tajemnica przedsiębiorstwa podlega dokument ISO 9001 na świadczenie usług serwisowych. Należy wskazać, że certyfikat ten nie może zawierać żadnych informacji niejawnych, w szczególności ze względu na to, że GALAXY (i) nie wskazało, że będzie korzystało z podwykonawcy, więc nie



łączą go żadne umowy o zachowaniu poufności z podmiotem trzecim, a nawet jeżeli korzystałby z podwykonawcy, to mając na uwadze fakt, że mamy do czynienia z realizacją zamówienia publicznego, informacja o tożsamości podwykonawcy byłaby informacją jawną; (ii) w zakresie części usług serwisowych, jako zadań kluczowych, Zamawiający zastrzegł konieczność ich osobistego wykonania. Zamawiający wskazał, że od wykonawców wymaga posiadania „certyfikatu ISO 9001 na świadczenie usług serwisowych w zakresie przedmiotu dostawy, tj. Środowiska Urządzeń oraz Systemu Wydruku” (rozd. X pkt 4) lit. d) SWZ). Tym samym, zarówno znany jest podmiot, na który powinien być wystawiony certyfikat (GALAXY), jak i zakres przedmiotowy certyfikatu (zgodnie z rozdz. X pkt 4) lit. d) SWZ), zatem co najmniej powyższe informacje powinny być jawne, gdyż nie zachodzą wobec nich przesłanki określone w art. 11 ust. 2 UZNK (nie są to informacje publicznie niejawne i nie mają wartości gospodarczej, a ich utajnienie ma na celu wyłącznie uniemożliwienie ich weryfikacji przez konkurencję). (...)

Brak możliwości zastrzeżenia „uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa” wynika z ugruntowanego w tym zakresie orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej. (...) Należy wskazać, że uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa powinno dodatkowo być poparte dowodami, które wykażą, że wobec zastrzeżonych dokumentów zachodzą przesłanki umożliwiające ich skuteczne utajnienie. Wykonawca, nie znając treści uzasadnienia, nie ma nawet możliwości weryfikacji, czy rzeczywiście takie dowody zostały złożone, na jaką okoliczność i czy uzasadniają zastrzeżenie ww. dokumentów jako tajemnicy przedsiębiorstwa.”.

Uzasadniając zarzut nr 2 Konica wskazała, że „Zgodnie z rozdz. XI ust. 1 pkt 5) SWZ, każdy z wykonawców zobowiązany jest złożyć wraz z ofertą „wykaz parametrów zaoferowanych urządzeń, zgodnie z Załącznikiem nr 10 do SWZ”. W Załączniku nr 10, w tabeli zawierającej parametry oferowanego Systemu monitorowania i zarządzania wydrukiem oraz OCR, wykonawcy zobowiązani byli wskazać między innymi informacje o wykorzystywanym silniku OCR. (...) 3.4. W wierszu dotyczącym Modułu OCR, GALAXY wskazało, że oferuje system własnej produkcji (Galaxy Systemu Informatyczne Sp. z o.o., Focus Print 2.0), natomiast w zakresie wykorzystywanego modułu GALAXY wskazało jedynie, że oferuje „moduł OCR Serwer”. Oznacza to, że GALAXY nie wskazało danych (informacji) identyfikujących wykorzystywany silnik OCR. Pismem z dnia 7 listopada 2022 r. Zamawiający wezwał GALAXY do złożenia następujących wyjaśnień dotyczących silnika OCR:

*Zgodnie z trzecim wierszem tabeli System monitorowania i zarządzania wydrukiem i OCR Wykazu parametrów zaoferowanych urządzeń (wg Załącznika nr 10 do SWZ) Wykonawca podał w kolumnie: nazwa, producent: Galaxy Systemy Informacyjne sp. z o.o., Focus Print® 2.0 moduł OCR Serwer. Zgodnie z wzorem Załącznika nr 10 do SWZ z dnia*

25.08.2022 r. kolumna miała zawierać: a) [nazwa systemu/modułu, producent], b) [wykorzystywany silnik OCR].

W związku z powyższym, Zamawiający zwraca się o złożenie wyjaśnień:

1) Które dane podane w ww. kolumnie określają wykorzystywany silnik OCR zaoferowany przez Wykonawcę,

2) W której części oferty znajdują się informacje o wykorzystywanym silniku OCR.

3) Czy oferowany silnik OCR jest autorskim rozwiązaniem firmy Galaxy?

3.1. W odpowiedzi na wyżej przytoczone wezwanie, GALAXY wyjaśniło:

1) Dane podane w kolumnie: nazwa, producent określają wykorzystywany silnik OCR.

2) Informacje o wykorzystywanym silniku OCR znajdują się w kolumnie: nazwa, producent zgodnie z trzecim wierszem tabeli System monitorowania i zarządzania wydrukiem i OCR Wykazu parametrów zaoferowanych urządzeń (wg Załącznika nr 10 do SWZ).

3) Tak – Silnik OCR jest autorskim rozwiązaniem firmy Galaxy SI wykorzystującym biblioteki ABBYY.

3.2. Ze złożonych wyjaśnień wynika, że GALAXY zaoferowało system, który wykorzystuje silnik OCR, będący autorskim rozwiązaniem GALAXY, które wykorzystuje biblioteki ABBYY. Należy wskazać, że silnikiem jest *de facto* zbiór bibliotek. Tym samym wyjaśnienia GALAXY wprowadzają w błąd i zmierzają do zmiany treści oferty, która -zgodnie z art. 233 ust. 1 PZP – jest niedopuszczalna. Z samej treści wyjaśnień wynika, że GALAXY nie podało w ofercie wykorzystywanego silnika (ABBYY) i próbowało uzupełnić treść oferty w ramach złożonych wyjaśnień (w wyjaśnieniach znajdowała się informacja o zamiarze wykorzystania silnika/ bibliotek ABBY, której nie dało się wywieść z treści złożonej oferty). Informacje o wykorzystywanym silniku OCR powinny się znaleźć w ofercie (stanowią część oferty), tj. w Załączniku nr 10, zawierającym wykaz parametrów zaoferowanych urządzeń, który, zgodnie z rozdz. XI ust. 1 pkt 5) SWZ wykonawcy zobowiązani byli złożyć wraz z ofertą.

ABBYY umożliwia wykorzystywanie silników (zbioru bibliotek) wyłącznie na podstawie odpowiednich umów (licencji), tj.

a. na podstawie licencji deweloperskiej - w ramach której producent – firma ABBYY, udziela praw do tworzenia i testowania aplikacji opartych na technologii FineReader Engine;

b. na podstawie licencji uruchomieniowej (Runtime License) – w ramach której przyznawane jest prawo do rozpowszechniania aplikacji z wbudowaną funkcjonalnością

FineReader Engine. Licencje Runtime (RTL) różnią się funkcjonalnością, liczbą stron i obsługą sieci (Licencja Network Runtime).

3.3. Zawarcie umów licencyjnych wymaga wniesienia odpowiednich opłat za korzystanie z rozwiązania oraz za wsparcie producenta. Z informacji uzyskanych od ABBYY wynika, że GALAXY nie wykupiło takich licencji.

3.4. Wykorzystanie bibliotek ABBYY wiąże się z wymogiem zakupu licencji RTL (Runtime License) w ramach, której przyznawane jest prawo do rozpowszechniania aplikacji z nich korzystających (zgodnie opisem w punkcie 3.7 powyżej).

3.5. Co istotne, ABBYY zmieniło sposób licencjonowania od 1.07.2022 r., który aktualnie nie spełnia wymagań OPZ. Oznacza to, że konieczne było wcześniejsze zarezerwowanie licencji u ABBYY na dotychczasowych zasadach na potrzeby realizacji przedmiotowego Postępowania. ABBYY zwracało się z pytaniem do swoich partnerów o konieczność rezerwacji licencji na „starych” zasadach i informowało o zmianie modelu licencyjnego na subskrypcyjny, który nie będzie spełniał wymagania 6.2.70 OPZ:

6.2.70	Dostarczone licencje muszą zapewnić bezterminowe wykorzystywanie wdrożonego systemu po wygaśnięciu umowy (bez wykupionej asysty) w zakresie wszystkich wdrożonych modułów, wymagań i funkcjonalności,
--------	---

3.6. Oznacza to, że po pierwsze – oferta GALAXY podlega odrzuceniu, gdyż GALAXY nie wskazało w ofercie wykorzystywanego silnika OCR, a po drugie – oferta GALAXY podlega odrzuceniu z tego względu, że nawet jeżeli GALAXY zamierza skorzystać z silnika ABBYY (bibliotek) i dopiero zamierza wykupić licencje u ABBYY, to będzie miało wyłącznie możliwość kupienia licencji w modelu subskrypcyjnym, który nie spełnia wymagań OPZ (tj. nie zapewnia bezterminowości). Jak już wyżej wskazano, z informacji uzyskanych od ABBYY wynika, że GALAXY nie zarezerwowało ani nie wykupiło wcześniej licencji na zasadach obowiązujących przed 1 lipca 2022 r. i w chwili obecnej nie jest w stanie zakupić od ABBYY licencji spełniających wymagania OPZ.

3.7. Zamawiający, po otrzymanych wyjaśnieniach, wybrał ofertę GALAXY jako najkorzystniejszą. Zamawiający tym samym uznał, że przekazane informacje są prawdziwe i wyczerpujące, prawdopodobnie nie weryfikując w żaden sposób ich prawdziwości, na przykład zwracając się bezpośrednio do ABBYY w celu uzyskania informacji, czy możliwe jest wykorzystanie samych bibliotek ABBYY oraz czy ABBYY udostępniło GALAXY swoje biblioteki zgodnie z oświadczeniem GALAXY. Tym samym, Zamawiający wybrał ofertę, której treść jest niezgodna z warunkami Zamówienia a ponadto, dokonał wyboru kierując się informacjami wprowadzającymi w błąd, co stanowi podstawę do wykluczenia GALAXY z Postępowania (na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10) PZP).

3.8. Mając na uwadze fakt, że Załącznik nr 10 do SWZ stanowi element oferty GALAXY i tym samym nie podlega zmianie ani uzupełnieniu, brak wskazania w ofercie wykorzystywanego silnika OCR a także późniejsze wskazanie w wyjaśnieniach informacji wprowadzających w błąd, oferta GALAXY podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) PZP a GALAXY podlega wykluczeniu z Postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10) Pzp.”.

