

Sygn. akt: KIO 2691/15

POSTANOWIENIE
z dnia 19 lutego 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 grudnia 2015 r. i 5 stycznia 2016 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 11 grudnia 2015 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Archus Sp. z o.o. 40-144 Katowice, ul Józefowska 5 oraz Jacka Lipika prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Gama Jacek Lipik, 32-048 Jerzmanowice, Sęspów 268 w postępowaniu prowadzonym przez Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A. 01-224 Warszawa, ul. Kasprzaka 25 na wykonanie usługi „cyfryzacji dokumentacji Centralnego Archiwum Geologicznego PGNiG SA”, ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 3 czerwca 2015 r. pod numerem 2015/S 105-191838, przy udziale wykonawcy Digital-Center Sp z o.o., 62-002 Suchy Las, ul Krzemowa 1 zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

na podstawie art. 267 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej skierować do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej następujące pytania prejudycjalne dotyczące wykładni przepisów prawa unijnego:

Pytanie 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?

Pytanie 2: 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 zatrzymać wadium wykonawcy, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie go przez zamawiającego do uzupełnienia nie złożył „dokumentów lub oświadczeń” (próbek) potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego w sytuacji, gdy takie uzupełnienia prowadziłyby do zmiany treści oferty lub nie wyraził zgody na poprawienie oferty przez zamawiającego, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej?

Pytanie 3: 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?

UZASADNIENIE

I Ramy prawne

Regulacje wspólnotowe

1) Art. 1 ust. 2 lit. a) 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 (zwanej dalej dyrektywą 2004/17/WE):

„Zamówienia na dostawy, roboty budowlane i usługi” oznaczają odpłatne umowy zawarte na piśmie pomiędzy jednym lub wieloma podmiotami zamawiającymi, wymienionymi w art. 2 ust. 2, oraz jednym lub wieloma przedsiębiorcami budowlanymi, dostawcami lub usługodawcami.

2) 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:

„Podmioty zamawiające traktują wykonawców jednakowo i w sposób niedyskryminujący oraz postępują w sposób przejrzysty”.

3) Art. 1 ust. 1 i 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 w brzmieniu nadanym 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:

„1. Niniejsza dyrektywa ma zastosowanie do zamówień, o których mowa w dyrektywie 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, chyba że takie zamówienia wyłączono zgodnie z art. 5 ust. 2, art. 18-26, art. 29 i 30 lub art. 62 tej dyrektywy.

Zamówienia w rozumieniu niniejszej dyrektywy obejmują zamówienia na dostawy, roboty budowlane i usługi, umowy ramowe i dynamiczne systemy zakupów.

Państwa członkowskie przedsięwzięją niezbędne środki, aby zapewnić – w odniesieniu do zamówień objętych zakresem zastosowania dyrektywy 2004/17/WE – możliwość skutecznego, a w szczególności możliwie szybkiego odwołania od decyzji podjętych przez

podmioty zamawiające, zgodnie z warunkami określonymi w art. 2-2f niniejszej dyrektywy, z powodu naruszenia przez te decyzje prawa wspólnotowego w dziedzinie zamówień lub naruszenia krajowych przepisów transponujących to prawo. (...)

3. 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.”

Regulacje krajowe

1) Art. 2 pkt 7a ustawy Prawo zamówień publicznych:

„Ilekoć w ustawie jest mowa o: (...) postępowaniu o udzielenie zamówienia – należy przez to rozumieć postępowanie wszczynane w drodze publicznego ogłoszenia o zamówieniu lub przesłania zaproszenia do składania ofert albo przesłania zaproszenia do negocjacji w celu dokonania wyboru oferty wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego, lub – w przypadku trybu zamówienia z wolnej ręki – wynegocjowania postanowień takiej umowy.”

2) Art. 2 pkt 13 ustawy Prawo zamówień publicznych:

„Ilekoć w ustawie jest mowa o: (...) zamówieniach publicznych – należy przez to rozumieć umowy odpłatne zawierane między zamawiającym a wykonawcą, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane.”

3) Art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych:

„Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.”

4) Art. 25 ustawy Prawo zamówień publicznych:

„1. 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.

