Sygn. akt KIO 2691/15

WYROK
z dnia 25 maja 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo
Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 grudnia 2015 r., 5 stycznia 2016 r. i 23 maja 2017 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 grudnia 2015 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia
Archus Sp. z o.o. i J. L. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Gama J. L.; ul. Józefowska 5, 40-144 Katowice
w postępowaniu prowadzonym przez
Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S. A.
ul. Marcina Kasprzaka 25, 01-224 Warszawa
przy udziale wykonawcy **Digital-Center Sp. z o.o. Złotniki, ul. Krzemowa 1, 62-002 Suchy Las** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Archus Sp. z o.o. i J. L. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Gama J. L. oraz zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Archus Sp. z o.o.

---

i J. L. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Gama J. L. tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015, 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 Warszawie.

Przewodniczący: ……..…

Sygn. akt: KIO 2691/15

Uzasadnienie

Zamawiający – Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A. prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie usługi „cyfryzacji dokumentacji Centralnego Archiwum Geologicznego PGNiG SA" na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.), w trybie przetargu ograniczonego.
Postępowanie zostało ogłoszone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2015/S 105-191838. Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Przedmiotem zamówienia jest usługa polegająca na cyfryzacji zasobów Centralnego Archiwum Geologicznego PGNiG S.A. i przygotowanie wersji elektronicznej dokumentów do

udostępnienia w sieci korporacyjnej, polegająca na zeskanowaniu dokumentacji papierowych, obróbce cyfrowej zeskanowanych materiałów, zapisie materiału na trwałych, powszechnie używanych nośnikach danych, w zadanych formatach numerycznych oraz w postaci mikrofilmu.

W rozdziale 4. pkt 4.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający wskazał, jakie dokumenty potwierdzające, że oferowane usługi odpowiadają wymaganiom, mają przedstawić wykonawcy wraz z ofertą. Były to:
a) zapisana na trwałym nośniku (np. CD, DVD) w postaci zbioru rastrowego zeskanowana odbitka (przygotowana przez Zamawiającego), która została poddana edycji w sposób opisany przez zamawiającego w tym punkcie,
b) próbka mikrofilmu 35 mm zawierającego naświetlony wynik pracy przedstawionej do oceny w kryterium jakości w formacie A4 oraz jego zwielokrotnienie (16 razy) do formatu A0 wraz z opisem metody mikrofilmowania i parametrami technicznymi (wykonana w sposób opisany przez Zamawiającego w dalszej części tego punktu).
Jakość materiału wskazanego w punkcie a) miała być oceniana w ramach kryterium oceny ofert, natomiast materiału wskazanego w punkcie b) według zasady spełnia/nie spełnia (co oznacza, że w razie niespełnienia wymogu punktu b) oferta podlegałaby odrzuceniu w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych).

Po złożeniu oferty Odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Archus Sp. z o.o. oraz J. L. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Gama J. L. przesłał do Zamawiającego pismo, w którym zwrócił się z wnioskiem o dokonanie poprawki polegającej na zamianie próbki mikrofilmu w ofercie w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych ze względu na to, że złożona próbka nie jest tą, którą zamierzał złożyć. Wskazał, że omyłka ta wynikła z nieumyślnego błędu polegającego na załączeniu do oferty innej, gorszej jakości, próbki mikrofilmu, o czym Odwołujący dowiedział się po analizie dokumentów ofertowych udostępnionych przez Zamawiającego. Do pisma Odwołujący załączył nową próbkę.
W odpowiedzi Zamawiający poinformował wykonawcę, iż przesłany mikrofilm został uznany za uzupełnienie dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Jednocześnie wskazał, że w ww. piśmie Odwołujący nie zawarł wymaganych informacji o metodzie mikrofilmowania próbki i parametrach technicznych wymaganych punktem 4.1. lit. b) specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz wezwał Odwołującego do uzupełnienia tych informacji.
Następnie Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazując, że przyczyną odrzucenia jest niezgodność oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, tj. rozdziałem 4. pkt 4.1, w którym – w celu potwierdzenia przez wykonawców, że oferowane usługi odpowiadają wymaganiom określonym w załączniku nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wymagał złożenia wraz z ofertą próbki mikrofilmu 35 mm zawierającego naświetlony wynik pracy przedstawionej do oceny w kryterium jakości w formacie A4 oraz jego zwielokrotnienie (16 razy) do formatu A0 wraz z opisem metody mikrofilmowania i parametrami technicznymi. Mikrofilm przedłożony przez Odwołującego nie pozwala na odczyt z minimalną rozdzielczością 200 dpi z mikrofilmowanej odbitki arkusza A0.
Jak Zamawiający oświadczył podczas rozprawy, z ostrożności badał obie przedstawione przez Odwołującego próbki, jednak obie nie spełniały wymagań określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.
Za najkorzystniejszą Zamawiający uznał ofertę złożoną przez Digital-Center Sp. z o.o.
W postępowaniu złożono jedynie dwie oferty.

