

Sygn. akt XXIII Zs 20/23

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 19 kwietnia 2023 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień Publicznych
w składzie:

Przewodniczący: Sędzia Sylwia Paschke

Protokolant: Weronika Banach

po rozpoznaniu w dniu 23 marca 2023 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego z udziałem

zamawiającego: (...) spółki akcyjnej w W.

skarżącego: (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Z.

odwołującego: (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W.

na skutek skargi (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Z.

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w W.

z dnia 4 stycznia 2023 r., sygn. akt KIO 3308/22, KIO 3328/22

I. oddała skargę,

II. zasądza od (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Z. na rzecz (...) spółki akcyjnej w W. kwotę 3600,00 zł (trzy tysiące sześćset złotych) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu skargowym,

III. zasądza od (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Z. na rzecz (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W. kwotę 3600,00 zł (trzy tysiące sześćset złotych) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu skargowym.

Sędzia Sylwia Paschke

Sygn. akt XXIII Zs 20/23

UZASADNIENIE

(...) S.A. z siedzibą w W. prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych 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 (...)w dniu 7 września 2022 r.

W dniu 12 grudnia 2022 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – Konsorcjum firm: (...) S.A. z siedzibą w W. oraz J. W. prowadzący działalność gospodarczą pod

firma (...) (dalej: „Odwołujący (...)" lub „Konsorcjum") wnieśli odwołanie (sygn. akt KIO 3308/22) 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 (...) sp. z o. o. przez wykazanie, że Odwołujący samodzielnie spełnia warunki udziału w Postępowaniu, w sytuacji gdy zobowiązanie (...) 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 (...) dotyczące rzekomego spełnienia wymagań SWZ przez oprogramowanie (...) 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 (...) dotyczące rzekomego spełnienia wymagań SWZ przez silnik (...) tego wykonawcy za prawdziwe,
- 6) art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez brak jego zastosowania, a tym samym brak odrzucenia oferty (...) niezgodnej z warunkami zamówienia i przez to błędne przyjęcie przez Zamawiającego, że oferta (...) spełnienia wymagania SWZ w zakresie dotyczącym współpracy urządzenia K. (...) z Systemem Wydruku zgodnie z pkt 6.2.71. OPZ, podczas gdy oferowany przez (...) System Wydruku pod nazwą (...) nie współpracuje z urządzeniem K. (...), a więc nie spełnia wymagania z pkt 6.2.71. OPZ, wobec czego zaistniała podstawa do odrzucenia oferty (...),
- 7) art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez brak jego zastosowania, a tym samym brak odrzucenia oferty (...) niezgodnej z warunkami zamówienia i przez to błędne przyjęcie przez Zamawiającego, że oferta (...) spełnienia wymagania SWZ w zakresie dotyczącym współpracy urządzenia K. (...) z Systemem Wydruku zgodnie z pkt 6.2.71. OPZ, podczas gdy oferowany System Wydruku przez (...) pod nazwą (...) nie współpracuje z urządzeniem K. (...), a więc nie spełnia wymagania z pkt 6.2.71. OPZ, wobec czego zaistniała podstawa do odrzucenia oferty (...).

W związku z tak postawionymi zarzutami Odwołujący (...) wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu:
 - a) unieważnienia czynności badania i oceny ofert w postępowaniu oraz unieważnienia czynności wyboru oferty (...) jako oferty najkorzystniejszej;
 - b) dokonania ponownego badania i oceny ofert, wraz z nakazaniem wykluczenia (...) oraz (...) z postępowania,ewentualnie – z ostrożności procesowej Odwołujący wnieśli o odrzuceniu oferty po uprzednim nakazaniu wezwania [i] (...) 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 (...) przez tego

wykonawcę, [ii] (...) do złożenia wyjaśnień oraz ewentualnego uzupełnienia tabeli określającej wymagania Systemu Wydruku w Załączniku nr 10 do SWZ w celu opisanego wykorzystywanego przez tego wykonawcę silnika (...),

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 (...) 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).

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

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

W dniu 12 grudnia 2022 r. wykonawca (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W. (dalej: „Odwołujący (...)” lub (...)) wniósł odwołanie (sygn. akt KIO 3328/22) do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

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 (...) w Postępowaniu dokumentów, które nie spełniają przesłanek umożliwiających ich skuteczne zastrzeżenie, co prowadzi do naruszenia przepisów o jawności i przejrzystości postępowania o zamówienie publiczne;

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 (...), której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie braku wskazania w ofercie wykorzystywanego silnika (...) dla Systemu monitorowania i zarządzania wydrukiem oraz (...), 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 (...), której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie braku spełnienia przez (...) 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 (...) 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 (...) w oferowanym Systemie Zarządzania Wydrukiem, co miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty (...), 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 (...) 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 (...) jako najkorzystniejszej niezgodnie z przepisami PZP;

e. art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 218 ust. 2 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty (...), 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 (...) 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 (...), 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 (...) i wykluczenia (...) 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 (...) jako najkorzystniejszej niezgodnie z przepisami PZP;

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 (...), które w wyniku co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa, przedstawił informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd w zakresie spełnienia przez (...) 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 (...) 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 (...) 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 (...) z Postępowania w sytuacji, gdy (...) nie spełnienia warunków udziału w Postępowaniu;

k. 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 6.2.69., 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 (...) 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 (...) 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 (...) 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;

n. 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 Wydrukami 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 (...) 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 Wydrukami 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 Wydrukami;

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 (...) 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;

q. 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 (...) Wydrukami 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 (...) 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 Wydrukami 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 Wydrukami;

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 (...) 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.

W oparciu o tak przedstawione zarzuty Odwołujący (...)wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

a. unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy (...) jako najkorzystniejszej;

b. odtajnienie dokumentów złożonych przez (...), to jest:

i. Zał. nr 8 do SWZ - wykaz zrealizowanych umów;

ii. referencja (...);

(...). ISO 9001 na świadczenie usług serwisowych;

iv. Uzasadnienie.

c. dokonania ponownego badania i oceny ofert,

d. odrzucenia oferty (...) oraz wykluczenie (...) z Postępowania;

ewentualnie: wezwania (...) 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.