2. Prezes Rady Ministrów określi, w drodze rozporządzenia, rodzaje dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz formy, w jakich dokumenty te mogą być składane, mając na uwadze, że potwierdzeniem spełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia może być zamiast dokumentu również oświadczenie złożone przed właściwym organem, potwierdzeniem niekaralności wykonawcy może być w szczególności informacja z Krajowego Rejestru Karnego, a potwierdzeniem, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego może być w szczególności zaświadczenie podmiotu uprawnionego do kontroli jakości oraz że formy dokumentów powinny umożliwiać udzielanie zamówień również drogą elektroniczną, a także potrzebę zapewnienia ochrony informacji niejawnych, w przypadku zamówień wymagających tych informacji, związanych z nimi lub je zawierających, w sposób określony w przepisach o ochronie informacji niejawnych.”

5) Art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych:

„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.”

6) Art. 36 ust. 1 pkt 3 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych:

„1. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera co najmniej: (...)

3) opis przedmiotu zamówienia; (...)

10) opis sposobu przygotowywania ofert; (...)”

7) Art. 82 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych:

„1. Wykonawca może złożyć jedną ofertę. (...)

3. Treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.”

8) Art. 84 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych:

„Wykonawca może, przed upływem terminu do składania ofert, zmienić lub wycofać ofertę.”

9) Art. 87 ustawy Prawo zamówień publicznych:

„1. W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

1a. W postępowaniu prowadzonym w trybie dialogu konkurencyjnego w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców sprecyzowania i dopracowania treści ofert oraz przedstawienia informacji dodatkowych, z tym że niedopuszczalne jest dokonywanie istotnych zmian w treści ofert oraz zmian wymagań zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

2. Zamawiający poprawia w ofercie:

- 1) oczywiste omyłki pisarskie,
- 2) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek,
- 3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty – niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

10) Art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych:

„Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 (...)”.

11) Art. 93 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych:

„Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli:

- 1) nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu albo nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od wykonawcy niepodlegającego wykluczeniu, z zastrzeżeniem pkt 2 i 3;
- 2) w postępowaniu prowadzonym w trybie zapytania o cenę nie złożono co najmniej dwóch ofert niepodlegających odrzuceniu;
- 3) w postępowaniu prowadzonym w trybie licytacji elektronicznej wpłynęły mniej niż dwa wnioski o dopuszczenie do udziału w licytacji elektronicznej albo nie została złożona żadna oferta;
- 4) cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty;

5) w przypadkach, o których mowa w art. 91 ust. 5, zostały złożone oferty dodatkowe o takiej samej cenie;

6) wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć;

7) postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

12) Art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych:

„Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale 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.”

13) Art. 180 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych:

„Odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy.”

14) § 6 ust. 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:

„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;

2) zaświadczenia niezależnego podmiotu uprawnionego do kontroli jakości potwierdzającego, że dostarczane produkty odpowiadają określonym normom lub specyfikacjom technicznym;

3) zaświadczenia niezależnego podmiotu zajmującego się poświadczaniem zgodności działań wykonawcy z normami jakościowymi, jeżeli zamawiający odwołują się do systemów zapewniania jakości opartych na odpowiednich normach europejskich;

4) zaświadczenia niezależnego podmiotu zajmującego się poświadczaniem zgodności działań wykonawcy z europejskimi normami zarządzania środowiskiem, jeżeli zamawiający wskazują środki zarządzania środowiskiem, które wykonawca będzie stosował podczas wykonywania zamówienia na roboty budowlane lub usługi, odwołując się do systemu zarządzania środowiskiem i audytu (EMAS) lub norm zarządzania

środowiskiem opartych na europejskich lub międzynarodowych normach poświadczonych przez podmioty działające zgodnie z prawem Unii Europejskiej, europejskimi lub międzynarodowymi normami dotyczącymi certyfikacji.”

15) Art. 70⁴ § 1 ustawy Kodeks cywilny:

„W warunkach aukcji lub przetargu można zastrzec, że przystępujący do aukcji lub przetargu powinien, pod rygorem niedopuszczenia do nich, wpłacić organizatorowi określoną sumę albo ustanowić odpowiednie zabezpieczenie jej zapłaty (wadium).”