Uzasadniając zarzut nr 3 Konica wskazała, że „Zamawiający w OPZ postawił następujące wymagania dotyczące współpracy oferowanego Systemu Wydruku z urządzeniami drukującymi i wydruku wielkoformatowego (poniżej Odwołujący zamieszcza wyciąg z OPZ):

6.2.17. System Wydruku musi współpracować ze wszystkimi typami urządzeń (str. 18 OPZ) drukujących (MFP, drukarki biurkowe w tym podłączane do komputera za pomocą USB) przynajmniej 6 z wymienionych producentów: Konica, Xerox, HP, Kyocera, Brother, Ricoh, Epson, Canon, OKI, Lexmark, Sharp, Toshiba, Wykonawca musi zapewnić i dostarczyć dokumentację API do wskazanych 6 urządzeń,

6.2.18. System Wydruku musi współpracować z urządzeniami wydruku (str. 18 OPZ) wielkoformatowego, przynajmniej 3 z wymienionych producentów: Canon, HP, Epson, Xerox, Konica, Rowe, KIP, w zakresie określonym w OPZ (z wyłączeniem wydruku podążającego). Wykonawca musi zapewnić i dostarczyć dokumentację API do wskazanych 3 urządzeń.

6.2.71 System musi obsługiwać następujące urządzenia drukujące posiadane przez (str. 24 OPZ) Zamawiającego:

- Kyocera ECOSYS P2040dn,
- KIP 860,

Z informacji uzyskanych od producentów wyżej wskazanych urządzeń wynika, że zarówno zaoferowane przez GALAXY oprogramowanie Focus Print nie spełnia wyżej wskazanych wymagań w zakresie współpracy, o której mowa w pkt 6.2.17 oraz 6.2.18 OPZ i nie jest w stanie dostarczyć dokumentacji API do wskazanych urządzeń, a także nie obsługuje urządzeń posiadanych przez Zamawiającego, to jest Kyocera ECOSYS P2040dn oraz KIP 860.

(...) GALAXY nie przedstawiło żadnych dowodów, które potwierdzałyby prawdziwość złożonych oświadczeń, a Zamawiający nie zweryfikował podanych informacji. Natomiast Odwołujący zwrócił się do producentów KIP i KYOCERA z pytaniem o współpracę i obsługę urządzeń KIP i KYOCERA z oferowanym przez GALAXY Focus Print 2.0, otrzymując informację, że Focus Print 2.0 nie współpracuje z urządzeniami KIP i KYOCERA i nie obsługuje urządzeń, które posiada Zamawiający, tj. Kyocera ECOSYS P2040dn i KIP 860.

4.7. Ponadto, wbrew oświadczeniu GALAXY, zaoferowane przez GALAXY oprogramowanie nie współpracuje z urządzeniami wydruku wielkoformatowego XEROX, ponieważ aktualnie

## Sygn. akt KIO 3308/22, KIO 3328/22

XEROX nie produkuje urządzeń wydruku wielkoformatowego i tym samym nie spełnia wymagania określonego w pkt 6.2.18 OPZ.

4.8. Należy także wskazać, że skoro urządzenia te nie współpracują z Focus Print 2.0, to GALAXY nie jest w stanie dostarczyć dokumentację API umożliwiającą współpracę Systemu ze wszystkimi typami urządzeń. (...).

6.1. W Załączniku nr 10 do SWZ dla Systemu monitorowania i zarządzania wydrukiem oraz OCR KONSORCJUM ARCUS wskazało następujące informacje:

System monitorowania i zarządzania wydrukiem oraz OCR Standard	Funkcjonalność	Wymagane	Nazwa, producent	Potwierdzenie spełnienia wymagań OPZ
Moduł	Wydruk podążający	TAK	PRINTOSCOPE/ FM-P_01, Milestone Sp. z o.o.	spełnia
Moduł	Zarządzania flotą	TAK	PRINTOSCOPE/ MM_01, Milestone Sp. z o.o.	spełnia
Moduł	OCR	TAK	a) [PRINTOSCOPE/OC R_SRV_01, Milestone Sp. z o.o.], b) [ABBYY Fine Reader Server 14	spełnia

6.2. Zgodnie z pkt 6.2.72. OPZ:

System Wydruku musi umożliwiać wykorzystywanie technologii skanowania OCR:

- a) System musi posiadać możliwość dzielenia użytkowników na grupy w celu uruchamiania poszczególnych funkcjonalności np. OCR,
- b) System musi posiadać OCR z rozpoznawaniem polskich znaków, rozpoznawaniem pisma drukowanego i tabel, zachowaniem układu dokumentu, rozpoznawaniem tekstu w pionie, możliwość dystrybucji dokumentów (mail, ftp itp..),
- c) OCR musi posiadać funkcjonalność umożliwiającą użytkownikowi przesłanie nieedytowanego dokumentu na zdefiniowaną skrzynkę e-mail, po przetworzeniu OCR odsyła edytowalny dokument, bądź link do niego, do nadawcy,
- d) System musi umożliwiać uruchomienie OCR na wybranych urządzeniach, w wybranych lokalizacjach, wybranych użytkownikach, wybranych grupach użytkowników,

## Sygn. akt KIO 3308/22, KIO 3328/22

- e) Jeżeli urządzenie skanujące posiada czytnik kart HID oraz możliwość uwierzytelniania użytkowników, to OCR musi umożliwiać skanowanie dokumentów do katalogów w podanej lokalizacji sieciowej Zamawiającego przypisanych do danego użytkownika. Natomiast, jeżeli urządzenie skanujące nie ma możliwości uwierzytelniania użytkowników za pomocą karty HID, to OCR musi umożliwiać skanowanie dokumentów do katalogów znajdujących się w lokalizacji sieciowej Zamawiającego, przypisanych do wskazanego urządzenia skanującego
- f) W ramach OCR system musi przetwarzać dokumenty w formacie np.xlsx, xls, doc, docx  
PDF przeszukiwalny,
- g) Oprogramowanie zapewnia możliwość automatycznego OCR i rozpoznawania znaków skanowanych pism bez limitu skanowanych/procesowanych dokumentów,
- h) Oprogramowanie musi mieć funkcjonalność dzielenia skanowanego dokumentu po ustalonym kodzie,
- i) Oprogramowanie ma zapewniać możliwość odczytania dokumentów zamieszczonych ręcznie w folderze wynikowym,
- j) Oprogramowanie ma umożliwiać wskazanie obszaru, gdzie znajduje się kod kreskowy  
(zwierający litery i cyfry) - opcjonalnie,
- k) Oprogramowanie musi mieć funkcjonalność jednoczesnego odczytu i odnajdowania kodu kreskowego (musi rozpoznawać maskę) z miejsca gdzie ten kod kreskowy będzie naklejony – możliwość oznaczenia maski i miejsca. Odnajdywanie kodów kreskowych z zdefiniowaną maską i tylko procesowanie tych dokumentów,
- l) Oprogramowanie ma mieć funkcjonalność zamieszczania zeskanowanych dokumentów w zdefiniowanym miejscu w folderze w formacie PDF;
- m) Zeskanowany plik w wynikowym folderze musi być pod nazwą taka jak kod kreskowy naklejony na dokumencie,
- n) Oprogramowanie przy separacji zeskanowanych dokumentów (np. wiele zeskanowanych dokumentów w jednym pliku) nazywa podzielone pliki zgodnie z rozpoznany kodem kreskowym,
- o) Oprogramowanie musi mieć funkcję rozpoznawania zeskanowanych pustych stron.  
Funkcja konfigurowalna przez administratora;
- p) Oprogramowanie musi być w języku polskim,
- q) Administracja i konfiguracja oprogramowania do OCR realizowana jest centralnie przez administratora.

r) Poprawa jakości skanowanego dokumentu poprzez usuwanie znaków po zszywkach, prostowanie dokumentu, zagięcia stron musi być realizowana z poziomu Systemu Wydruku lub Urządzenia skanującego

6.3. Zgodnie z wiedzą Odwołującego, zaoferowany przez KONSORCJUM ARCUS silnik OCR w wersji ABBYY Fine Reader Server 14 nie spełnia powyższych wymagań funkcjonalnych, w szczególności w zakresie lit. a) i d).

6.4. Ponadto, silnik OCR w wersji ABBYY Fine Reader Server 14 nie spełnia również wymagań określonych w pkt 6.2.69. i 6.2.70. OPZ, tj.:

6.2.69. Wykonawca dostarczy licencje w zakresie OCR umożliwiające skanowanie na trzech serwerach bez limitu stron oraz bez limitu użytkowników oraz bez ograniczeń liczby podłączonych urządzeń skanujących. W ramach Prawa Opcji Zamawiający musi mieć możliwość dokupienia licencji na dodatkowy serwer. Powyższe licencje OCR muszą obejmować następujące środowiska:

o środowisko produkcyjne, o środowisko testowe, o środowisko developera

6.2.70. Dostarczone licencje muszą zapewnić bezterminowe wykorzystywanie wdrożonego systemu po wygaśnięciu umowy (bez wykupionej asysty) w zakresie wszystkich wdrożonych modułów, wymagań i funkcjonalności.

6.5. Zgodnie z wiedzą Odwołującego, jako partnera firmy ABBYY, ABBYY Fine Reader Server 14 nie spełnia przedstawionych wymagań pod względem funkcjonalnym oraz licencyjnym, tj. nie zapewnia wymaganych:

- a. możliwości instalacji na trzech serwerach,
- b. braku ograniczeń na liczbę przetwarzanych stron,
- c. Nielimitowanej liczby obsługiwanych użytkowników oraz liczby podłączonych urządzeń skanujących, a także bezterminowości licencji i niewygasającego prawa z niej korzystania.”.

Odwołujący uzasadniając zarzut nr 6 wskazał, że: „zaoferowane przez KONSORCJUM ARCUS oprogramowanie Printoscope również nie spełnia wymagań w zakresie współpracy z urządzeniami, o której mowa w pkt 6.2.17 oraz 6.2.18 OPZ (powołanych wyżej w odwołaniu) i nie jest w stanie dostarczyć dokumentacji API do wskazanych urządzeń, co wynika z informacji uzyskanych przez Odwołującego od producentów tych urządzeń.

7.2. Ponadto, oprogramowanie Printoscope nie spełnia wymogu opisanego w pkt 6.2.71 OPZ, bowiem nie obsługuje urządzeń posiadanych przez Zamawiającego, to jest urządzenia KIP 860.

7.3. Odwołujący zwrócił Zamawiającemu uwagę na wyżej wskazane niezgodności w ofercie KONSORCJUM ARCUS z OPZ, wskazując w piśmie z dnia 21 października 2022 r.,

że Zamawiający powinien odrzucić ofertę KONSORCJUM ARCUS, a wcześniej ewentualnie wezwać w tym zakresie do wyjaśnień.

