

Sygn. akt: KIO 1568/17

WYROK

z dnia 11 sierpnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 sierpnia 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 lipca 2017 r. przez wykonawcę **G.M. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą ASTRO Computer G.M., ul. Jagiellońska 34, 70-382 Szczecin** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Uniwersytet Jagielloński, ul. Gołębia 24, 31-007 Kraków**

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **G.M. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą ASTRO Computer G.M., ul. Jagiellońska 34, 70-382 Szczecin** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **G.M. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą ASTRO Computer G.M., ul. Jagiellońska 34, 70-382 Szczecin** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Krakowie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Uniwersytet Jagielloński (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Patrimonium - digitalizacja i udostępnienie polskiego dziedzictwa narodowego ze zbiorów Biblioteki Narodowej oraz Biblioteki Jagiellońskiej”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2015 poz. 2164 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 22 kwietnia 2017 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod pozycją 2017/S 079-152099.

W dniu 28 lipca 2017 r. wykonawca G.M. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą ASTRO Computer G.M. (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od niezgodnych z prawem czynności zamawiającego polegających na:

1. zaniechaniu wezwania Odwołującego do uzupełnienia próbki.
2. zaniechaniu wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących próbki.
3. zaniechaniu wezwania Odwołującego do wyjaśnienia treści oferty.
4. zaniechaniu poprawienia oczywistej omyłki polegającej na niezgodności treści oferty (wyrażonej właściwościami próbki) z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”) nie powodującej istotnej zmiany oferty (wyrażonej właściwościami próbki).
5. zaniechaniu wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.
6. odrzuceniu oferty Odwołującego jako niezgodnej z treścią SIWZ.
7. unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia wobec niezłożenia oferty niepodlegającej odrzuceniu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób naruszający uczciwą konkurencję oraz poprzez nierówne traktowanie

wykonawców, jak również poprzez naruszenie zasad proporcjonalności i przejrzystości, a co za tym idzie, poprzez bezpodstawne zaniechanie wyboru oferty Odwołującego w zakresie części nr 1, 2, 3, 4 i 5 przedmiotu zamówienia oraz bezpodstawne unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia w zakresie części nr 1, 2, 3, 4 i 5 przedmiotu zamówienia,

2. art. 25 ust. 1 pkt 2) w zw. art. 25 ust. 2 ustawy Pzp poprzez uznanie, że próbka stanowi integralną część treści oferty (rozumianej *sensu stricte*), mimo, że próbka jest przedkładana przez Odwołującego wraz z ofertą na potwierdzenie spełniania przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego,

3. art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia próbki, mimo, że próbka przedłożona przez Odwołującego podlegała uzupełnieniu,

4. art. 26 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do wyjaśnienia właściwości przedłożonej próbki, mimo że Zamawiający powziął wątpliwości co do właściwości próbki przedłożonej przez Odwołującego,

5. art. 38 ust. 4 ustawy Pzp poprzez niedozwoloną, faktyczną modyfikację treści SIWZ po upływie terminu składania ofert w zakresie doprecyzowania brzmienia SIWZ i wskazanie celu, dla którego Zamawiający wymagał przedłożenia próbki,

6. § 13 ust. 1 pkt 1) rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia,

7. art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego w zakresie części nr 1, 2, 3, 4 i 5 przedmiotu zamówienia, mimo braku podstaw do stwierdzenia niezgodności treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ,

8. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego w zakresie części nr 1, 2, 3, 4 i 5 przedmiotu zamówienia, jako najkorzystniejszej, mimo, że oferta Odwołującego jest zgodna z treścią SIWZ,

9. art. 92 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp poprzez zaniechanie opisanie w sposób wyczerpujący przyczyn odrzucenia oferty Odwołującego w zakresie części nr 1, 2, 3, 4 i 5 przedmiotu zamówienia,

10. art. 93 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp poprzez unieważnienie postępowania o udzielenie

zamówienia wobec nie złożenia oferty niepodlegającej odrzuceniu, mimo że oferta Odwołującego w zakresie części nr 1, 2, 3, 4 i 5 przedmiotu zamówienia nie podlegała odrzuceniu,

względnie Zamawiający dopuścił się naruszenia:

11. art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących przedłożonej próbki - na wypadek uznania, że przedłożona próbka stanowi integralną część treści oferty Odwołującego,

12. art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp poprzez zaniechanie poprawienia próbki przedłożonej przez Odwołującego w zakresie oczywistej omyłki polegającej na niezgodności treści oferty (wyrażonej właściwościami próbki) z treścią SIWZ nie powodującej istotnej zmiany oferty (wyrażonej właściwościami próbki) - na wypadek uznania, że przedłożona próbka stanowi integralną część treści oferty Odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał na następujące okoliczności:

1. Zaniechanie wezwania Odwołującego do wyjaśnienia i/lub uzupełnienia próbki.

Odwołujący nie zgodził się z twierdzeniami Zamawiającego zawartymi w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego w częściach 1, 2, 3, 4, 5 postępowania oraz unieważnieniu postępowania w ww. częściach, ponieważ, zdaniem Odwołującego, w analizowanym stanie faktycznym doszło do błędu formalnego próbek przedłożonych przez Odwołującego, a nie błędu merytorycznego, z którego wynikałaby niezgodność oferowanej dostawy z parametrami opisanymi w SIWZ. Odwołujący zauważył, że takie stanowisko potwierdził Zamawiający w treści rozstrzygnięcia (str. 2) wskazując, że: „Próbki dostarczone przez Wykonawcę: Astro Computer G.M., ul. Jagiellońska 34, 70-382 Szczecin, złożone jako element oferty dla części 1-5 w ww. postępowaniu nie spełniają wymogów formalnych dot. przygotowania próbek, określonych przez Zamawiającego w załącznikach B i D do SIWZ.”. Jak zatem wynika z powyższego, w opinii Odwołującego, Zamawiający potwierdził, że przedłożone przez Odwołującego próbki spełniają przesłanki do ich uzupełnienia, zgodnie z warunkami opisanymi w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Zamawiający wskazał bowiem, że przedłożone próbki posiadały odmienne wymiary (tj. 835,7mm na 599,1mm) względem wymaganych w treści SIWZ (tj. 841 mm na 594 mm). Odwołujący wskazał, że z treści SIWZ należy wnioskować, że okolicznością warunkującą przystąpienie przez Zamawiającego do merytorycznego badania próbek było przedłożenie próbek

o wymaganych wymiarach - tj. w formacie A1. W związku z powyższym, zdaniem Odwołującego, Zamawiający nie mógł przystąpić do oceny próbek Odwołującego, które zostały złożone w formacie odbiegającym, aczkolwiek w bardzo niewielkim i drobnym zakresie, od formatu A1, albowiem przedmiotem badania próbek nie miał być ich format. Natomiast przedmiotem badania próbek było ustalenie czy próbki charakteryzują się rozdzielczością przestrzenną wymaganą przez Zamawiającego i jednocześnie deklarowaną przez Odwołującego w treści oferty.

