

**WYROK**  
**z dnia 29 listopada 2012 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 listopada 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 17 listopada 2012 r. przez wykonawcę **ARCHUS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 40-144 Katowice, ul. Józefowska 5** w postępowaniu prowadzonym przez **Żydowski Instytut Historyczny im. Emanuela Ringelbluma, 00- 090 Warszawa, ul. Tłomackie 3/5**

przy udziale wykonawcy **A..... C.....**, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą **A..... C..... „Mikrofilm-Center” „Digital-Center”, 61-251 Poznań, Osiedle Orła Białego 4/44**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

**orzeka:**

**1) oddała odwołanie;**

2) kosztami postępowania obciąża wykonawcę **ARCHUS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 40-144 Katowice, ul. Józefowska 5** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **ARCHUS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 40-144 Katowice, ul. Józefowska 5**, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy **ARCHUS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 40-144 Katowice, ul. Józefowska 5** na rzecz **Żydowskiego Instytutu Historycznego im. Emanuela Ringelbluma, 00- 090 Warszawa, ul. Tłomackie 3/5** kwotę **3 600 zł 00 gr**

(słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Wykonawca - ARCHUS Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach, Odwołujący w postępowaniu odwoławczym, wniósł na podstawie art. 180 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej ustawą, odwołanie wobec czynności opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu - posiadania wiedzy i doświadczenia przez wykonawców, w przetargu nieograniczonym na świadczenie usługi skanowania-digitalizacji starodruków, ogłoszonym przez Żydowski Instytut Historyczny im. Emanuela Ringelbluma z siedzibą w Warszawie, zwany dalej Zamawiającym.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie zasad udzielania zamówień publicznych wyrażonych w ustawie, a w szczególności: 1) art. 7 ust. 1 przez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców; 2) art. 22 ust. 4 przez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

Wskazując na powyższe zarzuty, Odwołujący wniósł o: 1) uwzględnienia odwołania w całości; 2) nakazanie powtórzenia czynności sformułowania opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu z uwzględnieniem warunków określonych w art. 22 ust. 4 i art. 7 ust. 1 ustawy; 3) obciążenia kosztami postępowania odwoławczego Zamawiającego; 4) zasądzenie na rzecz Odwołującego zwrotu uzasadnionych oraz udokumentowanych kosztów udziału w postępowaniu.

Odwołujący oświadczył, że ma interes *prawny* we wniesieniu odwołania, ponieważ uwzględnienie odwołania i dokonanie zmiany opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu, umożliwi Odwołującemu przygotowanie oferty oraz udział w postępowaniu zgodnie z przepisami ustawy z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji. Działanie Zamawiającego niezgodne z ustawą uniemożliwia Odwołującemu złożenie oferty. Prowadzi do tego, że Odwołujący może ponieść szkodę, gdyż uniemożliwiając mu złożenie oferty powoduje niemożliwość osiągnięcia zakładanego dochodu. Zgodnie z obowiązującym przepisami, szkodę stanowią także utracone dochody.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podał, co następuje. W dniu 12.11.2012 r. Zamawiający wszczął postępowanie przez zamieszczenie specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej dalej SIWZ, na swojej stronie internetowej oraz ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych.

Odwołujący w dniu 15.11.2012 r. zwrócił się do Zamawiającego o wyjaśnienie treści

SIWZ, Zamawiający zamieścił w dniu 16.11.2012 r. wyjaśnienia na swojej stronie internetowej.

W dniu 17.11.2012 r., zachowując ustawowy termin, Odwołujący wniósł odwołanie przekazując kopię Zamawiającemu.

I. Przedmiotem zamówienia jest usługa skanowania - digitalizacji starodruków Żydowskiego Instytutu Historycznego. Zamawiający w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, określonych w art. 22 ust. 4 ustawy, opisał w ogłoszeniu o zamówieniu w sekcji III.3.2) wiedza i doświadczenie, sposób oceny warunków udziału w postępowaniu oraz w pkt 6.2.1.1 SIWZ ustalił, że *Wykonawca zobowiązany jest wykazać, że posiada wiedzę i doświadczenie w zakresie realizacji usługi odpowiadającej przedmiotowi zamówienia, tj. wykonał w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej 2 usług polegających na skanowaniu-digitalizacji starodruków, po minimum 100 000 stron każda.*

Zamawiający w dniu 16.11.2012 r. wyjaśnił, że *uzna spełnienie ww. warunku, jeżeli Wykonawca wykaże wiedzę i doświadczenie w zakresie realizacji usługi digitalizacji starodruków i manuskryptów, których czas powstania jest datowany do XVIII wieku. Zamawiający posiada niezwykle cenny, wyjątkowy zbiór bibliotecznych, którego niektóre woluminy to jedyne zachowane egzemplarze, dlatego wymaga posiadania doświadczenia w digitalizacji tego typu obiektów.*

Odwołujący uznał, że Zamawiający w opisie sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków, w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, wymaga wykazania się wykonaniem wyłącznie usług digitalizacji starodruków i manuskryptów, których czas powstania jest datowany do XVIII wieku, po minimum 100 000 stron każda.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z utrwalonym w orzecznictwie oraz doktrynie stanowiskiem, określenie *proporcjonalny* należy interpretować przez pryzmat dorobku prawa wspólnotowego i orzeczeń ETS, gdzie przymiotnik *proporcjonalny* używany jest w znaczeniu *zachowujący właściwą proporcję*. Warunek *proporcjonalny*, więc to tyle, co warunek nie nadmiemy. W wyroku z dnia 16 września 1999 r., C-414/97, Komisja Wspólnot Europejskich v. Królestwo Hiszpanii, LEX nr 84270, ETS wskazał, że *ocena, czy podjęte środki są zgodne z TWE, wymaga tzw. testu proporcjonalności, czyli wykazania, że podjęte działania są adekwatne i konieczne do osiągnięcia wybranego celu. Nakaz stworzenia i zachowania warunków w sposób powiązany z przedmiotem zamówienia oraz do niego proporcjonalny, z uwzględnieniem zachowania konkurencji wśród wykonawców ubiegających się o zamówienie, nie jest tożsamy z nakazem dopuszczenia do zamówienia wszystkich podmiotów, w tym niezdolnych do jego realizacji w należyty sposób. (Prawo zamówień publicznych. Komentarz, W. Dzierżanowski, J. Jerzykowski, M. Stachowiak, wydanie IV).*

Odwołujący wskazał orzeczenie KIO z dnia 26.10.2012 r., sygn. akt 2227/12 (...) *opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu nie może wykraczać poza cel, jakiemu służy i do jakiego został powołany w niniejszym postępowaniu, a który sprowadza się do wyłonienia rzetelnego oraz wiarygodnego wykonawcy zdolnego wykonać przedmiotowe zamówienie. Niezależnie od ograniczeń zawartych w art. 22 ust. 4 ustawy Pzp Zamawiający związany jest również treścią art. 7 ustawy Pzp. Stawiany warunek oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału nie może ograniczać konkurencji i prowadzić do złamania zasady równości w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.*