7.4. Zamawiający wezwał KONSORCJUM ARCUS do wyjaśnień w powyższym zakresie pismem z dnia 7 listopada 2022 r.. KONSORCJUM, w piśmie z dnia 14 listopada 2022 r., ogólnikowymi stwierdzeniami potwierdziło spełnienie wszystkich powyższych wymogów, nie przedstawiając na tę okoliczność żadnych dowodów, a Zamawiający nie zweryfikował podanych informacji.

7.5. Z powyższego wynika, że oferta KONSORCJUM ARCUS nie spełnia warunków o których mowa w pkt 6.2.17, 6.2.18 i 6.2.71 OPZ i tym samym podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) PZP. Ponadto KONSORCJUM ARCUS wprowadziło Zamawiającego w błąd przedstawiając w wyjaśnieniach nieprawdziwe informacje, które skutkowały podjęciem przez Zamawiającego decyzji o nieodrzuceniu oferty KONSORCJUM ARCUS na powyższej podstawie, przez co powinno zostać wykluczone z Postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10) PZP.”.

Odnosząc się do zarzutu nr 7, Konica wskazała, że „zgodnie z pkt 6.2.51. OPZ „W przypadku przerwania operacji wydruku z powodu awarii urządzenia, braku zasilania lub braku materiałów eksploatacyjnych (papier lub toner) System Wydruku musi uniemożliwić wydruk pozostałych do wydrukowania dokumentów (skasować je). Jednocześnie system musi uwzględnić w rozliczeniach wyłącznie ilość i rodzaj wydrukowanych stron, a nie stron zadeklarowanych do wydrukowania”. Zgodnie z wiedzą Odwołującego, zaoferowane przez KONSORCJUM ARCUS oprogramowanie Printoscope nie spełnia powyższego wymagania z pkt 6.2.51. OPZW pkt 1. OPZ „Definicje” „System Wydruku” zdefiniowano jako „Oprogramowanie dostarczone, zainstalowane, skonfigurowane i wdrożone przez Wykonawcę, zintegrowane lub współpracujące ze Środowiskiem Urządzeń w ramach którego Zamawiający będzie miał możliwość korzystania z wszystkich funkcji oferowanych przez oprogramowanie, w szczególności z funkcji monitorowania i zarządzania wydrukami, Zarządzania Flotą, Funkcji Wydruku Podążającego, OCR oraz raportowania.” W ocenie Odwołującego, niespełnienie wymagania z pkt 6.2.51. OPZ powiązane jest z niespełnieniem wymagania z pkt 6.2.17. OPZ, ponieważ brak dostępu do interfejsu programowania aplikacji (Application Programming Interface, tj. API) danego producenta urządzeń, uniemożliwi ich pełną integrację z oferowanym system, a tym samym spełnienie wymagań OPZ dla urządzeń producentów wskazanych w pkt. 6.2.17. OPZ. (...) 8.5. Niezależnie od powyższego, należy wskazać, że brak API powoduje, iż oprogramowanie Printoscope nie spełni wymogów opisanych także w innych punktach OPZ, wskazujących na potrzebę integracji z panelem urządzeń, tj. m.in.:



## **Sygn. akt KIO 3308/22, KIO 3328/22**

6.2.35. System Wydruku musi umożliwiać zarządzanie kolejką wydruków z poziomu urządzenia MFP [...]

6.2.36. System Wydruku musi blokować użytkownikowi dostępu do wszystkich funkcji urządzenia MFP do momentu autoryzacji na urządzeniu,

6.2.40. System Wydruku musi automatycznie wyliczać koszty rzeczywiście (fizycznie) wydrukowanych stron/kopii w podziale na poszczególne rodzaje: A3/A4, mono/kolor, simplex/duplex oraz koszty powierzchni wydruku urządzeń wielkoformatowych (np. KIP) w przeliczeniu na formaty A1, A2 oraz uniemożliwiać zaistnienie sytuacji, w której np. z powodu awarii urządzenia drukującego zakolejkowane a niewydrukowane strony zostaną policzone jako wydrukowane,

6.2.42. System Wydruku musi umożliwiać udostępnianie, ograniczanie i blokowanie dostępu użytkownikom do wskazanych urządzeń wielofunkcyjnych zarządzanych przez System Wydruku.

8.6. Z powyższego wynika, że oferta KONSORCJUM ARCUS nie spełnia warunków o których mowa w pkt 6.2.51., 6.2.35., 6.2.36., 6.2.40., 6.2.42. OPZ i tym samym podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) PZP. Ponadto KONSORCJUM ARCUS wprowadziło Zamawiającego w błąd przedstawiając w wyjaśnieniach nieprawdziwe informacje, które skutkowały podjęciem przez Zamawiającego decyzji o nieodrzuceniu oferty KONSORCJUM ARCUS na powyższej podstawie, przez co powinno zostać wykluczone z Postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10) PZP.”.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oświadczył, że uwzględnia zarzut nr 1 i 2 odwołania, a w pozostałym zakresie wnosi o oddalenie odwołania, jako niezasadnego.

Przystępujący Galaxy oświadczył, że zgłasza sprzeciw co do zarzutów uwzględnionych przez Zamawiającego.

**Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron zaprezentowane ustnie do protokołu rozprawy, a także złożone dowody ustaliła i zważyła co następuje:**

**Odwołanie o sygn. akt KIO 3308/22 nie zasługiwało na uwzględnienie, natomiast odwołanie o sygn. akt KIO 3328/22 zasługiwało na częściowe uwzględnienie.**

Izba ustaliła, że Odwołujący Arcus i Odwołujący Konica posiadają interes we wniesieniu odwołań wynikający z art. 505 Pzp.

## **Sygn. akt KIO 3308/22, KIO 3328/22**

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem ww. odwołań na podstawie art. 528 Pzp i skierowała sprawy do rozpoznania na rozprawie.

W związku z wycofaniem przez Odwołującego Konica zarzutów wskazanych w sentencji wyroku (pkt 3) Izba działając na podstawie art. 568 pkt 1 Pzp umorzyła postępowanie odwoławcze o sygn. akt KIO 3328/22 w tym zakresie.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu wykonawców:

1) GALAXY Systemy Informatyczne Sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze zgłaszającego przystąpienia do postępowań odwoławczych o sygn. akt: KIO 3308/22, KIO 3328/22 po stronie zamawiającego,

2) Konica Minolta Business Solutions Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 3308/22 po stronie zamawiającego,

3) Konsorcjum: Arcus S.A., KC Consulting J. W. z siedzibą lidera w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 3328/22 po stronie zamawiającego.

### **Izba przy rozstrzyganiu obu odwołań uwzględniła:**

1) odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie KIO 3308/22 oraz KIO 3328/22,

2) pisma procesowe wykonawcy Galaxy z dnia 27 grudnia 2022r. złożone do spraw o sygn. akt KIO 3308/22 oraz KIO 3328/22,

3) pisma procesowe wykonawcy Galaxy z dnia 27 i 28 grudnia 2022r. złożone do spraw o sygn. akt KIO 3308/22 oraz KIO 3328/22,

4) pismo procesowe Przystępującego i Odwołującego Konica z dnia 28 grudnia 2022r. złożone do spraw o sygn. akt KIO 3308/22 oraz KIO 3328/22,

5) pismo procesowe Przystępującego Arcus z dnia 28 grudnia 2022r., złożone do sprawy KIO 3328/22,

**6) dowody złożone przez Odwołującego Arcus na rozprawie przed Izbą w dniu 30 grudnia 2022r.:**

a) oświadczenie spółki Milestone sp. z o.o. z dnia 22 grudnia 2022r,

b) umowa o zachowaniu poufności (wersja w jęz. polskim i angielskim),

c) załącznik nr 1 – umowa w sprawie opracowania produktu (wersja w jęz. polskim i angielskim),

d) formularz wniosku (wersja w jęz. polskim i angielskim)

e) formularz rejestracyjny (wersja w jęz. polskim i angielskim),

**Sygn. akt KIO 3308/22, KIO 3328/22**

- f) umowa licencyjna (wersja w jęz. polskim i angielskim),
- g) zarys tworzenia aplikacji HyPas,
- h) deklaracja producenta Kyocera z dnia 20 grudnia 2022r. (wersja w jęz. polskim i angielskim) – dot. oprogramowania FocusPrint
- i) deklaracja producenta Kyocera z dnia 20 grudnia 2022r. (wersja w jęz. polskim i angielskim) – dot. oprogramowania SmartPrint
- j) oświadczenia spółki Milestone 8 listopada 2022r. dotyczące oprogramowania Printoscope.

Konsorcjum zastrzegło dowody od lit. b)-g) jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

**7) dowody złożone przez Przystępującego Galaxy:**

- a) certyfikat z 16 maja 2022r.,
- b) architektura systemu Focus Print 2.0.,
- c i d) dokumenty dotyczące systemu Focus Print 2.0.
- e) korespondencja mailowa,
- f) opis przedmiotu zamówienia.

Przystępujący Galaxy zastrzegł dowody od lit. a)-e) jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

**8) dowody złożone przez Odwołującego Konica:**

- a) referencje z dnia 19 grudnia 2020 r. wystawione na rzecz Przystępującego Konica przez Izbę Administracji Skarbowej w Gdańsku;
- b) oświadczenie z dnia 19 grudnia 2022 r. producenta Qube Technologies sp. z o.o.
- c) oświadczenie z dnia 28 grudnia 2022 roku producenta Qube Technologies sp. z o.o.,
- d) oświadczenie z dnia 13 grudnia 2022 r. firmy AutoID Polska S.A.,
- e) korespondencja e-mailowa prowadzona z producentem KIP wraz z tłumaczeniem na język polski,
- f) korespondencja e-mailowa prowadzona z producentem Kyocera, wraz z tłumaczeniem na język polski,
- g) oświadczenie z dnia 21 października 2022 roku AutoID Polska S.A.

- h) zrzut ekranu ze strony internetowej Canon, udostępnionego pod adresem: <https://developers.canon-europe.com/s/article/MEAP-Application-List>, wraz z tłumaczeniem na język polski,
- i) list referencyjny z dnia 22 grudnia 2022r.

**9) dowód złożony przez Zamawiającego – korespondencja e-mailowa z dnia 27 grudnia 2022r.**

**Sygn. akt KIO 3308/22 – odwołanie wykonawców Konsorcjum: Arcus S.A. z siedzibą w Warszawie, J. W. prowadzący działalność pod firmą KC Consulting J. W.**

**Izba zważyła:**

**Zarzut nr 1:** naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp oraz art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1, 2, 3 Pzp poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia, podczas gdy Zamawiający winien poprawić ofertę Odwołującego, uznając, że doszło do innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty.

