

**WYROK**  
**z dnia 14 czerwca 2019 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś**

**Protokolant: Klaudia Ceyrowska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 czerwca 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 maja 2019 r. przez wykonawcę: **SMARTTECH sp. z o.o., ul. Raławicka 30, 05-092 Łomianki**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Instytut Biologii Ssaków Polskiej Akademii Nauk, ul. Stoczek 1, 17-230 Białowieża**

przy udziale wykonawcy: **Lenso Sp. z o.o., ul. Antoniego Madalińskiego 3, 61-509 Poznań** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

**1. oddala odwołanie;**

**2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: SMARTTECH sp. z o.o., ul. Raławicka 30, 05-092 Łomianki, 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: SMARTTECH sp. z o.o., ul. Raławicka 30, 05-092 Łomianki tytułem wpisu od odwołania,**

**2.2. zasądza od wykonawcy: SMARTTECH sp. z o.o., ul. Raławicka 30, 05-092 Łomianki na rzecz zamawiającego: Instytut Biologii Ssaków Polskiej Akademii Nauk, ul. Stoczek 1, 17-230 Białowieża kwotę 4 085 zł 60 gr (słownie: cztery tysiące osiemdziesiąt pięć złotych 60 groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony postępowania odwoławczego, obejmujące koszty związane z dojazdem na wyznaczone posiedzenie/rozprawę (485,60 zł) oraz wynagrodzenie pełnomocnika (3 600 zł).**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986, z późn. zm.) na wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia

– przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Białymstoku**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Instytut Biologii Ssaków Polskiej Akademii Nauk z siedzibą w Białowieży – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Dostawa skanera 3D”, numer postępowania: ZP IBS PAN 01/2019, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „ustawa Pzp” lub „Pzp”.

Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwota określona w przepisach wydanych na podstawie art. 8 ust. 11 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 25.04.2019 r. nr 541356-N-219.

Odwołujący – SMARTTECH sp. z o.o. z siedzibą w Łomiankach – wniósł w dniu 29 maja 2019 r., na podstawie art. 179 ust. 1 w zw. z art. 180 ust. 1 oraz ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp, odwołanie od podjętych czynności oraz zaniechania podjęcia czynności przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego polegających na:

- (i) wyborze najkorzystniejszej oferty;
- (ii) zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez Lenso sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu (dalej również: „Lenso” lub „Przystępujący”) jako oferty, której treść nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej również: „SIWZ”);
- (iii) zaniechaniu wykluczenia Przystępującego z postępowania z uwagi na przedstawienie przez niego informacji, które wprowadziły Zamawiającego w błąd, a które miały wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 przez zaniechanie odrzucenia oferty Lenso - podczas gdy - parametry zaofertowanego przez tego Wykonawcę skanera 3D produkowanego przez firmę GOM mbH nie odpowiadają parametrom urządzenia, wskazanym przez Zamawiającego - wobec czego - oferta Lenso jest sprzeczna z treścią SIWZ, ponadto firma Lenso nie jest uprawniona do dokonywania modyfikacji oferowanego sprzętu pod rygorem utraty gwarancji producenta - zatem - Wykonawca nie będzie w stanie dostarczyć urządzenia odpowiadającego treści SIWZ;
2. art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 17 przez zaniechanie wykluczenia z postępowania firmy Lenso - podczas gdy - Wykonawca ten przedstawił Zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd, mogące mieć wpływ na decyzje Zamawiającego,

polegające na zaoferowaniu urządzenia, które nie posiada parametrów technicznych wymaganych przez Zamawiającego, a także na podaniu nieprawdziwej informacji o zgodności oferowanego skanera 3D z treścią SIWZ - zatem - firma Lenso winna zostać wykluczona z postępowania.

Wskazując na powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o:

- (i) uwzględnienie odwołania i unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
- (ii) na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp odrzucenie oferty Lenso sp. z o.o. jako nieodpowiadającej treści SIWZ;
- (iii) na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp wykluczenie z postępowania Lenso sp. z o.o., ponieważ Przystępujący przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia;

a także o:

- (iv) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Ponadto, wniósł o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego oraz kosztów z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3 600,00 zł.

Jednocześnie Odwołujący wniósł o:

- (i) wezwanie Zamawiającego do niezwłocznego złożenia kopii dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym kopii korespondencji z Przystępującym Lenso sp. z o.o. w przedmiocie wyjaśnień dotyczących oferowanego urządzenia, a następnie o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z tych dokumentów - na okoliczność - braku zgodności oferty Lenso z treścią SIWZ, braku dokładnego zbadania oferty Lenso przez Zamawiającego, a także istnienia podstaw do odrzucenia oferty oraz wykluczenia z postępowania Przystępującego;
- (ii) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z zeznań w charakterze świadka:
  - prezesa zarządu Lenso sp. z o. o. z siedzibą w Poznaniu - Pana M. R. (wezwanie na adres: ul. Czerwca 1956 r. 398, 61-441 Poznań) - na okoliczność - parametrów technicznych urządzenia oferowanego przez Lenso oraz parametrów technicznych, które ma spełniać urządzenie wskazane przez Zamawiającego w SIWZ, różnicy wskazanych parametrów oraz braku możliwości zmiany parametrów technicznych urządzenia ATOS Core 300, a także wyjaśnienia w jaki sposób Lenso zamierza dostarczyć urządzenie odpowiadające treści SIWZ;
- (iii) wyznaczenie terminu rozprawy oraz wezwanie świadka na wyznaczony termin;
- (iv) ewentualnie w razie kwestionowania przez Zamawiającego, że urządzenie oferowane przez firmę Lenso jest niezgodne z treścią SIWZ, Odwołujący wniósł o:

- a) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego specjalisty z dziedziny optycznych systemów bezdotykowych, posiadającego wiedzę w zakresie przetwarzania obrazu i digitalizacji 3D - na okoliczność ustalenia - czy parametry techniczne oferowanego przez Lenso urządzenia odpowiadają parametrom technicznym zamawianego sprzętu tj. czy oferowane urządzenie przez Lenso odpowiada treści SIWZ;
- b) zwrócenie się do producenta urządzenia ATOS Core 300 oferowanego przez Lenso tj. firmy GOM mbH z siedzibą w Braunschweig (na adres: Mittelweg 7-9, 38106 Braunschweig; tel: +49 531 390 29 0; fax: +49 531 390 29 15; e-mail: [info@gom.com](mailto:info@gom.com)) z prośbą o udzielenie informacji czy firma GOM mbH posiada w ofercie urządzenie spełniające parametry techniczne urządzenia wskazanego w SIWZ oraz czy urządzenie ATOS Core 300 spełnia wymagania w SIWZ, a także czy jest możliwość modyfikacji urządzenia ATOS Core 300, tak aby spełniało wymagania wskazane w SIWZ przez Zamawiającego oraz dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z nadesłanego dokumentu - na okoliczność - parametrów technicznych urządzenia oferowanego przez Lenso oraz różnicy pomiędzy parametrami technicznymi zamawianego urządzenia wskazanymi w SIWZ, a także braku możliwości zmiany parametrów technicznych urządzenia ATOS Core 300, przy czym Odwołujący po uwzględnieniu wniosku zobowiązuje się do dostarczenia przetłumaczonych dokumentów, tak aby dowód mógł być możliwy do przeprowadzenia.

Niezależnie od powyższego, Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z przesłuchania stron postępowania - na okoliczność - braku zgodności oferty Lenso z treścią SIWZ, braku dokładnego zbadania oferty Lenso przez Zamawiającego oraz istnienia podstaw do odrzucenia oferty oraz wykluczenia z postępowania Przystępującego.

Odwołujący wskazał, że jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp, bowiem jako jedyny złożył w postępowaniu ofertę konkurencyjną do oferty firmy Lenso. Uwzględnienie odwołania spowoduje, że oferta Odwołującego będzie najkorzystniejsza, co powinno skutkować jej wyborem przez Zamawiającego. Oddalenie odwołania uniemożliwi SMARTTECH uzyskanie zamówienia, a zatem doprowadzi do utraty korzyści, jakie Odwołujący osiągnąłby uzyskując zamówienie.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, jak niżej.