Odwołujący zwrócił uwagę, że usługa digitalizacji obiektów zabytkowych wykonywana jest w oparciu o następujące standardy: Katalog Dobrych Praktyk Digitalizacji Materiałów Archiwalnych (zalecana rozdzielczość dla starodruków to 300 dpi a nie 600 dpi). Wykorzystywane są do tego urządzenia o parametrach opisanych przez Zamawiającego w szczegółowym opisie zamówienia, jak również urządzenia bardziej dostępne na rynku, które pracują w innej rozdzielczości optycznej, posiadającej różną odległość źródła światła od materiału digitalizowanego (od 1 cm do 80 cm), niską emisję światła, niepowodującą uszkodzeń obiektów skanowanych. Ponadto wskazał, że Zamawiający w wyjaśnieniach stwierdził, że *wymaga, aby skanery posiadały stoły wyposażone w system automatycznego podnoszenia szklanej płyty dociskowej z regulacją siły docisku. Z opisu tego wynika, że Zamawiający nie ogranicza ani nie wyłącza możliwości manualnego opuszczania szyby. Ważne jest jedynie, aby docisk szklanej płyty był regulowany (automatycznie bądź manualnie). Zamawiający posiada w zbiorach przeznaczonych do digitalizacji obiekty, które nie mogą być skanowane skanerem z szybą dociskową oraz takie, które umożliwiają wykorzystanie szyby. Wyżej wymienione stoły zapewniają największe bezpieczeństwo zbiorów i znacznie ułatwiają proces digitalizacji.*

Odwołujący uznał, że wyjaśnienia we wskazanym zakresie są, kolejnym elementem opisu przedmiotu zamówienia, w którym Zamawiający stawia wymagania nieadekwatne do przedmiotu zamówienia, opisując go w sposób niezgodny z ustawą, nie ujmując żadnych parametrów skanowania, określających jakość wykonanych skanów, np. dopuszczalnego pochylenia skanowanych obiektów, ich czytelności, odwzorowania barw, sposobu kontrolowania jakości, twierdząc jednocześnie, że opis spełniania warunków udziału w postępowaniu jest proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Znajomość rynku pozwala stwierdzić, że opisane warunki udziału w postępowaniu oraz wymagania, co do skanera, mogą zostać spełnione wyłącznie przez jednego wykonawcę działającego na rynku.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający w żaden sposób nie wykazał, że: 1) jego zbiory będące przedmiotem zamówienia, ze względu na swoje specyficzne, obiektywne parametry wymagają zastosowania tylko i wyłącznie urządzenia opisanego w *Szczegółowy*

*opis zamówienia - załącznik do SIWZ.* Natomiast opisany przez Zamawiającego zakres usługi realizowany jest także podczas wykonywania digitalizacji obiektów zabytkowych będących gazetami, manuskryptami, starodrukami, inkunabułami, innymi dokumentami historycznymi; 2) żądanie wykazania się doświadczeniem wyłącznie w zakresie digitalizacji starodruków i manuskryptów sprzed XVIII wieku jest uzasadnione, co Zamawiający potwierdził w wyjaśnieniach treści SIWZ z dnia 16.11.2012 r., ponieważ nie uargumentował żądania wykazania się wiedzą i doświadczeniem w określonym przez siebie zakresie, co narusza zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy, a także wykracza poza cel, jakim jest wyłonienie rzetelnego oraz wiarygodnego wykonawcy zdolnego wykonać przedmiotowe zamówienie.

Ponadto, Odwołujący zwrócił uwagę, że: 1) Zakład Narodowy imienia Ossolińskich z Wrocławia - dla zamówienia publicznego digitalizacji zbiorów Biblioteki Lwowskiej, które obejmowało usługę skanowania starodruków, rękopisów w rozdzielczości 300 dpi i czasopism w rozdzielczości 400 dpi w ilości 1.350.000 szt. (wartość szacunkowa ok 3 mln złotych) wymagał od wykonawców wykazania się doświadczeniem: wykonaniem 1 usługi skanowania rękopisów, starodruków, czasopism o wartości 200.000 zł, 2) Archiwum Główne Akt Dawnych z Warszawy - wykonanie 150.000 skanów z ksiąg rękopiśmiennych w rozdzielczości 300 dpi - doświadczenie w digitalizacji dokumentów archiwalnych (...), w tym wykonanie 1 usługi o wartości 30.000 skanów z oryginałów.

Doświadczenie w digitalizacji obiektów zabytkowych takich jak, manuskrypty rękodzieła lub zabytkowe czasopisma jest doświadczeniem proporcjonalnym do przedmiotu zamówienia. Technika skanowania obiektów zabytkowych jest taka sama dla wszystkich rodzajów dokumentów, a skaner nie rozróżnia, czy są to starodruki czy np. gazeta z XIX wieku.

Zgodnie z zaleceniami „Katalogu Dobrych Praktyk Digitalizacji Materiałów Archiwalnych” zalecana rozdzielczość przy skanowaniu starodruków to 300x300 dpi. 600 dpi stosuje się przy digitalizacji zdjęć. Parametry te zostały przyjęte przez praktycznie wszystkie biblioteki i archiwa w Europie i na świecie. Większa rozdzielczość nie ma sensu dla odtworzenia oryginału i powoduje powstanie bardzo dużych plików, które następnie wielkim kosztem należy przechowywać przez praktycznie nieokreślony czas na serwerach wirtualnych, aby nie uległy zniszczeniu.

II. W prowadzonym postępowaniu Zamawiający dokonał czynności niezgodnie z ustawą - określił warunek nadmierny, nie adekwatny do osiągnięcia celu, w postaci zrealizowania przedmiotu zamówienia. Odwołujący wniósł o następującą zmianę opisu sposobu oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu: przy skanowaniu 200 000 stron starodruków 2 referencje dotyczące potwierdzenia, że skanowało się biblioteczne materiały archiwalne, po minimum 100 000 stron każda.

Odwołujący uznał, że tak sformułowany opis wypełnia przesłanki wynikające z art. 22 ust. 4 ustawy, jak również zadośćuczyni zasadzie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Ponadto, z ostrożności procesowej, Odwołujący wniósł o zmianę wymagań w zakresie wykonania usługi: 1) zmianę rozdzielczości skanowania optycznego na 300x300 dpi przy formacie A1 i 300 lub 400 dpi przy formacie do A2; 2) wykreślenie wymogu położenia jednostki oświetlenia górnego, oddalonego od skanowanego obiektu o minimum 70 cm.

Zamawiający złożył na rozprawie odpowiedź na odwołanie. Wniósł o: 1) oddalenie w całości odwołania, jako bezzasadnego, 2) utrzymanie w mocy opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, 3) przeprowadzenie dowodu z powołanych dokumentów, 4) obciążenie Odwołującego kosztami postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu pisma Zamawiający podał, co następuje.

