

Sygn. akt: KIO 1042/13

WYROK
z dnia 17 maja 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **17 maja 2013 r.** w Warszawie odwołania z dnia **2 maja 2013 r.** wniesionego przez wykonawcę **Mercator Medical S.A., 31 – 327 Kraków, ul. Heleny Modrzejewskiej 30** w postępowaniu prowadzonym przez **Szpital Miejski w Rudzie Śląskiej Sp. z o.o., 41 – 703 Ruda Śląska, ul. W. Lipa 2,**

przy udziale wykonawcy **Górnośląska Centrala Zaopatrzenia Medycznego ZARYS Sp. z o.o., 41 – 808 Zabrze, ul. Pod Borem 18** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego **Mercator Medical S.A., 31 – 327 Kraków, ul. Heleny Modrzejewskiej 30**

i nakazuje:

zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczone przez wykonawcę **Mercator Medical S.A., 31 – 327 Kraków, ul. Heleny Modrzejewskiej 30**, tytułem kosztów postępowania odwoławczego;

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228, z 2011 r. Nr 5, poz. 13, Nr 28, poz. 143, Nr 87, poz. 484, Nr 234, poz. 1386 i Nr 240, poz. 1429 **oraz z 2012 r. poz. 769, poz. 951, poz. 1101, poz. 1271 i poz. 1529**) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający **Szpital Miejski w Rudzie Śląskiej Sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej, ul. W. Lipa 2, 41-703 Ruda Śląska** wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Dostawa rękawic diagnostycznych i chirurgicznych«.

Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych **12.03.2013 r. poz. 37333**.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228, z 2011 r. Nr 5, poz. 13, Nr 28, poz. 143, Nr 87, poz. 484, Nr 234, poz. 1386 i Nr 240, poz. 1429 oraz z 2012 r. poz. 769, poz. 951, poz. 1101, poz. 1271 i poz. 1529) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

Zamawiający zawiadomił faksem **26.04.2013 r.** o:

- 1) wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy **Górnośląska Centrala Zaopatrzenia Medycznego ZARYS sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze, ul. Pod Borem 18, 41-808 Zabrze**;
- 2) odrzuceniu oferty wykonawcy Mercator Medical SA, gdyż pomimo wezwania z 15.04.2013 r. na mocy art. 26 ust. 4 Pzp wykonawca Mercator Medical SA nie wyjaśnił:
 - a) na jakie substancje chemiczne posiadają odporność rękawice,
 - b) kto jest producentem rękawic,
 - c) jakich rękawic dotyczą badania chlorowanych czy nitrylowych,
– w związku z rozbieżnościami pomiędzy informacjami umieszczonymi na opakowaniu i badaniu jednostki niezależnej od producenta,
- 3) odrzuceniu oferty wykonawcy Mercator Medical SA, gdyż pomimo wezwania na mocy art. 26 ust. 4 Pzp wykonawca nie złożył poprawnych badań z jednostki niezależnej od producenta dopuszczonych odpowiedzią z 22.03.2013 r. – Pakiet 1 poz. 1;
- 4) dodatkowo zamawiający zarzucił, że wykonawca Mercator Medical SA przesłał próbki w wymaganych opakowaniach, które zgodnie z postanowieniami specyfikacji nie podlegały uzupełnieniu.

Wykonawca **Mercator Medical SA z siedzibą w Krakowie, ul. Heleny Modrzejewskiej 30, 31-327 Kraków**, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 2 Pzp, wniósł **02.05.2013 r.** do Prezesa KIO odwołanie na:

- 1) bezpodstawne odrzucenie oferty odwołującego;
- 2) przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający równego traktowania wykonawców oraz zachowania uczciwej konkurencji;
- 3) zaniechanie wezwania do uzupełnienia dokumentu, jakim jest próbka na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp (z ostrożności).

Zdaniem odwołującego zamawiający naruszył:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp – przez bezprawne odrzucenie oferty odwołującego, pomimo braku rzeczywistych i uzasadnionych przesłanek do odrzucenia oferty w tym trybie;
- 2) art. 7 ust. 1 i 3 Pzp – przez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający równego traktowania wykonawców oraz zachowania uczciwej konkurencji oraz wybór oferty „najkorzystniejszej” niezgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych w związku z art. 91 ust. 1 Pzp, gdzie zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
- 3) art. 26 ust. 3 Pzp – przez zaniechanie wezwania do uzupełnienia dokumentu, jakim jest próbka.