Odwołujący wniósł odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej dotyczące czynności podjętych przez Zamawiającego, polegających na podjęciu decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie błędnie dokonanej oceny wykonanych próbek oraz podjęciu decyzji o przyjęciu oferty wykonawcy Digital-Center Sp. z o.o., pomimo że załączone do oferty tej firmy próbki nie spełniają wymagań zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności polegającej na wyborze oferty złożonej przez Digital-Center Sp. z o.o. i nakazanie Zamawiającemu:
1. dokonania czynności polegającej na ponownej ocenie dostarczonych próbek przy zastosowaniu wiarygodnych i dających się zweryfikować metod technicznych lub przyjęcie oceny dostarczonej przez odwołującego,
2. odrzucenia oferty Digital-Center Sp. z o.o. jako niespełniającej warunków postępowania,
3. przyjęcia oferty Odwołującego jako spełniającej warunki postępowania,
4. powtórzenie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, że Zamawiający powinien przygotować i przeprowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Przepis ten zobowiązuje Zamawiającego do jednakowego traktowania wszystkich wykonawców i oceny ich ofert według tych samych zasad oraz prowadzenia postępowania w sposób pozwalający na zweryfikowanie prawidłowości postępowania zamawiającego, w tym w zakresie oceny ofert. Zamawiający, przyjmując do oceny komplet próbek wykonanych przez Digital-Center Sp. z o.o., które nie spełniały wymogów specyfikacji istotnych warunków zamówienia odnośnie plików, z jakich ma być naświetlony mikrofilm, naruszył zasadę zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców przy ocenie próbek. Przyjęta przez Zamawiającego ocena jakości naświetlenia dowolnie opracowanego skanu zaprzecza zasadom uczciwej konkurencji. Zdaniem Odwołującego Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych nie odrzucając oferty Digital-Center Sp. z o.o., która przedstawiła komplet próbek niezgodnie z wymogami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ponieważ do naświetlenia mikrofilmu nie użyła wyniku pracy przedstawionej do oceny jakości zeskanowania odbitki, lecz innego opracowanego graficznie skanu odbitek fotograficznych. Także mikrofilm przedstawiony przez Digital-Center Sp. z o.o. nie zawiera naświetlonego wyniku pracy przedstawionej do oceny w kryterium jakości w formacie A4, powinien więc być oceniony jako niespełniający wymogów i odrzucony.
Odwołujący nie zgodził się też z dokonaną przez Zamawiającego oceną próbki przedstawionej przez Odwołującego. Zamawiający uznał, że przedstawiony mikrofilm nie pozwala na odczyt z minimalną rozdzielczością 200 dpi, jednak zdaniem Odwołującego elementy wskazane jako nieczytelne można odczytać.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko o zaistnieniu podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego oraz braku podstaw do odrzucenia oferty Digital-Center Sp. z o.o. i wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający wskazał, że nie dysponując technicznymi możliwościami samodzielnego zbadania przedłożonych mikrofilmów zwrócił się o opinię do Polskiego Towarzystwa Kryminalistycznego o zbadanie zgodności mikrofilmów z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wyznaczonemu ekspertowi przekazano materiały niezbędne do dokonania oceny mikrofilmów złożonych przez wykonawców.
Zamawiający zwrócił uwagę, że Odwołujący, działając bez wezwania Zamawiającego, przesłał drugi mikrofilm wskazując, że pierwotnie złożony wraz z ofertą mikrofilm został załączony do oferty omyłkowo. W związku z powyższym Zamawiający przyjął przedłożony mikrofilm jako uzupełnienie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, dlatego biegły poddał badaniu mikrofilm złożony przez Digital-Center Sp. z o.o. oraz mikrofilmy złożone przez Odwołującego. Ocena mikrofilmów złożonych przez Odwołującego prowadziła do wniosku, że są one wykonane w znacznie gorszej jakości od mikrofilmu Digital-Center Sp. z o.o., ponadto skany tablicy testowej zapisane na mikrofilmach Odwołującego nie przedstawiają pełnej tablicy testowej (widoczne fragmenty markerów).
W swej opinii biegły wskazał, iż „porównując jakość obrazów z mikrofilmów z obrazem tablicy testowej należy stwierdzić, że jedynie z negatywu dostarczonego przez firmę Digital-Center możliwe jest odczytanie mikrodruku z obu klatek (obrazujących format A4 i A0). Jakość odwzorowania mikrodruku odpowiada analogicznej zawartości tablicy testowej, wydrukowanej w rozdzielczości 200 dpi. Mikrofilmy dostarczone przez firmę Archus, zawierające obrazy w formacie A0 nie pozwalają na odczyt wzmiankowanego mikrodruku. Oznacza to, że obrazy te zostały naświetlone z rozdzielczością nie pozwalającą na ich