Rozpoznając przedmiotowy zarzut na wstępie wskazać należy, że zgodnie z art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp Zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty - niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

Przypomnieć należy, że Konsorcjum w rozdziale 2.5, l.p. 6 Formularza cenowego, za realizację KM11 w ramach Etapu III, w kolumnie Cena jednostkowa netto w PLN, podał kwotę 4 219 680,40. W podsumowaniu tabeli w wierszu: Cena Prawa Opcji netto w PLN Wykonawca podał kwotę 4 219 680,40. Z powyższego wynikało więc, że Konsorcjum w rozdziale 2.5, l.p. 6 przekazanego Formularza cenowego, za realizację KM11 w ramach Etapu III podało kwotę stanowiącą 100% wartości Prawa Opcji.

Zauważyć natomiast należy, że Zamawiający w Rozdziale 2.5. Załącznik nr 1 do Załącznika nr 3 do SWZ - Formularz Cenowy wskazał, że „Wynagrodzenie Wykonawcy z tytułu realizacji KM11 w ramach Prawa Opcji stanowić będzie 3% – 6% łącznej wartości Prawa Opcji podanej w Lp. 5 pkt 1 tab. Ogólny wykaz cen”.

W ocenie Izby w okolicznościach niniejszej sprawy Zamawiający prawidłowo zakwalifikował błąd popełniony przez Konsorcjum w formularzu cenowym w rozdziale 2.5, l.p. 6 dotyczący realizacji KM11 w ramach Etapu III jako niezgodność z warunkami zamówienia i dokonał odrzucenia oferty Konsorcjum na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp.

Brak było bowiem – wbrew stanowisku Odwołującego Arcus – możliwości poprawienia ww. niezgodności w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp, tj. jako innej omyłki, gdyż nie sposób uznać jej za nieistotną. Dokonana zmiana stanowiłaby bowiem niedozwoloną zmianą treści oferty Konsorcjum w zakresie dotyczącym wynagrodzenia w ww. pozycji. Kolejno wskazać należy, że Zamawiający uwzględniając brzmienie postanowienia rozdziału 2.5. Załącznika nr 1 do Załącznika nr 3 do SWZ, w którym określił dopuszczalny procentowy przedział wyceny realizacji KM11 w ramach Etapu III nie mógłby w sposób arbitralny przypisać Odwołującemu wynagrodzenia wynoszącego 6% wskazanej przez niego kwoty wynikającej z podsumowania prawa opcji. Podkreślić należy, że to do wykonawców ubiegających się o zamówienie należało określenie, jaka procentowa wartość stanowić będzie ich wynagrodzenie w ramach tej pozycji, tj. 3, 4, 5 czy też 6%. Dokonanie więc poprawy ww. omyłki wiązałoby się z koniecznością przeprowadzenia niedozwolonych na gruncie przepisów Pzp negocjacji z Odwołującym Arcus, jaka cena powinna zostać wpisana, aby mieściła się w określonym przedziale. Powyższe natomiast prowadziłyby do rażącego naruszenia art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Końcowo wskazać należy, że Izba nie podzieliła stanowiska Arcus, że okoliczność iż określił on wartość prawa opcji w maksymalnej dopuszczanej przez Zamawiającego wysokości tj. 20% ceny globalnej oferty wskazywała, że w rozdziale 2.5, l.p. 6 dotyczący realizacji KM11 w ramach Etapu III wykonawca chciał zaoferować również cenę w maksymalnej dopuszczanej wysokości. Powyższych zamierzeń nie sposób odczytać ze złożonej w postępowaniu oferty.

W konsekwencji Izba oddaliła zarzut nr 1.

**Zarzut nr 2:** naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 118 ust. 2 Pzp poprzez jego niezasadne zastosowanie i bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego jako niezgodnej z przepisami ustawy, pomimo że Odwołujący potwierdził spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznych i zawodowych, gdyż wykazał realność dysponowania zasobami podmiotów trzecich udostępniających zasoby;

**Zarzut nr 3:** naruszenie art. 122 Pzp w zw. z art. 118 ust. 2 Pzp poprzez niezasadne zaniechanie wezwania Odwołującego do zastąpienia MILESTONE sp. z o. o. przez wykazanie, że Odwołujący samodzielnie spełnia warunki udziału w Postępowaniu, w sytuacji gdy zobowiązanie MILESTONE sp. z o. o. do udostępnienia zasobów dołączone do oferty Odwołującego oraz zadeklarowany sposób wykorzystania tych zasobów w formularzu ofertowym nie potwierdzał zdaniem Zamawiającego realności udostępnienia zasobów.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 3 Pzp Zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jest niezgodna z przepisami ustawy. Art. 118 ust. 2 Pzp stanowi, że w odniesieniu do warunków

dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. Zgodnie z art. 122 Pzp, jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe, sytuacja ekonomiczna lub finansowa podmiotu udostępniającego zasoby nie potwierdzają spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, zamawiający żąda, aby wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami albo wykazał, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Izba ustaliła, że jak wynika z akt postępowania, Konsorcjum wraz z ofertą przedłożyło zobowiązania podmiotu Milestone sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu. Z oświadczenia ww. podmiotu wynika, że zobowiązuje się on do oddania zasobów w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej zapewniających należyte wykonanie zamówienia udokumentowane referencjami (pkt. 1.1 zobowiązania). W pkt. 2.1 zobowiązania oświadczą, że zakres zasobów dostępnych Wykonawcy będzie następujący: w zakresie zdolności technicznej zapewniających należyte wykonanie zamówienia udokumentowane referencjami. Natomiast jak wynika z pkt. 2.2 zobowiązania podmiot Milestone sp. z o.o. oświadcza, że sposób udostępnienia Wykonawcy i wykorzystania przez niego zasobów będzie następujący: doradztwo, konsultacje:

- w zakresie zdolności technicznej w postaci oddania do korzystania know-how,
- dokumentów zawierających opis procesów technologicznych, dokumentacji serwisowej, programów komputerowych,
- będzie polegać na przekazaniu przez MILESTONE sp. z o. o. parametrów (ustawień) sterowników urządzeń drukujących, ustawień modułu OCR.

Izba ustaliła także, że Zamawiający w dniu 7 listopada 2022 r. wezwał Konsorcjum do złożenia wyjaśnień m. in w zakresie „*W jaki sposób będą wykonywane usługi (przenoszony potencjał podmiotu MILESTONE sp. z o. o.), skoro podmiot MILESTONE sp. z o. o. jako wykorzystywanie swoich zasobów wskazał doradztwo i konsultacje, a nie wskazuje podwykonawstwa*”. Konsorcjum w odpowiedzi na wezwanie w piśmie z dnia 14 listopada 2022r. wskazało, że „*konsultacje i doradztwo wspierać będą członków Konsorcjum Wykonawców w realizacji przez nich przedmiotu zamówienia, w oparciu o całość doświadczeń zawodowych zgromadzonych przez podmiot MILESTONE sp. z o.o. w toku wielu lat prowadzenia przez to przedsiębiorstwo działalności gospodarczej (...) „udostępnienie zasobów przez podmiot trzeci może również przybierać inne formy, niż podwykonawstwo. Nie jest zaś bezwzględnie konieczne zaangażowanie podmiotu*

*udostępniającego zasoby w roli podwykonawcy przedmiotu zamówienia, niezależnie od tego jaki rodzaj zasobu zostaje udostępniony”.*

Zamawiający w informacji z dnia 2 grudnia 2022r. o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 Pzp podał: *„W ocenie Zamawiającego zakres zasobów udostępnianych przez podmiot Milestone Sp. z o.o. Konsorcjum, wymaga czynnego udziału w realizacji zamówienia”.*

Izba uwzględniając powyższe okoliczności uznała, że w sposób niebudzący wątpliwości z treści oświadczenia podmiotu Milestone sp. z o.o., który udostępnił Konsorcjum zasoby nie wynikało, że podmiot wykona usługę stanowiącą przedmiot niniejszego postępowania, która to konieczność wynika z art. 118 ust. 2 Pzp. Zauważyć należy, że powyższy przepis umożliwia wykonawcy wykorzystanie zasobów podmiotów trzecich w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej pod warunkiem jednak, że podmiot ten wykona roboty budowlane lub usługi, do realizacji których zamawiający wymaga tych zdolności. Bez znaczenia jest przy tym charakter prawny stosunków prawnych, na podstawie których udostępniany jest potencjał, łączących wykonawcę z tymi podmiotami, a więc nie ma znaczenia, czy powyższe odbywać się będzie w ramach podwykonawstwa, czy też przybierze inną formę współpracy. Istotne jest natomiast wykonanie usługi przez ten podmiot. Odwołujący Arcus odpowiadając więc na wezwanie Zamawiającego wskazał natomiast, że *„konsultacje i doradztwo wspierać będą członków Konsorcjum Wykonawców w realizacji przez nich przedmiotu zamówienia”.* Co więcej w treści odwołania (str. 16) wprost wskazał, że *„podmiot ten zgodnie z oświadczeniem Odwołującego nie miał być zaangażowany w realizację zamówienia”.* Powyższe potwierdza, że Konsorcjum nie udowodniło Zamawiającemu w żaden sposób, że spółka Milestone faktycznie i realnie wykona zamówienie, a więc, że spółka ta będzie brała czynny udział w realizacji przedmiotu zamówienia.

W konsekwencji skoro Odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznych i zawodowych, mając na uwadze przepis art. 122 Pzp, Zamawiający winien był wezwać Odwołującego aby zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami albo wykazał, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu. Niemniej jednak z uwagi na okoliczność, że oferta Odwołującego Arcus podlegała odrzuceniu Izba nie nakazywała Zamawiającemu wzywania Odwołującego w tym zakresie.

Podsumowując, Izba stwierdziła, że Zamawiający nieprawidłowo uznał, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 118 ust. 2 Pzp. W ocenie Izby brak wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu przy wykorzystaniu zasobów podmiotu trzeciego, jak również wadliwe skonstruowanie

oświadczenia podmiotu trzeciego nie może stanowić podstawy do odrzucenia oferty na podstawie powyższego przepisu.

Izba pomimo uznania, że Zamawiający naruszył przepis art. 226 ust. 1 pkt 3 Pzp oddaliła odwołanie i nie uwzględniła w tym zakresie zarzutu odwołania. Zgodnie z treścią art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp Izba uwzględni odwołanie, w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. W ocenie Izby naruszenie o takim skutku w rozpoznawanym przypadku nie miało miejsca. W świetle powyższego przepisu, dla uwzględnienia odwołania, konieczne jest wykazanie dwóch przesłanek:

- 1) naruszenie przepisów ustawy oraz
- 2) wykazanie, że naruszenie to miało lub mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania.