Odwołujący wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności zamawiającego polegającej na bezprawnym odrzuceniu oferty odwołującego;
- 2) nakazanie zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert w Pakiecie nr 1 z uwzględnieniem oferty odwołującego, a to w celu wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

Argumentacja odwołującego

Zamawiający w wyjaśnieniach treści specyfikacji z 22.03.2013 r. (pytanie nr 43) dopuścił zaoferowanie m.in. rękawic diagnostycznych przebadanych na przenikalność 3 substancji chemicznych, potwierdzoną badaniami z jednostki niezależnej od producenta. Takie też rękawice odwołujący zaoferował, na czego potwierdzenie odwołujący załączył do oferty stosowny raport z badań przeprowadzonych przez niezależną jednostkę (SGS Maleszja).

Podmiot Zarys Sp. z o.o., ul. Pod Borem 18, 41-808 Zabrze złożył podczas wglądu do ofert notatkę, z której wynikało, że zaistniała rozbieżność pomiędzy załączonym do oferty raportem z badania jednostki niezależnej od producenta (SGS Maleszja) potwierdzającą odporność na substancje chemiczne, które są różne od substancji wymienionych na opakowaniu dołączonych do oferty próbek rękawic. Ponadto ww. badania zostały przeprowadzone na rękawicach, których producentem jest wytwórca Latex Manufacturing

SDN BHD Malezja, a nie wykonawca Mercator Medical Kraków oraz przeprowadzono je dla rękawic chlorowanych na linii bezpydrowe rękawice diagnostyczne – trudno jednoznacznie stwierdzić, czy ww. badania odnoszą się do zaofiarowanych rękawic nitrylowych.

15.04.2013 r. zamawiający biorąc pod uwagę ww. notatkę wykonawcy konkurencyjnego wezwał odwołującego na mocy art. 26 ust. 4 Pzp Wykonawcę Mercator Medical SA do wyjaśnień:

- na jakie substancje chemiczne posiadają odporność rękawice?
- kto jest producentem rękawic?
- jakich rękawic dotyczą badania chlorowanych czy nitrylowych?

oraz na mocy art. 26 ust. 3 Pzp do złożenia poprawnych badań z jednostki niezależnej od producenta dopuszczonych odpowiedzią z 22.03.2013 r. – Pakiet I poz. I.

Odwołujący ze zdziwieniem przyjął fakt, że zamawiający oparł swoje wątpliwości na „notatce” jednego z podmiotów, która to notatka w swej wymowie wpływa na czynności Komisji Przetargowej. Zgodnie z art. 15 ust. 1 Pzp „postępowanie o udzielenie zamówienia przygotowuje i przeprowadza zamawiający”, a żaden przepis ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych nie upoważnia wykonawcy do przejęcia kompetencji zamawiającego wyrażających się w badaniu i ocenie ofert przed ogłoszeniem wyników postępowania z jednoczesnym wnioskiem do Komisji Przetargowej o określone zachowanie się w podejmowaniu decyzji.

W odpowiedzi na ww. wezwanie wykonawca Mercator Medical SA dokładnie wyjaśnił i potwierdził przebadanie na przenikalność 3 substancji chemicznych t.j. Bromek Etydyny (Ethidium Bromide) 10 mg/ml – poziom (class) 6, Wodorotlenek Sodowy (Sodium Hydroxide) 40% – poziom (class) 6, Kwas siarkowy (Sulphuric Acid) 50% – poziom (class) 6 zgodnie z wynikami badań Jednostki Niezależnej – SGS Malezja, poinformował zamawiającego kto jest producentem rękawic oraz że raport z badania przenikalności chemicznej dla rękawic chlorowanych na linii bezpydrowych niebieskich dotyczy rękawic diagnostycznych nitrylowych marki Nitrylex PF Protect, co zostało potwierdzone jednocześnie załączonym Certyfikatem Zgodności Produktu.