I. Odnośnie zarzutu naruszenia zasad udzielania zamówień publicznych wyrażonych w ustawie, a w szczególności: 1) art. 7 ust. 1 przez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, 2) art. 22 ust. 4 przez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

W uzasadnieniu odwołania (str. 3, ostatni akapit) Odwołujący podniósł, że *Zamawiający w pkt 6.2.1.1. SIWZ wskazał, iż uznaje warunki określone w pkt. 6.1. SIWZ za spełnione, jeżeli Wykonawca wykaże, że posiada wiedzę i doświadczenie w zakresie realizacji usługi odpowiadającej przedmiotowi zamówienia, tj. wykonał w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej 2 usług polegających na skanowaniu-digitalizacji starodruków, po minimum 100 000 stron każda.*

*Zdaniem Odwołującego, Zamawiający w opisie sposobu dokonywania oceny spełniania warunków w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia wymaga wykazania się wykonaniem wyłącznie usług digitalizacji starodruków i manuskryptów, których czas powstania jest datowany do XVIII wieku, po minimum 100 000 stron każda.*

*Odwołujący powołuje się jednocześnie (str. 5 odwołania, pierwszy akapit) na Katalog Dobrych Praktyk Digitalizacji materiałów archiwalnych, w którym zalecana rozdzielczość dla starodruków to 300 dpi, a nie 600 dpi.*

Zamawiający zwrócił uwagę, że Katalog Dobrych Praktyk Digitalizacji materiałów archiwalnych, na który powołuje się Odwołujący, jest dokumentem definiującym wymagania w zakresie digitalizacji materiałów archiwalnych w szczególności: dokumentacji aktowej,

fotograficznej, kartograficznej (mapy, plany, szkice sytuacyjne), technicznej (plany, szkice, rysunki techniczne), ikonograficznej. Zdaniem Zamawiającego, właściwszym w przypadku przedmiotowego postępowania jest Katalog dobrych praktyk digitalizacyjnych dla obiektów bibliotecznych, który w pkt 3 dla kryterium Standardy techniczne, w tym parametry sprzętowe, oprogramowanie - zalecenia minimum wskazuje, jako zalecenia minimalne dla odbitek fotograficznych barwnych, rysunków i grafik kolorowych, miedziorytów, drzeworytów, rękopisów, inkunabułów i starych druków: a) format: TIFF 6.0, dopuszcza się kompresję bezstratną LZW, b) rozdzielczość: 300 ppi, lecz nie mniej niż 3000 pikseli na dłuższym wymiarze, c) bity na piksel: 8 bitów na kolor 24-bit RGB, d) wzorce szarości/koloru: Adobe RGB 1998. Katalog Dobrych Praktyk Digitalizacji Materiałów Archiwalnych także podaje zalecenia minimalne: 3.4.2 Parametry skanowania; 3.4.2.1 Skony wzorcowe należy zapisywać w formacie TIFF bez kompresji; 3.4.2.2 Minimalne (oraz w niektórych przypadkach zalecane) parametry skanowania dla różnych rodzajów materiałów archiwalnych są określone w załączniku nr 2. Podane parametry dotyczą kopii wzorcowych. 3.4.2.3 Jeśli możliwości sprzętu do digitalizacji na to pozwalają, dozwolone jest skanowanie przy zastosowaniu parametrów wyższych niż minimalne, jeśli wykonane skany jednocześnie spełniają wszystkie wymagania określone w punkcie 4.4.2 oraz w załączniku nr 2

Zdaniem Zamawiającego podanie w ww. katalogach dobrych praktyk zaleceń minimalnych, co do rozdzielczości nie oznacza konieczności określania przez Zamawiającego wymagań na poziomie minimalnym, a tym bardziej zakazu określenia takich wymagań na poziomie wyższym niż minimalny. Zamawiającemu zależy na jak najlepszym wykonaniu procesu digitalizacji i zeskanowaniu posiadanych materiałów z jak największą rozdzielczością ze względu na unikatowość zbioru oraz zły stan zachowania obiektów. Wykonanie digitalizacji przy użyciu najbardziej zaawansowanych, a równocześnie dostępnych na rynku urządzeń, zapewni bezpieczeństwo księgozbioru i uchroni go przed koniecznością wykonania kolejnego procesu skanowania.

Zamawiający poinformował jednocześnie, iż obecnie pracownia digitalizacji w ŻIH przygotowuje materiały na zamówienie Stowarzyszenia ŻIH (w tym skanowanie starych druków) - na potrzeby budowy Wystawy Głównej w Muzeum Historii Żydów Polskich. Wymagana w tym przypadku rozdzielczość wszelkich digitalizowanych materiałów wynosi od 300 przez 600 do nawet 1200 dpi. Można zatem przyjąć, że postawiony przez Zamawiającego wymóg 600 dpi nie jest ani tak zaawansowany, ani tak rzadki, ani wygórowany i niepotrzebny, jak zdaje się sugerować Odwołujący.

Zamawiający zwrócił uwagę, że cały projekt Centralnej Biblioteki Judaistycznej (nazwa projektu Zamawiającego w Ministerialnym Programie Wieloletnim Kultura + Priorytet Digitalizacja, numer wniosku - 23003/12/A3, złożonego w dniu 5 września 2012 r.) budowany jest przy założeniu uzyskania plików o rozdzielczości optycznej 600 dpi, co



oznacza nie tylko wykonanie usługi skanowania o określonych parametrach, lecz także konieczność zakupu przez Zamawiającego sprzętu do digitalizacji czasopism (a zatem materiałów nie tak cennych jak starodruki) o takich właśnie parametrach. Zamawiający przytoczył pkt VI.5. wniosku: *Uzasadnienie realizacji zadania w tym szczegółowe uzasadnienie planowanej inwestycji, określenie adekwatności planowanej inwestycji do zbioru przeznaczanego do digitalizacji oraz określenie oczekiwanych parametrów sprzętowych wraz z uzasadnieniem: Skaner będzie wyposażony w innowacyjny system oświetlenia dobrany adekwatnie do charakteru skanowanych materiałów (m.in. czasopism, dokumentów archiwalnych) zapewniający rozdzielczość min. 600 ppi, oraz umożliwiający zautomatyzowanie procesu digitalizacji, gwarantując tym samym wysoką i powtarzalną jakość. (...).*

Odnosząc się do wspomnianego przez Odwołującego i wskazanego w art. 22 ust. 4 ustawy wymogu stworzenia i zachowania warunków w sposób powiązany z przedmiotem zamówienia oraz do niego proporcjonalnych, z uwzględnieniem zachowania konkurencji wśród wykonawców ubiegających się o zamówienie, Zamawiający zwrócił uwagę, że nakazu tego nie należy utożsamiać z obowiązkiem dopuszczenia do zamówienia wszystkich podmiotów, w tym niezdolnych do jego realizacji w należyty sposób. Przepisy ustawy wskazują na przyjęcie całkowicie odmiennego założenia, tj. realizacji zamówienia publicznego jedynie przez podmioty zweryfikowane pod kątem ich możliwości należytego wykonania umowy. Wskazał, że Sąd Okręgowy w Gdańsku w wyroku z dnia 6 maja 2009 r. uznał, iż *Przepisy ustawy Pzp nie nakładają na zamawiającego obowiązku nabycia dostaw czy usług spośród oferowanych przez wszystkie podmioty na rynku, nawet te, które nie mogą wykazać się odpowiednim doświadczeniem w dostawach lub usługach odpowiadających rodzajowo przedmiotowi danego zamówienia* (XII Ga 143/09, niepubl.).

Jako dowody wskazał: Katalog Dobrych Praktyk Digitalizacji materiałów archiwalnych; Katalog dobrych praktyk digitalizacyjnych dla obiektów bibliotecznych; Oświadczenie Stowarzyszenia Żydowski Instytut Historyczny wraz z załącznikiem; Wniosek o dofinansowanie nr 23003/12/A3 z dnia 5 września 2012 r.