Z powyższego wynika, że nie każde naruszenie przez Zamawiającego przepisów Pzp będzie skutkowało uwzględnieniem odwołania, ale tylko takie, które w sposób istotny wpłynęło lub może wpłynąć na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego należy rozumieć przez pryzmat pojęcia tego postępowania, a więc jako akt wyboru oferty tego wykonawcy, z którym zamawiający zawrze umowę w sprawie zamówienia publicznego. Tak też orzekł Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 12 lutego 2014 r., sygn. akt: IV CSK 291/13. Innymi słowy – z wpływem naruszenia na wynik postępowania mamy do czynienia wyłącznie w sytuacji, w której uwzględnienie zarzutów zawartych w odwołaniu prowadzi lub może prowadzić do wyboru jako najkorzystniejszej oferty innego wykonawcy.

Uwzględnienie odwołania w tym zakresie nie wpłynęłoby na wynik postępowania, bowiem oferta Konsorcjum została prawidłowo odrzucona przez Zamawiającego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp.

**Zarzut 4 oraz 5:** naruszenie art. 17 ust. 2 Pzp w związku z art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp oraz art. 223 ust. 1 i 128 ust. 4 Pzp, poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert, a co za tym idzie może automatycznie i bez weryfikacji przyjmować oświadczenie Konica Minolta dotyczące spełnienia wymagań SWZ przez oprogramowanie SmartPrint za prawdziwe oraz oświadczenie Galaxy dotyczące rzekomego spełnienia wymagań SWZ przez silnik OCR tego wykonawcy za prawdziwe.

Izba ustaliła, że zgodnie z rozdziałem XI ust. 1 pkt 5 SWZ Zamawiający postanowił, że „każdy z Wykonawców zobowiązany jest złożyć wraz z ofertą wykaz parametrów zaoferowanych urządzeń, zgodnie z Załącznikiem nr 10 do SWZ”. W załączniku nr 10 do



SWZ Zamawiający w odniesieniu do wymagań dotyczących „Systemu monitorowania i zarządzania wydrukiem OCR” żądał wypełnienia następującej tabeli:

Standard	Funkcjonalność	Wymagane	Nazwa, producent	Potwierdzenie spełnienia wymagań OPZ
Moduł	Wydruk podążający	TAK	[nazwa systemu/modułu, producent]	[spełnia / nie spełnia]
Moduł	Zarządzania flotą	TAK	[nazwa systemu/modułu, producent]	[spełnia / nie spełnia]
Moduł	OCR	TAK	a) [nazwa systemu/modułu, producent], b) [wykorzystywany silnik OCR]	[spełnia / nie spełnia]

Izba uwzględniając treść dokumentacji postępowania stwierdziła, że Zamawiający w niniejszym postępowaniu określił wymagania, które wykonawcy muszą podać w celu umożliwienia Zamawiającemu zidentyfikowania oferowanego przez wykonawcę systemu monitorowania wydrukiem. Zamawiający żądał tylko podania nazwy i producenta, co w sposób precyzyjny wynika z kolumny nr 4 ww. tabeli. Co istotne również samo Konsorcjum w treści odwołania wskazało na okoliczność, że Zamawiający „nie żądał podania nazwy oferowanego systemu Wydruku, jego konkretnej wersji, nazwy silników czy modułów.”. Skoro więc z SWZ nie wynikał obowiązek wskazania konkretnej wersji oferowanego systemu, a Zamawiający bazował na oświadczeniu wykonawcy co do spełnienia wymogów wynikających OPZ. Obaj wykonawcy tj. Konica oraz Galaxy podali w ww. tabeli żądane przez Zamawiającego informacje, dotyczące nazwy oraz producenta, a także oświadczyli, że oferowany system spełnia wynikające z OPZ wymagania.

Tym samym Izba oddaliła zarzuty jako niezasadne.

**Zarzut nr 6 i 7:** naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez brak jego zastosowania, a tym samym brak odrzucenia oferty Galaxy oraz Konica jako niezgodnej z warunkami zamówienia i przez to błędne przyjęcie przez Zamawiającego, że oferta Galaxy oraz oferta Konica spełnienia wymagania SWZ w zakresie dotyczącym współpracy urządzenia Kyocera ECOSYS P2040dn z Systemem Wydruku zgodnie z pkt 6.2.71. OPZ, podczas gdy:

- oferowany przez Galaxy System Wydruku pod nazwą „Focus Print 2.0” nie współpracuje z urządzeniem Kyocera ECOSYS P2040dn, a więc nie spełnia wymagania z pkt 6.2.71. OPZ, wobec czego zaistniała podstawa do odrzucenia oferty Galaxy,

- oferowany System Wydruku przez Konica Minolta pod nazwą „Smart Print” nie współpracuje z urządzeniem Kyocera ECOSYS P2040dn, a więc nie spełnia wymagania z pkt 6.2.71. OPZ, wobec czego zaistniała podstawa do odrzucenia oferty Konica Minolta.

Izba ustaliła, że zgodnie z punktem 6.2.71 OPZ „System musi obsługiwać następujące urządzenia drukujące posiadane przez Zamawiającego:

- Kyocera ECOSYS P2040dn,
- KIP 860”.

Odwołujący Arcus podnosił, że zaoferowane przez Przystępujących Konica oraz Galaxy systemy nie umożliwiają współpracy z wymienionymi w ww. punkcie OPZ urządzeniami.

Izba przeprowadziła dowód z dokumentów oznaczonych wyżej jako 8 lit. a), b) oraz lit. i) i ustaliła, że wynika z nich, że oprogramowanie zaoferowane przez Konica tj. SmartPrint współpracuje z ww. urządzeniami. W liście referencyjnym z dnia 22 grudnia 2022r. wystawionym przez Urząd Miejski w Bielsku-Białej wprost zostało potwierdzone, że system „SmartPrint umożliwia scentralizowanie zarządzania procesem drukowania i skanowania z zachowaniem procesem drukowania i skanowania z zachowaniem bezpieczeństwa przetwarzanych dokumentów w środowisku opartym na urządzeniach ... KYOCERA.” Powyższe wspiera dowód będący oświadczeniem producenta z dnia 19 grudnia 2022r. Tym samym Izba za wiarygodne uznała oświadczenia ww. podmiotów co do współpracy urządzeń z systemem oferowanym przez wykonawcę Konica. Izba za niezasadne uznała argumenty Odwołującego Arcus dotyczące niezgodności systemu Konica z punktem 6.2.71 OPZ również z uwagi na fakt, że sam Odwołujący w treści odwołania (str. 21) wskazał, że Zamawiający dysponuje wersją systemu SmartPrint 2.0. Skoro Zamawiający dysponuje tym systemem to w ocenie Izby ma on wiedzę odnośnie współpracy z posiadanymi przez siebie urządzeniami KYOCERA oraz KIP. Zamawiający okoliczności tej nie zakwestionował.

Zauważyć należy, że odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp może nastąpić tylko w sytuacji kiedy w sposób jednoznaczny i niebudzący wątpliwości oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia. Izba stwierdziła natomiast, że takie jednoznaczne udowodnienie przez Konsorcjum nie wystąpiło. Izba skonfrontowała bowiem złożone przez Arcus dowody wymienione wyżej w pkt 6 lit. b-j) z dowodami Konica i uznała, że skoro Konica przedłożyła dowody na okoliczność wdrożenia systemu i jego współpracy, a ponadto na rozprawie producent systemu oświadczył, że system Q-Vision producenta Qube Technologies jest zarejestrowanym producentem HyPas w KDE i jest to ten sam system co SmartPrint, to Izba dała wiarę, że system wykonawcy Konica jest zgodny z punktem 6.2.71 OPZ.

Tym samym zarzut oddaliła.

Odnoszą się natomiast do zarzutów dotyczących systemu oferowanego przez Galaxy tj. systemu FocusPrint wskazać należy, że z dowodów przedłożonych przez Galaxy zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa wynika, że oferowany przez tego wykonawcę system jest zgodny z wymogiem wynikającym z punktu 6.2.71 OPZ. Izba dała także wiarę oświadczeniu producenta ww. systemu w zakresie zgodności z ww. postanowieniem OPZ.

W konsekwencji zarzut został oddalony.

Mając powyższe na względzie orzeczono jak w punkcie sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 3308/22 orzeczono w punkcie 2 sentencji, na podstawie art. 557 i 575 Pzp w zw. z § 8 ust. 2 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020r. poz. 2437).

**Sygn. akt KIO 3328/22 – odwołanie wykonawcy Konica Minolta Business Solutions Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**

**Zarzut nr 1:** naruszenie art. 18 ust. 1, 2 i 3 Pzp, art. 74 ust. 1 i 2 Pzp, art. 16 ust. 2 w zw. z art. 11 ust. 2 UZNK w zw. z art. 61 Konstytucji RP poprzez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia złożonych przez Galaxy w postępowaniu dokumentów, które nie spełniają przesłanek umożliwiających ich skuteczne zastrzeżenie, co prowadzi do naruszenia przepisów o jawności i przejrzystości postępowania o zamówienie publiczne.

Przechodząc do merytorycznego rozpoznania zarzutu wskazać należy, że zgodnie z art. 18 ust. 1 Pzp, postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. W myśl zaś art. 18 ust. 3 Pzp nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2022 r. poz. 1233), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Wyraźnego podkreślenia wymaga, że jedną z podstawowych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych jest zasada jawności postępowania, a ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą, co wynika z art. 18 ust. 2 Pzp. Wyjątkiem od tej zasady jest wyłączenie udostępniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, na podstawie art. 18 ust. 3 Pzp. Jak wynika z powyższego przepisu, na

wykonawcę nałożono obowiązek wykazania Zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. W konsekwencji rolą Zamawiającego w toku badania złożonych dokumentów jest ustalenie, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał udowadniając, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zdaniem Izby sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się konieczność „wykazania” oznacza obowiązek dużo dalej idący, niż tylko złożenie oświadczenie co do przyczyn objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa, a już z pewnością za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzające się do deklaracji, że przedstawione informacje spełniają określone w tym przepisie przesłanki, czy też przedstawienia ogólnikowych twierdzeń mających uzasadnić zastrzeżenie.