odczyt zgodnie ze SIWZ tj. 200 dpi." Przedmiotowa opinia pozwoliła Zamawiającemu na stwierdzenie niezgodności oferty Odwołującego ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia i jej odrzucenie.
Zamawiający wyjaśnił kwestie techniczne, które stanowiły podstawę podjęcia ww. decyzji o odrzuceniu oferty.
Zamawiający uznał, że oceniając mikrofilmy nie naruszył zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wyrażonych w art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż badanie wszystkich mikrofilmów odbyło się w takich samych warunkach, na takim samym sprzęcie i według takich samych zasad. Celem badania było stwierdzenie na zasadzie spełnia/nie spełnia, czy przedłożone mikrofilmy spełniają wymagania określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Działania Zamawiającego (i działającego na jego zlecenie biegłego) były prowadzone transparentnie, o czym świadczy dokładny opis czynności, jakie prowadziły do wniosków zawartych w opinii i w efekcie odrzucenia i wyboru oferty najkorzystniejszej. Wykonawcy mieli pełen wgląd do dokumentacji postępowania.
Odnośnie zarzutu odwołania dotyczącego oferty Digital-Center Sp. z o.o. Zamawiający wskazał, że Odwołujący nie posiada interesu prawnego w kwestionowaniu tej oferty, gdyż

w przypadku przywrócenia do postępowania oferty Odwołującego, wygra on postępowanie (w oparciu o ustanowione kryteria oceny ofert uzyska więcej punktów), a oferta Digital--Center Sp. z o.o. zostanie sklasyfikowana na drugiej pozycji. W związku z tym Odwołujący nie ponosi szkody w związku z oceną oferty Digital-Center Sp. z o.o.
Ponadto zarzut w stosunku do oferty Digital-Center Sp. z o.o. jest bezpodstawny. W opinii Zamawiającego znaczne różnice tła stwierdzone przez Odwołującego mogą wynikać z warunków i materiału, na jakim naświetlane były skany. Naświetlenia Digital-Center Sp. z o.o. wykonane zostały zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, tj. w oparciu o wynik pracy przestawionej do oceny w kryterium, o czym świadczą cechy (mikroślady).
Zamawiający wskazał też, że w przypadku uwzględnienia przez Izbę tego zarzutu, nie powinien on skutkować odrzuceniem oferty Digital-Center Sp. z o.o., lecz wezwaniem wykonawcy do uzupełnienia próbki w oparciu o art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Również przystępujący po stronie Zamawiającego Digital Center Sp. z o.o. wniósł o oddalenie odwołania.
Wykonawca podniósł, że na pierwszej rozprawie przed Izbą pozyskał informację o czynnościach Zamawiającego niezgodnych z ustawą Prawo zamówień publicznych. Z treści pisma zamawiającego dowiedział się bowiem, iż Odwołujący bez wezwania Zamawiającego przekazał kolejne próbki do oceny w kryterium „jakości" (oraz jako dokument potwierdzający spełnienie wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia w formule spełnia/nie spełnia) – i to po terminie składania ofert. Zamawiający nie powinien przyjąć tych próbek do badań, i to pomimo powołania się na art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Przywołany fragment ustawy mówi o uzupełnieniu oświadczeń lub dokumentów – i to wyłącznie na wezwanie Zamawiającego, a takiego wezwania Zamawiający nie wystosował. Zmiany oferty są dopuszczalne wyłącznie przed upływem terminu składania ofert (pkt 9.17 specyfikacji istotnych warunków zamówienia), po tym terminie żadne zmiany oferty nie są dopuszczalne. Tymczasem w niniejszej sprawie Zamawiający dopuścił do badania próbki złożone przez Odwołującego bez wezwania po terminie składania ofert.
Na rozprawie Odwołujący zeznał, że pierwotnie błędnie przekazał niewłaściwą próbkę, ponieważ niepoprawnie został wytypowany przez pracowników firmy fragment mikrofilmu zawierający właściwie naświetlone klatki. Takie stwierdzenie jest oczywistą nieprawdą, ponieważ klatki mikrofilmu dostarczone pierwotnie różnią się rozmiarem od klatek dostarczonych po terminie składania ofert – pierwsza próbka 28,37x40,67 mm, druga próbka 29,74x43,25 mm. Oznacza to, że obie próbki zostały wykonane na dwóch różnych urządzeniach, ponieważ pełna klatka mikrofilmu wykonywana na jednym urządzeniu