II Stan faktyczny

Informacje ogólne

Spór w niniejszej sprawie powstał w wyniku działania zamawiającego – Polskiego Górnictwa Naftowego i Gazownictwa S.A. (PGNiG), który prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie „cyfryzacji dokumentacji Centralnego Archiwum Geologicznego PGNiG SA” odrzucił ofertę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Archus Sp. z o.o. oraz Jacka Lipika prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Gama Jacek Lipik, zwanych dalej „wykonawcą” lub „odwołującym”. Postępowanie zostało ogłoszone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2015/S 105-191838 ze względu na wartość przekraczającą tzw. „progi unijne”. Postępowanie prowadzone jest w procedurze ograniczonej (przetargu ograniczonym).

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 oceniany 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).

Wykonawcy zobowiązani byli do zabezpieczenia oferty wadium w wysokości 20.000 zł.

Po złożeniu oferty odwołujący, pismem z 15 października 2015 r., zwrócił się do zamawiającego 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. 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, pismem z 17 listopada 2015 r. 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 piśmie z 15 października 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.

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.

Stanowiska stron postępowania odwoławczego

Odwołujący

Odwołujący, korzystając z przysługujących mu zgodnie z ustawą Prawo zamówień publicznych środków ochrony prawnej, wniósł, w przysługującym mu terminie i zgodnie z innymi wymogami formalnymi, odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej (dalej: Izba) dotyczące czynności podjętych przez zamawiającego w toku przedmiotowego postępowania polegających na podjęciu decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie błędnie dokonanej oceny wykonanych próbek oraz podjęciu decyzji o przyjęciu oferty firmy 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.

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.

Odwołujący (podobnie jak zamawiający i przystępujący Digital-Center Sp. z o.o.) w pismach oraz podczas rozprawy przedstawili szeroką argumentację dotyczącą kwestii technicznych, zostaje ona jednak pominięta jako nieistotna z punktu widzenia rozstrzygnięcia, którego ma dokonać Trybunał.

Zamawiający

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, przesał 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.

Odnosnie 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 przedstawionej 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.

Przystępujący Digital-Center Sp. z o.o.

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 klitek 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 klitek 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 wciąż niespełnione kryteria jakościowe, ale także ze względów formalnych.

Pozostałą argumentację odnoszącą się do kwestii technicznych pominięto.

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. Jakkolwiek zarzuty odwołującego w stosunku do oferty przystępującego są bezpodstawne (pominięto argumentację dotyczącą kwestii technicznych).

III Powody wystąpienia Krajowej Izby Odwoławczej z pytaniem prejudycjalnym

Uwagi ogólne

Wobec przystąpienia Rzeczypospolitej Polskiej do Unii Europejskiej, na podstawie Traktatu Akcesyjnego, prawo unijne stało się od tej daty częścią obowiązującego porządku prawnego, mając, w przypadku kolizji z prawem krajowym, pierwszeństwo ze względu na treść art. 91 ust. 3 Konstytucji RP w związku z art. 2 Aktu dotyczącego warunków przystąpienia, stanowiącego część Traktatu Akcesyjnego. Zasada pierwszeństwa prawa unijnego ma również oparcie w ugruntowanym orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej.

Izba doszła do przekonania, że ocena zasadności zarzutów odwołania wiąże się z koniecznością dokonania wykładni przepisów prawa unijnego.

Przy tym, zdaniem Izby, jedynie wskazanie przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej poglądu w zakresie znaczenia i sposobu stosowania wskazanych przepisów, jest w stanie w największym stopniu zagwarantować stałość i jednolitość praktyki w zakresie objętym sporem.

Stosownie do art. 267 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej w przypadku, gdy pytanie związane z wykładnią traktatów jest podniesione przed sądem jednego z państw członkowskich, sąd ten może, jeśli uzna, że decyzja w tej kwestii jest niezbędna do wydania wyroku, zwrócić się do Trybunału z wnioskiem o rozpatrzenie tego pytania.

Zgodnie z orzeczeniem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z 13 grudnia 2012 r. w sprawie C-465/11 Forposta i ABC Direct Contact Krajowej Izbie Odwoławczej przysługuje prawo zadawania pytań prejudycjalnych Trybunałowi Sprawiedliwości Unii Europejskiej.