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

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

Wyrokiem z dnia 4 stycznia 2023 r. Krajowa Izba Odwoławcza, w pkt. 1 oddaliła odwołanie o sygn. akt KIO 3308/22, w pkt. 2 kosztami postępowania odwoławczego obciążyła Odwołującego i w pkt. 2.1. zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania, a w pkt. 2.2. Izba zasądziła od Odwołującego na rzecz wykonawcy (...) sp. z o.o. z siedzibą w Z. kwotę 3600 zł jako zwrot kosztów poniesionych tytułem wynagrodzenia pełnomocnika. W pkt. 3 wyroku Izba umorzyła 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: (...) S.A., J. W. prowadzący działalność pod firmą (...) z siedzibą lidera w W., 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. W pkt. 4 wyroku z dnia 4 stycznia 2023 r. Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła 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 (...) Sp. z o.o. z siedzibą w Z., 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 nakazała Zamawiającemu w pkt. 4.1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, w pkt. 4.2. odrzucenie oferty (...) Sp. z o.o. z siedzibą w Z. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, w pkt. 4.3. ponowną ocenę i badanie ofert, a w pkt. 5 w pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddaliła. W pkt. 6 wyroku Izba kosztami postępowania obciążyła w części 14/15 Odwołującego i 1/15 Przystępującego (...) Systemy Informatyczne sp. z o.o. z siedzibą w Z. wnoszącego sprzeciw i w pkt. 6.1. zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania, a w pkt. 6.2. zasądziła od (...) Systemy Informatyczne sp. z o.o. z siedzibą w Z. na rzecz Odwołującego kwotę 1480 zł.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołania 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 zważyła, że 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 (...) i Odwołujący (...) posiadają interes we wniesieniu odwołań wynikający z art. 505 Pzp. Izba stwierdziła także, 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 (...) zarzutów wskazanych w sentencji wyroku (pkt 3) Krajowa Izba Odwoławcza działając na podstawie art. 568 pkt 1 Pzp umorzyła postępowanie odwoławcze o sygn. akt KIO 3328/22 w tym zakresie.

W zakresie odwołania Konsorcjum (...) (sygn. akt KIO 3308/22) Izba zważyła, że zarzut naruszenia 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 nie zasługiwał na uwzględnienie. Izba w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku podniosła, że w okolicznościach niniejszej sprawy Zamawiający prawidłowo zakwalifikował błąd popełniony przez Konsorcjum w formularzu cenowym w rozdziale 2.5, l.p. 6 dotyczący realizacji (...) 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 (...) – 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 Izba wskazała, 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 (...) w ramach Etapu III nie mógłby w sposób arbitralny przypisać Odwołującemu wynagrodzenia wynoszącego 6% wskazanej przez niego kwoty wynikającej z podsumowania prawa opcji. Dokonanie poprawy ww. omyłki wiązałoby się z koniecznością przeprowadzenia niedozwolonych na gruncie przepisów Pzp negocjacji z Odwołującym (...), 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 Izba nie podzieliła stanowiska (...), 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 (...) w ramach Etapu III wykonawca chciał zaoferować również cenę w maksymalnej dopuszczanej wysokości.

Dalej, odnosząc się do treści art. 226 ust. 1 pkt 3, art. 118 ust. 2 oraz art. 122 Pzp Izba wskazała, iż jak wynika z akt postępowania, Konsorcjum wraz z ofertą przedłożyło zobowiązania podmiotu (...) sp. z o.o. z siedzibą w P.. Odnosząc się do jego treści Izba uznała, że w sposób niebudzący wątpliwości z treści oświadczenia podmiotu (...) 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. Odwołujący (...) odpowiadając na wezwanie Zamawiającego wskazał, 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, w ocenie Izby potwierdza, że Konsorcjum nie udowodniło Zamawiającemu w żaden sposób, że spółka (...) faktycznie i realnie wykona zamówienie, a więc, że spółka ta będzie brała czynny udział w realizacji przedmiotu zamówienia. W konsekwencji 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 (...) 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 sformułowanie 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 wskazując, iż 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.

W zakresie zarzutu 4 oraz 5 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 (...)” żądał wypełnienia tabeli.

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 tabeli. Również, jak dalej wskazała Krajowa Izba Odwoławcza, samo Konsorcjum w treści odwołania wskazało na okoliczność, że Zamawiający „nie żądał podania nazwy oferowanego systemu Wydruku, jego konkretnej wersji, nazwy silników czy modułów.”. Tym samym Izba oddaliła zarzuty jako niezasadne.

W zakresie zarzutu nr 6 i 7 Izba ustaliła, że zgodnie z punktem 6.2.71 OPZ „System musi obsługiwać następujące urządzenia drukujące posiadane przez Zamawiającego: -(...) Odwołujący (...) podnosił, że zaoferowane przez Przystępujących (...) oraz (...) systemy nie umożliwiają współpracy z wymienionymi w ww. punkcie OPZ urządzeniami. Izba przeprowadziła dowód z dokumentów oznaczonych w uzasadnieniu wyroku, jako 8 lit. a), b) oraz lit. i) i ustaliła, że wynika z nich, że oprogramowanie zaoferowane przez (...), tj. (...) współpracuje z ww. urządzeniami. Izba za niezasadne uznała argumenty Odwołującego (...) dotyczące niezgodności systemu (...) 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 (...). Skoro Zamawiający dysponuje tym systemem to w ocenie Izby ma on wiedzę odnośnie współpracy z posiadanymi przez siebie urządzeniami (...) oraz (...).

Następnie Izba wskazała, 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 (...) dowody wymienione wyżej w pkt 6 lit. b-j) z dowodami (...) i uznała, że skoro (...) przedłożyła dowody na okoliczność wdrożenia systemu i jego współpracy, a ponadto na rozprawie producent systemu oświadczył, że system (...) producenta (...) jest zarejestrowanym producentem (...) w (...) i jest to ten sam system co (...), to Izba dała wiarę, że system wykonawcy (...) jest zgodny z punktem 6.2.71 OPZ.