Ponadto, jak stwierdził Odwołujący, wobec stwierdzonego przez Zamawiającego nie spełniania przez przedłożone próbki wymagań formalnych, Zamawiający mógł wezwać Odwołującego do złożenia wyjaśnień w tym zakresie na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, a w szczególności, wezwanie do złożenia tychże wyjaśnień mogło poprzedzić późniejsze wezwanie Odwołującego do uzupełnienia próbek, co było w pełni uzasadnione i dopuszczalne w świetle przepisów ustawy Pzp. Jednocześnie, jak zauważył Odwołujący, w ramach tychże wyjaśnień Odwołujący miałby możliwości przedstawienia przyczyn dotyczących niezachowania przez przedłożone próbki wymaganego formatu A1. Tymczasem, w ocenie Odwołującego, zachowanie Zamawiającego prowadzi do nieakceptowalnych na gruncie ustawy Pzp skutków, albowiem przedstawiona przez Zamawiającego w treści rozstrzygnięcia interpretacja postanowień SIWZ powoduje wyłączenie stosowania przepisów ustawy Pzp, a w szczególności wyłączenie możliwości stosowania art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, co w świetle ustawy jest niedopuszczalne. Ustawa Pzp nie daje bowiem Zamawiającemu uprawnienia ani kompetencji do formułowania treści SIWZ w sposób niezgodny z treścią ustawy, a w szczególności w sposób sprzeczny z ustawą Pzp, a w tym w sposób sprzeczny z postanowieniami art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp oraz art. 25 ustawy Pzp.

Niezależnie od powyższego, jak zauważył Odwołujący, Zamawiający wbrew własnemu stwierdzeniu o nie spełnianiu przez próbki wymagań formalnych, faktycznie przeprowadził ich badanie (co wynika z treści rozstrzygnięcia - str. 2) i na podstawie tychże badań stwierdził, że przedłożone przez Odwołującego próbki nie potwierdzają, że oferowany przez Odwołującego przedmiot zamówienia odpowiada minimalnym wymaganiom zawartym w treści SIWZ.

Odwołujący stwierdził, że zachowanie Zamawiającego wynikające z treści rozstrzygnięcia stanowi też naruszenie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp.

Zamawiający, w przypadku niespełnienia przez przedłożone próbki wymagań formalnych, nie mógł bowiem odrzucić oferty Odwołującego jako niezgodnej z treścią SIWZ, z uwagi na fakt, że o ewentualnej niezgodności treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ mogłyby decydować wyłącznie wyniki badań prawidłowo przedłożonych próbek (tj. próbek zachowujących format A1) - czyli sytuacja, w której rezultat tychże badań nie wykazałby posiadania przez oferowany produkt (reprezentowany przez próbki) minimalnych parametrów rozdzielczości określonych w SIWZ.

Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający, dla uzasadnienia swojego wniosku o niespełnieniu przez oferowany przedmiot zamówienia minimalnych wymagań opisanych w SIWZ, użył następującego zwrotu „w szczególności w odniesieniu do wymaganego obszaru skanowania” (str. 2 rozstrzygnięcia), co oznacza, że zaistniały jeszcze inne przyczyny, które w ocenie Zamawiającego stanowiły podstawę do ww. twierdzeń, ale których Zamawiający nie opisał w treści rozstrzygnięcia. Tym samym, Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp poprzez zaniechanie opisanie w sposób wyczerpujący przyczyn odrzucenia oferty Odwołującego.

2. Dopuszczalność dwojakiego charakteru próbki.

Odwołujący podniósł, że uzasadnione wątpliwości budzi fakt, czy w świetle interpretacji treści SIWZ, przedstawionej przez Zamawiającego dopiero w treści rozstrzygnięcia, dopuszczalnym było nadanie próbce dwojakiego charakteru (tj. próbki jako dowodu potwierdzającego zgodność oferowanej dostawy z minimalnymi wymaganiami określonymi w SIWZ oraz jednocześnie próbki jako elementu służącego dokonaniu oceny oferty w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert), a co za tym idzie, czy na tej podstawie Zamawiający mógł wyciągać negatywne konsekwencje wobec Odwołującego w postaci zaniechania wezwania Odwołującego do uzupełnienia próbki (tj. na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp), względnie zaniechania wezwania Odwołującego do wyjaśnienia próbki (tj. na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp), a następnie odrzucenia oferty Odwołującego jako niezgodnej z treścią SIWZ i w konsekwencji unieważnienia przedmiotowego postępowania.

Odwołujący przywołał orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej, w tym m.in. wyrok z dnia 9 lipca 2013 r. (sygn. akt KIO 1496/13): „W doktrynie i orzecznictwie wyrażane są poglądy, że próbka kwalifikowana może być albo jako dokument potwierdzający spełnianie

przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań zamawiającego (dokument przedmiotowy) albo jako treść oferty. Z jednej strony § 5 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia z dnia 30 grudnia 2009 r. oraz § 6 ust. 1 pkt 1 obowiązującego obecnie rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r. poz. 231), uznają próbkę za dokument potwierdzający spełnianie wymagań zamawiającego, o którym mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp. Z drugiej strony w wielu postępowaniach jedynie na podstawie próbki można dokonać badania i oceny złożonej oferty. Ta dychotomia zaistniała również w postanowieniu pkt 5.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W poz. 15 tabeli zamawiający uznał próbkę za dokument, w rozumieniu przepisów rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów i jednocześnie jasno wskazał, że próbka będzie podstawą do oceny oferty. Tym samym omawiane postanowienie specyfikacji nakazuje traktować próbkę systemowo jednocześnie jako dokument, o którym mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp i ofertę sensu stricto. Sytuacja taka jest niedopuszczalna na gruncie przepisów ustawy, nie tylko z uwagi na brzmienie art. 44 Pzp, ale również dlatego, że prowadzi do konsekwencji prawnych, które wykluczają się wzajemnie. W odniesieniu do dokumentu, o którym mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp, winien być zastosowany tryb wskazany w art. 26 ust. 3 Pzp, natomiast braki w ofercie prowadzić mogą do odrzucenia oferty albo do dokonania jej poprawienia w razie zaistnienia przesłanek wskazanych w art. 87 ust. 2 Pzp. (...) W tym stanie sprawy Izba - dzieląc ugruntowany w doktrynie i orzecznictwie pogląd, że błędy popełnione przez zamawiającego przy formułowaniu treści specyfikacji nie mogą rodzić negatywnych konsekwencji dla wykonawców - uznała, że kluczowe znaczenie ma interpretacja art. 26 ust. 3 Pzp. Zgodnie z treścią przywołanego przepisu złożenie dokumentu zawierającego błąd powoduje konieczność wezwania do uzupełnienia - tj. złożenie nowego dokumentu.”.

W związku z powyższym oraz z uwagi na treść rozstrzygnięcia Odwołujący uznał, że Zamawiający dopuścił się naruszenia co najmniej art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia próbek, które w ocenie Zamawiającego nie spełniały wymagań formalnych.