Dodatkowo, ponieważ dołączona do postępowania próbka rękawic posiada nieaktualne opakowanie, gdzie wkraść się błąd związany z nadrukiem nieprawidłowych danych dotyczących odporności na poszczególne substancje chemiczne w celu rozwiania wątpliwości zamawiającego odwołujący przesłał – jako wyjaśnienie – ponownie próbki w obowiązujących opakowaniach.

Nie może być zatem w tym wypadku mowy o niezgodności oferty z postanowieniami specyfikacji. Poza sporem powinno być, że nie był to parametr (przenikalność 3 substancji chemicznych) podlegający ocenie jakościowej.

Żądanie przez zamawiającego próbek oferowanych produktów wynikało z przyjętej oceny jakościowej przeprowadzonej w celu potwierdzenia określonych w specyfikacji parametrów.

Orzecznictwo wyraźnie wskazuje (zob. sygn. akt UZP/ZO/O-1373/04, sygn. akt UZP/ZO/O-1593/06, sygn. akt UZP/ZO/O-1855/06), że kryteria oceny ofert powinny być tak skonstruowane, żeby do minimum ograniczyć subiektywne odczucia i osobiste preferencje członków komisji przetargowej. Zdaniem odwołującego ocena ofert, gdzie zamawiający dokonuje oceny indywidualnej biorąc pod uwagę inne parametry materiałów przewidzianych do zastosowania w odniesieniu do parametrów przyjętych w specyfikacji, stanowi rażące naruszenie przepisów i potwierdza subiektywizm członków komisji przetargowej.

Nawet gdyby przyjąć – czysto hipotetycznie, że również próbki miałyby potwierdzać ww. przenikalność rękawic w Pakiecie I poz. I, to zamawiającego przed odrzuceniem oferty odwołującego, obligowała dyspozycja art. 26 ust. 3 Pzp.

Ponieważ zgodnie z orzecznictwem i literaturą przedmiotu próbka jest dokumentem (Sygn. akt KIO/UZP 1695/09) – w rozumieniu rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. poz. 231) podlegałyby ona uzupełnieniu.

Również literatura przedmiotu wskazuje – „zamawiający może więc żądać próbek, ale jeśli ich zażąda, a wykonawca nie złoży ich wraz z ofertą, to i do próbek ma zastosowanie art. 26. ust. 3 Pzp” (Halina Olszowska, Przewodnik po zamówieniach publicznych, Presscom sp. z o. o., Wrocław 2011, str. 32).

Postanowienia specyfikacji – Rozdział VII ust. 5 pkt 5.4 specyfikacji stanowiące, że próbki załączone do oferty nie podlegają uzupełnieniu, jako niezgodne z przepisami ustawy nie powinny być brane pod uwagę.

Stosownie do przepisu art. 14 Pzp w sprawach nieuregulowanych ustawą stosuje się odpowiednio przepisy kodeksu cywilnego. Zdaniem odwołującego przytoczone wyżej postanowienie powinno zostać uznane jako nieważne ze względu na sprzeczność z powszechnie obowiązującymi regulacjami prawnymi.

Art. 58 Kc wyznacza granice dopuszczalnej treści czynności prawnej. Jeżeli zastrzeżenia ukształtowane w specyfikacji pozostają w sprzeczności z ustawą, w konsekwencji ta część specyfikacji powinna być uznana za nieważną, jako że przekroczenie zakresu kompetencji podmiotu dotyczy tylko tej części (art. 58 § 3 Kc).

Podobnie wypowiedziała się Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 15 lutego 2012 (sygn. akt KIO 222/12) Trzeba w tym miejscu stanowczo podkreślić, że zarówno w literaturze przedmiotu jak i w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej ugruntował się pogląd, że na etapie badania ofert niedopuszczalnym jest wywoływanie negatywnych skutków prawnych

wobec wykonawców, przez niejednorodną interpretację postawionych warunków (patrz chociażby WYROK z 29 maja 2008 r. Sygn. akt: KIO/UZP 469/08). Jednocześnie w Wyroku z 29 sierpnia 2008 r. (sygn. akt: KIO/UZP 844/08) Izba wyjaśniła, że „nie można na niekorzyść wykonawców interpretować postanowień specyfikacji, które mogą budzić wątpliwości, gdyż działają one w zaufaniu do zamawiającego, na którym ciąży obowiązek jednoznacznego i jasnego sformułowania specyfikacji. Wykonawcy nie mogą być obciążeni negatywnymi skutkami niewystarczającego doprecyzowania przez zamawiającego postanowień Specyfikacji”.