Odnoszą się natomiast do zarzutów dotyczących systemu oferowanego przez (...), tj. systemu (...) podniosła, że z dowodów przedłożonych przez (...) 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 sentencji w zakresie odwołania o sygn. akt KIO 3308/22, a o kosztach postępowania odwoławczego 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).

W zakresie odwołania wykonawcy (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W. w sprawie o sygn. akt KIO 3328/22, Izba stwierdziła odnosząc się do poczynionych rozważań teoretycznych, że wykonawca (...) nie dokonał zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w sposób skuteczny, a już w szczególności w odniesieniu do dokumentu zawierającego referencje. (...) 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 ta informacja posiada dla niego wartość gospodarczą. Izba stwierdziła także, że Przystępujący (...) nie zdołał wykazać wartości gospodarczej dla informacji znajdujących się z złożonym dokumencie będącym certyfikatem ISO 9001. Podsumowując, Izba podniosła, iż skoro

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

Odnosząc się natomiast do zastrzeżenia uzasadnienia jako tajemnicę przedsiębiorstwa Izba wskazała, że jak wielokrotnie wskazywano w orzecznictwie Izby treść uzasadnienia nie może być za taką tajemnicę uznana. Z tych względów objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa samego uzasadnienia nie znalazło oparcia w wyżej przywołanym przepisie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i jako takie zostało uznane za bezskuteczne.

Izba pomimo uznania zasadności zarzutów odwołania (...) 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 (...) podlega odrzuceniu, pozostawałoby bez wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

W zakresie Zarzutu nr 2 dotyczącego niewskazania w ofercie (...) wykorzystywanego silnika (...) dla Systemu monitorowania i zarządzania wydrukiem oraz (...) uwzględniając treść złożonego przez (...) dowodu (TP) stanowiącego wydruk ze str. 72 dokumentu dotyczącego architektury systemu (...) 2.0. Izba 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 (...) bezterminowej licencji wynikającej z postanowienia 6.2.70 OPZ. Izba ustaliła, że z jak wynika z punktu 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”. Ponadto jak wynika z § 13 ust. 13 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 2 do (...) 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 2022 r. odpowiedzi na pytanie nr 2 Przystępujący (...) oświadczył, że „Silnik (...) jest autorskim rozwiązaniem firmy (...) wykorzystującym biblioteki (...)”. Natomiast jak wynikało ze złożonych przez Odwołującego (...) dowodów, tj. oświadczenia z dnia 13 grudnia 2022r. firmy (...) S.A. obecnie brak jest możliwości zakupu u (...) bezterminowych licencji, tylko w ramach subskrypcji rocznych, jak wskazała dalej Krajowa Izba Odwoławcza. Następnie Izba wskazała, że Wykonawca (...) w trakcie rozprawy przed Krajową Izbą Odwoławczą potwierdził, że na obecnym etapie postępowania nie posiada on bezterminowej licencji od firmy (...) na której bibliotekach oparty jest oferowany przez niego silnik (...), co wynika z udzielonych wyjaśnień.

Uwzględniając poczynione 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, (...) 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 (...) w udzielonych Zamawiającemu odpowiedziach wskazało, że „Silnik (...) jest autorskim rozwiązaniem firmy (...) wykorzystującym biblioteki (...)”, to aby zapewnić Zamawiającemu możliwość bezterminowego wykorzystania nabywanego oprogramowania winno zapewnić także licencje od (...). Izba zwróciła dodatkowo uwagę, że wykonawca nie wskazał Zamawiającemu, że możliwe jest korzystanie przez silnik (...) 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.

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

W zakresie zarzutu nr 3 Krajowa Izba Odwoławcza odniosła się do treści pkt. 6.2.17, 6.2.18, a także 6.2.71 OPZ. Izba dopuściła i przeprowadziła dowód także ze złożonych przez (...) 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 (...) i (...) Izba zaprezentowała stanowisko jak w odwołaniu KIO 3308/22. Izba stwierdziła, że nie zostały złożone przez Odwołującego (...) jednoznaczne dowody podważające powyższe stanowisko Izby, pozwalające stwierdzić, że wbrew oświadczeniu oprogramowania (...) 2.0. zaoferowany system nie spełnia wymagań ww. postanowień OPZ, tym bardziej, że jak wskazał na rozprawie (...), na co przedłożył dowód z korespondencji mailowej (tajemnica przedsiębiorstwa), integracja z (...) jest możliwa. 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.

W zakresie zarzutu nr 5 Izba przypomniała, 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 (...) jako dowód - wskazujący na brak zapewnienia przez (...) bezterminowych licencji - powołało oświadczenie spółki (...) S.A. z dnia 21 października 2022 r. (dowód nr 8 lit.g), z którego wynika, „że zakup licencji systemów (...), (...) oraz (...) 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 ze złożonego jako dowód na rozprawie oświadczenia spółki (...) z 8 listopada 2022 r., wynika że dostarczone licencje będą zapewniać bezterminowe wykorzystanie wdrożonego systemu po wygaśnięciu umowy. W konsekwencji Izba zarzut oddaliła jako nieudowodniony. Izba uznała także, 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.

W zakresie zarzutu nr 6 Izba wskazała, iż omawiany zarzut zasługiwał na oddalenie. Krajowa Izba Odwoławcza dalej podkreśliła, 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. W ocenie Izby Odwołujący (...) w żaden sposób nie wykazał słuszności stanowiska wynikającego z zarzutu nr 6 odwołania, którego uzasadnienie sprowadza się jedynie do wskazania, że „oprogramowanie (...) nie spełnia wymogu opisanego w pkt. 6.2.71 OPZ, bowiem nie obsługuje urządzeń posiadanych przez Zamawiającego, tj. urządzenia (...)”. 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.

W zakresie zarzutu nr 7 Izba wskazała, iż uzasadniając omawiany zarzut Odwołujący (...) wskazał, że „zgodnie z wiedzą Odwołującego zaoferowane przez Konsorcjum (...) oprogramowanie (...) 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 niespełnienia wymagań o których mowa w pkt 6.2.17 oraz 6.2.18 OPZ zakresie współpracy z urządzeniami, złożył zrzut z ekranu ze strony (...). Odwołujący (...) wskazywał, że wśród wymienionych aplikacji oprogramowania brak jest oprogramowania (...), 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 (...) 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.