II. Odwołujący (str. 5 odwołania, akapit 1, zdanie drugie) podniósł, że *Wykorzystywane są do tego [digitalizacji obiektów zabytkowych] urządzenia o parametrach opisanych przez Zamawiającego w szczegółowym opisie zamówienia (...), jak również urządzenia bardziej dostępne na rynku, które pracują w innej rozdzielczości optycznej, posiadającą różną odległość źródła światła od materiału digitalizowanego (od 1 cm do 80 cm), niską emisję światła, niepowodujący uszkodzeń obiektów skanowanych.*

Zdaniem Zamawiającego nie ma ograniczeń rynkowych w dostępie do urządzeń digitalizacyjnych. Każdy potencjalny wykonawca ma możliwość zakupu dowolnego urządzenia o dowolnych (również wyższych niż przeciętne) parametrach technicznych.

Urządzenia skanujące mogą, jak wskazuje Odwołujący, pracować w innej rozdzielczości, co w tym konkretnym przypadku oznacza rozdzielczość mniejszą niż 600 dpi, a zatem stwierdzić można, że są to urządzenia o gorszych parametrach technicznych.

Zamawiający wskazał ponadto, że każde źródło światła i jego zasilanie emituje ciepło. Ze względu na bezpieczeństwo zbiorów Zamawiający postawił wymóg, by źródło światła było oddalone o min. 70 cm od skanowanego obiektu. Oświetlenie obiektów z większej odległości zapewnia większą równomierność oświetlenia, co wiąże się również z lepszą jakością skanów.

III. Zdaniem Odwołującego (str. 5 odwołania) *znajomość rynku pozwala stwierdzić, że opisane warunki udziału w postępowaniu oraz wymagania, co do skanera mogą zostać spełnione wyłącznie przez jednego wykonawcę działającego na rynku.* Dalej Odwołujący podniósł, że *Zamawiający w żaden sposób nie wykazał, że jego zbiory będące przedmiotem zamówienia, ze względu na swoje specyficzne, obiektywne parametry wymagają zastosowania tylko i wyłącznie urządzenia opisanego w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia. Natomiast opisany przez Zamawiającego zakres usługi realizowany jest także podczas wykonywania digitalizacji obiektów zabytkowych będących gazetami, manuskryptami, starodrukami, inkunabułami, innymi dokumentami historycznymi.* Zdaniem Odwołującego, *Zamawiający nie uargumentował żądania wykazania się wiedzą i doświadczeniem w określonym przez siebie zakresie. Odwołujący stwierdził, że powyższe narusza zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, a także wykracza poza cel, jakim jest wyłonienie rzetelnego oraz wiarygodnego wykonawcy zdolnego wykonać przedmiotowe zamówienie.*

Zamawiający zwrócił uwagę, że w odpowiedzi z dnia 16 listopada 2012 r. na wniosek o wyjaśnienie treści SIWZ wskazał, iż posiada niezwykle cenny, wyjątkowy zbiór biblioteczny, którego niektóre woluminy to jedyne zachowane egzemplarze na świecie, dlatego wymaga od Wykonawcy doświadczenia w digitalizacji tego typu obiektów.

Zamawiający wskazał ponadto, że uzna spełnienie postawionego warunku przez Wykonawcę, który wykaże wiedzę i doświadczenie w zakresie realizacji usługi digitalizacji starodruków i manuskryptów, których czas powstania jest datowany do XVIII wieku.

Zamawiający dodał, że posiadany przez ŻIH zbiór starych druków ma ogromną wartość historyczną oraz majątkową. Wynika stąd troska Zamawiającego o zapewnienie jak największego bezpieczeństwa skanowanym obiektom, co wiąże się z wysokimi wymaganiami, co do skanera oraz doświadczenia.

Zdaniem Zamawiającego powyższe wyjaśnienia stanowią wystarczające uzasadnienie dla określonych w SIWZ warunków.

Wskazał jednocześnie, że *sama okoliczność, iż opis przedmiotu zamówienia*

*uniemożliwia złożenie oferty przez Wykonawcę nie wskazuje na naruszenie podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, skoro na rynku działają podmioty mogące brać udział w postępowaniu samodzielnie lub w ramach konsorcjum (wyrok KIO z dnia 16 lutego 2012 r., sygn. akt KIO 249/12).*

Wymagania, co do skanera, wbrew twierdzeniom Odwołującego, może spełnić więcej niż jeden wykonawca działający na rynku, czego dowodem jest złożenie ofert przez dwóch wykonawców (z wyłączeniem Odwołującego).

Zamawiający podkreślił jednocześnie, że zgodnie z orzecznictwem, *zamawiający opisując przedmiot zamówienia wyraża swoje potrzeby i wymagania dotyczące przyszłego świadczenia wykonawcy. Fakt, że opis wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia ma gwarantować uczciwą konkurencję nie jest równoznaczny ze sformułowaniem wymagań w sposób pozwalający na spełnienie wymagań technicznych wszystkim podmiotom działającym w danej branży. W przypadku zobiektywizowanych potrzeb zamawiającego dopuszczalne jest takie opisanie przedmiotu zamówienia, w którym sprecyzowane istotne wymagania ograniczają liczbę potencjalnych rozwiązań. W takim przypadku celem restrykcyjnego opisanie przedmiotu zamówienia nie jest preferowanie określonego wykonawcy lecz zapewnienie realizacji uzasadnionych potrzeb zamawiającego (wyrok Sądu Okręgowego w Zielonej Górze z dnia 13 maja 2005 r., sygn. akt II Ca 109/05).*

*O ile zamawiający w sposób należyty udowodni istnienie po jego stronie uzasadnionych potrzeb, możliwym jest ukształtowanie opisu przedmiotu zamówienia w taki sposób, aby oferty odpowiadające treści SIWZ mógł złożyć jedynie wąski krąg wykonawców. W takim przypadku zamawiający, pomimo znacznego zawężenia kręgu wykonawców, którzy mogą złożyć ważną ofertę, nie naruszy zasady uczciwej konkurencji. Ukształtowanie wybranych zapisów SIWZ w taki sposób, iż zdaniem odwołującego oferowane przez niego produkty nie spełniają wymagań zamawiającego, nie może stanowić samo w sobie uzasadnienia dla uznania podnoszonych przez niego zarzutów za słuszne. Zamawiający nie jest bowiem zobowiązany umożliwić każdemu z wykonawców złożenie oferty (tak np. KIO w wyroku z dnia 17 czerwca 2011 r., sygn. akt KIO 1164/11). Jako dowód wskazał oferty wykonawców.*

IV. Odwołujący podniósł w odwołaniu, że *Zakład Narodowy imienia Ossolińskich z Wrocławia dla zamówienia publicznego digitalizacji zbiorów Biblioteki Lwowskiej, które obejmowało usługę skanowania starodruków, rękopisów w rozdzielczości 300 dpi i czasopism w rozdzielczości 400 dpi w ilości 1.350.000 szt. (wartość szacunkowa ok. 3 mln zł) wymagał od wykonawców wykazania się doświadczeniem polegającym na wykonaniu 1 usługi skanowania rękopisów, starodruków, czasopism o wartości 200.000 zł. Odwołujący wskazał również, że Archiwum Główne Akt Dawnych z Warszawy dla wykonania 150.000 skanów z ksiąg rękopiśmiennych w rozdzielczości 300 dpi wymagało doświadczenia w*

*digitalizacji dokumentów archiwalnych, w tym wykonania 1 usługi o wartości 30.000 skanów z oryginałów. Odwołujący podniósł, że doświadczenie w digitalizacji obiektów zabytkowych, takich jak manuskrypty, rękodzieła lub zabytkowe czasopisma jest doświadczeniem proporcjonalnym do przedmiotu zamówienia. Technika skanowania obiektów zabytkowych jest taka sama dla wszystkich rodzajów dokumentów, a skaner nie rozróżnia, czy są to starodruki czy, np. gazeta z XIX wieku.*

Zamawiający wskazał, że w żaden sposób nie może równać się z Zakładem Narodowym imienia Ossolińskich z Wrocławia - nieporównywalny jest zarówno zasób (liczba ksiąg), jak i wysokość budżetu. Zamawiający podkreślił, że posiada wprawdzie niewielki zbiór starodruków do digitalizacji -ok. 500 sztuk, jednakże jest on bardzo cenny i unikatowy.