Mając na uwadze powyższe należy wskazać, że zamawiający naruszył przepisy wskazane w zarzutach, co powoduje, że odwołanie jest konieczne a żądanie w pełni uzasadnione.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu **02.05.2013 r.** (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom **06.05.2013 r.** (art. 185 ust. 1 in initio Pzp).

06.05.2013 r. wykonawca **Górnośląska Centrala Zaopatrzenia Medycznego ZARYS sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze, ul. Pod Borem 18, 41-808 Zabrze** złożył (1) Prezesowi KIO, z kopiami dla (2) zamawiającego i (3) odwołującego, pismo o zgłoszeniu przystąpienia po stronie zamawiającego do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp).

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy **15.05.2013 r.** (art. 186 ust. 1 Pzp).

Argumentacja zamawiającego:

Zamawiający wnosi o oddalenie odwołania.

1. Rozdz. VIII ust. 5 pkt 5.4 specyfikacji stawiał wymóg dostarczenia bezpłatnych próbek rękawic. Próbki nie podlegały uzupełnieniu na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp. Na próbkach było nieaktualne opakowanie z nadrukiem o nieprawidłowych danych dotyczących odporności na poszczególne substancje chemiczne.

Zamawiający wezwał do wyjaśnień. Odwołujący uzupełnił próbki, ale to uzupełnienie też nie spełnia wymogów, bo na opakowaniach brak nadruku o odporności na 3 substancje chemiczne. (KIO 1543/09) KIO stwierdziła, że niedopuszczalne jest uzupełnianie próbek stanowiących część oferty

2. Oferta odwołującego jest niezgodna z treścią specyfikacji – art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.
3. Ingerencja innego wykonawcy nie wpłynęła na wybór najkorzystniejszej oferty, ale zwróciła uwagę na pewne aspekty postępowania, które zamawiający samodzielnie wyjaśnił.
4. Pismo z zastrzeżeniami odwołującego zostało dostarczone zamawiającemu godzinę przed wniesieniem odwołania, dlatego zamawiający nie mógł na pismo zareagować.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy, a także dowodu złożonego przez przystępującego:

- 1) **(dowód nr 1)** opakowanie załączone przez odwołującego do jego oferty, a na opakowaniu został umieszczony napis odnośnie substancji na które odporne są rękawice i poziomu zabezpieczenia tych rękawic: *Test acc. EN 374-3: 40% NaOH-Level 6, n-Heptan-Level 6, Methanol-Level 1* – na wykazanie, że skoro z raportu odporność na te substancje nie była potwierdzona badaniami jednostki niezależnej, to w związku z tym nadruk został wykonany bezpodstawnie;
- 2) **(dowód nr 2)** opakowanie załączone przez odwołującego do jego wyjaśnień, a na opakowaniu brak ikony z napisem EN 374, która to ikonka mówi o wyznaczaniu odporności na substancje chemiczne

– Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie jest zasadne.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba postanowiła dopuścić, jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp – przez zaniechanie wezwania do uzupełnienia dokumentu, jakim jest próbka – nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający wymagał w rozdz. VIII ust. 5 pkt 5.4 specyfikacji dołączenia do oferty próbek oferowanych przedmiotów. Próbki, jako część oferty nie podlegają uzupełnieniu czy zamianie po upływie terminu składania ofert.

Zamawiający musi oprzeć swoje decyzje na ofercie i dołączonych do niej elementach, które stanowią całość oferty. Jedynym wyjątkiem od materiałów złożonych w ofercie są dokumenty określone w art. 26 ust. 3 Pzp, które wykonawcy mogą uzupełnić po upływie terminu składania ofert. Przepis art. 26 ust. 3 Pzp brzmi: »Zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 [Pzp], lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 [Pzp], 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«.