W konsekwencji, 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 (...) w części 1/15 i Odwołującego w części 14/15.

Skargę od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 stycznia 2023 r. wniósł Wykonawca (...) sp. z o.o. z siedzibą w Z., zaskarżając rozstrzygnięcie w części w jakiej uwzględniła odwołanie wniesione przez (...) sp. z o.o. z siedzibą w W. i zasądza od skarżącego koszty, tj. w zakresie wskazanym w sentencji wyroku w pkt 4, pkt 4.1., pkt 4.2., pkt 4.3. oraz pkt 6 w części obciążenia (...) 1/15 kosztów i w pkt 6.2.

Skarżonemu wyrokowi Krajowej Izby Odwoławczej zarzucono naruszenie przepisów postępowania mających istotny wpływ na jego wynik i naruszenie przepisów prawa materialnego:

a. art. 542 ust. 1 Pzp w związku z art. 552 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie przeprowadzenia wszechstronnej oceny dowodów oraz zaniechanie rozpatrzenia wszystkich okoliczności sprawy, w szczególności:

- treści obowiązującej w Postępowaniu Specyfikacji Warunków Zamówienia - dalej: „SWZ” - a w szczególności wymagania zawartego w pkt 6.2.70 Opisu Przedmiotu Zamówienia - dalej: „OPZ”,
- faktycznie wymaganych od wykonawców oświadczeń m.in. zawartych w Załączniku nr 10 do SWZ,
- treści obowiązującego w Postępowaniu wzoru umowy o zamówienie publiczne będącego załącznikiem nr 2 do SWZ,

co doprowadziło do nieprawidłowego rozstrzygnięcia i uznania, że wymagania Zamawiającego pkt 6.2.70 OPZ nie jest spełnione przez Skarżącego;

b. art. 542 ust. 1 Pzp w związku z art. 552 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie przeprowadzenia wszechstronnej oceny dowodów, w szczególności poprzez błędną ocenę wypowiedzi pełnomocnika Skarżącego, która miała miejsce w toku postępowania odwoławczego przed KIO i ustalenie na jej podstawie wniosków z niej niewynikających i sprzecznych z treścią złożonej oferty, tj. że (...) nie zapewni wykorzystywania Systemu Wydruku zgodnie z wymaganiami pkt 6.2.70 OPZ tj. Dostarczone licencje muszą zapewnić bezterminowe wykorzystywanie wdrożonego systemu po wygaśnięciu umowy (bez wykupionej asysty) w zakresie wszystkich wdrożonych modułów, wymagań i funkcjonalności, podczas gdy rozwiązanie oferowane przez Skarżącego spełnia wymagania sformułowane w Postępowaniu,

c. art. 542 ust. 1 Pzp w związku z art. 552 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie przeprowadzenia wszechstronnej oceny dowodów, wszechstronnego rozpatrzenia okoliczności sprawy, sprzeczność ustaleń faktycznych z dokumentami zamówienia oraz uznanie, że Skarżący był zobowiązany już w ofercie wskazać licencje, które zapewnią bezterminowe wykorzystywanie wdrożonego systemu po wygaśnięciu umowy (bez wykupionej asysty) w zakresie wszystkich wdrożonych modułów, wymagań i funkcjonalności, podczas, gdy ze Wzoru Umowy będącego częścią SWZ obowiązek taki nie wynika,

d. art. 542 ust. 1 Pzp w związku z art. 552 ust. 1 Pzp poprzez wadliwe uznanie, że podstawą do odrzucenia oferty Skarżącego może być domniemanie, zgodnie z którym Zamawiający nie ma pewności czy po zakończeniu umowy wykonawca zapewni mu bezterminową licencję umożliwiającą korzystanie z systemu - pomimo tego, że z ustaleń KIO wprost wynika, iż zapewnienie licencji ma nastąpić po zakończeniu umowy - jest to zatem element realizacji umowy i konkretyzuje się po jej wykonaniu;

e. art. 542 ust. 1 Pzp w związku z art. 552 ust 1 Pzp poprzez wadliwe ustalenie treści wymagania pkt 6.2.70 OPZ i uznanie, iż dotyczy on licencji na część Systemu Wydruku;

f. art. 542 ust. 1 Pzp w związku z art. 552 ust 1 Pzp poprzez wadliwe ustalenie, że skoro Silnik (...) jest autorskim rozwiązaniem firmy (...) wykorzystującym biblioteki (...), to aby zapewnić Zamawiającemu możliwość bezterminowego wykorzystania nabywanego oprogramowania winno zapewnić także licencje od (...);

g. art. 534 ust. 1 Pzp poprzez uznanie, że Odwołujący udowodnił, iż w odniesieniu do oferty (...) zachodzą przesłanki odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 218 ust. 2 Pzp pomimo, iż dowody przedstawione przez Odwołującego tezy tej nie potwierdziły;

W zakresie przepisów prawa materialnego mających istotny wpływ na wynik sprawy zarzucono naruszenie:

a. art. 6 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 99 ust 1 i 2 Pzp w zw. art. 16 pkt 1)-3) Pzp poprzez ich błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie polegające na przyjęciu, że ciężar dowodu spoczywa na Skarżącym w sytuacji, gdy to Odwołujący powinien przedstawić dowody na poparcie swoich twierdzeń i prawidłowości sformułowanego przez niego opisu przedmiotu zamówienia;

b. art. 99 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp poprzez ich niezastosowanie i błędną ocenę, że Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób jasny i precyzyjny w zakresie pkt 6.2.70 OPZ choć dopuszczalne jest różne rozumienie tego wymagania;

c. art. 226 ust. 1 pkt 5 w zakresie w jakim Izba potwierdziła, iż treść oferty Skarżącego jest niezgodna z warunkami zamówienia;

d. art. 7 pkt 29 Pzp poprzez pominięcie legalnej definicji warunków zamówienia wskazującej, iż warunek powinien wynikać w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia lub projektowanych postanowień umowy.