#### I. Uzasadnienie faktyczne

W postępowaniu oferty złożyli: producent skanerów 3D oraz oprogramowania do skanerów 3D firma SMARTTECH sp. z o.o. oraz dystrybutor skanerów 3D niemieckiej firmy GOM mbH tj. firma Lenso sp. z o.o.

Odwołujący po analizie treści SIWZ oraz odpowiedzi na pytania dot. przedmiotu zamówienia udzielonych przez Zamawiającego, a także informacji zamieszczonych na stronie internetowej firmy GOM mbH (<https://www.gom.com/pl.html>) oraz na stronie firmy Lenso

(<https://lenso.com.pl>) dotyczących parametrów technicznych maszyn oferowanych przez te podmioty, niezwłocznie powiadomił Zamawiającego o nie spełnianiu przez urządzenia firmy GOM mbH wszystkich istotnych wymagań Zamawiającego oraz wniósł o odrzucenie oferty firmy Lenso. Powyższe nie odniosło rezultatu, a Zamawiający w dniu 24 maja 2019 r. dokonał wyboru oferty firmy Lenso sp. z o.o. jako najkorzystniejszej.

Odwołujący nie zgodził się z rozstrzygnięciem z uwagi na argumentację przedstawioną niżej. Pomimo rozszerzenia treści SIWZ przez udzielenie przez Zamawiającego odpowiedzi na pytania Lenso, oferowane urządzenie ATOS Core firmy GOM mbH w dalszym ciągu nie spełnia kryteriów wskazanych przez Zamawiającego w SIWZ, co zostało wypunktowane następująco:

**(i)** Za pomocą urządzenia ATOS Core nie jest możliwe skanowanie obiektu z kolorem i uzyskanie surowych danych wyjściowych w postaci współrzędnych X, Y, Z wraz ze składowymi kolorystycznymi R, G, B w każdym punkcie pomiarowym. Zastosowanie pomiaru światłem strukturalnym niebieskim, pracującym w technologii LED proponowane przez Lenso nie zapewnia możliwości uzyskania skanu z kolorem.

Ponadto, Firma Lenso, pomimo że producent urządzenia ATOS Core nie ma w swojej ofercie zestawu oświetlenia bezcieniowego sterowanego z poziomu oprogramowania sterującego skanerem ani oprogramowania sterującego takim zestawem, zaoferowała dostarczenie takiego oświetlenia. Jednakże oprogramowanie producenta urządzenia nie ma funkcji obsługującej oświetlenie bezcieniowe, co oznacza, że nie jest możliwe uzyskanie skanu obiektu w kolorze. Producent urządzenia oferowanego przez Lenso nie oferuje takich akcesoriów. Jest to spowodowane tym, że oferowane urządzenie nie odwzorowuje koloru obiektu tylko kształt - jest to system dedykowany do przemysłu, co stanowi naruszenie (*vide* rozdz. II lit. b) pkt 4 SIWZ).

Oferowane przez Lenso urządzenie korzysta z czarnobiałych kamer pomiarowych, w związku z czym nie ma fizycznej możliwości uzyskania wiarygodnego koloru obiektu. Potwierdza to film z oryginalnej strony producenta - firmy GOM mbH - (<https://www.youtube.com/watch?v=dN1hgn-IM-4>) w lewym rogu ekranu pojawia się tzw. widok *live view* z kamery, który jest wyraźnie czarno-biały, nie widać na nim ani drewnianego koloru buta ani wyświetlanych niebieskich prążków, tak samo gotowy model na końcu nie jest kolorowy.

Odwołujący zamieścił zdjęcia (2) obrazujące pracę urządzenia oferowanego przez firmę Lenso z karty katalogowej produktu ATOS Core, zatytułowane: Essential Line 3D Scanning with GOM Scan.

Odwołujący wskazał, że z uwagi na brak możliwości odwzorowania koloru, urządzenie oferowane przez Lenso nie spełnia co najmniej dwóch kryteriów wskazanych w SIWZ:

- funkcja automatycznego tworzenia „jednym kliknięciem” modelu w formie siatki trójkątów

wraz z teksturą (kolorem obiektu),  
- funkcja zaznaczania punktów po kolorze.

Odwołujący stwierdził: domniemywa, że Lenso w piśmie do Zamawiającego mógł wskazać, że uzyskanie koloru byłoby możliwe przy wykorzystaniu dodatkowego kolorowego aparatu cyfrowego i nałożeniu takiego zdjęcia na wynik skanowania 3D za pomocą programu graficznego. Zamawiający nie wyraził jednak zgody na wykorzystanie takiego rozwiązania, a jego zastosowanie oznacza konieczność dodatkowego zakupu aparatu i oprogramowania, a raczej zapewnienie tych dwóch elementów przez dostawcę co nie zostało wskazane w SIWZ ani w ofercie Lenso. Dodatkowo takie zastosowanie nie daje koloru w każdym punkcie pomiarowym tylko pozwala na jego nałożenie dopiero na końcowym etapie tworzenia modelu 3D, czyli na siatkę trójkątów, a tym samym niemożliwe jest uzyskanie surowych danych wyjściowych w postaci współrzędnych X, Y, Z wraz ze składowymi kolorystycznymi R, G, B w każdym punkcie pomiarowym. Oznacza to konieczność wykonania dużo większej pracy w celu uzyskania kolorowego modelu i dodatkowo nie jest tak precyzyjne.

Ponadto Odwołujący dodał, że z jego wiedzy oraz z filmów produktowych ATOS Core umieszczonych na stronie producenta (GOM mBh) oferowanego przez Lenso urządzenia wynika, że urządzenie to nie posiada kolorowych kamer, a zatem nie może zapewnić danych wyjściowych chmury o X, Y, Z, R, G, B (*vide* rozdz. II lit. a) pkt 17 SIWZ). Systemy skanowania 3D producenta firmy GOM mbH nie pozyskują informacji o kolorze obiektu na czym zależało Zamawiającemu.

Odwołujący uznał, że na skutek powyższego, urządzenie nie spełnia wymogów wskazanych w rozdz. II lit. a) pkt 1-4; rozdz. II lit. a) pkt 17 oraz rozdz. II lit. b) pkt 4 SIWZ.

**(ii)** Urządzenie oferowane przez Lenso nie posiada laserów pozycjonujących środek objętości co widać na filmach opisujących cały proces od rozpakowania aż do pomiaru (<https://youtu.be/751kz4SF7ME>), wobec czego urządzenie nie spełnia wymogów Zamawiającego wskazanych w rozdz. II lit. a) pkt 8 SIWZ.

**(iii)** Zgodnie z informacjami producenta urządzenie oferowane przez Lenso nie spełnia bardzo ważnego kryterium rozdzielczości maksymalnej 0,11 mm. Według producenta wynosi ona dla zaoferowanego urządzenia ATOS Core 300 o objętości 300 x 230 mm 0,12 mm. Powyższe nie spełnia kryteriów wskazanych rozdz. II lit. a) pkt 9 SIWZ, nawet przy uwzględnieniu pytań i odpowiedzi rozszerzających opis przedmiotu zamówienia.

Odwołujący zamieścił Print screen opisu parametrów urządzenia ATOS Core 300 ze strony Internetowej producenta - firmy GOM mbH.

W dalszej części Odwołujący wskazał, że nawet gdyby firma Lenso dokonała takich modyfikacji urządzenia, aby spełniało ono wymagania wskazane przez Zamawiającego w SIWZ, to spowodowałoby to utratę gwarancji producenta na urządzenie, gdyż firma Lenso jako dystrybutor skanerów 3D firmy GOM mbH nie jest uprawniona do dokonywania żadnych

modyfikacji oferowanego sprzętu, co z kolei jest sprzeczne z wymogiem SIWZ zapewnienia minimum 24 miesięcznej gwarancji na skaner.

Podsumowując Odwołujący stwierdził, że pomimo zapewnień firmy Lenso, urządzenie oferowane przez firmę jest niezgodne z treścią SIWZ, za jego pomocą Zamawiający nie uzyska pożądaných wyników pomiarów oraz skanów 3D, wobec czego oferta Lenso winna zostać odrzucona, a Wykonawca wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

## II. Uzasadnienie prawne

W myśl art. 89 ust. 1 Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 (zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty).