powinna zawsze posiadać jednakowy rozmiar. Zatem nie mogło dojść do omyłki polegającej

na wytypowaniu niewłaściwego zestawu klatek mikrofilmowych z jednego testowego mikrofilmu zawierającego naświetlony ten sam materiał testowy w różnych ustawieniach. Odwołujący prawdopodobnie pozyskał informację, że dostarczony przez niego pierwotnie materiał testowy drastycznie różni się jakością od próbki złożonej przez drugiego wykonawcę i dostarczając po terminie składania ofert drugą próbkę dążył do zmniejszenia tej różnicy.
Zdaniem Przystępującego druga próbka mikrofilmu dostarczona przez Odwołującego także nie spełnia wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ponieważ niemożliwe jest odtworzenie treści z klatki mikrofilmu zawierającego obraz A0. Obraz jest nieczytelny, zwłaszcza w przypadku mniejszych czcionek, występują zniekształcenia geometryczne, nie są widoczne wszystkie elementy wzorca, występują znaczne różnice w jasności tła.
Zdaniem Przystępującego klatki mikrofilmowe z drugiej próby zostały wykonane na kamerze mikrofilmowej, co było niedopuszczalne, a zniekształcenie geometryczne obrazu klatki A0 powstało w wyniku nierównego ułożenia wydruków (kartek) skanu A4 na stole kamery mikrofilmowej. Odwołujący nie poinformował o zmianie urządzeń deklarowanych do wykonania przedmiotu zamówienia, wobec powyższego druga próbka powinna zostać odrzucona nie tylko ze względu na niespełnione kryteria jakościowe, ale także ze względów formalnych.
Przystępujący podniósł też, że Odwołujący nie ma interesu w stawianiu zarzutów wobec oferty Przystępującego, gdyż w przypadku uwzględnienia odwołania w zakresie zarzutu nieuzasadnionego odrzucenia oferty Odwołującego, oferta Odwołującego automatycznie (ze względu na niższą cenę) stałaby się ofertą zwycięską. Odwołujący zatem nie ma interesu w tym, by odrzucić ofertę Przystępującego.
Wskazał też, że zarzuty Odwołującego w stosunku do oferty Przystępującego są bezpodstawne (pominięto argumentację dotyczącą kwestii technicznych).

Odwołujący, Zamawiający i Przystępujący w pismach oraz podczas rozprawy przedstawili również szeroką argumentację dotyczącą kwestii technicznych.

Po zapoznaniu się z przedmiotem sporu oraz argumentacją obu Stron i Przystępującego, w oparciu o stan faktyczny ustalony podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania, również w zakresie kwestionowanym przez Zamawiającego i Przystępującego.

Izba ustaliła też, iż stan faktyczny postępowania (przebieg postępowania) nie jest sporny między Stronami.

Po przeprowadzeniu rozprawy, postanowieniem z 19 lutego 2016 r., Izba, na podstawie art. 267 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, postanowiła skierować do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej następujące pytania prejudycjalne dotyczące wykładni przepisów prawa unijnego, związane z wymaganym w przedmiotowej sprawie rozstrzygnięciem:
1. Czy art. 10 dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych można interpretować w ten sposób, że zamawiający może być zobowiązany do wezwania wykonawców, którzy w określonym terminie (tj. terminie wyznaczonym na złożenie ofert) nie złożyli wymaganych przez zamawiającego „oświadczeń lub dokumentów" potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego (które to pojęcie obejmuje także próbki przedmiotu zamówienia) albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego „oświadczenia lub dokumenty" zawierające błędy do złożenia brakujących lub korygujących błędy „oświadczeń lub dokumentów" (próbek) w wyznaczonym dodatkowym terminie bez ustanowienia zakazu, zgodnie z którym uzupełnione „oświadczenia lub dokumenty" (próbki) nie mogą zmieniać treści oferty?
2. Czy art. 1 ust. 3 dyrektywy Rady 92/13/EWG z dnia 25 lutego 1992 r. koordynującej przepisy ustawowe, wykonawcze i administracyjne odnoszące się do stosowania przepisów