W oparciu o powyższe, Skarżący wniósł o uwzględnienie skargi w całości i zmianę zaskarżonego wyroku KIO poprzez oddalenie odwołania, uchylenie nałożonego na Zamawiającego nakazu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenia oferty (...) na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp oraz ponownej oceny i badania ofert. Skarżący wniósł także o obciążenie Odwołującego kosztami postępowania przed KIO, a także obciążenie Odwołującego kosztami postępowania przed Sądem Okręgowym oraz zasądzenie kosztów na rzecz Skarżącego, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Zamawiający w odpowiedzi na skargę wniósł o jej oddalenie z uwagi na bezzasadność podniesionych zarzutów, a także wniósł o zasądzenie kosztów postępowania skargowego, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

(...) sp. z o.o. z siedzibą w W. w odpowiedzi na skargę wniosła o oddalenie w całości skargi, a także o zasądzenie kosztów postępowania procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Skarga wykonawcy (...) nie zasługiwała na uwzględnienie.

Ponieważ Sąd Okręgowy nie prowadził postępowania dowodowego, ani nie zmienił ustaleń faktycznych Krajowej Izby Odwoławczej, na podstawie art. 387 § 2¹ k.p.c. (który na podstawie art. 198a ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. / art. 579 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych znajduje odpowiednie zastosowanie również w postępowaniu toczącym się wskutek wniesienia skargi) ograniczy się do przedstawienia jedynie wyjaśnienia podstawy prawnej wyroku z przytoczeniem przepisów prawa.

Sąd Okręgowy w całości podziela ustalenia faktyczne dokonane przez Krajową Izbę Odwoławczą stanowiące podstawę uwzględnienia odwołania w zakresie zarzutu nr 2, jak i wywody prawne zawarte w uzasadnieniu wyroku Izby. Zauważyć też należy, iż w istocie wywody zawarte w części merytorycznej skargi sprowadzają się do prezentowania przez skarżącego własnej, a konkurencyjnej wobec Krajowej Izby Odwoławczej oceny faktycznej i prawnej sprawy. W ocenie Sądu Okręgowego natomiast Krajowa Izba w sposób staranny, wyczerpujący i wszechstronny wyjaśniła podstawy oddalenia odwołania w niniejszej sprawie. Ocena materiału dowodowego została dokonana w sposób wszechstronny i bezstronny, nie naruszała granic oceny swobodnej, była zgodna z zasadami doświadczenia życiowego oraz nie zawierała błędów faktycznych lub logicznych, stąd ustalenia te Sąd Okręgowy uznaje za własne. Sąd Okręgowy w całości podziela także argumentację prawną przedstawioną przez Krajową Izbę Odwoławczą w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku.

Istota niniejszej sprawy i zarzuty skargi odnosiły się wyłącznie do kwestii spełnienia przez wykonawcę (...) jednego z wymogów uzyskania zamówienia wskazanych przez Zamawiającego w dokumentach SWZ i OPZ, tj. oferowania przez wykonawcę licencji zapewniających bezterminowe wykorzystywanie wdrożonego systemu po wygaśnięciu umowy (bez wykupionej asysty) w zakresie wszystkich wdrożonych modułów, wymagań i funkcjonalności. W tym zakresie jednakże żaden z zarzutów podniesionych w skardze nie okazał się zasadny.

W szczególności, wbrew zarzutom zawartym w skardze, Krajowa Izba Odwoławcza dokonała prawidłowej oceny przedstawionego i powoływanego w toku postępowania materiału dowodowego, a także rozpoznała istotę sprawy. Zauważyć należy, iż rozpoznając odwołanie Izba ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału (art. 542 ust. 1 ustawy nPzp). W niniejszej sprawie Izba, wbrew twierdzeniom skarżącego, nie dokonała dowolnej i wybiórczej, lecz swobodnej i wszechstronnej oceny zgłoszonych dowodów. Izba w skarżonym wyroku prawidłowo ustaliła stan faktyczny, z którym skarżący w złożonej skardze co do zasady w ogóle nie polemizuje, ale wyłącznie w odmienny sposób dokonuje oceny zgromadzonego materiału dowodowego. Dodać zaś należy, iż w ocenie Sądu sama nawet możliwość wywiedzenia z danego materiału dowodowego innych, niż wywodzi to skarżący wniosków, nie narusza jeszcze zasady swobodnej oceny dowodów i nie świadczy też jeszcze o braku logicznego powiązania przyjętych wniosków z zebraniem materiałem dowodowym. Skarżący nie wykazuje w skardze wystąpienia okoliczności mogących uzasadniać naruszenie zasady swobodnej oceny dowodów. Zaś Izba w wyniku prawidłowo przeprowadzonego postępowania dowodowego ustaliła wszystkie istotne dla rozstrzygnięcia sprawy okoliczności, które znajdowały odzwierciedlenie w całokształcie materiału dowodowego. W szczególności, że w niniejszej sprawie nie sposób zgodzić się ze skarżącym, że oferta wykonawcy (...) była zgodna z warunkami zamówienia.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. W tym zakresie zastosowanie ma, w szczególności, przepis art. 99 ust. 1 ww. ustawy stanowiący o tym, że Zamawiający opisuje przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Korelacją obowiązku Zamawiającego wynikającego z art. 99 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, jest obowiązek wykonawcy przygotowania swojej oferty w sposób określony przez Zamawiającego w SWZ, a więc określenie swojego świadczenia na rzecz Zamawiającego w sposób jednoznaczny i wyczerpujący. Sposób określenia takiego świadczenia co do zasady winien wynikać z postanowień SWZ. Niezgodność z warunkami zamówienia, o której mowa w tym przepisie, zachodzi bowiem wówczas dopiero, gdy oferta wykonawcy jest niezgodna z jasno wyrażonym postanowieniem zawartym w dokumentach wskazanych w art. 7 pkt 29 ustawy Pzp, tj. w opisie przedmiotu zamówienia, w wymaganiach związanych z realizacją zamówienia, w kryteriach oceny ofert, w wymaganiach proceduralnych lub w projektowanych postanowieniach umowy w sprawie zamówienia publicznego. Przy czym niezgodność ta również musi mieć charakter niewątpliwy. Tym samym, profesjonalny wykonawca ubiegający się o zamówienie publiczne zobligowany jest więc do szczegółowego zapoznania się z treścią dokumentacji, tak by składana przez niego oferta i dokumenty w pełni odpowiadały wymogom postawionym przez Zamawiającego w dokumentacji oraz przepisach prawa. W niniejszej sprawie zgodzić należy się zaś ze stanowiskiem KIO, że wykonawca (...) nie złożył oferty w pełni zgodnej z wymaganiami SWZ.