W odniesieniu do niniejszej sprawy nie jest możliwe poprawienie oferty Wykonawcy, gdyż prowadziłoby to do dokonania istotnych zmian w jej treści. Powyżej wskazane okoliczności potwierdzają, że Lenso nie wykazał spełnienia wymagań Zamawiającego, a jego oferta jest niezgodna z SIWZ i powinna podlegać odrzuceniu.

Zgodnie natomiast z art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp może mieć miejsce, gdy wykonawca nie wykazując profesjonalizmu wymaganego od uczestnika rynku zamówień publicznych przedstawia informacje niezgodne z rzeczywistością, w oparciu, o które zamawiający dokonuje czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 lipca 2017 r., sygn. akt 1363/17). W ocenie Odwołującego, w niniejszej sprawie działanie Lenso należy zakwalifikować jako niedbalstwo, a zatem stwierdzić należy, że spełniła się przesłanka wykluczenia Przystępującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp. Natomiast o istotnym wpływie przedstawionych przez Lenso Zamawiającemu informacji świadczy fakt wyboru oferty tej firmy jako najkorzystniejszej, w sytuacji, gdy zaferował on urządzenie w istocie niespełniające wymagań Zamawiającego.

Zamawiający nie wniósł odpowiedzi na odwołanie na piśmie, złożył wyjaśnienia ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy.

Wykonawca: Lenso Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, w zgłoszeniu przystąpienia (pismo z dnia 3 czerwca 2019 r.) wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Jednocześnie wniósł o:

1) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów – kopii korespondencji



Przystępującego z Zamawiającym w toku postępowania (w załączeniu) oraz dokumentacji SIWZ na okoliczność zgodności oferty Przystępującego z treścią SIWZ oraz braku podstaw do odrzucenia oferty i wykluczenia Przystępującego z postępowania;

- 2) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka – członka zarządu Przystępującego i dyrektora handlowego p. G.P. (adres dla doręczeń: ul. Bażantowa 14, 21-040 Świdnik) na okoliczność parametrów technicznych oferowanych przez Przystępującego oraz parametrów technicznych jakie ma spełniać urządzenie zgodnie z treścią SIWZ oraz ich zgodności.

Odnosnie wykazania interesu w zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego, Przystępujący, stosownie do treści art. 185 ust. 2 ustawy Pzp, wskazał uzasadnienie.

Przystępujący powołał się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej (wyroki KIO: z 18.10.2012 r., KIO 2149/12, LEX nr 1228144; z 18.01.2013 r., KIO 2822/12; z 12.06.2015 r., KIO 1110/15, LEX nr 1805914).

W uzasadnieniu pisma Przystępujący przedstawił następującą argumentację.

1. Odwołujący twierdzi, że doszło do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego z uwagi na to, że parametry zaoferowanego przez Przystępującego skanera 3D nie odpowiadają parametrom urządzenia wskazanym przez Zamawiającego i tym samym oferta Przystępującego jest sprzeczna z treścią SIWZ, a w dodatku Przystępujący nie jest uprawniony do dokonywania modyfikacji urządzenia producenta pod rygorem utraty gwarancji producenta GOM GmbH i tym samym Przystępujący nie będzie w stanie dostarczyć urządzenia odpowiadającego treści SIWZ.

2. Nadto, Odwołujący twierdzi, że doszło do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia Przystępującego z postępowania z uwagi na przedstawienie przez Przystępującego informacji wprowadzających w błąd, mogących mieć wpływ na decyzje Zamawiającego, polegające na zaoferowaniu urządzenia, które nie posiada parametrów technicznych wymaganych przez Zamawiającego, a także na podaniu nieprawdziwej informacji o zgodności oferowanego skanera 3D z treścią SIWZ.

3. Przystępujący nie podzielił stanowiska Odwołującego. Zarzuty wskazane w pkt 1 i 2 są bezpodstawne. W odniesieniu do zarzutów Zamawiającego podniesionych w części odwołania - Uzasadnienie faktyczne, Przystępujący wyjaśnił, co następuje.

4. Zarzut (i):

W pierwszej kolejności Przystępujący wskazał, że Odwołujący nie dysponuje pełnymi danymi technicznymi urządzenia - skanera 3D Przystępującego i tym samym nie jest w stanie ocenić jego rzeczywistych parametrów technicznych. Opieranie swojej argumentacji na filmach dostępnych na platformie YouTube prezentujących dany system/urządzenie nie pozwala na zbadanie rzeczywistych parametrów technicznych urządzenia.

W dalszej kolejności, ustosunkowując się do zarzutów Odwołującego w przedmiocie możliwości skanowania przy pomocy urządzenia Przystępującego obiektów kolorem, Zamawiający w piśmie z dnia 07.05.2019 r. (odpowiedź na pytania Przystępującego z dnia 05.05.2019 r.) dopuszczył urządzenie - skaner pracujący w technologii światła niebieskiego LED (pytanie nr 1) i nałożenie na skan zdjęcia wykonanego aparatem cyfrowym.

Cyt. Zapytanie Przystępującego: „...Taka cecha pozwoli zamawiającemu zwiększyć możliwość dokonywania pomiarów np. o pomiary na otwartej przestrzeni bez inwazji w badane przedmioty. Takie rozwiązanie pozwoli uzyskać najdokładniejsze odzwierciedlenie dokładności kształtu, natomiast nałożenie tekstury skanowanego obiektu najlepsze jest poprzez zastosowanie wysokiej jakości zewnętrznego aparatu np. w postaci lustrzanki. Takie rozwiązanie zapewni zamawiającemu najdokładniejsze odzwierciedlenie tekstury badanego obiektu.”

Przystępujący wyjaśnił, że nałożenie zdjęcia wykonuje się w jednym oprogramowaniu dostarczanym z skanerem ATOS Core 300 (nie jest potrzebne żadne dodatkowe oprogramowanie). Dzięki zastosowaniu takiej technologii zwiększa się dokładność pomiaru z 0.08 mm (początkowe założenia SIWZ) do 0.04 mm.

Dane wyjściowe po procesie skanowania są zapisane jako chmura punktów, która opisana jest wartościami metrycznymi i kolorystycznymi: X, Y, Z, R, G, B.

Przystępujący załączył przykładowy plik tekstowy z systemu ATOS Core 300, który jest opisany zgodnie z wymogami SIWZ pkt 17. Ostatnie trzy kolumny to opis kolorystyczny R, G, B, a pozostałe kolumny to opis metryczny (współrzędne punktu oraz wektor) X, Y, Z.

Dodatkowo wskazał oficjalny film nakręcony przez jednego z dystrybutorów firmy GOM (producent systemu ATOS 300), który pokazuje pomiar w kolorze i wynik (na filmie jest pokazany system ATOS Core) <https://www.youtube.com/watch?v=rfvl-Qjfnkl> (nazwa do wyszukania filmu - 3D Scanning of Leprechaun Figurine for St. Patrick's Day).

Wskazał, że opcjonalnie, do tego typu aplikacji, przemysłowy system ATOS Core może być wyposażony w zestaw bezcieniowy sterowany z poziomu oprogramowania.

979745 Powierzchnia -1 16.961005 -280 - 605856 -174. 947318 -0.179802 0.769800 -0. 612437 /21 18 27/

978746 Powierzchnia-1 14. 659639 -284 -106. 570721 -0.452217 -0.453155 0.768213 /0 0 0/

97 8747 Powierzchnia-1 8.534126 -279.487974 -169.533370 -0.527209 0.659804 -0.535453 /25 23 34/

978748 Powierzchnia-1 53 .734351 -289. 983300 -124.358461 0.869560 -0.430385 0.242146 /73 36 17/

/Wartość RGB/

Przystępujący zamieścił 2 zdjęcia w kolorze: 3D Scanning of Leprechaun Figurine for St. Patrick's.

##### 5. Zarzut (ii)

Przystępujący wskazał, że wbrew twierdzeniom Odwołującego, urządzenie ATOS Core 300 posiada opcjonalne wyposażenie w lasery służące do ustawiania środka objętości. Załączył zdjęcie (w kolorze). Uznał zatem, że urządzenie spełnia warunki pkt 8 SIWZ.