3. Niedozwolona zmiana treści SIWZ.

Odwołujący podał, że zgodnie z pkt 11) ppkt 4.5 SIWZ próbki dla odpowiednio części nr: 1, 2, 3, 4, 5, (w zależności na jaką część wykonawca będzie składał ofertę) należy złożyć

w oparciu o zapisy załącznika B do SIWZ („Sposób wykonania i przeprowadzenia oceny próbek skanowania w trakcie odbioru technicznego i technologicznego”) oraz na podstawie szablonu stanowiącego załącznik D do SIWZ. Dodatkowo Zamawiający wymagał złożenia oświadczenia określonego w treści załącznika C do SIWZ (Arkusze testowy do kontroli parametru „Rozdzielczość przestrzenna skanera”). Ponadto, w myśl pkt 1) Załącznika B do SIWZ, próbki złożone wraz z ofertą wykonawcy służyć miały potwierdzeniu, że oferowany przedmiot zamówienia odpowiada minimalnym wymaganiom określonym przez Zamawiającego oraz ocenie oferty w ramach kryteriów oceny ofert, a mianowicie kryterium pn.: „Rozdzielczość przestrzenna zestawu do digitalizacji”.

Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający w treści rozstrzygnięcia wskazał, że przedłożona przez Odwołującego próbka nie potwierdza spełnienia minimalnych wymagań Zamawiającego opisanych w treści SIWZ. W dalszej kolejności Zamawiający, w treści rozstrzygnięcia, odwołał się do brzmienia pkt 1) Załącznika B do SIWZ, z którego wynika, iż próbki złożone wraz z ofertą wykonawcy służyć będą potwierdzeniu, że oferowany przedmiot zamówienia odpowiada minimalnym wymaganiom określonym przez zamawiającego oraz ocenie oferty w ramach kryteriów oceny ofert, a mianowicie kryterium: „Rozdzielczość przestrzenna zestawu do digitalizacji”. Na tej podstawie Zamawiający wywiódł i wskazał, że celem Zamawiającego, wynikającym z brzmienia pkt 1) Załącznika B do SIWZ, było potraktowanie próbki (próbek) jako elementu służącego uzyskaniu większej liczby punktów w dodatkowym kryterium pozacenowym, jak również jako dokumentu potwierdzającego spełnienie przez oferowane dostawy ściśle opisanych i zgodnych z oczekiwaniami Zamawiającego wymagań.

W ocenie Odwołującego, powyższa argumentacja Zamawiającego, przedstawiona w rozstrzygnięciu, stanowi w istocie niedozwolone przepisami ustawy Pzp doprecyzowanie treści SIWZ po upływie terminu składania ofert. Z literalnego brzmienia treści SIWZ, jak również z treści zawartej w drugim akapicie uzasadnienia rozstrzygnięcia (1 i 2 strona Rozstrzygnięcia) wynika bowiem, że w pierwszej kolejności Zamawiający wymagał przedłożenia próbki na potwierdzenie spełnienia przez oferowany produkt (dostawę) minimalnych wymagań Zamawiającego opisanych w treści SIWZ, co jest zgodne z dyspozycją art. 25 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp, a co za tym idzie, celem próbki było wykazanie zgodności oferowanego przez Odwołującego produktu z minimalnymi wymaganiami Zamawiającego co do parametrów, jakimi miał się charakteryzować tenże produkt.

Natomiast dopiero w dalszej kolejności, tj. po stwierdzeniu zgodności próbki z minimalnymi wymaganiami określonymi w treści SIWZ, Zamawiający mógł przystąpić do oceny próbki z zastosowaniem wskazanego, pozacenowego kryterium oceny ofert. Z powyższego wynika zatem, w ocenie Odwołującego, że:

- 1) Podstawowym i zasadniczym celem próbki było potwierdzenie zgodności oferowanego przez Odwołującego produktu z minimalnymi wymaganiami Zamawiającego.
- 2) Próbka nie była przedkładana wyłącznie w celu przyznania większej (dodatkowej) liczby punktów w ramach oceny oferty z zastosowaniem pozacenowego kryterium oceny ofert pn.: „Rozdzielczość przestrzenna zestawu do digitalizacji”.

Tymczasem, jak zauważył Odwołujący, Zamawiający w dalszej części treści uzasadnienia rozstrzygnięcia, m.in. poprzez odwrócenie kolejności celów, dla których żądał przedłożenia próbek, tj. poprzez wskazanie w pierwszej kolejności, że próbka miała być traktowana jako element służący uzyskaniu większej liczby punktów w dodatkowym kryterium pozacenowym, a następnie poprzez wskazanie, że próbka miała stanowić dokument potwierdzający spełnienie przez oferowane dostawy oczekiwań Zamawiającego, próbuje w sposób nieuprawniony wskazać, że w istocie wyłącznym celem przedłożenia próbek była konieczność oceny próbek w ramach dodatkowego, pozacenowego kryterium oceny oferty.

Odwołujący stwierdził, pod warunkiem, że dopuszczalnym w świetle ustawy Pzp okazałoby się nadanie próbce, w ramach przedmiotowego postępowania dwojakiego charakteru (tj. próbka jako dowód potwierdzający zgodność oferowanej dostawy z minimalnymi wymaganiami określonymi w SIWZ oraz jednocześnie próbka jako element służący dokonaniu oceny oferty w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert), że wówczas prawidłowe postępowania Zamawiającego winno być polegać na przeprowadzeniu czynności z zachowaniem następującej ich kolejności, mianowicie:

- 1) Najpierw Zamawiający winien był doprowadzić do sytuacji, w której Zamawiający dysponowałby próbkami Odwołującego spełniającymi wymagania formalne, co Zamawiający winien był osiągnąć w szczególności poprzez skorzystanie z instytucji wezwania Odwołującego do uzupełnienia próbek poprzez przedłożenie próbek zachowujących format A1.
- 2) Następnie Zamawiający mógłby przystąpić do czynności badania próbek w zakresie potwierdzenia zgodności oferowanego przez Odwołującego przedmiotu zamówienia

z minimalnymi wymaganiami określonymi w SIWZ (a więc w zgodzie z dyspozycją art. 25 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp).

3) Natomiast w ostatnim kroku, w przypadku potwierdzenia spełnienia przez oferowany przedmiot zamówienia minimalnych wymagań Zamawiającego, dopuszczalne było przystąpienie do czynności oceny wyników badań próbek w celu ustalenia poziomu rozdzielczości urządzenia oferowanego przez Odwołującego, a co za tym idzie przyznania określonej ilości punktów w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert pn.: „Rozdzielczość przestrzenna zestawu do digitalizacji”.