Z przywołanego przepisu wynika także termin, w jakim powinno nastąpić wykazanie skuteczności zastrzeżenia. W odniesieniu do informacji znajdujących się w ofercie termin ten został wprost wskazany co oznacza, że wykonawca zobowiązany jest nie tylko wyjaśnić, ale i wykazać skuteczność zastrzeżenia zamawiającemu i to w określonym czasie, a mianowicie do upływu terminu składania ofert. W przypadku dokumentów składanych po tym terminie, należy przyjąć, że wykazanie to musi nastąpić równocześnie z ich złożeniem.

Aby zatem wykazać skuteczność zastrzeżenia informacji, Przystępujący Galaxi zobowiązany był wykazać łączne wystąpienie następujących przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 2 UZNK:

1) informacje mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą,

2) informacje jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób,

3) uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Ustawodawca w art. 11 ust. 2 ww. ustawy przesądził, że zastrzegana informacja ma mieć charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą. Podkreślenia wymaga, że przesłanka „posiadający wartość gospodarczą” odnosi się nie tylko do informacji „innej”, ale także informacji technicznej, technologicznej i organizacyjnej. Nie wystarcza więc stwierdzenie, że dana informacja ma charakter techniczny, technologiczny czy organizacyjny, ale musi także ona przedstawiać pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna. Taka informacja może być dla wykonawcy źródłem jakichś zysków lub pozwalać mu na zaoszczędzenie określonych kosztów.

Wyraźnie podkreślić należy, że badaniu przez Izbę podlega czynność Zamawiającego polegająca na ocenie przedstawionego przez wykonawcę uzasadnienia

zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, Izba nie docieka natomiast, czy zastrzeżone informacje obiektywnie stanowią lub mogą stanowić informacje podlegające ochronie. Rozstrzygnięcie zarzutów przez Izbę polega na odpowiedzi na pytanie, czy Zamawiający prawidłowo uznał, że wykonawca w ustawowym terminie uzasadnił w sposób wystarczający dokonane zastrzeżenie. Nie jest też rolą Zamawiającego ocena, czy określone informacje mogą potencjalnie stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, zadaniem Zamawiającego jest natomiast zbadanie, czy wykonawca należycie uzasadnił zastrzeżenie informacji, gdyż to jakość tego uzasadnienia decyduje o tym, czy w jawnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego określone informacje mogą pozostać niejawne.

Podkreślić ponadto należy, że obowiązkiem wykonawcy zastrzegającego różne rodzaje dokumentów jest obowiązek wykazania wartości gospodarczej w odniesieniu do każdego z nich osobno, nie zaś przedstawienie ogólnego stanowiska, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa.

Przenosząc powyższe na grunt rozpoznawanej sprawy Izba stwierdziła, że wykonawca Galaxy nie dokonał zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w sposób skuteczny, a już w szczególności w odniesieniu do referencji. Galaxy w stosunku do tego dokumentu nie przedstawiło jakiegokolwiek stanowiska, iż informacje w nim zawarte mają dla niego wartość gospodarczą. Z tego też względu uznać należało, że w tym zakresie dokument nie został skutecznie objęty tajemnicą przedsiębiorstwa i winien podlegać udostępnieniu innym wykonawcom.

Izba uznała ponadto, że również w odniesieniu do wykazu zrealizowanych dostaw wykonawca nie wykazał, że posiada ta informacja dla niego wartość gospodarczą. Galaxy uzasadniając powyższą przesłankę podał jedno zdanie, sprowadzające się do wskazania, że informacje są dla niego istotne, a fakt współpracy zastrzeżono jako tajemnicę i obwarowano jej ujawnienie wysokimi karami umownymi. Izba stwierdziła, że nie sposób uznać, że powyższe w jakikolwiek sposób wykazuje wartość gospodarczą informacji znajdujących się w wykazie. Ponadto podkreślić należy, że pomimo wskazania przez Galaxy, że fakt współpracy obwarowano karą, Przystępujący ujawnił nazwę jednego z odbiorcy usługi tj. podmiot IUVI sp. z o.o. Powyższe podważa więc okoliczność, że dokument ten rzeczywiście stanowi dla Przystępującego Galaxy tajemnicę przedsiębiorstwa skoro sam ujawnił treść w nim zawartą.

Izba stwierdziła także, że Przystępujący Galaxy nie zdołał wykazać wartości gospodarczej dla informacji znajdujących się z złożonym dokumencie będącym certyfikatem ISO 9001. Podkreślić należy, że określone informacje należy uznać za posiadające wartość gospodarczą dla danego przedsiębiorcy, jeżeli wpływają na wartość przedsiębiorstwa w obrocie gospodarczym lub mają znaczenie w działalności gospodarczej osoby uprawnionej lub osoby trzeciej. Izba stwierdziła natomiast, że wykonawca Galaxy w ogóle nie wykazał w

jaki sposób ujawnienie informacji wynikających z certyfikatu mogłoby naruszyć jego interesy, czy też wpłynąć na jego znaczenie w obrocie gospodarczym. Okoliczność, że konkurencja pozna zakres certyfikacji nie może automatycznie decydować o utracie przez spółkę przewagi konkurencyjnej. Galaxy nie wykazało natomiast, że takie ryzyko istnieje.

Podsumowując, skoro Galaxy nie wykazało wartości gospodarczej zastrzeganych informacji, to nie można uznać, że wykonawca ten dokonał zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w sposób prawidłowy.

Niemniej jednak zauważyć należy, że Galaxy w uzasadnieniu próbując wykazać spełnienie ostatniej przesłanki dotyczącej podjęcia działań mających na celu utrzymanie informacji w poufności powołało się tylko i wyłącznie na określone działania podejmowane w tym celu. Wykonawca ten nie przedłożył jakiegokolwiek dowodu wykazującego przywołane w uzasadnieniu okoliczności. Podkreślić natomiast należy, że aby wykazać spełnienie tej przesłanki nie wystarczą jedynie twierdzenia wykonawcy. Niezbędne jest bowiem przedłożenie konkretnych dowodów, a zatem umowy zawartej w konkretnej dacie z konkretnym podmiotem, zawierającej konkretne postanowienia, w ramach której wykonawca zobowiązany jest do zachowania w poufności wszelkich informacji. W przypadku gdy wykonawca powołuje się na kilka umów, powinien załączyć wszystkie. W sposób tożsamy należy ocenić powołanie się wykonawcy na wewnętrzne procedury obowiązujące w jego przedsiębiorstwie. Skoro obowiązują u Przystępującego procedury narzucające pracownikom odpowiedni sposób gromadzenia, przetwarzania i przechowywania poufnych danych, specyficzny obieg dokumentów, a także poszczególne osoby zobowiązane są do zachowania poufności, to wykonawca powinien takie procedury przedstawić Zamawiającemu, jako dowody na tę okoliczność.

Takich dowodów natomiast wykonawca Galaxy nie złożył.

Odnosząc się natomiast do zastrzeżenia uzasadnienia jako tajemnicę przedsiębiorstwa wskazać należy, że jak wielokrotnie wskazywano w orzecznictwie Izby treść uzasadnienia nie może być za taką tajemnicę uznana. Zauważyć bowiem należy, że celem jego złożenia jest próba wykazania przez wykonawcę, że określone dokumenty stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Izba w całości podziela pogląd zaprezentowany w wyroku KIO z dnia 17 grudnia 2018r., sygn. akt KIO 2498/18, w którym Izba orzekła, że *„Uzasadnienie jest elementem jawnym, ma ono służyć weryfikacji prawidłowości wykazania przez wykonawcę objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa składnych dokumentów. Z tych względów objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa samego uzasadnienia (...) nie znajduje oparcia w wyżej przywołanym przepisie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i jako takie należy uznać za bezskuteczne”*.

W związku z powyższym należy stwierdzić, że Zamawiający naruszył przepisy 18 ust. 1 i 3 Pzp, przez zaniechanie ujawnienia dokumentów załączonych przez Galaxy do pisma z dnia 12 listopada 2022r.

Izba pomimo uznania zasadności zarzutów odwołania Konica w tym zakresie, działając na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp oddaliła odwołanie. Izba stwierdziła, że odtajnienie ww. dokumentów w sytuacji, gdy oferta wykonawcy Galaxy podlega odrzuceniu, pozostawałoby bez wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

**Zarzut nr 2:**

- naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 218 ust. 2 Pzp w zw. z art. 223 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Galaxy, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie braku wskazania w ofercie wykorzystywanego silnika OCR dla Systemu monitorowania i zarządzania wydrukiem oraz OCR, zgodnie z Załącznikiem nr 10 do SWZ, którego obowiązek złożenia wynikał z rozdz. XI ust. 1 pkt 5) SWZ;

*alternatywnie:*

- naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 218 ust. 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Galaxy, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie braku spełnienia przez System Wydruku wymagania określonego w pkt 6.2.70 OPZ, tj. zaoferowany System Wydruku nie spełnia wymagania aby dostarczone licencje zapewniały bezterminowe wykorzystywanie wdrożonego systemu po wygaśnięciu umowy (bez wykupionej asysty) w zakresie wszystkich wdrożonych modułów, wymagań i funkcjonalności,

- art. 109 ust. 1 pkt 10) Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Galaxy z postępowania w sytuacji, gdy wykonawca ten udzielając wyjaśnień, w wyniku co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa, przedstawił informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd w zakresie wykorzystywanego silnika OCR w oferowanym Systemie Zarządzania Wydrukiem, co miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty Galaxy, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia;

- art. 16 pkt 1) i art. 17 ust. 2 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 218 ust. 2 Pzp poprzez prowadzenie Postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, tj. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Galaxy pomimo wystąpienia przesłanek obligujących Zamawiającego do odrzucenia oferty tego wykonawcy, szczegółowo opisane przez Odwołującego w uzasadnieniu odwołania, co w konsekwencji doprowadziło do wyboru oferty wykonawcy Galaxy jako najkorzystniejszej niezgodnie z przepisami PZP.

Izba odnosząc się do zarzutu dotyczącego niewskazania w ofercie Galaxy wykorzystywanego silnika OCR dla Systemu monitorowania i zarządzania wydrukiem oraz OCR uwzględniając treść złożonego przez Galaxy dowodu (TP) stanowiącego wydruk ze str. 72 dokumentu dotyczącego architektury systemu Focus Print 2.0. stwierdziła, że informacje zawarte w tabeli znajdującej się w załączniku nr 10 do SWZ stanowią odzwierciedlenie nazwy nadanej przez producenta.

Dlatego też Izba oddaliła zarzut jako niezasadny.

Izba za zasadny uznała natomiast zarzut dotyczący braku zaoferowania przez Galaxy bezterminowej licencji wynikającej z postanowienia 6.2.70 OPZ.