Ustawodawca, zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp, nie dopuścił do uzupełniania innych dokumentów ponad uprawnienie do uzupełniania oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, oraz pełnomocnictw, a zwłaszcza ustawodawca nie dopuścił do uzupełniania próbek, które mają być oceniane przez zamawiającego. W związku z tym zamawiający nie mógł odstąpić od wymogu zawartego w rozdz. VIII ust. 5 pkt 5.4 specyfikacji dołączenia do oferty próbek oferowanych przedmiotów i traktować te przedmioty, jako element oferty podlegający uzupełnieniu po upływie terminu składania ofert. Byłoby to sprzeczne z art. 84 ust. 1 Pzp. Przepis art. 84 ust. 1 Pzp brzmi: »Wykonawca może, przed upływem terminu do składania ofert, zmienić lub wycofać ofertę«. Z przepisu tego wynika, że po upływie terminu składania oferty, za wyjątkiem sytuacji przewidzianej w art. 26 ust. 3 Pzp, ingerencje w zawartość oferty są wykluczone.

Wobec tego skład orzekający Izby nie może uznać zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp – przez zaniechanie wezwania do uzupełnienia dokumentu, jakim jest próbka.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp – przez bezprawne odrzucenie oferty odwołującego, pomimo braku rzeczywistych i uzasadnionych przesłanek do odrzucenia oferty w tym trybie – nie zasługuje na uwzględnienie.

Przepis art. Pzp brzmi: »Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli [...] jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3«.

Odwołujący, na zapytanie zamawiający wystosowane w trybie art. 26 ust. 4 Pzp, wyjaśnił, że dołączone do oferty próbki rękawic posiadają nieaktualne opakowania. Wkradł się tam błąd z nadrukiem nieprawidłowych danych dotyczących odporności na różne substancje chemiczne. Mimo przesłania innego opakowania przez odwołującego, zamawiający stwierdził, że próbki nie podlegają uzupełnieniu po upływie terminu składania ofert. Skład orzekający Izby również stwierdza, że po upływie terminu składania ofert mogą podlegać uzupełnieniu tylko dokumenty wyraźnie wskazane w art. 26 ust. 3 Pzp, a próbki nie znajdują się w tym przepisie. W związku z tym zamawiający, który stwierdził, że treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji był obowiązany odrzucić taką ofertę.

Z tego względu zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp – przez odrzucenie oferty odwołującego – nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp – przez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający równego traktowania wykonawców oraz zachowania uczciwej konkurencji oraz wybór oferty „najkorzystniejszej” niezgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych w związku z art. 91 ust. 1 Pzp, gdzie zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia – nie zasługuje na uwzględnienie.

Skład orzekający Izby stwierdza, że zamawiający podczas badania i oceny ofert musi brać pod uwagę wszystkie okoliczności, które są mu znane, niezależnie od źródła pochodzenia tych informacji. Mogą one pochodzić nawet od innych wykonawców, jednak tym skrupulatniej takie wiadomości powinny być sprawdzone przez zamawiającego i wyjaśnione z wykonawcą, którego informacja dotyczy. Zamawiający nie może również wybiórczo, bez uzasadnienia, korzystać z informacji, które wniósł sam wykonawca. Tym niemniej zamawiający musi oprzeć się przede wszystkim na ofercie i dołączonych do niej elementach, które stanowią całość oferty. Jedynym wyjątkiem możliwości uzupełnienia materiałów złożonych w ofercie są dokumenty określone w art. 26 ust. 3 Pzp, które wykonawcy mogą uzupełnić po upływie terminu składania ofert. Przepis art. 26 ust. 3 Pzp brzmi: »Zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 [Pzp], lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego

oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 [Pzp], 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». Ponadto uprawnienie do uzupełniania oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, oraz pełnomocnictw ustawodawca nie dopuścił do uzupełniania innych dokumentów, a zwłaszcza próbki, które mają być oceniane przez zamawiającego. Przepis art. 25 ust. 1 Pzp brzmi: »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«.

W związku z tym zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez wzięcie pod uwagę zastrzeżeń innego wykonawcy do oferty odwołującego i wyjaśnienie tej kwestii nie może być uznane jako naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 Pzp.

Zamawiający – podczas prowadzenia postępowania – nie naruszył wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Z powyższych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący:

.....