4. Możliwość nieprzyznania punktów w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert - „Rozdzielczość przestrzenna zestawu do digitalizacji”

Jedynie z ostrożności procesowej i nie wycofując ani nie ograniczając zarzutów i twierdzeń sformułowanych w odwołaniu Odwołujący wskazał, że analizy wymaga również dopuszczenie przez Zamawiającego rozwiązania polegającego na ewentualnym odstąpieniu od zastosowania pozacenowego kryterium pn.: „Rozdzielczość przestrzenna zestawu do digitalizacji”, w przypadku dwójakiego charakteru próbki w przedmiotowym postępowaniu w sytuacji, gdy koniecznym stało się wezwanie Odwołującego do uzupełnienia próbek na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Jako dopuszczalne rozwiązanie Odwołujący przyjął odstąpienie przez Zamawiającego od oceny próbki w ramach pozacenowego kryterium pn.: „Rozdzielczość przestrzenna zestawu do digitalizacji”, a uzupełnionej przez Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Gdyby bowiem uzupełniona w ten sposób próbka potwierdziła spełnienie przez oferowane dostawy minimalnych wymagań Zamawiającego określonych w treści SIWZ, wówczas Zamawiający byłby uprawniony do odstąpienia od oceny tejże uzupełnionej próbki z wykorzystaniem pozacenowego kryterium pn.: „Rozdzielczość przestrzenna zestawu do digitalizacji”, albowiem próbka, w ramach swojego dwójakiego charakteru wynikającego z SIWZ, stanowiła też treść oferty *sensu stricte*. W związku z powyższym, uzupełnienie próbek (dopuszczalne na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp) prowadziłoby równocześnie do zmiany treści oferty po upływie terminu składania ofert (niedopuszczalnej w świetle art. 38 ust. 4 ustawy Pzp). Tym samym, Zamawiający mógłby dokonać pierwszej czynności - tj. wezwać Odwołującego do uzupełnienia próbek, a następnie, wobec potwierdzenia zgodności oferowanych dostaw z minimalnymi wymaganiami w treści SIWZ, odstąpić od oceny oferty w ramach pozacenowego kryterium pn.: „Rozdzielczość przestrzenna zestawu do digitalizacji”.

Jednocześnie Odwołujący konsekwentnie podtrzymał swoje stanowisko o dopuszczalności uzupełnienia przedłożonych próbek na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, a ponadto Odwołujący podtrzymał swoje stanowisko co do tego, że w ramach przedmiotowego postępowania omawiane próbki należy traktować jako odpowiednik dokumentów przedkładanych wraz ofertą (tj. zgodnie z art. 25 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp oraz art. 25 ust. 2 ustawy Pzp w związku z § 13 ust. 1 pkt 1) rozporządzenia, a nie jako integralną część treści oferty.

4. Ewentualna dopuszczalność uznania próbek jako integralną część treści oferty.

Jedynie z ostrożności procesowej i nie wycofując ani nie ograniczając zarzutów i twierdzeń sformułowanych w odwołaniu Odwołujący wyjaśnił, że nawet gdyby uznać, że przedłożone przez Odwołującego próbki stanowią integralną część treści oferty Odwołującego, wówczas Zamawiający, wobec wątpliwości dotyczących badania tychże próbek przedstawionych w treści rozstrzygnięcia, a wynikających z niezachowania przez te próbki wymaganego formatu A1, winien był zwrócić się do Odwołującego z wnioskiem o udzielenie wyjaśnień (w trybie przewidzianym w art. 87 ust. 1 ustawy Pzp). Niezależnie od powyższego, w związku z treścią rozstrzygnięcia, Zamawiający winien był również uwzględnić konieczność skorzystania z dyspozycji art. 87 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp w ramach przedmiotowego postępowania w świetle całości dokumentacji ofertowej złożonej przez Odwołującego w przedmiotowym postępowaniu.

Niezależnie od powyższego, Odwołujący wskazał, że badanie wzorników rozdzielczości przestrzennej pozwala na bardzo precyzyjne określenie jakości urządzenia skanującego. Im wyższy wynik, tym bardziej ostry jest obraz, więcej szczegółów jest w stanie „zobaczyć” i zapisać skaner. Do badania rozdzielczości przestrzennej używa się najczęściej wzornik QA-62 inaczej nazywany wzornikiem przekoszonej krawędzi. Przedstawia on pokazane w różnej formie krawędzie ustawione pod kątem 5°. Odwołujący wyjaśnił, że wzornik przekoszonej krawędzi występuje w zależności od producenta w różnych formatach i na różnych nośnikach, jako element pojedynczy bądź nadrukowany na specjalnych kartach (często o formacie stołu skanera) wraz z innymi wzornikami. Jednostką tego badania jest para linii na milimetr (lp/mm). Badanie to pozwala również określić, jaka jest realna rozdzielczość optyczna skanera w odróżnieniu od tej, którą deklaruje producent.

Jak zauważył Odwołujący, w ramach pierwotnej treści SIWZ Zamawiający nie

wymagał od wykonawców złożenia żadnych próbek. Oczekiwał jedynie deklaracji wykonawcy lub producenta, iż zaoferowany w postępowaniu skaner osiąga rozdzielczość przestrzenną na poziomie minimum 10 lp/mm przy rozdzielczości 600ppi x 600ppi. Następnie Zamawiający dokonał modyfikacji treści SIWZ i zażądał przedłożenia przez wykonawców próbek na zasadach szczegółowo opisanych w treści SIWZ. Wysoki odczyt rozdzielczości przestrzennej, wymagany przez Zamawiającego, ma szczególne znaczenie w przypadku skanowania cennych zbiorów, materiałów rękopiśmienniczych (zwłaszcza o słabszej kondycji fizycznej i słabo widocznym tekście), zapisków dorsalnych itp. Z uwagi na posiadanie takich właśnie zbiorów przez Zamawiającego (Biblioteka Jagiellońska), Zamawiający w wyniku dokonanej modyfikacji SIWZ postanowił te wymagania rozbudować i dodatkowo poprosić wykonawców o złożenie próbek celem weryfikacji składanych przez wykonawców deklaracji. Nie ma wątpliwości, jak stwierdził Odwołujący, że treść procedury badania próbek została zaczerpnięta z równoległe toczącego się postępowania w Bibliotece Narodowej w Warszawie. Wraz z Biblioteką Jagiellońską instytucje te są beneficjentami programu Patrimonium. Specyfikacja Biblioteki Narodowej została tylko nieznacznie zmodyfikowana, Zamawiający (Uniwersytet Jagielloński) nie wymagał bowiem badania wzornika odwzorowania kolorów. Pozostałe zapisy są bardzo zbliżone.

Odwołujący podniósł, że należy zastanowić się, w jakim celu Zamawiający zażądał złożenia próbek i co ich badanie miało potwierdzać. Bezspornym jest, zdaniem Odwołującego, że celem tego badania miało być potwierdzenie osiągnięcia założonego poziomu rozdzielczości przestrzennej. W ocenie Odwołującego, w żadnym razie próbki te nie miały dowodzić zdolności skanera do zapisania skanu o formacie A1, tj. 841mmx594mm. Oferowany przez Odwołującego skaner pozwala bowiem na zeskanowanie dużo większego obszaru, bo aż 1100mmx618mm. Jak wyjaśnił Odwołujący, maksymalna powierzchnia skanowania jest inna w przypadku konstrukcji różnych wykonawców. Dlatego Zamawiający chcąc zapewne w jakiejś mierze ujednoczyć otrzymane próbki, podał rozmiar A1 jako referencyjny dla rozmieszczenia próbek do badania. Odwołujący podał, że precyzyjne dobranie zarówno obmiaru zewnętrznego skanu, jak i ułożenia próbek przy tak dużej powierzchni skanowania nie jest proste. Licząc się z tym Zamawiający zezwolił na niedokładność opisując, że dopuszcza tolerancję 5 milimetrów przy wymaganych 20 milimetrach odstępu od krawędzi zewnętrznej skanu. Odwołujący zwrócił uwagę, że jest to aż 25% wymaganego rozmiaru. Niestety, jak stwierdził Odwołujący, zapomniano