Izba ustaliła, że z jak wynika z punktu 6.2.70 OPZ *„Dostarczone licencje muszą zapewnić bezterminowe wykorzystywanie wdrożonego systemu po wygaśnięciu umowy (bez wykupionej asysty) w zakresie wszystkich wdrożonych modułów, wymagań i funkcjonalności”*. Ponadto jak wynika z § 13 ust. 13 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 2 do SWZ *„Z dniem podpisania Protokołu Odbioru licencji na korzystanie z Oprogramowania Standardowego i Dokumentacji Standardowej Wykonawca udziela Zamawiającemu bezterminowej licencji nieograniczonej terytorialnie na Oprogramowanie Standardowe i Dokumentację Standardową na zasadach określonych Załączniku nr 8 do Umowy – Zasady licencjonowania oraz w Rozdziale 6.2.64., 6.2.65., 6.2.68., 6.2.69., 6.2.70., 7.1.1 OPZ.”*.

Izba ustaliła, że jak wynika z powyższych postanowień dokumentacji postępowania celem Zamawiający było, aby wraz nabywanym w postępowaniu oprogramowaniem zapewniono Zamawiającemu bezterminowe licencje umożliwiające korzystanie z systemu po wygaśnięciu umowy i nie wiązało się dla Zamawiającego z ponoszeniem innych, dodatkowych kosztów.

W wyniku udzielonej Zamawiającemu w odpowiedzi na wezwanie z dnia 7 listopada 2022r. odpowiedzi na pytanie nr 2 Przystępujący Galaxy oświadczył, że *„Silnik OCR – jest autorskim rozwiązaniem firmy Galaxy SI wykorzystującym biblioteki ABBYY”*.

Ponadto jak wynika ze złożonych przez Odwołującego Konica dowodów, tj. oświadczenia z dnia 13 grudnia 2022r. firmy Auto ID Polska S.A. obecnie brak jest możliwości zakupu u ABBYY bezterminowych licencji, tylko w ramach subskrypcji rocznych.

Powyższe wspiera dowód złożony przez Zamawiającego stanowiący korespondencję mailową Zamawiającego z p. M. Ż. (Business Development Director) ze spółki AutoID, z którego wynika, że wszystkie produkty firmy ABBYY są sprzedawane tylko w wariantach rocznej subskrypcji.



Wykonawca Galaxy w trakcie rozprawy przed Krajową Izbą Odwoławczą potwierdził, że na obecnym etapie postępowania nie posiada on bezterminowej licencji od firmy ABBYY na której bibliotekach oparty jest oferowany przez niego silnik OCR, co wynika z udzielonych wyjaśnień. Galaxy wskazał bowiem do protokołu rozprawy, że: *„po wygaśnięciu umowy może zrobić w zakresie licencji bardzo dużo, ale na tym etapie to nie jest badane przez Zamawiającego. Nie wykorzystujemy tylko jednej licencji do OCR, możemy korzystać także z innych dostępnych na rynku. W momencie kiedy nie uzyska licencji od ABBYY lub oferta licencji będzie kosztownie niekorzystna, może kupić licencje innych firm nie tylko ABBYY, bo w ofercie nie wskazał na jakich licencjach silnik OCR będzie oparty. Dostarczymy Zamawiającemu licencje po zakończeniu umowy. Dla licencji, które są zakupowe Odwołujący oświadczył, że będzie działał tak, aby było to dla niego najbardziej korzystne pod względem finansowym. Potwierdza, że nie wykupił ani nie zarezerwował licencji od ABBYY przed zmianą sposobu licencjonowania, jednak wskazuje, że nie jest możliwe aby ABBYY zablokowało sprzedaż licencji, a w konsekwencji, jeżeli wykonawca który zarezerwował u ABBYY licencję bezterminową nie wygra postępowania, ta licencja przejdzie na tego wykonawcę, który postępowanie wygra. Wyjaśnia, że może zaistnieć sytuacja, że ABBYY w ciągu trwania umowy zmieni sposób licencjonowania i znowu będzie możliwość wykupienia licencji bezterminowej. Galaxy oświadczył także, że na dzień dzisiejszy nie wie jakie licencje zapewni, zdecyduje dopiero jak wygra.”*

Uwzględniając powyższe ustalenia, Izba stwierdziła, że wbrew jasnemu i precyzyjnemu obowiązkowi wynikającemu z punktu 6.2.70 OPZ dotyczącego obowiązku zapewnienia *bezterminowego wykorzystywania wdrożonego systemu po wygaśnięciu umowy*, Galaxy wymogu tego nie spełnił, co wprost wskazuje, że złożona przez niego oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia i w konsekwencji podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp. W ocenie Izby skoro Galaxy w udzielonych Zamawiającemu odpowiedziach wskazało, że *„Silnik OCR – jest autorskim rozwiązaniem firmy Galaxy SI wykorzystującym biblioteki ABBYY”*, to aby zapewnić Zamawiającemu możliwość bezterminowego wykorzystania nabywanego oprogramowania winno zapewnić także licencje od ABBYY. Izba zwraca dodatkowo uwagę na niekonsekwencję czy też sprzeczność w stanowisku Przystępującego Galaxy. Jak bowiem wyżej wskazano, wykonawca ten w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 7 listopada 2022r. wprost wskazał, że silnik OCR wykorzystuje silniki ABBYY. Nie wskazał on Zamawiającemu, że możliwe jest korzystanie przez silnik OCR także z innych bibliotek. Natomiast na rozprawie, wskazywał, że z uwagi na możliwość korzystania z innych bibliotek, wykonawca po zakończeniu realizacji umowy ustali, która z dostępnych bibliotek ma najkorzystniejszą ofertę dotyczącą licencjonowania i taką też Zamawiającemu zapewni.

W ocenie Izby stanowisko powyższe jest nieprawidłowe. Nie może być bowiem miejsca, aby Zamawiający dopiero po zakończeniu realizacji umowy ustalał, czy będzie mu zapewniona możliwość bezterminowego korzystania z systemu, a więc czy wykonawca spełni wymóg wynikający z punktu 6.2.70 OPZ. Zamawiający musi mieć możliwość oceny zgodności oferty z wymogami SWZ na moment jej otwarcia, a nie w bliżej niesprecyzowanej bliżej przyszłości. Sposób interpretacji zaprezentowany przez Galaxy powoduje, że Zamawiający wbrew jasno sprecyzowanemu wymogowi nie ma pewności czy po zakończeniu umowy wykonawca zapewni mu bezterminową licencje umożliwiające korzystanie z systemu.

W konsekwencji Izba uwzględniła zarzut i orzekła o konieczności odrzucenia oferty Galaxy jako niezgodnej z warunkami zamówienia, tj. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp.

Wskazać należy, że Stosownie do art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Dla zastosowania podstawy wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt Pzp muszą zaistnieć łącznie następujące przesłanki: 1) przedstawienie przez wykonawcę informacji niezgodnej z rzeczywistością, wprowadzającej zamawiającego w błąd, 2) przedstawienie informacji jest wynikiem lekkomyślności lub niedbalstwa, 3) informacja ma lub może mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu. Jeżeli więc w przetargu dojdzie do wypełnienia wskazanych przesłanek, zamawiający ma obowiązek zastosować sankcję w postaci eliminacji wykonawcy z postępowania.

W ocenie Izby w niemniejszej sprawie nie zaistniały przesłanki wskazane w ww. przepisie. Podkreślić należy, że Przystępujący Galaxy nie twierdził, że oferuje on wymagane w punkcie 6.2.70 OPZ bezterminowe licencje, wskazywał na rozprawie natomiast, że powyższe zapewni Zamawiającemu po zakończeniu realizacji umowy. Powyższe w ocenie Izby kwalifikuje się jako niezgodność oferty z warunkami zamówienia, nie zaś jako przesłanki do wykluczenia z postępowania.

W związku z powyższym Izba zarzut oddaliła.

**Zarzut nr 3:**

- naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 218 ust. 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Galaxy, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie braku spełniania przez oferowany System Zarządzania Wydrukiem wymagań określonych w pkt 6.2.17., 6.2.18, 6.2.71. OPZ;

## **Sygn. akt KIO 3308/22, KIO 3328/22**

- naruszenie art. 109 ust. 1 pkt 10) Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Galaxy z Postępowania w sytuacji, gdy wykonawca ten udzielając wyjaśnień, w wyniku co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa, przedstawił informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd w zakresie zgodności oferowanego Systemu Zarządzania Wydrukiem z wymaganiami SWZ, co miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty Galaxy, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia dotyczącymi Systemu Zarządzania Wydrukiem;

- naruszenie art. 16 pkt 1) i art. 17 ust. 2 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 218 ust. 2 Pzp poprzez prowadzenie Postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, tj. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Galaxy i wykluczenia Galaxy z Postępowania, pomimo wystąpienia przesłanek obligujących Zamawiającego do odrzucenia oferty tego wykonawcy i jego wykluczenia, szczegółowo opisane przez Odwołującego w uzasadnieniu odwołania, co w konsekwencji doprowadziło do wyboru oferty wykonawcy Galaxy jako najkorzystniejszej niezgodnie z przepisami Pzp.

### **Izba ustaliła:**

Zgodnie z punktem:

- 6.2.17 OPZ System Wydruku musi współpracować ze wszystkimi typami urządzeń drukujących (MFP, drukarki biurkowe w tym podłączane do komputera za pomocą USB) przynajmniej 6 z wymienionych producentów: Konica, Xerox, HP, Kyocera, Brother, Ricoh, Epson, Canon, OKI, Lexmark, Sharp, Toshiba. Wykonawca musi zapewnić i dostarczyć dokumentację API do wskazanych 6 urządzeń.
- 6.2.18 OPZ System Wydruku musi współpracować z urządzeniami wydruku wielkoformatowego, przynajmniej 3 z wymienionych producentów: Canon, HP, Epson, Xerox, Konica, Rowe, KIP, w zakresie określonym w OPZ (z wyłączeniem wydruku podążającego). Wykonawca musi zapewnić i dostarczyć dokumentację API do wskazanych 3 urządzeń.
- 6.2.71 OPZ System musi obsługiwać następujące urządzenia drukujące posiadane przez Zamawiającego, Kyocera ECOSYS P2040dn, KIP 860.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowód ze złożonych przez Galaxy na rozprawie dowodów zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa i stwierdziła, że wykonawca wykazał, że zaoferowany przez niego system wydruku spełnia ww. wymagania OPZ. W zakresie współpracy systemu z urządzeniami KIP i KYOCERA Izba prezentuje stanowisko jak w odwołaniu KIO 3308/22.