## 6. Zarzut (iii)

Proponowany przez Przystępującego system ATOS Core 300 jest wyposażony w dwa tryby skanowania. Obszar pomiarowy wynosi 300x230x230 mm a rozdzielczość kamer 5Mpix. Pierwszy tryb skanowania (pełna rozdzielczość) zapewnia rozdzielczość (fizyczną odległość pomiędzy punktami pomiarowymi) na poziomie 0.115 mm przy zaokrągleniu niepewności pomiaru na poziomie 0.04 mm. Opisy SIWZ z pkt 9 dotyczącą parametrów dla kamery o rozdzielczości 9Mpix (jest to matematyczne obliczenie gęstości punktów).

Zamawiający dopuścił takie rozwiązanie przez udzielenie odpowiedzi z dnia 07.05.2019 r. na pytania Przystępującego z dnia 05.05.2019 r., odpowiedź na pytanie nr 3 (w załączeniu do pisma).

Przystępujący przedstawił zrzut ze specyfikacji technicznej urządzenia ATOS Core 300, wartość odległości punktów pomiarowych podana w trzech miejscach po przecinku i wynosi 0.115 mm. W ulotce, na którą powołuje się Odwołujący wartość jest zaokrąglona do drugiego miejsca po przecinku i wynosi 0.12 mm.

Biorąc pod uwagę brak zasadności zarzutów podniesionych przez Odwołującego w uzasadnieniu faktycznym, Odwołujący stwierdził, że tym samym zarzuty prawne wskazane w uzasadnieniu prawnym są bezzasadne.

Załączniki (merytoryczne):

- 2) Pismo Przystępującego do Zamawiającego z dnia 05.05.2019 r. (pytania Przystępującego);
- 3) Pismo Zamawiającego do Przystępującego z dnia 07.05.2019 r. (odpowiedzi na pytania Zamawiającego).

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.**

Na posiedzeniu z udziałem stron i wykonawcy zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego, Izba uznała, że wykonawca Lenso Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, wobec skutecznego przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, stał się uczestnikiem tego postępowania, zwanym dalej też „Przystępującym”.

Zamawiający uwzględnił odwołanie w części - zarzuty zawarte w pkt i, ii oraz odpowiednio żądania odpowiadające tym zarzutom, wskazując, że uwzględnienie odwołania w tej części podyktowane jest m.in. względami finansowymi. W zakresie zarzutu w pkt iii wnioś o oddalenie odwołania.

Odwołujący nie cofnął zarzutu zawartego w pkt iii odwołania.

Uczestnik postępowania odwoławczego, Przystępujący po stronie Zamawiającego wniósł sprzeciw (ustnie do protokołu) w przedmiocie uwzględnionych przez Zamawiającego dwóch zarzutów, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Izba rozpoznała odwołanie na rozprawie uznając, że Odwołujący, jako jeden z dwóch wykonawców uczestniczących w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, uzyskujący drugą pozycję w rankingu ocenionych ofert, jest legitymowany czynnie, w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, do wniesienia odwołania.

Na rozprawie strony i uczestnik postępowania odwoławczego podtrzymali swoje stanowiska wskazując, co następuje.

Odwołujący podtrzymał stanowisko w zakresie przedstawionym na posiedzeniu i odnośnie do argumentacji przedstawionej w zgłoszeniu przystąpienia Przystępującego złożył dowody, przedstawiając ich cel:

1. Kadr z filmu firmy GOM na YouTube – na potwierdzenie, że aby uzyskać kolorowy skan przedmiotu skanowanego konieczny jest zewnętrzny aparat. Na 2. kartach (oznaczonych w protokole posiedzenia i rozprawy 1/O, 2/O) przedstawiono fotografię wykonaną za pomocą telefonu komórkowego, która została nałożona na niekolorowy model uzyskany ze skanera (zdjęcie 2), co potwierdza brak koloru w samym skanerze;
  2. Wiadomość e-mail z informacją w języku angielskim (dowód 3/O), otrzymaną od amerykańskiego dystrybutora urządzeń firmy GOM, o braku możliwości uzyskania kolorowego skanu za pomocą urządzeń firmy GOM – dowód w język angielskim bez tłumaczenia na język polski;
  3. Ulotkę reklamową firmy SMARTTECH (dowód 4/O) przedstawiającą wygląd zeskanowanego przedmiotu w kolorze przy użyciu skanera. Z ulotki ma wynikać wygląd kolorowej chmury punktów bezpośrednio ze skanera – w języku angielskim bez tłumaczenia na język polski. Odwołujący zastąpił ulotkę składając w języku polskim (dowód 4/O<sup>1</sup>);
  4. 10 kart (stron) ulotki reklamowej firmy GOM (dowód O/5), obrazującej korzystanie z produktu ATOS Core. Na str. 4. przedstawiono dowód załączony też do odwołania (ATOS Core) - zdjęcie usytuowane po prawej stronie karty, na którym w lewym górnym rogu widoczny jest czarno-biały obraz kamery skanera – potwierdza okoliczność braku możliwości uzyskania kolorowego skanu za pośrednictwem urządzenia ATOS Core;
- Pozostałe karty, zdaniem Odwołującego, potwierdzają jedynie, że firma GOM specjalizuje się w produkowaniu skanerów przemysłowych.

Odwołujący oświadczył, że Zamawiający wbrew twierdzeniu Przystępującego nie zgodził się na zastosowanie lustrzanki (aparatu dodatkowego) do wykonania kolorowych zdjęć. Zwrócił uwagę, że pytanie nr 1 z 05.05.2019 r. dotyczące treści SIWZ, składa się z kilku

części. Odpowiedź udzielona 07.05.2019 r. dotyczyła tylko jednej części. Przystępujący wywiódł swoje stanowisko bazując na odpowiedzi nr 1 dotyczącej części pytania. Odwołujący wskazał, że pozostałe części pytania, to wyjaśnienia Przystępującego, na temat nakładania koloru na obiekt w inny sposób. W 3. części pytania Przystępujący wskazał, że proponowane rozwiązanie zapewni Zamawiającemu najdokładniejsze odzwierciedlenie kształtu, a tekstura zostanie nałożona dodatkowo. W pytaniu Przystępujący nie wyjaśnił, że przy zastosowaniu niebieskiego źródła światła, na które Zamawiający wyraził zgodę, nie uzyska się koloru obiektu bezpośrednio z głowicy skanera.

Odwołujący wskazał, że na potwierdzenie zgodności oferowanego urządzenia z wymaganiami SIWZ, Zamawiający oczekiwał tylko oświadczeń.

Podniósł, że zgodnie z opisem rozdziału II pkt a *Głowica pomiarowa*, podpunkt 1 - Zamawiający żądał pomiaru światłem strukturalnym białym pozwalającym na odwzorowanie kształtu i koloru obiektu mierzonego, podkreślił wymóg koloru. W pkt 17 tej części SIWZ Zamawiający wskazał dane wyjściowe (wyniki źródłowe z głowicy pomiarowej chmura punktów), gdzie każdy punkt był opisany wartościami metrycznymi i kolorystycznymi X,Y,Z R,G,B. Z tego wynika, że z każdego z tych punktów uzyskuje się informacje o 3. współrzędnych punktu X,Y,Z i składowych koloru, tj. R,G,B. Zamawiający chciał uzyskać kolor taki, jaki jest w rzeczywistości na komputerze. Odwołujący wskazał str. 5 zgłoszenia przystąpienia, na której w ostatnim akapicie wykonawca przedstawił wartość R,G,B, natomiast 4 oddzielne numery (4 wiersze) to składowe kolorystyczne. W ostatnich 3. kolumnach każdego wiersza znajdują się 3 cyfry oznaczające wartość R,G,B nadaną w procesie obróbki danych, a niepobrąną z obiektu (wiersze: 1. kolor bordo, 2. kolor czarny, 3. odcień szarości), są to kolory nadawane punktom w programie w celu ich zaznaczenia i nie są one rzeczywiste. Proponowany przez Przystępującego sposób znajduje zastosowanie w przemyśle, w kontroli jakości produktów. Możliwe jest pokolorowanie obiektu skanowanego, jeżeli jest dodany do urządzenia aparat zewnętrzny, którym zostaje wykonane zdjęcie. Odwołujący wskazał ofertę Przystępującego str. 14-21 i stwierdził, że z zamieszczonych opisów nie wynika, że został dołączony do oferty zewnętrzny aparat. Wskazał, że zdjęcia pochodzące z zewnętrznych aparatów nie da się nałożyć bezpośrednio na dane źródłowe, co wynika ze złożonych dowodów 1, 2. Proces ten nazywa się mapowaniem zdjęcia na obiekt siatkowy. Wskazał dowód 2/O, kierując uwagę na lewy górny róg. Uznał, że proces ten wiąże się z wystąpieniem przekłamań kolorystycznych (np. przesunięcie koloru na niewłaściwy punkt).