W związku z tym Zamawiający zamierza przeprowadzić digitalizację starodruków przy zachowaniu jak najwyższych parametrów.

Zdaniem Zamawiającego, warunku posiadania wiedzy i doświadczenia (wykonanie w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy -w tym okresie, co najmniej 2 usług polegających na skanowaniu - digitalizacji starodruków, po minimum 100 000 stron każda) nie można uznać za nadmierny i nieproporcjonalny.

Zamawiający zdecydował o postawieniu wymogu wykonania dwóch usług skanowania - digitalizacji starodruków ze względu na wartość historyczną i majątkową zbioru, jak również jego stan zachowania uznając, że wykonanie dwóch usług stanowi gwarancję, że potencjalny Wykonawca nabył odpowiednią wiedzę i doświadczenie przy skanowaniu i obchodzeniu się z drogocennymi egzemplarzami zbioru. Podkreślił, że *doświadczenie z zasady zdobywa się przez realizację czynności w oznaczonym zakresie - żądanie zatem wykonania dwóch usług digitalizacji starodruków jest wyznacznikiem posiadania w odpowiednim zakresie doświadczenia, co odróżnia „doświadczenie” od incydentalnie podjętej czynności, którą zdarzyło się komuś wykonać. Samo żądanie wykonania dwóch usług we wskazanym zakresie nie stanowi naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i nie może zostać uznane za nadmierne czy nieproporcjonalne (wyrok KIO z dnia 7 marca 2011 r., sygn. akt KIO 353/11).*

Wskazał wyrok, w którym stwierdzono, że *Celem stawiania warunków udziału w postępowaniu jest wskazanie minimalnej granicy, poniżej której zamawiający może odczuwać, że wykonawca nie będzie w stanie wykonać zamówienia w sposób pożądaný przez zamawiającego (KIO z dnia 3 lutego 2012 r., sygn. akt KIO 119/12).*

Zamawiający przyznał, że gazety (szczególnie te oprawione XIX wieczne) są bardzo trudne w digitalizacji, niemniej są to rzeczy powszechne, a nie jednostkowe egzemplarze jak w przypadku niektórych obiektów ŻIH.

Zamawiający zgodził się również z twierdzeniem Odwołującego, że skaner nie

rozdzielnia, czy skanuje starodruki czy np. gazety z XIX wieku. Podkreślił jednakże, że takiego rozdzielnia moze dokonać sam Zamawiający stawiając wymagania, które w jego ocenie, zapewnią bezpieczeństwo skanowanym obiektom, a jednocześnie przez wykonanie wysokiej jakości skanów, uchronią je przed koniecznością wykonania kolejnego procesu skanowania.

V. Odwołujący wskazał (str. 6 odwołania), że zgodnie z zaleceniami Katalogu Dobrych Praktyk Digitalizacji materiałów archiwalnych zalecana rozdzielczość przy skanowaniu starodruków to 300x300 dpi. 600 dpi stosuje się przy digitalizacji zdjęć. Parametry te zostały przyjęte przez praktycznie wszystkie biblioteki i archiwa w Europie i na świecie. Większa rozdzielczość nie ma sensu dla odtworzenia oryginału i powoduje powstanie bardzo dużych plików, które następnie wielkim kosztem należy przechowywać przez praktycznie nieokreślony czas na serwerach wirtualnych, aby nie uległy zniszczeniu.

Zamawiający poinformował, że wiele z posiadanych przez ŻIH starodruków jest bogato ilustrowanych i pięknie zdobionych, co wymaga -jak sam podniósł Odwołujący-tak jak w przypadku zdjęć (a więc jednocześnie ilustracji) skanowania z rozdzielczością 600 dpi. Zamawiający podkreślił jednocześnie, że Biblioteka Narodowa, szczególnie cenne zbiory skanuje w rozdzielczości 600 dpi ze względu na możliwość - przy takiej rozdzielczości - odtworzenia dzieła w razie jego zniszczenia.

Zamawiający poinformował również, że wyłączną kwestią Zamawiającego jest przechowywanie plików (nawet bardzo dużych) na serwerach i ma świadomość konieczności zapewnienia odpowiedniego miejsca na serwerach, bez obaw związanych z przechowywaniem dużych plików.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia faktyczne i prawne Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Wykonawca A..... C....., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą A..... C..... „Mikrofilm-Center” „Digital-Center” z siedzibą w Poznaniu skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego stając się jego uczestnikiem.

W zgłoszeniu przystąpienia wniósł o: 1) odrzucenie odwołania, alternatywnie, z ostrożności procesowej, o: 2) oddalenie w całości odwołania, jako bezzasadnego, 3) utrzymanie w mocy opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, 4) przeprowadzenie dowodu z powołanych dokumentów.

W uzasadnieniu zgłoszenia przystąpienia Uczestnik postępowania podał, co następuje.

Interes prawny przystępującego przejawia się w tym, że w dniu 20 listopada 2012 r. nastąpiło otwarcie ofert w postępowaniu, a oferta przystępującego okazała się najkorzystniejsza, a tym samym w przypadku oddalenia odwołania ARCHUS Sp. z o.o. i

utrzymania w mocy opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, oferta przystępującego zostanie wybrana, jako najkorzystniejsza.

Uczestnik postępowania zaprzeczył twierdzeniom zawartym w odwołaniu. W pierwszej kolejności wskazał, że od dnia 20 listopada 2012 r. Odwołujący nie posiada interesu w uzyskaniu zamówienia oraz nie sposób stwierdzić, aby poniósł lub mógł ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy. W dniu 20 listopada 2012 r. dokonano otwarcia ofert złożonych w postępowaniu. Odwołujący również złożył ofertę, łącznie wpłynęły trzy oferty - oferta przystępującego na kwotę 110.700,00 zł brutto, oferta odwołującego na kwotę 159.900,00 zł brutto oraz oferta PUH Foto-Video Mark na kwotę 3.567.000,00 zł brutto. Oferta odwołującego jest droższa od oferty przystępującego, przekracza też swoją ceną kwotę przeznaczoną przez Zamawiającego na sfinansowanie zamówienia, wynoszącą 112.300,00 zł brutto. W związku z powyższym, Uczestnik postępowania uznał, że nawet w przypadku ewentualnego stwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy w zakresie wskazanym przez Odwołującego, nie sposób stwierdzić, aby poniósł on lub mógł ponieść szkodę w wyniku takiego naruszenia, bowiem nawet w przypadku spełnienia przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw do wykluczenia go z postępowania i odrzucenia jego oferty, oferta Odwołującego nie zostałaby wybrana. W ocenie Uczestnika postępowania odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony, niespełniający wymogów określonych w art. 179 ust. 1 ustawy, przez co powinno zostać odrzucone.