Zgodnie z rozdz. XI ust. 1 pkt 5) SWZ, każdy z wykonawców zobowiązany był 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 (...). W treści swojej oferty, w wierszu dotyczącym Modułu (...), (...) wskazało, że oferuje system własnej produkcji ((...) Sp. z o.o., (...)), natomiast w zakresie wykorzystywanego modułu (...) wskazało jedynie, że oferuje „moduł (...)”. Dlatego też, pismem z dnia 7 listopada 2022 r. Zamawiający wezwał (...) do złożenia wyjaśnień dotyczących silnika (...). W odpowiedzi, w treści wyjaśnień, wykonawca (...) wskazał, że silnik (...) jest autorskim rozwiązaniem firmy (...) wykorzystującym biblioteki (...). Powyższe, w ocenie Sądu Okręgowego, bezspornie stanowiło zaś, że złożona przez wykonawcę (...) oferta nie spełniała wszystkich wymogów realizacji zamówienia wskazanych przez Zamawiającego. Analiza akt sprawy nie pozwalała bowiem na uznanie, że wykonawca (...) zaoferował licencje zapewniające bezterminowe wykorzystywanie wdrożonego systemu po wygaśnięciu umowy (bez wykupionej asysty) w zakresie wszystkich wdrożonych modułów, wymagań i funkcjonalności (pkt 6.2.70 OPZ).

W myśl pkt 4 Opisu Przedmiotu Zamówienia (OPZ), przedmiot zamówienia składa się z 4.1. zakupu i wdrożenia Systemu Wydruku, 4.1.1. Modułu Wydruku podążającego, 4.1.2. Modułu zarządzania flotą, 4.1.3. Modułu (...). Sam System Wydruku został zaś zdefiniowany przez Zamawiającego 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, (...) oraz raportowania (pkt 1 OPZ). Wobec czego, w celu umożliwienia swobodnego korzystania ze wszystkich funkcjonalności Systemu Wydruku, zgodnie z pkt 6.2.70 Opisu Przedmiotu Zamówienia (OPZ), stanowiącym jeden z warunków zamówienia w rozumieniu art. 7 pkt 29 Pzp, Zamawiający wymagał, aby wykonawca w ramach realizacji zamówienia dostarczył licencje, które zapewnią bezterminowe wykorzystywanie wdrożonego systemu po wygaśnięciu umowy (bez wykupionej asysty) w zakresie wszystkich wdrożonych modułów, wymagań i funkcjonalności. W ocenie Sądu, literalne brzmienie powyższych wymagań jasno zatem wskazywało, że Zamawiający z pewnością oczekiwał zapewnienia przez wykonawcę licencji do korzystania z całego Systemu Wydruku jako systemu samoistnego i kompletnego. Przedmiotem postępowania była bowiem dostawa Systemu Wydruku jako całości, a nie dostawa poszczególnych jego elementów. Jednakże jasne było również, że – z uwagi na budowę tego systemu i cel postępowania – konieczne było także zapewnienie przez wykonawcę licencji umożliwiających korzystanie ze wszystkich funkcjonalności tego systemu, tzn. licencji do każdego elementu, który był wymagany do stworzenia i korzystania z Systemu Wydruku. Niezapewnienie licencji umożliwiających bezterminowe korzystanie z poszczególnych elementów Systemu Wydruku prowadzi bowiem do niezapewnienia licencji umożliwiających korzystanie z Systemu Wydruku jako całości, co stanowi o niezgodności oferty wykonawcy z wymaganiami Zamawiającego. Nie sposób zatem zgodzić się ze skarżącym, że Zamawiający nie wymagał bezterminowych licencji dla funkcjonalności (...) jako jednego z modułów Systemu Wydruku. Skarżący błędnie wywodzi założenie istnienia Systemu Wydruku, postrzegając go jedynie jako niezależny twór techniczny, bez uwzględnienia jego charakteru w świetle dokumentacji postępowania, w szczególności wymogów dotyczących jego funkcjonalności.

Co więcej, błędne okazały się wywody skarżącego jakoby wykonawca na etapie składania oferty nie musiał zapewnić przedmiotowych licencji, a nadto aby zaoferowane licencje już na tym etapie spełniały wskazane w opisie zamówienia warunki. Zgodzić należy się, że samo faktyczne dostarczenie stosownych licencji nastąpi w trakcie realizacji umowy o udzielenie zamówienia publicznego. Jednakże wykonawca już na etapie składania oferty powinien zadbać o zapewnienie dostępu do wymaganych licencji tak (choćby przez jej rezerwację), aby jego oferta dawała rękojmię należytego wykonania zamówienia. Zamawiający musi mieć możliwość oceny zgodności oferty z wymogami SWZ na moment jej otwarcia, a nie w bliżej niesprecyzowanej bliżej przyszłości. Zaufania Zamawiającego nie budzi bowiem sytuacja, w której oferent nie zna warunków licencyjnych dla zaoferowanego Systemu Wydruku, nie konkretyzuje ich i nie wskazuje, w jaki sposób zapewni spełnienie wymogu dostarczenia licencji już na etapie realizacji umowy,

a tym samym nie daje gwarancji należytego wykonania umowy. Takie działanie wykonawcy nie pozwala zatem na jednoznaczne stwierdzenia, że jego oferta spełnia warunki zamówienia, a tym samym nie podlega odrzuceniu.