Odwołujący wskazał rozdział II pkt b podpunkt 4 tiret czwarte SIWZ – wywodząc, że Przystępujący nie posiada zdalnego sterowania lampami z oprogramowania sterującego skanerem 3D. Odnośnie str. 8 odwołania 1. akapit - wskazane kryteria ze specyfikacji, w tiret pierwszym - *funkcja automatycznego tworzenia (...)* i *funkcja zaznaczenia punktów po kolorze* - odnosi się do rozdziału II pkt 18 tiret czwarte. Z oferty Przystępującego wynika, że jest, a z

wiedzy Odwołującego, że nie ma punktów w kolorze. Jednakże wiedzy tej nie można wywieść ze złożonych na rozprawie dokumentów, lecz wyłącznie z oceny biegłego wyrażonej w jego opinii.

Rozdzielczość opisana w rozdziale II litera a pkt 9 w tiret pierwszym SIWZ - max 0,11 mm: Zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 3 dopuścił rozdzielczość, ale w ulotce producenta, co wskazuje Odwołujący na str. 9 odwołania, w tabeli 2 zamieszczono opis ATOS Core 300, gdzie w 3. wierszu podano rozdzielczość 0,12 mm. Przystępujący w swoim piśmie wskazał wartość 0,115 mm, a w ofercie wartość 0,11 mm, więc – w ocenie Odwołującego nie wiadomo czy wartość 0,115 mm odpowiada wskazanym przez Przystępującego w ofercie 0,11 mm i to jest kwestia do określenia przez biegłego. Zdaniem Odwołującego, w ofercie Przystępującego jest wiele przekłamań i według opinii Odwołującego, Zamawiający dokonał wyboru oferty opierając się na oświadczeniach Przystępującego, które nie były prawdziwe.

Przesłuchana w charakterze strony (na wniosek pełnomocnika Odwołującego) - prokurent firmy p. A.G. zeznała, że zapoznała się z pytaniami dotyczącymi specyfikacji. Odwołujący przedstawił swoją ofertę również z prezentacją. Nie miał wglądu do pytań Przystępującego, tylko do tych zamieszczonych na stronie internetowej Zamawiającego. Firma nie wiedziała, że Zamawiający pozwala na nałożenie koloru z zewnętrznego aparatu. Prokurent wskazała, że nie były zamieszczone w całości pytania z 05.05.2019 r., lecz odpowiedzi Zamawiającego z 07.05.2019 r. dotyczące pytań Przystępującego. Zeznała, że gdyby znała całe pytanie, zaoferowałaby sprzęt tańszy o 30 tysięcy zł. Odwołujący nie zadawał własnych pytań, sprzeciw (odwołanie) dotyczący/e wyboru oferty, Odwołujący oparł na opisie technicznym przedmiotu zamówienia; opis załączony do oferty Przystępującego, to nie była ulotka, w której nie ma żadnych dodatkowych urządzeń. Zamawiający nie prosił o wyjaśnienie treści oferty Odwołującego.

Podsumowując Odwołujący wskazał, że specyfikacja nie została zmieniona, jedynie zmieniona w części opublikowanej na stronie internetowej Zamawiającego. Natomiast nie zostały w całości opublikowane pytania. Wskazał, że Zamawiający dokonał wyboru oferty niezgodnej z treścią SIWZ, więc zarzuty oznaczone i, ii są zasadne. Podtrzymał zarzut oznaczony iii. Podtrzymał wniosek o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego w zakresie zgodności treści oferty z SIWZ, z uwzględnieniem odpowiedzi Zamawiającego zamieszczonych na stronie internetowej.

#### Zamawiający:

Wyjaśnił, że o zmianie stanowiska w sprawie wyboru oferty Przystępującego (wybór i uwzględnienie zarzutu niewłaściwego wyboru) zdecydowały m.in. względy finansowe. Na rozprawie potwierdził, że na podstawie oferty uwzględniającej udzielone odpowiedzi na pytania dotyczące treści SIWZ oraz przedstawionej przez Przystępującego prezentacji oferowanego skanera, także wyjaśnień treści oferty udzielonych na zapytanie Zamawiającego,

oferta Przystępującego odpowiada w pełni wymaganiom zamieszczonym w SIWZ.

Wskazał, że nie były wymagane opisy techniczne oferowanego skanera. Natomiast Przystępujący w ofercie zamieścił je z własnej woli. W ofercie Odwołującego nie zamieszczono opisów. Zamawiający podkreślił, że nie były one wymagane.

Zamawiający wyjaśnił, że odbyły się prezentacje oferowanych skanerów, nie sporządzono protokołu z prezentacji. Natomiast w czasie prezentacji Przystępujący posługiwał się swoim aparatem zewnętrznym, który wchodził w skład oferowanego zestawu zgodnie z jego zapewnieniem. W ocenie Zamawiającego, urządzenie z zewnętrznym aparatem spełniało wymagania. Na pytanie nr 1 (z 05.05.2019 r.) Zamawiający udzielił odpowiedzi twierdzącej TAK (z 07.05.2019 r.). Wykazane efekty w trakcie prezentacji polegające na uzyskaniu koloru z zewnętrznego aparatu i zaimportowaniu tych danych dotyczących kolorów do skanera, spełniały wymagania Zamawiającego. Na pytanie nr 3 Zamawiający dopuścił rozdzielczość 0,115 mm. Pismem z 21.05.2019 r. Zamawiający zadał Przystępującemu pytanie czy dla pierwszego trybu skanowania rozdzielczość wynosi 0,11 mm?, Przystępujący odpowiedział, że NIE, ale powołał się na wcześniejsze pismo z 05.05.2019 r., w którym Przystępujący pytał dokładnie o rozdzielczość 0,115 mm – pytanie nr 3 Przystępującego, na które Zamawiający udzielił odpowiedzi TAK.

#### Przystępujący:

Podtrzymując swoje stanowisko przedstawione w zgłoszeniu przystąpienia, wniósł o oddalenie odwołania. Wyjaśnił, że sam skaner nie ma koloru, natomiast kolor uzyskuje się z aparatu cyfrowego zewnętrznego. Wskazał, że Odwołujący też wykonuje zdjęcia aparatem cyfrowym, ale wewnętrznym. Podniósł, że pytanie nr 1 należy odczytywać całościowo, to znaczy odpowiedź Zamawiającego odnosi się do całego pytania Przystępującego. Konsekwencją tego, że Przystępujący dostarcza skaner niebieskiego światła, musi być dostarczenie osobnego aparatu w celu uzyskania koloru. Rozwiązanie to było przedstawione podczas prezentacji u Zamawiającego. Efekt końcowy w zakresie koloru uzyskuje się poprzez zastosowanie skanera i aparatu zewnętrznego, który jest załączony do skanera, stanowi element produktu. Załączona fakultatywnie (bez wymogu Zamawiającego) do oferty dokumentacja, miała charakter informacyjno-marketingowy. Wykonawca złożył oświadczenie pozytywne, że dostarczy produkt zgodnie ze specyfikacją i to oświadczenie jest istotne z punktu widzenia dostawy skanera, ulotka informacyjno-marketingowa nie zawiera wszystkich danych. Jakość tekstury jest zgodna z wymaganiami Zamawiającego, podobnie jak przy innych rozwiązaniach. Skaner Przystępującego oferuje światło niebieskie, natomiast Odwołującego białe i żeby uzyskać kolor musi być też zastosowany aparat cyfrowy. Przystępujący nie zgodził się w wypowiedzi Odwołującego, że urządzenie nie potrafi eksportować punktów R,G,B (koloru).