Ze względu na wątpliwości zaistniałe przy wykładni powyżej wskazanych przepisów przywołanych dyrektywy, uwzględniając przytoczone postanowienia art. 267 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, Izba uznała, że celowe jest skierowanie pytania prejudycjalnego do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej.

Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej rozstrzygnięcie przedmiotowych kwestii jest konieczne do wydania wyroku w zawisłej sprawie. Ze względu na to, że Izba może w wyroku nakazać zamawiającemu dokonanie lub unieważnienie różnych czynności, mających odmienne konsekwencje dla zamawiającego i wykonawców biorących udział w postępowaniu, Izba uznała, że dla zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców konieczne jest wszechstronne rozważenie podniesionych kwestii.

Charakter zagadnień poruszanych w niniejszym zapytaniu – w szczególności częste i szerokie stosowanie uzupełniania „oświadczeń i dokumentów” na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz liczba wnoszonych odwołań – ma istotne znaczenie również dla transgranicznej wymiany usług.

Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej nie rozstrzygał dotychczas przedmiotowej kwestii prawnej, tj. nie wskazywał prawidłowej interpretacji powyżej wskazanych przepisów w poruszonym zakresie.

W przedmiocie pytania prejudycjalnego

Określone w dyrektywie 2004/17/WE zasady udzielania zamówień publicznych wskazują w sposób jednoznaczny, że podmioty zamawiające zobowiązane są do jednakowego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców, a także postępowania w sposób przejrzysty.

W ustawie Prawo zamówień publicznych co prawda nie wskazano bezpośrednio na konieczność zachowania zasady przejrzystości postępowania, lecz, jak wskazał Trybunał w wyroku z 13 kwietnia 2010 r. w sprawie C-91/08 Wall AG v. Stadt Frankfurt am Main, Frankfurter Entsorgung und Service (FES) GmbH „obowiązek przejrzystości wynika wprost z art. 43 WE i 49 WE, które są bezpośrednio skuteczne w wewnętrznym porządku prawnym państw członkowskich, z pierwszeństwem przed wszelkimi przepisami prawa krajowego, które byłyby z nimi niezgodne”. Został on też wskazany w art. 10 dyrektywy 2004/17/WE.

Z kolei w orzeczeniu z 29 marca 2012 r. w sprawie C-599/10 SAG ELV Slovensko a.s. Trybunał podkreślił, że instytucja zamawiająca ma obowiązek traktowania różnych kandydatów w sposób równy i lojalny tak, aby pod koniec procedury selekcji ofert i mając na uwadze jej wynik, wykonawcy nie odnieśli wrażenia, że instytucja zamawiająca w sposób nieuprawniony faworyzuje lub defaworyzuje kandydatów. Tym bardziej, zdaniem Izby, takiego wrażenia nie powinna sprawiać sama procedura udzielania zamówień wynikająca bezpośrednio z przepisów prawa.

W przedmiotowej sprawie rozpatrywanej przez Izbę podstawową kwestią sporną są parametry techniczne przedstawionych zamawiającemu próbek oraz sposób ich przygotowania. Jednak okoliczności sprawy wskazują, że zaistniały tu także – i przede wszystkim – pewne wątpliwości prawne, które muszą być rozstrzygnięte na równi z owymi kwestiami technicznymi, a nawet przed nimi.

Bezsporne jest, że zamawiający wymagał przedstawienia przez wykonawców próbek pokazujących, w jaki sposób i z jaką jakością wykonawcy dokonają cyfryzacji powierzonych im dokumentów. Próbki te miały być przygotowane zgodnie z instrukcją zawartą w punkcie 4.1. specyfikacji istotnych warunków zamówienia i przedstawione wraz z ofertami.

Na wstępie należy stwierdzić, że chociaż próbki, jak w niniejszym przypadku, co do zasady są przedmiotami, a nie „dokumentami”, art. 25 ust. 1 i ust. 2 w zw. z § 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 kwalifikuje je jako „dokumenty i oświadczenia”. Ww. rozporządzenie realizuje bowiem cele wskazane w art. 25 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a przepis § 6 rozporządzenia stanowi, 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 (...)”.