wspólnotowych w procedurach zamówień publicznych podmiotów działających w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji, zmienionej dyrektywą 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. zmieniającą dyrektywy Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień należy interpretować w ten sposób, że „dane zamówienie", o którym mowa w tym przepisie w części „interes w uzyskaniu danego zamówienia" oznacza „dane, prowadzone postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego" (tu: ogłoszone ogłoszeniem z 3 czerwca 2015 r.), czy też „dany przedmiot zamówienia" (tu: usługa cyfryzacji dokumentacji archiwum Zamawiającego), niezależnie od tego, czy w konsekwencji uwzględnienia odwołania zamawiający zobowiązany będzie unieważnić prowadzone postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego i ewentualnie rozpocząć kolejne postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego?

Pytanie 1. w istocie dotyczyło zgodności z prawem unijnym – w szczególności z zasadą równego traktowania stron i zasadą przejrzystości – przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Prawo

zamówień publicznych, który nakłada na Zamawiającego bezwzględny obowiązek wezwania wykonawcy do uzupełnienia „oświadczeń i dokumentów", którymi na gruncie § 6 ust. 1 pkt 1 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,* są także próbki. Tym samym – kierując się literalnie tym przepisem – Zamawiający musiałby wezwać wykonawców do uzupełnienia próbek czy opisów metody ich wykonania, nawet jeśli zdawałby sobie sprawę, że uzupełnienie to nie mogłoby prowadzić do innego efektu niż zmiana oferty. Należy bowiem zauważyć, że zakaz prowadzenia między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2 tego przepisu, dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści, znajduje się dopiero w art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych i dotyczy wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert.

Art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w brzmieniu obowiązującym w niniejszym postępowaniu stanowi, że „zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert."
Zgodnie z art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, do którego odwołuje się art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych „w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie: 1) warunków udziału w postępowaniu, 2) przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego – zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert."
Przywołany § 6 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane wskazuje zaś, że „w celu potwierdzenia, że oferowane roboty budowlane, dostawy lub usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, zamawiający może żądać

w szczególności: 1) próbek, opisów lub fotografii produktów, które mają zostać dostarczone, których autentyczność musi zostać poświadczona przez wykonawcę na żądanie

zamawiającego…”

W odpowiedzi, w wyroku z 11 maja 2017 r., sprawa o sygn. C-131/16 Trybunał wskazał, iż „zasadę równego traktowania wykonawców zapisaną w art. 10 dyrektywy 2004/17 należy interpretować w ten sposób, że stoi ona na przeszkodzie temu, by w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego instytucja zamawiająca wezwała oferenta do dostarczenia oświadczeń lub dokumentów, których przedstawienia wymagała specyfikacja istotnych warunków zamówienia, a których nie dostarczono w terminie składania ofert. Artykuł ten nie stoi natomiast na przeszkodzie temu, by instytucja zamawiająca wezwała oferenta do wyjaśnienia oferty lub sprostowania oczywistej omyłki w tej ofercie, pod warunkiem jednak, że takie wezwanie zostanie skierowane do wszystkich oferentów znajdujących się w tej samej sytuacji, że wszyscy oferenci będą traktowani równo i lojalnie i że tego wyjaśnienia lub sprostowania nie będzie można zrównać z przedstawieniem nowej oferty, co powinien sprawdzić sąd odsyłający.”
Trybunał podkreślił, że obowiązek przestrzegania przez zamawiającego zasady równego traktowania oferentów, mającej na celu wspieranie rozwoju zdrowej i skutecznej konkurencji między przedsiębiorstwami ubiegającymi się o zamówienie publiczne wymaga w szczególności, by wszyscy oferenci znajdowali się na równorzędnej pozycji zarówno w chwili przygotowywania ofert, jak i w chwili dokonywania ich oceny przez zamawiającego. Zasada ta wymaga w szczególności, by wszyscy oferenci mieli takie same szanse przy formułowaniu swych ofert, z czego wynika wymóg, by oferty wszystkich konkurentów podlegały tym samym warunkom. Zasada równego traktowania i obowiązek przejrzystości stoją również na przeszkodzie negocjacjom między zamawiającym a oferentem w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w związku z czym co do zasady oferta nie może być modyfikowana po jej złożeniu ani z inicjatywy zamawiającego, ani z inicjatywy oferenta. Dopuszczenie, by zamawiający mógł zwrócić się do wykonawcy, którego ofertę uważa ona za niedokładną lub niezgodną z wymogami technicznymi zawartymi w specyfikacji, z żądaniem udzielenia wyjaśnień w tym względzie mogłoby bowiem w przypadku, w którym oferta tego kandydata zostałaby ostatecznie przyjęta, prowadzić do wrażenia, że owa instytucja zamawiająca negocjowała tę ofertę potajemnie, ze szkodą dla innych kandydatów i z naruszeniem zasady równego traktowania. Zasada równego traktowania nie stoi na przeszkodzie poprawieniu lub uzupełnieniu szczegółów oferty, jeżeli w sposób oczywisty wymaga ona niewielkiego wyjaśnienia lub sprostowania oczywistych omyłek, przy czym należy jednak przestrzegać określonych wymogów. Po pierwsze, żądanie wyjaśnienia oferty powinno zostać skierowane w równoważny sposób do wszystkich