Co do rozdzielczości, Przystępujący oświadczył, że spełnia parametr 0,115 mm. W

materiałach marketingowych wartości te mogą być zaokrąglane. Zamawiający dopuścił rozdzielność na poziomie 0,115 mm. Potwierdza to odpowiedź na pytanie nr 3 z 07.05.2019 r. i Przystępujący potwierdził ten fakt w odpowiedzi z 22.05.2019 r. udzielonej Zamawiającemu. Potwierdzenie również nastąpiło w toku prezentacji skanera. Informacja o rozdzielczości 0,11 mm zamieszczona w ulotce marketingowej nie jest precyzyjna i nie powinna być brana pod uwagę przy ocenie oferty.

Odnosnie rozdziału II litera a pkt 18 tiret czwarte i szóste - oświadczył, że urządzenie spełnia wymogi. Odnosnie do zarzutu 2 ii (z uzasadnienia) oświadczył, że skaner jest zaopatrzony w lasery. Oświadczył też, że zgodnie ze stanowiskiem Zamawiającego przedstawił skaner odpowiadający wymaganiom opisanym w specyfikacji.

Przesłuchany w charakterze świadka (na wniosek Przystępującego) – członek zarządu firmy Przystępującego p. G.P. zeznał, że: firma zadała pytania Zamawiającemu preferując swoje możliwości. Z pierwszego opisu przedmiotu zamówienia zamieszczonego przez Zamawiającego brak było możliwości przystąpienia do przetargu i pytania miały na celu zaproponowanie Zamawiającemu technologii, którą Przystępujący oferuje na rynku polskim. Poprzez pytania zostały zaproponowane zmiany techniczne, które Zamawiającemu dały większą możliwość wykorzystania systemu, który chce zakupić. Po otrzymaniu pozytywnych odpowiedzi, Przystępujący zaproponował Zamawiającemu obejrzenie systemu na żywo w działaniu, tzw. Prezentacja, w której pokazano wszystkie potrzeby Zamawiającego, wynikiem czego było złożenie oferty na konkretny system, który Przystępujący prezentował. Po rozstrzygnięciu przetargu, Zamawiający wystąpił jeszcze raz z pytaniami do Przystępującego, pismo z 21.05.2019 r., w odpowiedzi Przystępujący utwierdził Zamawiającego w przekonaniu, że Przystępujący oferuje urządzenie zgodne z opisem i zadanymi pytaniami.

Odpowiedzi świadka na pytania Przystępującego: w trakcie prezentacji był używany aparat zewnętrzny; zaprezentowane Zamawiającemu wyniki były zaakceptowane zaraz po prezentacji, zostały zostawione i zaakceptowane; częścią prezentacji było skanowanie czaszki żubra, ok. 500 mm oraz małej czaszki rzędu 10 cm/kość. Prezentowany zakres mały i duży, był możliwy do wykorzystania w pomiarach Zamawiającego, wykazano dokładność systemu Przystępującego, która jest 2x większa niż Zamawiający ogłosił w pierwszym swoim zapotrzebowaniu. Ponadto, Zamawiający zadał dodatkowo jedno pytanie, pismo z 17.05.2019 r. odpowiedź została udzielona również 17.05.2019 r.; Zamawiający dopuścił skaner pracujący w niebieskim świetle LED, była to odpowiedź na pytanie nr 1 z 05.05.2019 r.; opcjonalnie dostarczane są lasery; gwarancji udziela producent i opcjonalne rzeczy, które są dostarczane, także są objęte gwarancją producentów, dystrybutor również udziela gwarancji; firma Przystępującego jest jedynym partnerem GOM na terenie Polski; Zamawiający dopuścił rozdzielczość na poziomie 0,115 mm, od punktu na poziomie 0,115 mm.

Odpowiedzi świadka na pytania Odwołującego: aparat jest częścią całej dostawy, wchodzi w



zestaw całego systemu; Przystępujący zaoferował całkowitą kwotę za dostarczany system; jest to urządzenie kompatybilne z całym dostarczonym zestawem bezcieniowym – dodatkowe oświetlenie, które pozwala naświetlić detal, wysoka jakość otrzymywanej tekstury, która jest później w jednym oprogramowaniu nakładana na detal; oświetlenie bezcieniowe jest kierowane z poziomu jednego oprogramowania, oprogramowanie jest wgrane na komputer - integralna część całego systemu, oprogramowanie, komputer, dodatkowe akcesoria. Oprogramowanie skanera umożliwia sterowanie bezcieniowym systemem, stanowiąc integralną część całego systemu; system bezcieniowy jest sterowany z poziomu jednego oprogramowania.

Odpowiedzi świadka na pytania Zamawiającego: firma Lenso nie przedstawiła Zamawiającemu informacji wprowadzających w błąd, mających istotny wpływ na czynności Zamawiającego, w wyniku niedbalstwa lub lekkomyślności; zaoferowany w ofercie produkt, był zgodny z prezentacją; spełniał wszystkie wymagania, jakie były zamieszczone w SIWZ i w odpowiedziach na pytania, a nawet spełniał więcej; zaoferowany produkt i wymagania, jakie stawiał Zamawiający były zgodne z tymi po złożeniu ofert; odpowiedzi na pytania Zamawiającego były zgodne z rzeczywistością.

Prezes zarządu firmy Przystępującej - p. M.R. przesłuchany w charakterze strony (na wniosek Przystępującego, Odwołującego i Zamawiającego - z pominięciem przesłuchania strony Zamawiającej na jej wniosek, uzasadniony tym, że skoro dyrektor jednostki nie uczestniczył w postępowaniu o udzielenie zamówienia, może nie posiadać pełnej wiedzy w zakresie objętym sporem) - wskazał: jeśli Zamawiający dopuścił niebieskie światło, to musi być aparat zewnętrzny. Materiały techniczne, w ocenie przesłuchiwanego, są to jednak ulotki, ponieważ zawierają znacznie więcej opisów niż wymagane, a ponadto na stronie 2. oferty zostało złożone oświadczenie o dostarczeniu przedmiotu zamówienia zgodnego z wymaganiami.

Odpowiedzi przesłuchiwanego na pytania Zamawiającego: firma Lenso złożyła ofertę na produkt zaprezentowany w trakcie prezentacji; spełniał on wymagania jakie były w treści SIWZ; Przystępujący nie wprowadził Zamawiającego w błąd.

Odwołujący (końcowo): wskazał, że specyfikacja nie została zmieniona, jedynie zmieniona w części opublikowanej na stronie internetowej. Natomiast nie zostały w całości opublikowane pytania. Wskazał, że Zamawiający dokonał wyboru oferty niezgodnej z treścią SIWZ, zarzuty i, ii są zasadne. Podtrzymał zarzut iii. Podtrzymał wniosek o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego w zakresie zgodności treści oferty z SIWZ, z uwzględnieniem odpowiedzi Zamawiającego zamieszczonych na stronie internetowej. Podtrzymał w całości dotychczas prezentowane stanowisko. Oponował przeciwko stwierdzeniu Zamawiającego (zamieszczonemu niżej odnośnie do dowodu) wskazując, że w uzasadnieniu odwołania jest rozpisane dokładnie, czego dotyczą zarzuty, jakie Odwołujący ma zarzuty, jakich parametrów żąda i teza została ogólnie sformułowana ze wglądów wizualnych.

Zamawiający (końcowo): Zamawiający nie mógł naruszyć treści art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp w procedurze przetargu nieograniczonego. Treść przepisu jasno wskazuje, że ma on zastosowanie do procedur dwuetapowych, w których wykonawca niejako w 1. etapie został już prawomocnie wykluczony po zbadaniu spełniania przez niego warunków udziału w postępowaniu, lub przesłanek wykluczenia, lub nie został zaproszony do składania ofert w takiej dwuetapowej procedurze. W przetargu nieograniczonym, w przypadku wykluczenia wykonawcy, jego oferty nie odrzuca się na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp, lecz uznaje się za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 Pzp.

Odnosnie do art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp wskazał – przeprowadzone postępowanie dowodowe nie wykazało w żaden sposób, że wykonawca (Przystępujący) wprowadził Zamawiającego w błąd. Zaprezentowany przez Przystępującego produkt był zgodny z tym, co Zamawiający zaprezentował w specyfikacji oraz z odpowiedziami, jakich udzielał Zamawiający na wszystkie pytania Przystępującego.