Do art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych odnosi się także art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazujący na obowiązek zamawiającego żądania od wykonawców uzupełnienia brakujących lub błędnych „dokumentów i oświadczeń” (a w związku z powyższym przepisem rozporządzenia także próbek). Od obowiązku tego, zgodnie z przepisem, zamawiający może odstąpić jedynie w dwóch przypadkach: jeżeli mimo złożenia tych dokumentów i oświadczeń oferta wykonawcy podlegałaby odrzuceniu z innych przyczyn albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Brak jest jednak zastrzeżenia, że zamawiający nie powinien żądać uzupełnienia oferty także wtedy, kiedy prowadziłyby ono do zmiany oferty.

Powoduje to, jak w niniejszej sprawie, że zgodnie z wymogami formalnymi procedury udzielania zamówień, zamawiający, stwierdzając, że przedstawiona próbka jest błędna (nieprawidłowa) powinien zwrócić się do odwołującego – i, ewentualnie, jak wskazał zamawiający, także drugiego wykonawcy – o uzupełnienie (zmianę) próbek na prawidłowe, czyli zgodne z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W tym wypadku oznacza to, że wykonawcy powinni przedstawić próbki o innych parametrach i wykonane w inny sposób niż przedstawione wraz z ofertą. W przypadku zaś, gdyby próbki nie zostały w ogóle przedstawione wraz z ofertą, zamawiający powinien zażądać ich przedstawienia. W tym miejscu należy zaznaczyć, że w krajowej praktyce orzeczniczej i piśmiennictwie wykształcił się pogląd, zgodnie z którym wykonawca, który w ogóle nie złożył „dokumentu lub oświadczenia”, nie powinien być traktowany lepiej niż ci wykonawcy, którzy taki „dokument lub oświadczenie” złożyli, lecz są one błędne, dlatego możliwość korekty błędu traktuje się dość szeroko. Przepis art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych nie rozróżnia również rodzaju błędu.

Przy założeniu, że przedstawione wraz z ofertami próbki nie są zgodne z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w stanie faktycznym niniejszej sprawy oznacza to, że wykonawcy, chcąc doprowadzić do stanu zgodności ofert z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, muszą przedstawić zupełnie inne próbki, niż wcześniej, a ponieważ próbki te stanowią o sposobie wykonania usługi, to oznacza ewidentną i istotną zmianę ofert.

Przy czym, jak wynika ze złożonych podczas rozprawy oświadczeń, nie było sporne, że próbka przedstawiona przez odwołującego wraz z ofertą nie spełniała wymogów specyfikacji istotnych warunków zamówienia – z tego powodu przedstawił on nową próbkę. Zatem, gdyby uznać, że próbki nie można uzupełnić, oferta podlegałaby odrzuceniu.

Z kolei parametry próbki przedstawionej wraz z pismem z 15 października 2015 r. są sporne. Gdyby jednak Izba uznała, że również ta próbka nie spełnia wymagań zamawiającego, powstałby stan, w którym, zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, zamawiający powinien wezwać wykonawcę do uzupełnienia błędnych „oświadczeń i dokumentów” w postaci owej próbki. Art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych nakłada bowiem określony obowiązek na zamawiającego (obowiązek wezwania). Ma rację przystępujący, że wykonawcy bez wezwania formalnie nie mają podstaw prawnych do uzupełniania ofert czy wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Ponieważ jednak w praktyce zdarzają się takie sytuacje, gdy wykonawcy z własnej inicjatywy uzupełniają „dokumenty i oświadczenia” przyjęło się, że jeśli zrobią to prawidłowo, zamawiający nie musi już ich wzywać po raz kolejny (skoro bowiem jest już w posiadaniu

wszystkich prawidłowych dokumentów, byłby to zbytni formalizm, powodujący jedynie zbędne przedłużenie postępowania i mnożenie tych samych czynności). Jeśli jednak taki przedłożony przez wykonawcę z własnej inicjatywy „dokument lub oświadczenie” nie jest prawidłowe, uznaje się, że zamawiający powinien uznać takie uzupełnienie za nieistniejące i wezwać wykonawcę do uzupełnienia – gdyż takie wezwanie jest jego obowiązkiem, a w wezwaniu powinien wskazać wykonawcy, jakie błędy dokumentu dostrzegł, aby ten mógł go uzupełnić prawidłowo.