najwyraźniej o dodaniu jakiejkolwiek tolerancji dla znacznie większych wymiarów, jakimi były krawędzie zewnętrzne (841mm i 594mm). W opinii Odwołującego, jest to ewidentne niedopatrzenie. Trzeba bowiem pamiętać, jak zauważył Odwołujący, że skan składa się z obiektów elementarnych, tak zwanych pikseli. Obiekty te nie mają wymiaru 1x1 milimetr, a tylko wtedy można by z nich złożyć próbkę o dokładnie wskazanych przez Zamawiającego wymiarach. Powielanie ilości niewymiarowych pikseli zawsze na końcu spowoduje rozmiar skanu inny niż wymagany. Wynika z tego jednoznacznie, że nadmierny formalizm i literalne trzymanie się wytycznych SIWZ powodowałoby każdorazowo niezgodność w kwestii rozmiarów zewnętrznych próbek.

Odwołujący nie zgodził się z wynikami podanymi przez Zamawiającego w tabeli z pomiarami odległości ułożenia wzorców od krawędzi zewnętrznych próbki zamieszczonej w treści uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego. Odwołujący podniósł, że Zamawiający użył nieprawidłowej metody pomiaru próbek. Za punkt odniesienia posłużyły mu bowiem fizyczne krawędzie kartonika, na którym nadrukowany był wzorzec. Takie błędne podejście wygenerowało, jak wskazał Odwołujący, kolejny problem, jak pomierzyć bok nr 4. Kształt kartonika użytego w badaniu wzorca był bowiem prostokątny, a na dłuższym boku nadrukowane są logo i dane producenta. Przyjmując logikę Zamawiającego pomiaru do fizycznych krawędzi kartonika należałoby konsekwentnie dokonać w taki sposób pomiaru i tego 4 boku, ale byłoby to rażąco nieprawidłowe. Dlatego Zamawiający arbitralnie wygenerował sobie 4, wirtualną krawędź. Odwołujący stwierdził, że nie jest znana metoda, na podstawie której Zamawiający przyjął położenie tej krawędzi w stosunku do wzornika. Bezsprzeczne jest natomiast, w ocenie Odwołującego, że przyjęta metoda jest błędna, a Zamawiający sam sobie zaprzeczył nie będąc konsekwentnym w swoim badaniu.

Odwołujący wskazał, że wzorce rozdzielczości przestrzennej mierzy się w zupełnie inny sposób. Ograniczenie ich powierzchni stanowi nie kartonik, na którym są nadrukowane, bo ten może mieć różne wymiary powodując kompletny chaos w procedurze Zamawiającego. Wzorzec ograniczony jest specjalnymi krzyżykami, które są naniesione właśnie w celu dokonywania prawidłowego pomiaru. Elementy te są wykorzystywane do pomiarów również przez oprogramowanie badające wzorniki, np. Imcheck. Funkcjonalność krzyżyków, jako ograniczenia wzornika do jego badania znajduje również potwierdzenie, jak zaznaczył Odwołujący, w dokumentacji postępowania w Bibliotece Narodowej, której procedura badania rozdzielczości została przeniesiona.

Odwołujący podał, że w ramach wymagań opisanych w treści SIWZ czytamy: „w trakcie skanowania, w co najmniej jednym z miejsc odpowiadających oznaczonym na odpowiedniej ilustracji, o której mowa w podpunkcie 1), numerami od 1 do 5, musi być umieszczony wzornik pomiaru rozdzielczości QA-62 z dokładnością do 0,5 centymetra”. W postępowaniu prowadzonym przez Bibliotekę Narodową (Załącznik nr 15 do SIWZ) znajduje się natomiast następujący zapis: „w trakcie skanowania, w co najmniej jednym z miejsc odpowiadających oznaczonym na odpowiedniej ilustracji, o której mowa w podpunkcie 1), numerami od 1 do 5, musi być umieszczony wzornik pomiaru rozdzielczości (QA-62 lub SE1) z dokładnością do 0,5 centymetra; na ilustracji przedstawiono część wzornika QA-62 ograniczoną znajdującymi się na nim krzyżykami;” Odwołujący nie ma wiedzy, z jakiego powodu w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego w treści SIWZ nie użyto analogicznie tego ostatniego zdania. Pewnym jest natomiast, jak stwierdził Odwołujący, że Biblioteka Narodowa jest bezsprzecznie wiodącym ośrodkiem digitalizacyjnym w Polsce o bezdyskusyjnym autorytecie, a jej opinia o prawidłowej metodzie pomiaru „do krzyżyków” jest niepodważalna i zgodna z przyjętymi normami na świecie. Przyjmując taką metodę pomiarów oraz wytyczne miejsc pomiarów zawarte w Załączniku D (wzór stołu skanowania) prawidłowe pomiary powinny odbywać się do krzyży w narożnikach.

Jak zauważył Odwołujący, w tabeli wyników badania odległości próbek, zawartej w treści rozstrzygnięcia, jest jeszcze jeden istotny błąd - Zamawiający dokonał pomiaru wzornika centralnego w poziomie, mimo że wymiar ten nie był wymagany i opisany w SIWZ w Załączniku D (wzór stołu skanowania). Odwołujący stwierdził, że pomimo braku sformułowania w treści SIWZ wymogu odległości, Zamawiający w bliżej nieznanym sposobie wytworzył tę wymaganą odległość. Ustalił ją do dziesiątych części milimetra (382,7mm), po czym umieścił w swojej tabeli zawartej w rozstrzygnięciu. Następnie dokonał wg tej „normy” pomiaru próbek Odwołującego. Odwołujący nie przyjął takiego toku myślenia Zamawiającego. Za oczywiste Odwołujący uznał, że Zamawiający nie może żądać spełniania wymogów, których nie było w SIWZ. Odwołujący przedstawił tabelę wyników uzyskanych przy zastosowaniu prawidłowych miejsc pomiaru (tj. do krzyżyków). Odwołujący podkreślił, że z tabeli tej wynika, że położenie wzorników Odwołującego względem krawędzi było całkowicie prawidłowe. Odwołujący zaznaczył, że nie zanotowano przekroczenia tolerancji w żadnym z pomiarów. Dodatkowo, omyłka w wymiarach zewnętrznych próbki,

tj. 5,1 milimetrów na boku o długości 599 mm oraz 5,3 na boku o długości 835,7mm jest na tyle niewielka, że nie zmieniając ułożenia wzorników pasują one niemal w 100% do wymiaru z SIWZ, tj. 594 na 841 (krawędź A1). Tylko w 3 przypadkach na 10 zanotowano odchyłki od założonej tolerancji o 2,4 dziesiąte milimetra, o 1,3 dziesiąte milimetra oraz zaledwie o pół milimetra.