Uczestnik postępowania stwierdził, że opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu nie narusza przepisów ustawy. Zamawiający, jak słusznie wskazał w swoich wyjaśnieniach powołanych przez Odwołującego, posiada niezwykle cenny, wyjątkowy zbiór w skład, którego wchodzi również woluminy będące jedynymi zachowanymi egzemplarzami. Oczywiście jest zatem szczególna dbałość Zamawiającego o digitalizowane zbiory oraz o odpowiednie doświadczenie osób wykonujących tę usługę. Wymóg posiadania odpowiedniego doświadczenia w zakresie wskazanym przez Zamawiającego, nie sprowadza się, jak wykazuje Odwołujący, do parametrów technicznych wykorzystywanych urządzeń. Wymagania Zamawiającego sprowadzają się do zapewnienia nie tylko odpowiednich warunków technicznych, jak chociażby wykorzystania odpowiedniego sprzętu, ale również do zapewnienia osób posiadających doświadczenie i wiedzę w zakresie należytego obchodzenia się z tak cennymi zbiorami. Nie jest tak, jak twierdzi Odwołujący, że digitalizacja zbiorów Zamawiającego niczym nie różniła się w swojej specyfice od digitalizacji innych obiektów zabytkowych. Nawet jeżeli skaner nie rozróżnia starodruków od gazet z XIX wieku, to już osoba wykonująca skany posiadająca odpowiednie doświadczenie, zbiory te rozróżnia, jest w stanie ocenić ich stan, dostosować sposób obchodzenia się z nimi tak, aby zapewnić bezpieczeństwo digitalizowanych materiałów. W pełni zasadne, a wręcz konieczne dla

zapewnienia odpowiedniej ochrony digitalizowanych zbiorów jest wymaganie Zamawiającego w zakresie wykazanego doświadczenia wykonawców. Bez znaczenia w tym zakresie pozostają również powołane przez Odwołującego przykłady innych zamówień publicznych. Wskazane postępowania dotyczyły innego rodzaju zbiorów, zbiorów nowszych i mniej unikatowych. Określone w tych postępowaniach wymagania w zakresie wykazania doświadczenia wykonawców nie są uniwersalne i wiążące Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu.

Wskazał, że nie jest prawdą, jak twierdzi Odwołujący, że usługa digitalizacji obiektów zabytkowych wykonywana jest w oparciu o standardy określone w Katalogu Dobrych Praktyk Digitalizacji Materiałów Archiwalnych, dalej zwanym Katalogiem. Katalog nie wiąże Zamawiającego, ani innych podmiotów. Jest to jedynie zbiór pewnych zaleceń i ogólnych wskazań, stanowiący w istocie przejaw subiektywnej opinii autora. Podkreślił, że zawarte w Katalogu wskazania odnoszą się do wymagań minimalnych. Wskazał, że nic nie stoi na przeszkodzie, aby zamawiający określili swoje wymagania w tym zakresie na poziomie wyższym od zalecanego przez autora Katalogu. Odstępstwo od zaleceń zawartych w Katalogu nie stanowi naruszenia ustawy ani jakichkolwiek innych przepisów obowiązującego prawa.

Podniósł również, że nie jest prawdą, aby wymagania Zamawiającego w zakresie wyższej rozdzielczości skanowania sprowadzały się jedynie do powstania większych plików i związanych z tym utrudnień archiwizacyjnych. Wskazał, że wyższa rozdzielczość zapewnia Zamawiającemu o wiele większe możliwości wykorzystania zdigitalizowanych materiałów. Zapewnia lepszą jakość samych plików, a przez to pozwala na wykonanie z takich plików na przykład reprintów czy plakatów dobrej jakości. Przy niższej rozdzielczości byłoby to nieosiągalne, a efekty takich działań byłyby złej jakości, z widocznymi poszczególnymi pikselami. Wyższa rozdzielczość jest również niezbędna do przygotowania mikrofilmów ze zdigitalizowanych plików, co z kolei pozwala na lepsze zabezpieczenie i utrwalenie tak unikatowych zbiorów.

Uczestnik postępowania stwierdził, że nie sposób również uwzględnić zarzutów Odwołującego dotyczących wymagań Zamawiającego w zakresie źródła światła w wykorzystywanych skanerach. Zwrócił uwagę, że umiejscowienie górne źródła światła oraz zapewnienie odpowiedniego oddalenia tego źródła światła od skanowanych materiałów zapewnia lepszą jakość uzyskiwanych plików. Wskazał, że przede wszystkim rozwiązanie takie pozwala na uniknięcie zaciemnień w środkowej części zszytych zbiorów. Podkreślił również, że zapewnienie jak największej odległości źródła światła od skanowanych zbiorów ma na celu zapewnienie ich bezpieczeństwa. Przy tak wiekowych, zniszczonych i delikatnych, a jednocześnie unikatowych zbiorach, sprawą priorytetową jest zapewnienie bezpieczeństwa i trwałości oryginałów. Źródło światła wytwarza również ciepło, które

szkodliwie wpływa na tego typu materiały. Nawet zapewnienie tak zwanego zimnego światła nie zmienia faktu, że oprócz samego źródła światła w głowicy skanującej znajdują się również inne elementy, które podczas swojej pracy wytwarzają ciepło i powodują wzrost temperatury. W tym stanie rzeczy, wymagania Zamawiającego w tym zakresie są w pełni uzasadnione charakterem digitalizowanych zbiorów.

Niezmiernie istotne dla bezpieczeństwa digitalizowanych zbiorów jest również uniknięcie ich nadmiernego i zbędnego ucisku lub zgniatania. W tym zakresie niezbędne jest wykorzystanie automatycznych szyb dociskowych skanerów. Podniósł, że w pełni zasadne i wyczerpujące są wyjaśnienia Zamawiającego. Uznał, że zarzuty Odwołującego należy uznać za niczym nieuzasadnione, a więc bezzasadne.

Podsumowując zarzuty Odwołującego stwierdził, że sprowadzają się one do próby wymuszenia na Zamawiającym obniżenia wymaganych i w pełni zasadnych standardów. Całkowicie bezzasadnie Odwołujący próbuje dokonać tego powołując się na naruszenie przepisów ustawy. W istocie Odwołujący nie jest w stanie pogodzić się z faktem, że oferowane przez niego usługi i wykorzystywane w tym zakresie urządzenia nie spełniają wymagań Zamawiającego i nie przystają do konkurencji w zakresie jakości. Nie jest jednak tak, jak twierdzi Odwołujący, że warunki udziału w postępowaniu określone przez Zamawiającego spełniało jedynie jedno urządzenie na rynku. Wymagania techniczne spełniają chociażby urządzenia firmy Cruse czy firmy i2s. Niemniej jednak wykonawcy posiadający takie urządzenia nie przystąpili do przetargu. Nie oznacza to jednak, że naruszone zostały zasady uczciwej konkurencji. Zasad tych nie można interpretować w sposób tak szeroki jak czyni to Odwołujący. Zapewnienie zasad uczciwej konkurencji nie musi oznaczać zapewnienia potencjalnej możliwości udziału w postępowaniu wszystkim wykonawcom funkcjonującym na rynku. Pod pozorem ochrony tych zasad nie sposób narzucać zamawiającym obowiązku obniżania standardu i jakości otrzymywanych usług. Tym bardziej niedopuszczalne jest to w sytuacji, gdy wraz z obniżeniem standardów może wystąpić ryzyko zniszczenia, uszkodzenia czy utraty unikatowych zbiorów stanowiących dziedzictwo kulturowe ludzkości, czy chociażby ograniczenie możliwości ich udostępniania, zabezpieczania i utrwalania dla potrzeb przyszłych pokoleń.