Jakkolwiek można też stwierdzić odmienne stanowisko, zgodnie z którym zamawiający – realizując swój obowiązek z art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych – powinien wezwać wykonawcę do uzupełnienia „oświadczeń lub dokumentów” niezależnie od tego, czy wcześniej dokonał on takiego uzupełnienia z własnej inicjatywy.

Przekładając ową praktykę oraz dyspozycję art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych na stan niniejszej sprawy, odwołujący byłby uprawniony do przedstawienia zamawiającemu trzeciej próbki. Taki stan niewątpliwie może po stronie innych wykonawców powodować wrażenie, że zamawiający w sposób nieuprawniony faworyzuje owego wykonawcę, tak, aby wybrać właśnie jego ofertę.

W kwestii formalnej – uzupełniając próbkę odwołujący powołał się na art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, lecz zamawiający prawidłowo uznał, że przepis ten w żadnym wypadku nie może mieć tu zastosowania, gdyż stan faktyczny w sposób ewidentny nie odpowiada dyspozycji tego przepisu. W związku z powyższym zamawiający zakwalifikował sytuację do stanu opisanego w art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, chociaż – jak sam przyznał podczas rozprawy – miał (i wciąż ma) wątpliwości, czy takie uzupełnienie próbki w ogóle powinno być możliwe.

Warto zwrócić uwagę, że w wyroku w sprawie C-599/10 Trybunał podkreślił, że instytucja zamawiająca nie powinna żądać ani przyjmować jakiegokolwiek zmiany oferty. Orzeczenie to odnosi się co prawda do możliwości żądania wyjaśnień, ale niewątpliwie tym bardziej powinno być stosowane do możliwości uzupełniania części oferty powodującego jej zmianę.

Należy tu zwrócić uwagę, że co prawda w art. 87 ust. 1 zdanie 2 ustawy Prawo zamówień publicznych znajduje się zakaz zmiany treści oferty oraz jej negocjacji, ale przepis ten składa się z dwóch części i zdanie drugie powiązane jest ze zdaniem pierwszym, które z kolei mówi o wyjaśnianiu treści oferty. Uzupełnienie dokumentów jest instytucją odmienną od wyjaśnienia treści oferty, co uwidacznia się także systemowo w konstrukcji ustawy poprzez znaczną odległość obu przepisów (art. 26 i 87). Przy tym, w przeciwieństwie do art. 87 ust. 1 zdanie 1, w art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych na zamawiającego został

nałożony silny i jednoznaczny obowiązek wezwania wykonawcy do uzupełnienia nie powiązany z okolicznościami, o których mowa w art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Teoretycznie można założyć, że zamawiający, aby wywiązać się z nałożonego na niego obowiązku, nawet kiedy zdaje sobie sprawę, że uzupełnienie oferty musi prowadzić do jej zmiany, może wezwać wykonawcę do uzupełnienia próbki zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, a następnie, kierując się art. 87 ust. 1 zdanie 2 ustawy Prawo zamówień publicznych odmówić uznania takiego uzupełnienia jako zmieniającego treść oferty, jednak jest to działanie zupełnie nielogiczne i które nie powinno mieć miejsca, a z pewnością nie służy przejrzystości procedury przetargowej.

Zdaniem Izby nie powinna więc ona nakazywać zamawiającemu dokonania takiej czynności. Z drugiej strony należy też podkreślić, że tak wezwany wykonawca, który nie przedstawi nowej próbki i nie zmieni swojej oferty, może zostać pozbawiony wadium, istnieje bowiem duże prawdopodobieństwo, że urzeczywistni się sytuacja opisana w art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złoży „dokumentów lub oświadczeń”, o których mowa w art. 25 ust. 1 (w tym próbek), co spowoduje brak możliwości wybrania jego oferty jako najkorzystniejszej. Tym bardziej więc takie wezwanie do uzupełnienia oferty byłoby niestosowne.

Z powyższego powodu Izba zadała pierwsze dwa pytania.