Odwołujący na rysunku przedstawił żółtą linią obszar skanowania A1 nałożony na obszar skanowania Odwołującego (linia czarna). Odwołujący zaznaczył, że proporcje tego nałożenia zostały celowo powiększone, bowiem w przeciwnym razie nałożyłyby się niemal całkowicie i nie byłyby widoczne na tej grafice (różnica ok. 2,5 milimetra na każdym z boków dla formatu A1). Jak stwierdził Odwołujący, należy rozważyć czy w zaistniałej sytuacji Zamawiający mógł dojść do wniosku, że wykazane mikroskopijne odchyłki mogą mieć znaczenie dla dokonywanych pomiarów wzorników rozdzielczości przestrzennej, która była głównym celem tegoż postępowania o udzielenie zamówienia. W ocenie Odwołującego, z całą mocą należy stwierdzić, iż nie ma żadnej wątpliwości, że brak odchyłki (w przypadku wymiarów próbki Odwołującego) bądź dwie odchyłki od pół do półtora milimetra (w przypadku wymiarów A1), nie mają żadnego wpływu na wartości pomiarów rozdzielczości przestrzennej. Odwołujący wskazał, że badanie rozdzielczości w oparciu o wzorzec QA62 nie jest po prostu na tyle czułe, a skanery nie degradują obrazu w zauważalny sposób na tak mikroskopijnych odległościach. Zdaniem Odwołującego, tą oczywistość może potwierdzić każda osoba, która kiedykolwiek dokonywała pomiarów wzorców. Wystarczyłoby w tym wypadku nawet najprostszy test z wykorzystaniem jednej próbki (Zamawiający jest w posiadaniu wzorca QA62 oraz licznych skanerów o różnych formatach). Jej przesunięcie nawet nie o 1 milimetr, który wzbudził wątpliwości Zamawiającego, a o 1 cm nie zmieni w sposób znaczący uzyskanych wyników.

Jak zaznaczył Odwołujący, w przypadku dalszych wątpliwości można zasięgnąć opinii ekspertów. Odwołujący po zapoznaniu się z treścią rozstrzygnięcia przesłał prośbę o wydanie opinii w tej sprawie do jednego z największych autorytetów w dziedzinie digitalizacji, Pana D. W. z firmy Image Science Associates. Odwołujący podniósł, że tenże ekspert początkowo długo nie dowierzał Odwołującemu, iż ktoś mógł podnieść tak niezrozumiały argument jak milimetrowe niezgodności wymiarów przy badaniu rozdzielczości przestrzennej stołu A1 za pomocą wzorca QA62. Ostatecznie wydał on opinię z dnia 25 lipca 2017 r. w tej konkretnej sprawie, którą Odwołujący załączył jako dowód wraz z tłumaczeniem

na język polski. Odwołujący wskazał, że D. W. z firmy Image Science Associates poruszył w swojej opinii z dnia 25 lipca 2017 r. jeszcze jedną ważną kwestię - zaoferowane przez Odwołującego w przedmiotowym postępowaniu skanery i2S Quartz A1 osiągnęły w badaniach średnią wartość rozdzielczości przestrzennej na poziomie 12,04lp/mm (dane z załącznika C do SIWZ z oferty Odwołującego). Przy czym granicznym wymaganiem Zamawiającego było jedynie wspomniane 10 lp/mm. Ekspertyza ta potwierdza jednoznacznie, jak podkreślił Odwołujący, że milimetrowe różnice w badanych próbkach są bez znaczenia, a zaoferowany skaner nie ma szansy na zejście z powodu milimetrowych przesunięć poniżej warunku brzegowego postępowania tj. 10 lp/mm. Tym samym, w ocenie Odwołującego, nie ma żadnej wątpliwości, że skaner zaoferowany w postępowaniu przez Odwołującego spełniał jego warunki i to z dużą nawiązką.

Odwołujący ponownie podkreślił, że niewielkie różnice w wymiarach próbki są efektem błędu operatora przygotowującego próbkę, a nie wadą skanera. Jego konstrukcja jest niezmienna od kilku lat, a do ewentualnego ponownego wytworzenia próbek o wymaganych przez Zamawiającego wymiarach nie są wymagane żadne jego modyfikacje czy to w konstrukcji czy w oprogramowaniu. Ta sama konstrukcja wytworzy skan o takich samych wartościach SFR. Dlatego nie ma też wątpliwości, jak zaznaczył Odwołujący, że skaner ten w sposób ciągły (przed dniem składania ofert, w dniu składania ofert jak i po nim) spełnia kryteria SIWZ. Odwołujący zauważył, że w ramach utrwalonego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej od lat wyrażany jest pogląd, że formalizm postępowania nie jest celem samym w sobie. Odwołujący przytoczył wyrok KIO z dnia 15 kwietnia 2013 r. (sygn. akt KIO 746/13), z którego wynika, że: „Formalizm postępowania o zamówienie publiczne nie jest celem samym w sobie, ale ma służyć realizacji celu postępowania, jakim jest wyłonienie wykonawcy zdolnego do wykonania zamówienia, który złożył najkorzystniejszą ofertę, z poszanowaniem zasad prowadzenia postępowania.”.

5. Brak wpływu na zachowanie konkurencji wobec braku innych wykonawców.

Odwołujący zwrócił również uwagę na fakt, że w przedmiotowym stanie faktycznym wezwanie Odwołującego do uzupełnienia próbek (na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp) nie miałyby wpływu na przebieg postępowania, w szczególności w kontekście obowiązku zachowania przez Zamawiającego uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w ramach tegoż postępowania, wobec braku ofert innych wykonawców w zakresie części nr 1, 2, 3, 4 i 5 przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wniósł o:

1. Uwzględnienie odwołania w całości.
2. Nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania w zakresie części nr 1, 2, 3, 4 i 5 przedmiotu zamówienia.
3. Nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego złożonej w zakresie części nr 1, 2, 3, 4 i 5 przedmiotu zamówienia.
4. Nakazanie Zamawiającemu przeprowadzenie badania i oceny oferty Odwołującego.
5. Wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w zakresie części nr 1, 2, 3, 4 i 5 przedmiotu zamówienia.
6. Obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego wg norm przepisanych.

W toku postępowania strony podtrzymały swoje stanowiska. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie. Odwołujący złożył pismo procesowe.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, treść oferty złożonej przez Odwołującego, treść informacji z dnia 18 lipca 2017 r. o odrzuceniu oferty Odwołującego w częściach nr 1, 2, 3, 4, i 5 postępowania, oraz o unieważnieniu postępowania w ww. częściach, jak również stanowiska stron postępowania zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając go tym samym na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

Izba ustaliła, że rozpoznawane przez Izbę odwołanie dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które zostało wszczęte po dniu 28 lipca 2016 r., tj. po dniu wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020).

Rozpoznając odwołanie w granicach podniesionych zarzutów Izba uznała, że nie podlega ono uwzględnieniu.