W tym stanie rzeczy, Uczestnik postępowania uznał, że odwołanie ARCHUS Sp. z o.o. nie zasługuje na uwzględnienie, podniesione zarzuty są całkowicie bezzasadne. Odwołujący nie posiada interesu wymaganego do wniesienia odwołania, a tym samym odwołanie powinno zostać odrzucone, a nawet w przypadku jego rozpoznania powinno zostać oddalone w całości.

Na posiedzeniu Izby z udziałem stron, Uczestnik postępowania odwoławczego odstąpił od popierania wniosku przedstawionego w zgłoszeniu przystąpienia o odrzucenie



odwołania, jako wniesionego przez podmiot nieuprawniony, uzasadniając stanowisko tym, że formułując wniosek miał na uwadze niespełnienie przesłanki określonej w art. 179 ust. 1 ustawy dotyczącej legitymacji czynnej Odwołującego do wniesienia odwołania.

**Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.**

Postępowanie prowadzone przez Zamawiającego dotyczy udzielenia zamówienia o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 12.11.2012 r., pozycja 445920.

Odwołanie, po jego skonkretyzowaniu przez Odwołującego, dotyczy opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia przez żądanie od wykonawców wykazania doświadczenia w skanowaniu - digitalizacji starodruków i manuskryptów wykonanych do XVIII wieku (wskazany przez Odwołującego art. 22 ust. 4 ustawy) i w takim zakresie zostało rozpoznane na rozprawie, stosownie do treści przepisu art. 180 ust. 2 pkt 2 ustawy. Podniesiony w odwołaniu zarzut i uzasadnienie naruszenia przepisu art. 22 ust. 4 ustawy przez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz argumentacja dotycząca opisu przedmiotu zamówienia zamieszczonego w załączniku nr 1 do SIWZ, nie stanowiły przedmiotu rozpoznania.

Zgodnie z ogłoszeniem o zamówieniu - sekcja III.3.2) *Wiedza i doświadczenie, Opis sposobu dokonywania oceny spełniania tego warunku* oraz SIWZ - pkt 6.2.1.1 *Opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków*, Zamawiający ustalił w opisie sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia, że uzna za spełniony warunek, *jeżeli wykonawca wykaże, że posiada wiedzę i doświadczenie w zakresie realizacji usługi odpowiadającej przedmiotowi zamówienia, tj. wykonał w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej 2 usług polegających na skanowaniu - digitalizacji starodruków, po minimum 100 000 stron każda.*

W piśmie z 16 listopada 2012 r. stanowiącym wyjaśnienia treści SIWZ, Zamawiający podał, że *posiada niezwykle cenny, wyjątkowy zbiór biblioteczny, dlatego wymaga od Wykonawcy doświadczenia w digitalizacji tego typu obiektów. Zamawiający uzna za spełnienie ww. warunku przez Wykonawcę, który wykaże wiedzę i doświadczenie w zakresie*

*realizacji usługi digitalizacji starodruków i manuskryptów, których czas powstania datowany jest do XVIII wieku.*

W ostatnim dniu terminu składania ofert (20 listopada 2012 r.) złożono 3 oferty, w tym ofertę złożył również Odwołujący.

Wbrew stanowisku Zamawiającego i Uczestnika postępowania odwoławczego, w ocenie Izby, Odwołujący spełnia przesłankę z art. 179 ust. 1 ustawy - legitymacja czynna do wniesienia odwołania, mimo złożenia oferty z ceną drugą w kolejności (ranking ofert pod względem ceny), która stanowi kryterium oceny ofert o znaczeniu 90 pkt na możliwych do uzyskania 100 pkt.

Opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu (posiadanie wiedzy i doświadczenia), o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy (art. 180 ust. 2 pkt 2 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy), prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, w którym na publiczne ogłoszenie o zamówieniu oferty mogą składać wszyscy zainteresowani wykonawcy (art. 39 ustawy), uprawnia wykonawcę do wniesienia odwołania. Zatem, odwołanie może wnieść wykonawca, który obok wykazania interesu w uzyskaniu danego zamówienia, poniesienia lub możliwości poniesienia szkody majątkowej, wykaże również naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy, o ile wskazane przesłanki pozostają w związku przyczynowo-skutkowym (art. 179 ust. 1 ustawy).

Legitymacja czynna Odwołującego do wniesienia odwołania oceniana jest według stanu faktycznego istniejącego w dniu wniesienia odwołania. Okoliczności tych nie zmienia dokonanie dalszych czynności w postępowaniu - złożenie ofert i ich otwarcie.

Odwołujący wskazał w odwołaniu i potwierdził na rozprawie interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody, o ile zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy zostałby potwierdzony.

Zarzut, przedstawiony w odwołaniu i doprecyzowany w toku postępowania przed Izbą, dotyczy - nieproporcjonalnego opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w stosunku do przedmiotu zamówienia w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia (art. 22 ust. 4 oraz art. 7 ust. 1 ustawy), polegającego na kwestionowaniu wymagania wykazania się wykonaniem usług digitalizacji starodruków oraz manuskryptów, których czas powstania jest datowany do XVIII wieku, przy nie kwestionowaniu, zarówno wymogu wykonania 2 usług, jak też minimalnej ilości stron po 100 000 każda, ilości te zostały zaproponowane w opcji wskazanej przez Odwołującego (przy skanowaniu 200 000 stron starodruków 2 referencje dotyczące potwierdzenia, że skanowało się biblioteczne materiały archiwalne, po minimum 100 000 stron każda).

Określony przez ustawodawcę w sposób ogólny warunek, mający zastosowanie do wszystkich zamówień publicznych, wymaga konkretyzacji odnoszącej się do przedmiotu zamówienia, jego zakresu, wartości, stawianych wymagań, stopnia złożoności itd., przez dokonanie opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunku. Konkretyzacja, przypisana w ramach uprawnień i zobowiązań zamawiającemu, jest to opis wskazujący kryteria oceny, jakimi zamawiający będzie kierował się przy ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Opis oceny spełniania warunków, z jednej strony pozwala zamawiającemu na wyłonienie wykonawcy zdolnego do realizacji zamówienia, z drugiej zaś strony służy również wykonawcom w dokonywaniu oceny prawidłowości czynności zamawiającego związanych z oceną spełniania warunku.