Skarżący w tym zakresie nie może zaś zasłaniać się brakiem przejrzystości i nieprecyzyjnym sformułowaniem zapisów SWZ i OPZ. Jeżeli w toku przygotowania oferty wykonawca stwierdził rozbieżność pomiędzy dokumentami, powinien był wystąpić o wyjaśnienia treści SWZ. Wszelkie wątpliwości dotyczące zapisów SWZ powinny zostać usunięte jeszcze przed upływem terminu składania ofert. Również wszelkie wady treści SWZ powinny zostać naprawione w tym okresie. W przeciwnym wypadku SWZ, nawet jeśli będzie zawierała wady bądź niejasności, będzie musiała być stosowana w brzmieniu, jakie pozostawało aktualne na dzień upływu terminu składania ofert. Wobec braku zapytań wykonawców, także po udzielonych wyjaśnieniach, Zamawiający ma bowiem uzasadnione prawo sądzić, że specyfikacja warunków zamówienia jest dla wykonawców zrozumiała i nie budzi ich wątpliwości.

W ocenie Sądu Okręgowego, bezpodstawne są też zarzuty skarżącego, wskazujące, że Zamawiający nie ustalił warunków zamówienia w zakresie wymagań licencyjnych. Analiza treści dokumentacji składającej się na warunki zamówienia pozwala bowiem na określenie podstawowych wymagań licencyjnych zakreślonych przez Zamawiającego. W pkt 6.2.64 OPZ, ustalono, że po wygaśnięciu umowy, przekazane licencje muszą umożliwić Zamawiającemu dalsze korzystanie z Systemu Wydruku. W pkt 6.2.70 OPZ dookreślono, że dostarczone licencje muszą zapewnić bezterminowe wykorzystanie wdrożonego systemu po wygaśnięciu umowy (bez wykupionej asysty) w zakresie wszystkich wdrożonych modułów, wymagań i funkcjonalności. Z powyższym korespondowały projektowane postanowienia wzoru umowy, które w załączniku nr w § 13 wskazywały na konieczność udzielenia przez wykonawcę licencji bezterminowej i nieograniczonej terytorialnie. Jedynie dodatkowe zasady udzielenia licencji miały zostać opracowane w załączniku nr 8 do umowy. Przy czym, nie mogą one zmieniać podstawowych zasad licencjonowania określonych w postanowieniach OPZ (por. § 13 ust. 15 załącznika nr 2 do SWZ – projekt umowy), które posiadają prymat pierwszeństwa. W konsekwencji możliwe było ustalenie, że licencja udzielona przez wykonawcę powinna spełniać warunki takie jak: bezterminowość, brak ograniczenia terytorialnego oraz brak konieczności ponoszenia przez Zamawiającego dodatkowych kosztów z tego tytułu.

Mając na uwadze powyższe należało ocenić, czy zaoferowany przez skarżącego własny System Wydruku pod nazwą handlową (...) 2.0 spełnia warunki zamówienia w postaci wymagań licencyjnych w zakresie wszystkich oferowanych modułów i funkcjonalności, w tym modułu (...). W ocenie Sądu Okręgowego, analiza akt sprawy, w tym dokumentacja składana w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie daje podstaw do uznania, że wykonawca (...) spełnia wymóg zapewnienia licencji umożliwiających bezterminowe korzystanie z Systemu Wydruku jako całości, z uwagi na niezapewnienie odpowiednich licencji w zakresie jednego z jego elementów, tj. modułu (...) (silnika (...)).

Jak wskazano powyżej, wykonawca (...) w treści swoich wyjaśnień złożonych w związku z zapytaniem Zamawiającego oświadczył, że oferuje system, który wykorzystuje silnik (...), będący autorskim rozwiązaniem (...), które wykorzystuje biblioteki (...). Wykonawca wskazał zatem, że jego system posilkuje się rozwiązaniami zewnętrznymi w postaci programu komputerowego (silnika) (...). Podkreślić należy, że aktualnie (...) umożliwia wykorzystywanie silników (zbioru bibliotek) wyłącznie na podstawie odpowiednich umów (licencji), tj. licencji deweloperskiej oraz licencji uruchomieniowej (R. L.). Przy czym, jak wynika to ze złożonych przez Odwołującego (...) dowodów, tj. oświadczenia z dnia 13 grudnia 2022 r. firmy (...) S.A., obecnie brak jest możliwości zakupu u (...) bezterminowych licencji (obecnie obowiązuje system subskrypcji rocznych). Wykonawca (...) w trakcie rozprawy przed Krajową Izbą Odwoławczą potwierdził zaś, że na obecnym etapie postępowania nie posiada on bezterminowej licencji od firmy (...), na której bibliotekach oparty jest oferowany przez niego silnik (...), co wynika z udzielonych wyjaśnień. Uwzględniając powyższe, należało więc uznać, że oferta wykonawcy (...) nie spełniała warunków zamówienia w zakresie opisanym w pkt 6.2.70 OPZ, dotyczącym obowiązku zapewnienia bezterminowego wykorzystywania wdrożonego systemu po wygaśnięciu umowy, 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. Rozstrzygnięcie Izby w zakresie pkt 4 wyroku zasługiwało na aprobatę.

W tym przedmiocie za nietrafne należało zaś uznać zmieniające się stanowiska skarżącego. Jak wynika z akt sprawy, skarżący w toku postępowania bronił się wskazując m.in., że nie wie na obecnym etapie, jakie silniki będzie wykorzystywał w oferowanym systemie, a jednocześnie podkreślał, że oferowany system jest niezależnym programem komputerowym, dla którego wystarczająca jest licencja deweloperska. W ocenie Sądu Okręgowego, w okolicznościach niniejszej sprawy powyższe twierdzenia – choć od strony technicznej racjonalne i usprawiedliwione – nie mogły wywołać oczekiwanego skutku.