W pkt. 11 ppkt 4 SIWZ Zamawiający wskazał, że oferta wraz ze stanowiącymi jej integralną część załącznikami powinna być sporządzona przez wykonawcę według treści postanowień SIWZ oraz według treści formularza oferty i jego załączników stanowiących załącznik nr 1 do SIWZ, w szczególności oferta winna zawierać: „Próbki dla odpowiednio części nr: 1, 2, 3, 4, 5 (w zależności, na jaką część Wykonawca będzie składał ofertę). Próbki należy złożyć w oparciu o zapisy załącznika B do SIWZ („Sposób wykonania i przeprowadzenia oceny próbek skanowania w trakcie odbioru technicznego i technologicznego”) oraz na podstawie szablonu stanowiącego załącznik D do SIWZ. Dodatkowo wymaga się złożenia oświadczenia określonego w treści załącznika C do SIWZ (Arkusze testowe do kontroli parametru „Rozdzielczość przestrzenna skanera”).”.

Zgodnie z pkt 14 ppkt 2.1. SIWZ Zamawiający ustanowił następujące kryteria oceny ofert:

- cena - 60%,
- oferowane parametry techniczne skanera – 30% (Ocena zgodnie z treścią tabeli parametrów określonych w załączniku A do SIWZ zawierającej punkty wg specyfikacji dla danego zestawu do digitalizacji),
- termin dostawy – 10%.

W załączniku A do SIWZ jako jeden z parametrów dodatkowo punktowanych Zamawiający ustanowił parametr „Rozdzielczość przestrzenna”, za którego spełnienie wykonawca mógł uzyskać 2 punkty.

W załączniku B do SIWZ Zamawiający określił, że „Próbki złożone wraz z ofertą wykonawcy służyć będą potwierdzeniu, że oferowany przedmiot zamówienia odpowiada minimalnym wymaganiom określonym przez zamawiającego oraz ocenie oferty w ramach kryteriów oceny ofert, a mianowicie kryterium: „Rozdzielczość przestrzenna zestawu do

digitalizacji”.". Zamawiający wskazał również, że próbki należy wykonywać w rozdzielczości 600 ppi x 600 ppi dla formatu A1. Zamawiający podał ponadto, że „ilustracja do zastosowania przy rozmieszczeniu wzorników podczas wykonywania próbek w rozmiarach A1 dla części I-V znajduje się w pliku „ilustracja1.pdf”. Zamawiający zobowiązał wykonawców do zapoznania się z ilustracją zawierającą schemat sposobu umieszczania wzorników przed wykonaniem próbek. Zamawiający zamieścił też w ww. załączniku wersję poglądową ilustracji 1 unaoczniającą wzorniki oraz ich położenie w obszarze skanowania.

W załączniku D Zamawiający zamieścił szablon, który miał służyć wykonawcom do przygotowania próbek.

Pismem z dnia 18 lipca 2017 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o unieważnieniu postępowania w częściach 1-5 postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp ze względu na to, że nie złożono żadnej oferty nie podlegającej odrzuceniu. Zamawiający jednocześnie poinformował Odwołującego o odrzuceniu oferty Odwołującego w częściach 1-5 postępowania na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Zamawiający stwierdził, że przedłożona przez Odwołującego próbka nie potwierdza spełniania minimalnych wymogów Zamawiającego opisanych w treści SIWZ. Jak podał Zamawiający, analiza merytoryczna zaistniałego stanu faktycznego, poparta wynikami badań Komisji Przetargowej pozwala jednoznacznie stwierdzić, że przedłożone przez Odwołującego próbki w odniesieniu do części 1-5 postępowania nie potwierdzają, że oferowany przedmiot zamówienia odpowiada minimalnym wymaganiom opisanym w treści załączników do SIWZ, w szczególności w odniesieniu do wymaganego obszaru skanowania, gdyż:

- próbki dostarczone przez Odwołującego złożone jako elementy oferty dla części 1-5 postępowania nie spełniają wymogów formalnych dotyczących przygotowania próbek, określonych przez Zamawiającego w załącznikach B i D do SIWZ – Zamawiający stwierdził, że w treści załącznika B i D Zamawiający wymagał przedłożenie próbki o wymiarach 841 mm na 594 mm (wymiary formatu A1), wykonanej w rozdzielczości 600 ppi x 600 ppi. Wykonawca dostarczył 5 próbek, każda o wymiarach 19742 px na 14152 px (tj. 835,7 mm na 599,1 mm przy rozdzielczości 600 ppi x 600 ppi). Zamawiający podał, że rozmiar dostarczonej próbki jest niepoprawny, ponieważ wzdłuż jednej z osi wykracza poza wskazany wymiar o 5,1 mm, natomiast wzdłuż drugiej osi jest krótszy o 5,3 mm,

- Zamawiający wymagał rozmieszczenia wzorników do badania zgodnie z ilustracją stanowiącą treść załącznika D z dokładnością do 0,5 cm dla każdego wzornika – w ocenie Zamawiającego, niezgodność wymiarów próbek powoduje, że nie ma możliwości obiektywnego i jednoznacznego potwierdzenia prawidłowości pozycjonowania wzorników w ramach badanych próbek. Ustalenie pozycji wzornika wymaga arbitralnej interpretacji dotyczącej umiejscowienia i wielkości obszaru, o który należy pomniejszyć lub powiększyć próbkę w celu ustalenia faktycznej pozycji wzornika dla określonego obszaru próbki (A1 – 841 mm na 594 mm).

W związku z powyższym, Zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty Odwołującego w ww. częściach zamówienia ze względu na złożenie próbek o wymiarach niezgodnych z zapisami SIWZ, obciążonych wadą uniemożliwiającą obiektywne przeprowadzenie dalszej ich oceny.

Rozpoznając przedmiotowy spór Izba miała na uwadze dwojaki charakter, jaki Zamawiający nadał próbkom w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, tj. próbki złożone przez wykonawcę służyć miały potwierdzeniu, że oferowany przedmiot zamówienia odpowiada minimalnym wymaganiom określonym przez Zamawiającego, ale również próbki te miały służyć ocenie oferty w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert, a mianowicie kryterium: „Rozdzielczość przestrzenna zestawu do digitalizacji”. Ww. dwoistość nie została zakwestionowana przez Odwołującego na właściwym etapie postępowania. Kwestionowanie treści SIWZ na obecnym etapie postępowania jest działaniem spóźnionym. Analogicznie, za spóźnione Izba uznała stwierdzone w treści odwołania „niedopatrzenie” w postaci braku tolerancji dla wymiarów krawędzi zewnętrznych próbki.

Izba nie znalazła podstaw do uznania za zasadne stanowiska Odwołującego o dokonaniu przez Zamawiającego niedozwolonej modyfikacji treści SIWZ po upływie terminu składania ofert przez nadanie priorytetu funkcji próbki jako części oferty i przyznanie drugorzędnego charakteru próbce jako dokumentu potwierdzającego spełnienie przez oferowane dostawy wymagań Zamawiającego. Zdaniem Odwołującego, w pierwszej kolejności Zamawiający wymagał złożenia próbki na potwierdzenie spełniania przez oferowany produkt wymagań Zamawiającego, a dopiero w dalszej kolejności Zamawiający uprawniony był do oceny próbki z zastosowaniem pozacenowego kryterium oceny ofert. Izba

stwierdziła, że z treści SIWZ w żaden sposób nie wynika, aby którejkolwiek z funkcji próbki nadano priorytet. Obie funkcje były równorzędne.