Zamawiający podniósł, że Odwołujący nie może wskazywać (wnioskować) przeprowadzenia dowodu na ustalenie abstrakcyjnej okoliczności zgodności oferowanego przez Przystępującego produktu z SIWZ, bowiem Izba jest związana zarzutami odwołania i prawidłowe sformułowanie tezy dowodowej winno wskazywać na konkretne parametry i wartości. Teza dowodowa nie została sformułowana (wniosek dowodowy Odwołującego o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego i uzyskanie informacji producenta skanera oferowanego przez Przystępującego).

Zamawiający wniósł o pominięcie dokumentów złożonych w języku obcym bez tłumaczenia na jęz. polski.

Przystępujący (końcowo): podtrzymał stanowisko wnosząc o oddalenie odwołania. Wskazał, że kwestią jest to, czy Zamawiający dopuścił rozwiązania polegające na zastosowaniu aparatu zewnętrznego do uzyskania efektu koloru oraz rozdzielczości na poziomie 0,115 mm. Materiał dowodowy potwierdził, że obydwa rozwiązania zostały dopuszczone. Natomiast Przystępujący poprzez złożenie oświadczenia w ofercie w przedmiocie dostawy produktu przedstawionego zgodnie z prezentacją na spotkaniu u Zamawiającego oraz SWZ, dostarczy przedmiotowy produkt.

Izba uwzględniła następujące dowody w sprawie:

I. Akta sprawy odwoławczej, którymi – zgodnie z § 8 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2018 r. poz. 1092, 1992) – są: Odwołanie wraz z załącznikami oraz kopia dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego lub dokumentacja postępowania w postaci elektronicznej, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma przekazywane przez Izbę w związku z wniesionym odwołaniem.

II. Dowody wnioskowane przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego:

1. Poglądowo kadr z filmu firmy GOM na YouTube – na potwierdzenie konieczności stosowania aparatu cyfrowego (zewnętrznego) by uzyskać kolorowy skan skanowanego przedmiotu (2. karty oznaczone w protokole posiedzenia i rozprawy 1/O, 2/O) – złożony przez Odwołującego;
2. Zeznania świadka, Odwołującego i Przystępującego.

Izba nie uwzględniła dowodów wnioskowanych przez Odwołującego:

1. Wiadomość e-mail z informacją w języku angielskim (dowód 3/O), otrzymana od amerykańskiego dystrybutora urządzeń firmy GOM – dowód w języku angielskim bez tłumaczenia na język polski – na podstawie § 19 ust. 3 regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań;
2. Ulotki reklamowej firmy SMARTTECH (dowód 4/O) przedstawiającej wygląd zeskanowanego przedmiotu w kolorze przy użyciu skanera – w języku angielskim (bez tłumaczenia na język polski) oraz złożonej dodatkowo w języku polskim (dowód 4/O<sup>1</sup>), w sumie 2. dwustronne karty – gdyż nie dotyczą przedmiotu zaskarżenia;
3. 10 kart (stron) ulotki reklamowej firmy GOM (dowód O/5), obrazującej korzystanie z produktu ATOS Core – dowód bez tłumaczenia na język polski – na podstawie § 19 ust. 3 regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań.

Mając na uwadze, że stan faktyczny sprawy został wyjaśniony w stopniu umożliwiającym rozstrzygnięcie odwołania, Izba nie uwzględni wniosków Odwołującego o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego oraz uzyskania informacji (w postępowaniu dowodowym) od producenta urządzenia oferowanego przez Przystępującego. Ustalenie stanu faktycznego zostało dokonane na podstawie przeprowadzonych dowodów, nie wymaga wiadomości specjalnych, wskazany dowód powodowałby niezasadną zwłokę postępowania.

Przedstawienie ewentualnej informacji producenta urządzenia ATOS Core 300 (niewymaganej w SIWZ) należy do obowiązku strony, która z tego faktu wywodzi skutki prawne - zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp.

Z ustaleń faktycznych wynika, że Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w SIWZ w rozdziale II zamieszczając opisy: a) Głowica pomiarowa, pkt 8. Głowica wyposażona we wskaźniki pomiarowe laserowe wskazujące umiejscowienie środka objętości pomiarowej x, y, z; pkt 9. Możliwość realizacji pomiarów w minimum dwóch trybach pomiaru, które charakteryzują się różną rozdzielczością o minimalnych parametrach: Pierwszy Tryb pomiaru dla objętości pomiarowej 400x300x240: \*rozdzielczość skanowania: maksimum 0,11 mm (min. 92 pkt/mm<sup>2</sup>), \*maksymalna niepewność pomiaru w osi X, Y, Z: 0,08 mm, \*minimalna ilość punktów z jednego kierunku: 9 mln.; pkt 17. Dane wyjściowe (wyniki źródłowe) z głowicy pomiarowej: chmura punktów, gdzie każdy punkt opisany jest wartościami metrycznymi i

kolorystycznymi; X, Y, Z, R, G, B; pkt 18. Oprogramowanie (...) o minimalnych funkcjach: tირet czwarte: aplikacja zapewni płynną pracę z dużymi chmurami (...); tირet szóste: Funkcja umożliwiająca zaznaczenie punktów po kolorze, wraz z podaniem wartości początkowej granicznej. W części b) w pkt 4. Zamawiający opisał: Zestaw oświetlenia bezcieniowego do skanera 3D (...).

Przystępujący zwrócił się do Zamawiającego pismem z 5 maja 2019 r. zamieszczając pytania dotyczące możliwości dopuszczenia innych rozwiązań technicznych od opisanych w SIWZ. Zamawiający udzielił odpowiedzi twierdzącej pismem z dnia 7 maja 2019 r. Przedmiot zaskarżenia i rozpoznania stanowiły pytania i odpowiedzi oznaczone nr 1 i nr 3, o treści (publikowanej na stronie internetowej Zamawiającego):

Pytanie nr 1: Czy zamawiający dopuszcza skaner pracujący w technologii światła strukturalnego niebieskiego, czyli projektor systemu pracujący w technologii LED z zastosowaniem niebieskiego źródła światła o fali w zakresie od 450 do 500 nm?

Odpowiedź: TAK

Pytanie nr 3: Czy zamawiający dopuszcza obszar skanowania z możliwością automatycznego łączenia skanów oraz systemy wykorzystujące automatyczne łączenie wielkości pól pomiarowych np. obszar 300x230x230mm z odległością punktu 0,115 mm (z pełną rozdzielczością) przy zaokrągleniu niepewności pomiaru na poziomie 0,04 mm? Odpowiedź:

TAK

W uzasadnieniu pisma w sprawie pytań, Przystępujący wskazał, że:

*Obecny opis systemu digitalizacyjnego wskazuje na skaner firmy SMARTTECH Sp. z o.o., ul. Raclawicka 30, 05-092 Łomianki, a więc jest jedynym producentem oferowanego rozwiązania, co jest niezgodne z prawem o publicznych zamówieniach.*

*Państwa wymagania, oraz niektóre zapisy ograniczają konkurencję i wskazują bezpośrednio na produkt ww. firmy.*

*Zgodnie z zachowaniem podanego przez Państwa, 2 dniowym terminem poprzedzającym otwarcie ofert na zadawanie pytań, prosimy o udzielenie odpowiedzi na poniższe pytania, które umożliwią dopuszczenie innych oferentów do złożenia konkurencyjnej oferty pod względem ceny do jakości produktu.*

W pytaniach nr 1 i nr 3 Przystępujący zamieścił poza częściami wskazanymi w odpowiedzi Zamawiającego, uzasadnienie pytań z przedstawieniem możliwości technicznych Przystępującego zamierzającego zaoferować wskazane rozwiązania oraz korzyści jakie może Zamawiający osiągnąć dopuszczając wnioskowane rozwiązania.

Opis przedmiotu zamówienia zamieszczony w SIWZ wraz z odpowiedziami Zamawiającego stanowi opis wiążący w przedmiocie zamówienia - Zamawiającego i Wykonawców, o ile nie zostanie zaskarżony przy wykorzystaniu środków ochrony prawnej, ze

względu na wartość zamówienia na podstawie art. 180 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp.

Niewątpliwie Zamawiający umożliwił wykonawcom w zakresie wskazanym w odpowiedziach na zastosowanie innych rozwiązań technicznych obok opisanych w SIWZ.