Zgodnie z art. 57 Pzp, o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu oraz spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego. Artykuł 57 Pzp stanowi emanację jednej z naczelnych zasad zamówień publicznych wyrażonej w art. 17 ust. 2 Pzp, zgodnie z którą zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Ustawa przewiduje każdorazowo obowiązek zbadania każdego z wykonawców ubiegających się o zamówienie, celem osiągnięcia celu, jakim jest wybór wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia. Warunki udziału w postępowaniu mają bowiem na celu ograniczenie ryzyka wyboru wykonawcy niezdolnego do wykonania zamówienia lub w stosunku do którego, ze względu na sytuację podmiotową, zachodzi prawdopodobieństwo nienależytego wykonania zamówienia. W świetle powyższego nie może zatem dojść do sytuacji, w której wykonawca biorący udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oświadcza, że nie wie w jaki sposób zapewni Zamawiającemu realizację choćby części zamówienia, bądź udziela informacji wzbudzających wątpliwość należytej realizacji przedmiotu zamówienia. Bez znaczenia są także twierdzenia skarżącego, że kwestia zapewnienia licencji dla modułu (...) po wygaśnięciu umowy będzie rozwiązywana na późniejszym etapie, już po podpisaniu przedmiotowej umowy z Zamawiającym. Skarżący myli bowiem etapy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Na obecnym etapie nie jest bowiem oceniana kwestia należytego wykonania dostawy licencji dla programów komputerowych, które będą używane przy realizacji przedmiotu zamówienia, lecz to, czy oferowane przez wykonawców rozwiązania spełniają kryteria wyboru najkorzystniejszej oferty.

Podkreślić należy, że informacje o wykorzystywanym silniku (...) 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. W niniejszej sprawie, w wyjaśnieniach do oferty wykonawca (...) jasno wskazał, że zaoferowany przez niego moduł (...) korzysta z rozwiązań zewnętrznych, podając konkretny program komputerowy (silnik (...)), który – co zostało wykazane w toku postępowania – nie spełnia wymogu zapewnienia licencji bezterminowych. Jednocześnie skarżący ani w ofercie, ani w wyjaśnieniach do oferty, jak również w toku postępowania odwoławczego nie wskazał jakie konkretnie licencje zastosuje do realizacji zamówienia w zakresie funkcjonalności silnika (...). Skarżący nie podał także, aby możliwe było skorzystanie w oferowanym przez niego programie (...) innych bibliotek zewnętrznych, które umożliwiają uzyskanie licencji bezterminowych. W konsekwencji Zamawiający nie miał możliwości zbadania, czy zaoferowany przez wykonawcę system (...) będzie w stanie działać na warunkach przewidzianych w opisie zamówienia. Tym samym, należało uznać, że skarżący w toku postępowania nie wykazał, aby oferowany przez niego moduł (...) spełniał wymagania zawarte w pkt 6.2.70 OPZ.

W powyższym świetle bez znaczenia były twierdzenia wykonawcy (...), że oferowany przez niego system jest autorskim programem, do działania którego wystarczająca jest licencja deweloperska. Skoro bowiem skarżący w toku postępowania wyraźnie zakreślił, że jego program korzysta z rozwiązań zewnętrznych, to nie sposób odmówić Zamawiającemu prawa do badania i oceny pod kątem spełnienia przez niego przesłanek z pkt 6.2.70 OPZ również w odniesieniu do oferowanego oprogramowania. Racjonalne wydaje się bowiem sprawdzenie przez Zamawiającego, czy wykonawca – nawet w zakresie swojego autorskiego i niezależnego programu – jest w stanie zapewnić wszystkie niezbędne licencje, które umożliwią jego działanie. Przy czym, dotyczy to również licencji na rozwiązania zewnętrzne, jeżeli wykonawca wskazuje, że z takowych korzysta. Dopiero analiza całości tych okoliczności daje podstawy do stwierdzenia, że dany wykonawca zapewni należyte wykonanie umowy o udzielenie zamówienia publicznego. Zaś w niniejszej sprawie, w ocenie Sądu Okręgowego, Izba słusznie uznała, że treść oferty wykonawcy (...) oraz jego wyjaśnienia nie pozwalają na uznanie, że należycie wykona on umowę o udzielenie zamówienia publicznego.

Nie można przy tym uznać, że sporna problematyka jest marginalnym zagadnieniem w zakresie niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Jak wskazano powyżej, przedmiotem zamówienia jest wykonanie Systemu Wydruku, który składa się z 3 modułów, a jednym z tych modułów jest moduł (...). Tym samym, jeżeli wykonawca nie jest w stanie wykazać, że na dzień składania ofert zapewnia dostarczenie bezterminowych licencji dla programów zewnętrznych, w oparciu o które działa zaoferowany przez niego autorski moduł (...), to nie jest w stanie zapewnić, że dostarczy licencje dla modułu (...) jako całości po wygaśnięciu umowy. Powyższe stanowi zaś, że jego oferta w tym zakresie jest niezgodna z warunkami zamówienia, a tym samym podlega odrzuceniu. Rozstrzygnięcie Izby było zatem w całości prawidłowe.

Podsumowując, Sąd Okręgowy nie dopatrył się przesłanek merytorycznych do uwzględnienia skargi, zarzuty skarżącego były bowiem wyłącznie polemiczne i opierały się na opozycyjnych twierdzeniach w stosunku do należyście ustalonego stanu sprawy przez Krajową Izbę Odwoławczą. Dlatego też Sąd Okręgowy nie znalazł przyczyn dyskwalifikujących zaskarżone orzeczenie.

Mając powyższe na uwadze, działając w granicach skargi i zaskarżenia, Sąd Okręgowy orzekł jak w pkt I. wyroku i na podstawie art. 588 ust. 1 PZP oddalił skargę.

O kosztach postępowania skargowego orzeczono na podstawie art. 98 k.p.c., art. 99 k.p.c. i art. 108 § 1 k.p.c. w zw. z art. 589 Pzp, stosownie do wyniku postępowania. Skarżący (...) przegrał postępowanie skargowe w całości, dlatego też został obciążony kosztami procesu poniesionymi przez przeciwników skargi Zamawiającego i Odwołującego w całości. Odnośnie wysokości zasądzonych kosztów zasądzonych w pkt II i III wyroku, Sąd Okręgowy uwzględnił treść § 14 ust. 2a pkt 1 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych (Dz. U. z 2018 r. poz. 265 z późn. zm.) § 14 ust. 2a dodany rozporządzeniem z dnia 19.12.2022 r. (Dz.U. z 2022 r. poz. 2726), które weszło w życie 6.01.2023 r. – brak przepisów przejściowych.

Sędzia Sylwia Paschke