Stosownie do art. 22 ust. 4 ustawy opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków powinien być związany z przedmiotem zamówienia i proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Opis „związany z przedmiotem zamówienia” powinien być dokonywany przez pryzmat celu, jakemu ma on służyć, a więc zapewnieniu wyboru wykonawcy, który daje rękojmię należytego wykonania udzielanego zamówienia. Opis nie może wykraczać poza realizację celu, a więc nie może dotyczyć badania wiedzy wykonawcy, która żaden sposób nie jest przydatna do realizacji zamówienia. Opis oceny spełniania warunku powinien być sformułowany w sposób obiektywny, podyktowany specyfiką zamówienia, jego zakresem, stopniem złożoności. Opis „proporcjonalny do przedmiotu zamówienia” powinien być adekwatny do osiągnięcia celu, a więc wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia. Dokonany przez zamawiającego opis powinien wskazywać, że wykonawcy nie spełniający kryteriów podmiotowych nie dają rękojmi możliwości realizacji zamówienia publicznego (na podstawie opinii prawnej: *Opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego* - [www.uzp.gov.pl](http://www.uzp.gov.pl)).

Weryfikacja warunku posiadania wiedzy i doświadczenia, o którym stanowi art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy, dokonywana jest na podstawie uprzednio zrealizowanych zamówień. Nabyte doświadczenie, co do zasady, wskazuje na posiadanie wiedzy niezbędnej do wykonywania zamówienia publicznego. Potwierdzeniu spełniania warunku posiadania wiedzy i doświadczenia służą z reguły odpowiednie wykazy, w tym przypadku, wykaz wykonanych usług. Stąd uzasadnienie żądania przez Zamawiającego załączenia do oferty stosownego wykazu wykonanych usług we wskazanym w SIWZ okresie wraz z potwierdzeniem należytego ich wykonania

Izba uznała, na podstawie przeprowadzonego postępowania dowodowego na rozprawie, że Zamawiający nie naruszył wskazanego przepisu art. 22 ust. 4 ustawy, jak też przepisu art. 7 ust. 1 ustawy stanowiącego, że *zamawiający przygotowuje i przeprowadza*

*postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.*

W rozpoznanej sprawie opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu jest proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Przedmiotem zamówienia jest usługa skanowania - digitalizacji starodruków, zatem wymóg wykazania doświadczenia w skanowaniu - digitalizacji starodruków oraz manuskryptów, których czas powstania jest datowany do XVIII wieku (na podstawie wyjaśnień Zamawiającego z dnia 16 listopada 2012 r.), stanowi uzasadnioną potrzebę Zamawiającego i nie stanowi naruszenia zasady podanej przez Odwołującego.

Zamawiający, w odpowiedzi na odwołanie i w wyjaśnieniach złożonych na rozprawie, wskazał na unikatowość starodruków, które będą poddane skanowaniu - digitalizacji, szczególnie ich charakter, wielką wartość w wymiarze materialnym i niematerialnym oraz oczekiwane efekty usługi. Ze złożonych na rozprawie dokumentów: umowy z dnia 15 października 2012 r. zawartej z Narodowym Instytutem Audiowizualnym o przyznaniu Zamawiającemu, jako Beneficjentowi środków finansowych Programu Kultura+ przekazywanych przez Ministra Kultury i Dziedzictwa Narodowego, wniosku o dofinansowanie zadania w ramach Programu Wieloletniego Kultura Priorytet „Digitalizacja” z 5 września 2012 r. wraz z załącznikami zawierającego opis i charakterystykę uzasadniające przeprowadzenie digitalizacji starodruków oraz oświadczenia z 26 listopada 2012 r. Stowarzyszenia Żydowskiego Instytutu Historycznego w Polsce, którego treścią jest potwierdzenie, że Zamawiający wykonuje na zlecenie stowarzyszenia skanowanie obiektów w rozdzielczości od 300 do 1200 dpi oraz, że zeskanowane materiały zostaną wykorzystane na potrzeby tworzenia Wystawy Głównej w Muzeum Historii Żydów Polskich, co determinuje konieczność pozyskania wysokiej jakości materiałów, wynika uzasadnienie oczekiwania przez Zamawiającego, że zamawiana usługa zostanie wykonana przez wykonawcę, który posiada wiedzę i doświadczenie w skanowaniu - digitalizacji nie tylko w zakresie techniki skanowania, ale w równym stopniu w postępowaniu z unikatowymi woluminami, uzyskane na podstawie usługi skanowania - digitalizacji starodruków i manuskryptów wykonanych w odpowiednim okresie.

Przekonujące, w ocenie Izby, jest wyjaśnienie Zamawiającego, że pojęcie *bibliotecznych materiałów archiwalnych* (Odwołujący wniósł w odwołaniu, by zastąpić wymóg posiadania wiedzy i doświadczenia w zakresie digitalizacji starodruków i manuskryptów, których czas powstania jest datowany do XVIII wieku, wymogiem odnoszącym się do bibliotecznych materiałów archiwalnych), jest pojęciem szerszym w stosunku do opisu zawartego w SIWZ wraz z wyjaśnieniami, tj. starodruków i manuskryptów. Wobec braku definicji pojęcia bibliotecznych materiałów archiwalnych (pojęcie nienormatywne), należy

uznać, że pod tym pojęciem mogą kryć się różne materiały piśmiennicze, natomiast w interesie Zamawiającego jest powierzenie wykonania usługi wykonawcy posiadającemu skonkretyzowane umiejętności w skanowaniu - digitalizacji starodruków, jak i manuskryptów.

Zamawiający potwierdzając stanowisko Odwołującego, że skanowanie gazet z XIX wieku jest trudne, w sposób przekonujący wskazał, że gazety ze wskazanego okresu popularne w owym czasie, znajdują się w posiadaniu wielu podmiotów, natomiast starodruki będące w posiadaniu Zamawiającego, bogato ilustrowane egzemplarze są pojedyncze w skali światowej.

W ocenie Izby, Zamawiający wykazał uzasadnione potrzeby opisanie sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia, przez wymaganie wiedzy i doświadczenia w *realizacji usługi odpowiadającej przedmiotowi zamówienia, tj. w wykonaniu w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej 2 usług polegających na skanowaniu - digitalizacji starodruków, po minimum 100 000 stron każda oraz manuskryptów, których czas powstania datowany jest do XVIII wieku*, w sytuacji, gdy przedmiotem zamówienia jest sługa skanowania - digitalizacji starodruków, z terminem wykonania zamówienia od 8 do 12 miesięcy od dnia podpisania umowy.

Przy braku wykazania przez Odwołującego nieproporcjonalności opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunku do przedmiotu zamówienia, Izba nie uznała zarzutu przedstawionego w odwołaniu - naruszenie art. 22 ust. 4 ustawy - za udowodniony. Wobec opisanie wymagania w sposób jednakowy dla wszystkich wykonawców, w ocenie Izby, nie wykazano też naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 ustawy.

Mając na uwadze powyższe, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy, stosownie do jego wyniku, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), zaliczając do kosztów wpis od odwołania w kwocie 7 500 zł wniesiony przez Odwołującego oraz zasądzając na rzecz Zamawiającego wynagrodzenie pełnomocnika w kwocie 3 600 zł, na podstawie rachunku przedłożonego do akt sprawy (§ 3 pkt 1 i 2 lit. b rozporządzenia).

**Przewodniczący: .....**