Zamawiający, poza oświadczeniami zamieszczonymi w formularzu Oferta, nie wymagał innych oświadczeń lub dokumentów, w tym potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego.

Zatem, oferta mogła być oceniona w kontekście opisów zamieszczonych w SIWZ z uwzględnieniem dodatkowo dopuszczonych rozwiązań technicznych.

Przed dokonaniem oceny ofert, Zamawiający zwracał się do Przystępującego o udzielenie wyjaśnień dotyczących treści oferty pismami: z 17 i 21 maja 2019 r. oraz kontakt telefoniczny i elektroniczny 22-23 maja 2019 r., uzyskując wyjaśnienia wraz z dodatkowymi materiałami. Odwołujący uzyskał na swój wniosek skan oferty Przystępującego i korespondencji Zamawiającego z Przystępującym (17 i 27 maja 2019 r.). Posiadał więc pełną informację co do oferty Przystępującego wraz z dodatkową korespondencją, stanowiącą wyjaśnienia Przystępującego.

Zarzuty, żądania i uzasadnienie odwołania w zakresie parametrów technicznych w zaskarżonej ofercie, Odwołujący, jak wskazał w odwołaniu, określił na podstawie analizy treści SIWZ, udzielonych odpowiedzi oraz informacji internetowych ze stron producenta GOM i Przystępującego (jedyne przedstawiciela producenta na terenie Polski), które, co do zasady – zawierają informacje handlowo-marketingowe. Nie uwzględnił faktu, że Zamawiający był zobowiązany ocenić oferty z uwzględnieniem dopuszczonych odmiennych rozwiązań. Dowody z przesłuchania prokurenta swojej firmy i prezesa zarządu firmy Przystępującego, nie wniosły korzystnych dla Odwołującego ustaleń.

(i) Skanowanie obiektu z kolorem przy zastosowaniu światła niebieskiego (...) i dodatkowego aparatu cyfrowego (zewnętrznego), stanowiącego kompatybilną część oferowanego zestawu w granicach ceny wskazanej w ofercie, zostało dopuszczone w odpowiedzi na pytanie nr 1. Zgodnie z dokonaną prezentacją, przeprowadzaną przez obu wykonawców w zakresie swoich ofert, propozycja innego rozwiązania technicznego, była możliwa do zastosowania i spełniała wymagania Zamawiającego.

(ii) Zarzut co do Laserów pozycjonujących środek objętości, nie został uzasadniony, poza wskazaniem strony YouTube.

(iii) W zakresie rozdzielczości maksymalnej, Zamawiający dopuścił w odpowiedzi na pytanie nr 3 odległość punktu 0,115 mm (z pełną rozdzielczością) przy zastrzeniu niepewności pomiaru na poziomie 0,04 mm. Zatem, w tym kontekście należało ocenić rozdzielczość wskazaną w ofercie Przystępującego.

Mimo podniesienia w odwołaniu kwestii zagrożenia utraty gwarancji, nie zostały przedstawione w tym względzie żadne potwierdzenia.

W świetle powyższego, brak jest podstaw do uznania niezgodności treści oferty z treścią SIWZ rozumianą łącznie z udzielonymi odpowiedziami Zamawiającego, a więc naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp: Przepis art. 85 ust. 1 pkt 5 nie ma zastosowania w tym postępowaniu (przetarg nieograniczony), w którym ofertę wykonawcy wykluczonego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy Pzp, uznaje się za odrzuconą, zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp.

Przepis art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Izba wskazuje za wyrokiem z dnia 29 kwietnia 2019 r., sygn. akt KIO 655/19: Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w wyroku z dnia 4 maja 2017 r., w sprawie C-387/14, w odpowiedzi na pytanie KIO, wskazał: „artykuł 45 ust. 2 lit. g) dyrektywy 2004/18, umożliwiający wykluczenie z postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego wykonawcy „winnego poważnego” wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania żądanych przez instytucję zamawiającą informacji, należy interpretować w ten sposób, że przepis ten można zastosować, jeżeli dany wykonawca dopuścił się pewnego stopnia niedbalstwa, a mianowicie niedbalstwa mogącego mieć decydujący wpływ na decyzje w sprawie wykluczenia, wyboru lub udzielenia zamówienia publicznego, bez względu na to, czy stwierdzone zostanie umyślne naruszenie przepisów przez tego wykonawcę.”

W wyroku z 11 kwietnia 2013 r. sygn. akt XIX Ga 179/13 Sąd Okręgowy w Katowicach wskazał: „Wykluczenie wykonawcy z powodu złożenia nieprawdziwych informacji może nastąpić jedynie wówczas, gdy zamawiający jest w stanie dokonać weryfikacji nieprawdziwości podanych przez wykonawcę informacji, a także w sytuacji jednoznacznego stwierdzenia tej nieprawdziwości. Zatem, dla oceny podstaw wykluczenia istotne znaczenie ma okoliczność, że informacja mająca rzeczywisty realny wpływ na wynik postępowania jest obiektywnie niezgodna z rzeczywistością w sposób niebudzący wątpliwości. Pojęcie nieprawdziwych informacji może być odnoszone tylko i wyłącznie do składanych w postępowaniu oświadczenia wiedzy, a nie do oświadczenia woli”.

Sąd Okręgowy w Krakowie w wyroku z dnia 5 grudnia 2014 r., XII Ga 659/14, zwrócił uwagę, że „Złożenie nieprawdziwych informacji polega na rozbieżności pomiędzy treścią

dokumentu złożonego przez wykonawcę, a rzeczywistym stanem rzeczy.”

Z orzecznictwa i doktryny wynika, że:

Rażące niedbalstwo, to naruszenie ustalonego wzorca należytej staranności, obiektywnego miernika, według którego powinien działać wykonawca. Rażące niedbalstwo odnoszone jest do naruszenia elementarnych reguł prawidłowego zachowania się w danej sytuacji lub nieprzestrzegania podstawowych zasad ostrożności. Ma to być szczególnie negatywna, naganna ocena postępowania dłużnika; stopień naganności postępowania, która drastycznie odbiega od modelu właściwego w danych warunkach.

Lekkomyślność i niedbalstwo, to przypadki działania z winy nieumyślnej, cechujące się niedołożeniem przez wykonawcę należytej staranności. Definicję należytej staranności określa art. 355 § 1 Kodeksu cywilnego stanowiący, że dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju.

Podstawę wykluczenia stanowią okoliczności, gdy zamawiający jest w stanie jednoznacznie stwierdzić nieprawidłowość podanych danych.

Sama okoliczność, że dany parametr nie spełnia wartości granicznej, nie przesądza o uznaniu, że zamawiającemu złożono nieprawdziwą informację mającą lub mogącą mieć wpływ na wynik postępowania i stanowiącą podstawę do wykluczenia wykonawcy (wyrok z 19 listopada 2013 r., sygn. akt KIO 2575/13).

Ustalone okoliczności faktyczne w sprawie nie potwierdzają wystąpienia przesłanek z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp.

Uczestnik postępowania odwoławczego zaoferował inne rozwiązania w zakresie parametrów technicznych jako spełniające wymagania określone przez Zamawiającego dopuszczone na etapie kształtowania treści SIWZ.

Zamawiający ocenił oferowany zakres parametrów technicznych potwierdzając na rozprawie ich zgodność z wymaganiami.

Na podstawie powyższego, Izba oddaliła odwołanie zgodnie z art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 oraz art. 186 ust. 6 pkt 3 lit. a ustawy Pzp, 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. z 2018 r. poz. 972).

Izba zaliczyła do kosztów wpis uiszczony przez Odwołującego w kwocie 7 500 zł zgodnie z §

3 pkt 1 lit. a rozporządzenia oraz zasądziła od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 4 085,60 zł stanowiącą uzasadnione koszty strony postępowania odwoławczego w wysokości określonej na podstawie rachunku przedłożonego do akt sprawy, obejmujące: koszty związane z dojazdem na wyznaczone posiedzenie/rozprawę (485,60 zł) oraz wynagrodzenie pełnomocnika (3 600 zł), na podstawie § 3 pkt 2 lit. a, b w zw. z § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia.

**Przewodniczący:** .....