Pytanie 3. odnosi się do podniesionej przez zamawiającego i przystępującego Digital-Center Sp. z o.o. kwestii interesu we wniesieniu przez odwołującego zarzutów wobec oferty złożonej przez Digital-Center Sp. z o.o. Uwaga ta związana jest z obecną w krajowym orzecznictwie i piśmiennictwie interpretacją art. 179 ust. 1 i art. 180 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którą wykonawca może kwestionować jedynie sytuację istniejącą w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i z nim powinien wiązać swój interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwą do poniesienia szkodę. Tym samym odmawia się wykonawcom prawa do wniesienia odwołania (jego uwzględnienia) w zakresie zarzutów, których skutek realizowałby się poza owym konkretnym postępowaniem, którego odwołanie dotyczy. Tym samym – zgodnie z owym poglądem – zamawiający i przystępujący uważają, że jeśli zarzuty odwołującego wobec oceny jego własnej oferty okażą się słuszne, to uzyska on zamówienie, natomiast jeśli byłyby niesłuszne i oferta pozostałaby odrzucona, to nie powinien być on zainteresowany dalszymi losami postępowania o udzielenie zamówienia i przedmiotu zamówienia.

Jednak taki pogląd można by uznać za uzasadniony, gdyby zostało złożonych wiele ofert i odrzucenie oferty przystępującego powodowałoby skutek jedynie w postaci wyboru kolejnej oferty. Wtedy rzeczywiście dla interesu odwołującego neutralne jest, który z jego konkurentów uzyska zamówienie.

Z okoliczności sprawy wynika jednak, że w przypadku odrzucenia oferty odwołującego i przystępującego zamawiający musiałby unieważnić postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż nie ma żadnej oferty, którą zamawiający mógłby uznać za najkorzystniejszą. Dalszym skutkiem byłoby prawdopodobnie wszczęcie kolejnego postępowania o udzielenie zamówienia, w którym odwołujący mógłby złożyć nową ofertę i zamówienie uzyskać.

Co prawda zwolennicy zaprezentowanego powyżej poglądu przedstawiają argument, iż potencjalnego wszczęcia nowego postępowania o udzielenie zamówienia nie można uznać za przejaw interesu w uzyskaniu zamówienia, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż brak jest pewności, że takie postępowanie kiedykolwiek zostanie wszczęte. Jednak, jak wynika z doświadczenia życiowego, powtarzanie postępowań jest raczej regułą niż wyjątkiem, zwłaszcza w przypadku przedmiotów zamówienia, które są powtarzalne lub które zamawiający musi zrealizować. W okolicznościach niniejszej sprawy właściwie pewne jest, że zamawiający postępowanie takie by powtórzył, gdyż dokonanie cyfryzacji archiwum jest dla niego koniecznością, m.in. z powodu postępującego niszczenia się dokumentów wykonanych w wersji papierowej.

Należy przy tym zauważyć, że zarówno art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, jak i art. 1 ust. 3 dyrektywy 92/13/EWG prawo do wniesienia odwołania odnoszą do „danego zamówienia”. Jednak sama definicja zamówienia jako „umowy odpłatnej” (art. 2 pkt 13 ustawy Prawo zamówień publicznych i art. 1 ust. 2 lit. a dyrektywy 2004/17/WE), nie odnosi się do procedury udzielenia zamówienia, czyli etapu poprzedzającego zawarcie umowy. Tym samym „zamówienie”, o którym mowa w art. 1 ust. 1 i 3 dyrektywy 92/13/EWG może oznaczać zarówno dane postępowanie o udzielenie zamówienia wszczęte konkretnym ogłoszeniem, jak i zamówienie, czyli dany przedmiot zamówienia (tu: usługa cyfryzacji archiwum PGNiG), niezależnie od tego, w którym postępowaniu (trwającym, czy kolejnym), zostanie zawarta umowa.

Tym samym, zdaniem Izby, konieczne jest wskazanie, które rozumienie określenia „dane zamówienie” powinno mieć zastosowanie, od niego bowiem zależy stwierdzenie istnienia podstaw do kwestionowania rozstrzygnięcia zamawiającego ze względu na istnienie interesu w uzyskaniu zamówienia, a zatem uwzględnienie lub oddalenie odwołania.

Zdaniem Izby przedstawione powyżej wątpliwości związane z interpretacją przepisów prawa unijnego uzasadniają zawieszenie postępowania odwoławczego i zwrócenie się do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z przedstawionymi na wstępie pytaniami prejudycjalnymi.

.....
Palo