Izba stwierdziła, że nie zostały złożone przez Odwołującego Konica jednoznaczne dowody podważające powyższe stanowisko Izby, pozwalające stwierdzić, że wbrew oświadczeniu oprogramowania Focus Print 2.0. zaoferowany system nie spełnia wymagań ww. postanowień OPZ, tym bardziej, że jak wskazał na rozprawie Galaxy, na co przedłożył dowód z korespondencji mailowej (tajemnica przedsiębiorstwa), integracja z KIP jest możliwa. Powyższy dowód stoi natomiast w sprzeczności z dowodem złożonym przez Konica, tj. korespondencją z KIP, z którego wynika spółka KIP „wiceprezes ds. Rozwoju i Usług Technicznych również nie słyszał nigdy wcześniej o Galaxy”. Dlatego Izba uznała, że najbardziej wiarygodnym oświadczeniem co do spełnienia wymagań z pkt 6.2.17, 6.2.18 oraz 6.2.71 OPZ jest oświadczenie producenta ww. systemu.

W konsekwencji Izba oddaliła zarzut nr 3 jako bezzasadny.

Izba uznała, że wobec oddalenia zarzutu dotyczącego naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, zarzut dotyczący naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp podlega również oddaleniu, z uwagi na jego wynikowy charakter.

**Zarzut nr 5: naruszenie**

- naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 218 ust. 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie braku spełniania przez oferowany System Zarządzania Wydrukiem wymagania określonego w 6.2.70 OPZ;

- naruszenie art. 109 ust. 1 pkt 10) Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Konsorcjum z Postępowania w sytuacji, gdy wykonawca ten udzielając wyjaśnień, w wyniku co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa, przedstawił informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd w zakresie zgodności oferowanego Systemu Zarządzania Wydrukiem z wymaganiami SWZ, co miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty KONSORCJUM ARCUS, której treść jest niezgodna z ww. warunkami zamówienia dotyczącymi Systemu Zarządzania Wydrukiem;

- naruszenie art. 16 pkt 1) i art. 17 ust. 2 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 218 ust. 2 Pzp poprzez prowadzenie Postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, tj. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Konsorcjum i wykluczenia Konsorcjum z Postępowania, pomimo wystąpienia przesłanek obligujących Zamawiającego do odrzucenia oferty tego wykonawcy i jego wykluczenia, szczegółowo opisane przez Odwołującego w uzasadnieniu odwołania, co w konsekwencji doprowadziło do odrzucenia oferty wykonawcy Konsorcjum z powodu tylko niektórych uchybień.

Przypomnieć należy, że zgodnie z punktem 6.2.70 OPZ dostarczone licencje muszą zapewnić bezterminowe wykorzystanie wdrożonego systemu po wygaśnięciu umowy (bez wykupienia asysty) w zakresie wszystkich wdrożonych modułów, wymagań funkcjonalności.

Odwołujący Konica jako dowód wskazujący na brak zapewnienia przez Arcus bezterminowych licencji powołało oświadczenie spółki AutoID Polska S.A. z dnia 21 października 2022r. (dowód nr 8 lit.g), z którego wynika, że *„że zakup licencji systemów ABBYY FineReader Server 14, ABBYY FlexiCapture 12 Distirbuted oraz ABBYY FlexiCapture Distributed for Invoices możliwy jest wyłącznie w modelu rocznych subskrypcji.”*.

W ocenie Izby z powyższego dowodu, oprócz wskazania sposobu licencjonowania w żaden sposób nie wynika, że Konsorcjum nie zapewniło sobie możliwości zapewnienia wymaganego w postępowaniu sposobu licencjonowania. Tym bardziej, że złożonego jako dowód na rozprawie oświadczenia spółki Milestone z 8 listopada 2022r., wynika że dostarczone licencje będą zapewniać bezterminowe wykorzystanie wdrożonego systemu po wygaśnięciu umowy.

Odwołujący Konica nie zdołał podważyć powyższego twierdzenia, a to na nim ciążył obowiązek wykazania zasadności postawionego zarzuty zgodnie z art. 534 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne.

W konsekwencji Izba zarzut oddaliła jako nieudowodniony.

Izba uznała, że wobec oddalenia zarzutu dotyczącego naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, zarzut dotyczący naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp podlega również oddaleniu, z uwagi na jego wynikowy charakter.

**Zarzut nr 6:**

- naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 218 ust. 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie braku spełniania przez oferowany System Zarządzania Wydrukiem wymagań określonych w pkt 6.2.17., 6.2.18, 6.2.71. OPZ;

- naruszenie art. 109 ust. 1 pkt 10) Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Konsorcjum z Postępowania w sytuacji, gdy wykonawca ten udzielając wyjaśnień, w wyniku co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa, przedstawił informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd w zakresie zgodności oferowanego Systemu Zarządzania Wydrukiem z wymaganiami SWZ, co miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego polegające na zaniechaniu odrzucenia

oferty Konsorcjum, której treść jest niezgodna z ww. warunkami zamówienia dotyczącymi Systemu Zarządzania Wydrukiem;

- naruszenie art. 16 pkt 1) i art. 17 ust. 2 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 218 ust. 2 Pzp poprzez prowadzenie Postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, tj. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Konsorcjum i wykluczenia Konsorcjum z Postępowania, pomimo wystąpienia przesłanek obligujących Zamawiającego do odrzucenia oferty tego wykonawcy i jego wykluczenia, szczegółowo opisane przez Odwołującego w uzasadnieniu odwołania, co w konsekwencji doprowadziło do odrzucenia oferty wykonawcy Konsorcjum z powodu tylko niektórych uchybień.

Izba oddaliła powyższy zarzut mając na uwadze treść art. 534 ust. 1 Pzp. Podkreślić należy, że postępowanie odwoławcze oparte jest na tych samych podstawach, co inne postępowania o charakterze kontradyktoryjnym i – zgodnie z zasadą wyrażoną w art. 6 Kodeksu cywilnego – ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Z powyższego wynika, że obowiązkiem Odwołującego, jako strony która stawia zarzut jest takie jego sformułowania aby przekonać Izbę o jego słuszności i dać faktyczną możliwość weryfikacji w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia.

W ocenie Izby Odwołujący Konica natomiast w żaden sposób nie wykazał słuszności stanowiska wynikającego z zarzutu nr 6 odwołania, którego uzasadnienie sprowadza się jedynie do wskazania, że „oprogramowanie Printoscope nie spełnia wymogu opisanego w pkt. 6.2.71 OPZ, bowiem nie obsługuje urządzeń posiadanych przez Zamawiającego, tj. urządzenia KIP 860.”.

W ocenie Izby powyższe nie stanowi w żaden sposób wykazania tego zarzutu, co skutkować musi jego oddaleniem.

Izba uznała, że wobec oddalenia zarzutu dotyczącego naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, zarzut dotyczący naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp podlega również oddaleniu, z uwagi na jego wynikowy charakter.

**Zarzut nr 7:**

- naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 218 ust. 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Arcus, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie braku spełniania przez oferowany System Zarządzania Wydrukiem wymagań określonych w pkt 6.2.51., 6.2.35., 6.2.36., 6.2.40., 6.2.42. OPZ;

- naruszenie art. 109 ust. 1 pkt 10) Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Konsorcjum Arcus z Postępowania w sytuacji, gdy wykonawca ten udzielając wyjaśnień, w wyniku co najmniej lekkomyślności lub

niedbalstwa, przedstawił informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd w zakresie zgodności oferowanego Systemu Zarządzania Wydrukiem z wymaganiami SWZ, co miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty Konsorcjum Arcus, której treść jest niezgodna z ww. warunkami zamówienia dotyczącymi Systemu Zarządzania Wydrukiem;

- naruszenie art. 16 pkt 1) i art. 17 ust. 2 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 218 ust. 2 Pzp poprzez prowadzenie Postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, tj. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Konsorcjum Arcus i wykluczenia Konsorcjum Arcus z Postępowania, pomimo wystąpienia przesłanek obligujących Zamawiającego do odrzucenia oferty tego wykonawcy i jego wykluczenia, szczegółowo opisane przez Odwołującego w uzasadnieniu odwołania, co w konsekwencji doprowadziło do odrzucenia oferty wykonawcy Konsorcjum Arcus z powodu tylko niektórych uchybień.

Uzasadniając powyższy zarzut Odwołujący Konica wskazał, że „zgodnie z wiedzą Odwołującego zaoferowane przez Konsorcjum Arcus oprogramowanie Printoscope nie spełnia powyższego wymagania z pkt. 6.2.51 OPZ. (...). W ocenie Odwołującego niespełnienie wymagania z pkt 6.2.51 OPZ powiązane jest z niespełnieniem wymagania z pkt 6.2.17 OPZ”.

Odwołujący jako dowód na wykazanie okoliczności nie spełnienia wymagań o których mowa w pkt 6.2.17 oraz 6.2.18 OPZ zakresie współpracy z urządzeniami, złożył zrzut z ekranu ze strony Canon. Odwołujący Konica wskazywał, że wśród wymienionych aplikacji oprogramowania brak jest oprogramowania Printoscope, co w jego ocenie potwierdza powyższy zarzut.

Izba ustaliła jednak, że wskazania lista aplikacji oprogramowania jest przykładowa, co wprost wynika z ww. dowodu, a więc nie sposób uznać, że dowód ten w sposób pewny potwierdza niespełnienie przez oprogramowanie Printoscope ww. wymagań.

W konsekwencji Izba zarzut oddaliła jako nieudowodniony.

Izba uznała, że wobec oddalenia zarzutu dotyczącego naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, zarzut dotyczący naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp podlega również oddaleniu, z uwagi na jego wynikowy charakter.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

W sprawie o sygn. akt KIO 3328/22 Izba, częściowo uwzględniła i częściowo oddaliła odwołanie. Stosunek zarzutów zasadnych do niezasadnych wyniósł odpowiednio 1/15 do 14/15. Kosztami postępowania obciążono zatem Przystępującego Galaxy w części 1/15 i Odwołującego w części 14/15.

**Sygn. akt KIO 3308/22, KIO 3328/22**

Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez Odwołującego w wysokości po 15 000 zł, koszty poniesione przez Odwołującego z tytułu zastępstwa przed Izba w kwocie po 3 600 zł oraz koszty poniesione przez Przystępującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3 600 zł, a więc łącznie 22 200 zł. Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 18600 zł tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika, tymczasem odpowiadał za nie do wysokości 20 720 zł ( $22\ 200\ \text{zł} \times 14/15$ ). Wobec powyższego Izba zasądziła od Przystępującego Galaxy na rzecz Odwołującego kwotę 1480 zł stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez Odwołującego, a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

**Przewodniczący :** .....