oferentów znajdujących się w takiej samej sytuacji i powinno dotyczyć wszystkich wymagających wyjaśnienia punktów oferty. Ponadto żądanie to nie może prowadzić do rezultatu porównywalnego w istocie z przedstawieniem przez oferenta nowej oferty. Zamawiający ma też generalny obowiązek traktować kandydatów w sposób równy i lojalny, tak by żądania wyjaśnień nie można było uznać po zakończeniu procedury wyboru ofert i w świetle jego wyniku za nieuzasadnione bardziej lub mniej korzystne traktowanie kandydata lub kandydatów, do których żądanie takie skierowano. Żądanie wyjaśnień nie może jednak rekompensować braku dokumentu lub informacji, których przekazanie było wymagane w dokumentacji przetargowej, gdyż zamawiający musi ściśle przestrzegać ustanowionych przez samą siebie kryteriów.
W okolicznościach sprawy głównej to wykonawcy Archus i Gama, występując jako oferent, zwrócili się do zamawiającego o wprowadzenie poprawki do ich oferty, w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, w celu zastąpienia nową próbką mikrofilmu próbki, którą załączyli do swojej oferty, a która nie była zgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Tymczasem wezwanie przez zamawiającego oferenta do przedstawienia wymaganych oświadczeń lub dokumentów nie może co do zasady mieć innego celu, niż wyjaśnienie oferty lub sprostowanie oczywistej omyłki w tej ofercie. Nie może więc ogólnie umożliwiać oferentowi dostarczenia oświadczeń i dokumentów, których przedstawienie było wymagane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a których nie przedstawiono w terminie składania ofert. Nie może też doprowadzić do przedstawienia przez oferenta dokumentów zawierających takie zmiany, które stanowiłyby w rzeczywistości nową ofertę.

W każdym razie mogące ciążyć na zamawiającym na podstawie prawa krajowego zobowiązanie do wezwania oferentów do dostarczenia wymaganych oświadczeń i dokumentów, których nie przedstawili oni w terminie składania ofert, lub do poprawienia tych oświadczeń i dokumentów w przypadku błędów, można dopuścić wyłącznie jeżeli poczynione uzupełnienia lub poprawki pierwotnej oferty nie doprowadzą do jej istotnej zmiany. Pierwotną ofertę można poprawić w celu usunięcia oczywistych omyłek tylko w wyjątkowych przypadkach i tylko jeżeli zmiana nie doprowadzi do przedstawienia w rzeczywistości nowej oferty.
Trybunał pozostawił do oceny Izby ustalenie, czy w okolicznościach sprawy głównej dokonana przez wykonawców Archus i Gama zamiana nadal mieściła się w granicach sprostowania oczywistej pomyłki w ich ofercie.

Jak wskazano powyżej, wykonawcy, w terminie składania ofert, mieli przedstawić Zamawiającemu „wraz z ofertą dokumenty potwierdzające, że oferowane usługi odpowiadają wymaganiom" w postaci:

1. zapisanej na trwałym nośniku (np. CD, DVD) w postaci zbioru rastrowego zeskanowanej odbitki (przygotowanej wcześniej przez Zamawiającego), która miała zostać poddana edycji w sposób opisany przez Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
2. próbki mikrofilmu 35 mm zawierającego naświetlony wynik pracy przedstawionej do oceny w kryterium jakości w formacie A4 oraz jego zwielokrotnienie (16 razy) do formatu A0 wraz z opisem metody mikrofilmowania i parametrami technicznymi (wykonanej w sposób opisany przez Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia).
Dodatkowo wykonawcy mieli przedstawić informację o metodzie mikrofilmowania próbki i parametrach technicznych wymaganych punktem 4.1. lit. b) specyfikacji istotnych warunków zamówienia.
Jakość materiału wskazanego w punkcie 1. miała być oceniana w ramach kryterium oceny ofert, natomiast materiału wskazanego w punkcie 2. według zasady spełnia-nie spełnia (ze skutkiem ewentualnego odrzucenia oferty).

Należy zauważyć, że pomimo nazwania ww. materiałów „dokumentami potwierdzającymi, że oferowane usługi odpowiadają wymaganiom", co prowadzi do odniesienia do art. 25 ust. 1 i § 6 *rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może* żądać *zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane,* w istocie są to elementy nie jedynie „potwierdzające wymagania", składane „wraz z ofertą", lecz są ofertą samą w sobie stanowiąc jej najbardziej ścisłą, merytoryczną część, określającą przedmiot umowy w sposób zindywidualizowany i niepowtarzalny.
Nie są to zdjęcia, opisy czy próbki – jak bywa to wymagane w postępowaniach przetargowych – długopisów, strzykawek, rurek, laptopów, samochodów itp. przedmiotów, które można określić w ofercie np. po nazwie producenta i modelu (i które w niej zostały w taki sposób określone), a załączone do oferty zdjęcia, opisy czy próbki mają jedynie je zwizualizować czy służyć do wypróbowania działania, przy czym co do zasady wymiana zdjęcia, opisu czy próbki nie zmienia właściwości samego oferowanego produktu.

W niniejszej sprawie wymiana ww. materiałów i informacji o sposobie jego wykonania na inne – czy to z inicjatywy Zamawiającego, czy Odwołującego – prowadziła do istotnej zmiany przedmiotu, który został zaoferowany, w postaci mikrofilmu czy odbitki o zupełnie innej jakości. Tym samym w istocie równała się złożeniu częściowo nowej oferty (pomimo zmiany jakości wykonania cena bowiem pozostawała ta sama) i była niedopuszczalna. Tym samym, na gruncie zasad udzielania zamówień publicznych, na które powołał się Trybunał, wszelkie próby zmiany oferty powinny zostać uznane za bezskuteczne, a badaniu i ocenie mogła podlegać wyłącznie próbka przedstawiona w terminie składania ofert.

Co do owych materiałów – jak wynika ze stanu ustalonego podczas rozprawy – nie było sporne pomiędzy Stronami, że ich jakość nie odpowiadała wymaganiom Zamawiającego określonym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia – dlatego też Odwołujący podjął wysiłek złożenia nowych próbek i nowego opisu. Potwierdzają to też badania zlecone przez

Zamawiającego ekspertowi. W zakresie oceny jakości badanych materiałów (ich wersja pierwsza) Izba uznała za wiarygodną ocenę techniczną dokonaną przez Zamawiającego i powołanego przez niego eksperta.

Wobec powyższego Izba stwierdziła, że – pomimo wady formalnej polegającej na odniesieniu się do zmienionych próbek – czynność odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli oferty, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jest poprawna.
Nie budzi też wątpliwości, że oferta ta tym bardziej nie podlegała korekcie w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych (niezależnie od zakazu prawnego, do którego odniósł się Trybunał, Zamawiający z przyczyn technicznych nie mógł dokonać korekty próbek).

Co do zarzutu dotyczącego kwestii technicznych związanych z materiałami przedstawionymi przez Przystępującego, tj. iż przedstawiony w ofercie mikrofilm nie został wykonany z przedstawionego skanu, Izba uznała za wiarygodne wyjaśnienia w tej kwestii złożone przez Zamawiającego oraz powołanego przez niego eksperta, a także wyjaśnienia Przystępującego (m.in. str. 2-4 protokołu rozprawy z 5 stycznia 2016 r.).

Samo podniesienie takiego zarzutu przez Odwołującego w stosunku do Przystępującego Izba uznała za dopuszczalne, co potwierdza stanowisko Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej wyrażone w odpowiedzi na pytanie w ww. wyroku z 11 maja 2017 r. o sygn. C-131/16. Trybunał orzekł w nim, że „w sytuacji takiej jak ta rozpatrywana w postępowaniu głównym, w której w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego złożono dwie oferty, a instytucja zamawiająca wydała jednocześnie dwie decyzje, odpowiednio, o odrzuceniu oferty jednego z oferentów i o udzieleniu zamówienia drugiemu, odrzucony oferent, który zaskarżył obie te decyzje, powinien mieć możliwość żądania wykluczenia oferty wygrywającego oferenta, w związku z czym pojęcie <>
w rozumieniu art. 1 ust. 3 dyrektywy 92/13 może w danym razie dotyczyć ewentualnego wszczęcia nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.”
Trybunał zauważył, że art. 1 ust. 3 dyrektywy 92/13 (tj. dyrektywy Rady 92/13/EWG z dnia 25 lutego 1992 r. koordynującej przepisy ustawowe, wykonawcze i administracyjne odnoszące się do stosowania przepisów wspólnotowych w procedurach zamówień

publicznych podmiotów działających w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji, zmienionej dyrektywą 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. zmieniającą dyrektywy Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień) stanowi, iż państwa członkowskie zapewniają dostępność procedur odwoławczych, w ramach szczegółowych przepisów, które państwa członkowskie mogą ustanowić, przynajmniej dla każdego podmiotu, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia i który poniósł szkodę lub może ponieść szkodę w wyniku domniemanego naruszenia.
Trybunał stwierdził, że w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oferenci mają równoważny uzasadniony interes w wykluczeniu ofert pozostałych do celów uzyskania zamówienia bez względu na liczbę uczestników postępowania i liczbę uczestników, którzy wnieśli odwołanie. Po pierwsze, wykluczenie jednego z oferentów może bowiem doprowadzić do tego, że inny oferent uzyska zamówienie bezpośrednio w ramach tego samego postępowania. Po drugie, jeśli miałoby nastąpić wykluczenie wszystkich oferentów i wszczęcie nowego postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, to każdy z oferentów mógłby wziąć w nim udział i w ten sposób pośrednio uzyskać zamówienie. W ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w którym złożono dwie oferty, a zamawiający wydał jednocześnie dwie decyzje, odpowiednio, o odrzuceniu oferty jednego z oferentów i o udzieleniu zamówienia drugiemu, odrzucony oferent zaskarżył te dwie decyzje. W swojej skardze odrzucony oferent wniósł o wykluczenie oferty wybranego wykonawcy ze względu na brak jej zgodności ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. W takiej sytuacji należy uznać, że oferentowi, który wniósł skargę, przysługuje uzasadniony interes w wykluczeniu oferty wybranego wykonawcy, które może w odpowiednim razie doprowadzić do stwierdzenia, że instytucja zamawiająca nie jest

w stanie dokonać wyboru prawidłowo złożonej oferty. Wykładnię tę potwierdzają przepisy art. 2a ust. 1 i 2 dyrektywy 92/13, wyraźnie przewidujące prawo do wniesienia skargi przez oferentów, którzy nie są ostatecznie wykluczeni, w szczególności na podjęte przez instytucje zamawiające decyzje o udzieleniu zamówienia. Wprawdzie Trybunał orzekł w wyroku z dnia 21 grudnia 2016 r., sygn. C-355/15, że oferentowi, którego oferta została wykluczona przez instytucję zamawiającą z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, można odmówić dostępu do odwołania od decyzji o udzieleniu zamówienia, jednak decyzja o wykluczeniu wspomnianego oferenta została utrzymana w mocy orzeczeniem, które nabrało powagi rzeczy osądzonej, zanim sąd, do którego zaskarżono decyzję o udzieleniu zamówienia, wydał orzeczenie, w związku z czym oferenta tego należało uważać za ostatecznie wykluczonego z danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Natomiast w sprawie rozpatrywanej w postępowaniu głównym wykonawcy Archus i Gama

zaskarżyli decyzję o wykluczeniu ich oferty oraz decyzję o udzieleniu zamówienia, które zostały wydane jednocześnie, a więc nie można uznać, że zostali oni ostatecznie wykluczeni z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W takiej sytuacji pojęcie „danego zamówienia" w rozumieniu art. 1 ust. 3 dyrektywy 93/13 może w danym razie dotyczyć ewentualnego wszczęcia nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Tym samym również w zakresie zarzutu i żądania dotyczącego odrzucenia oferty Przystępującego Odwołujący posiada interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym środki ochrony prawnej w ramach ustawy Prawo zamówień publicznych przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji oddalając odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący: ……..…..…..…..…..…..…..…