Izba zgodziła się z Odwołującym, iż próbkę, jako dokument służący potwierdzeniu spełniania przez oferowany przedmiot wymagań zamawiającego, można uzupełnić bądź poprawić na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Jednak z uwagi na drugą z funkcji próbki nadanych w przedmiotowym postępowaniu, tj. próbki jako treści oferty stanowiącej podstawę oceny oferty w jednym z kryteriów oceny ofert, takie uzupełnienie bądź poprawienie nie może mieć, w świetle przepisów ustawy Pzp, miejsca. Próbka będąca podstawą oceny oferty, jako treść oferty, w żadnej mierze nie może podlegać uzupełnieniu, bowiem takie działanie skutkowałoby naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, jak też stanowiłoby naruszenie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, który to przepis nie pozwala na dokonywanie zmian w ofertach. Izba zważyła, że wezwanie do uzupełnienia próbek służyłoby usunięciu stwierdzonej niezgodności oferty z treścią SIWZ i dawałoby wykonawcy możliwość wpływania na ocenę jakości oferowanych produktów po terminie składania ofert i po zapoznaniu się z treścią ofert konkurencji, co należałoby uznać za niedopuszczalne. W przedmiotowym stanie faktycznym Odwołujący jest co prawda jedynym wykonawcą ubiegającym się o udzielenie zamówienia w częściach 1-5 postępowania. Izba uznała jednak, że zasady wyływające z art. 7 ust. 1 oraz 87 ust. 1 ustawy Pzp nie mogą być marginalizowane ze względu na to, że złożono tylko jedną ofertę. Charakter próbki pozostaje niezmienny bez względu na liczbę ofert złożonych w postępowaniu.

Wskazać również należy, że obowiązek Zamawiającego wynikający z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie aktualizuje się w sytuacji, gdy mimo poprawienia czy uzupełnienia próbek, oferta podlega odrzuceniu. Taka sytuacja zaistniała w przedmiotowym postępowaniu. Odwołujący złożył próbki o wymiarach niezgodnych z SIWZ (okoliczność bezsporna), a zatem, jako że próbki stanowią część oferty podlegającą ocenie w kryterium pozacenowym, oferta podlega odrzuceniu jako niezgodna z treścią SIWZ. Tym samym, brak było podstaw do zastosowania wobec Odwołującego procedury z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Nie znajduje, w ocenie Izby, uzasadnienia twierdzenie Odwołującego o możliwości wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Wyjaśnienie przez Odwołującego powodów zaistniałego błędu nie wpływałoby na możliwość jego naprawienia z powodów opisanych powyżej. Mając powyższe na uwadze Izba za nie mające znaczenia dla rozpoznania przedmiotowej sprawy uznała złożone na rozprawie

wezwanie z dnia 11 lipca 2017 r. do wyjaśnień, uzupełnienia oświadczeń i dokumentów w złożonej ofercie w zakresie części 6, 7, 8 postępowania, jakie otrzymał Odwołujący od Zamawiającego. Wezwanie to nie dotyczyło uzupełnienia próbek, dlatego nie może stanowić dowodu na okoliczność nieprawidłowości w działaniu Zamawiającego w zakresie części 1-5 postępowania.

Podobnie, Izba stwierdziła, że w przedmiotowej sprawie nie znajduje zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Brak jest bowiem możliwości samodzielnego naprawienia przez Zamawiającego błędu popełnionego w złożonej przez Odwołującego próbce. Naprawienie błędu dotyczącego złożenia próbki o niezgodnych z podanymi w SIWZ rozmiarach jest możliwe jedynie przez złożenie nowej próbki, co jak wskazano powyżej, jest nieuprawnione w przedmiotowym stanie faktycznym.

Za pozbawione podstaw prawnych Izba uznała też stanowisko Odwołującego o możliwości wezwania Odwołującego do uzupełnienia próbek na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, a następnie odstąpienia od oceny próbek w kryterium „Rozdzielczość przestrzenna zestawu do digitalizacji”. Takie stanowisko Odwołującego wynika niewątpliwie z faktu, że Odwołujący jest jedynym wykonawcą ubiegającym się o udzielenie zamówienia w przedmiotowych częściach. Podtrzymując argumentację przedstawioną powyżej Izba uznała zastosowanie takiego rozwiązania za niedozwolone.

Nie znalazło potwierdzenia w dokumentacji postępowania stanowisko Odwołującego o zastosowaniu przez Zamawiającego nieprawidłowej metody pomiaru próbek. Zamawiający w treści SIWZ jednoznacznie określił sposób przygotowania próbek przez wskazanie ich rozmiaru oraz zamieszczenie schematów sposobu umieszczania wzorników na próbkach, w tym ilustrację sporządzoną w skali 1:1, gdzie Zamawiający wskazał pięć ponumerowanych obszarów w kształcie kwadratów o wymiarach 75 mm x 75 mm i ich pozycję względem krawędzi obszaru próbki o rozmiarze zgodnym z wymiarami formatu A1. Jak zauważył sam Odwołujący, w dokumentacji opracowanej przez Zamawiającego brak jest wskazania metody pomiaru wzorników „do krzyżyków”. Wobec braku takiego wskazania, Odwołujący zobowiązany był zastosować się do wyraźnych wskazań Zamawiającego dotyczących przygotowania próbki zamieszczonych w SIWZ i załącznikach do niej. Jednocześnie, brak jest podstaw do przekładania postanowień SIWZ opracowanych przez Bibliotekę Narodową na badane postępowanie. Przedmiotowe postępowanie jest odrębne od postępowania prowadzonego przez Bibliotekę Narodową, jest prowadzone przez innego Zamawiającego,

a zatem odrębne są też reguły tego postępowania. Z tego względu za nie mający znaczenia dla przedmiotowej sprawy Izba uznała złożony przez Odwołującego Załącznik nr 15 do SIWZ opracowany przez Bibliotekę Narodową.

Za bezzasadny Izba uznała zarzut zaniechania opisanego przez Zamawiającego w sposób wyczerpujący przyczyn odrzucenia oferty Odwołującego w częściach 1-5 postępowania. Jak opisano powyżej, Zamawiający w sposób nie budzący wątpliwości w piśmie z dnia 18 lipca 2017 r. określił przyczyny odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego podając podstawę prawną, jak również uzasadnienie swojej decyzji. Informacje podane przez Zamawiającego Izba uznała za wystarczające, co potwierdził pośrednio Odwołujący składając odwołanie, z którego jasno wynika, że Odwołujący zna przyczyny decyzji Zamawiającego.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że Zamawiający nie dopuścił się naruszenia wskazanych przez Odwołującego przepisów ustawy Pzp. Co za tym idzie, Izba nie znalazła podstaw do uchylecia decyzji Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego w częściach 1, 2, 3, 4, i 5 postępowania, oraz o unieważnieniu postępowania w ww. częściach.

Z uwagi na powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący: