

WYROK
z dnia 22 lutego 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Edyta Paziewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **21 lutego 2017 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **6 lutego 2017 r.** przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **[1] (...) Sp. z o.o. z siedzibą w P., ul. (...), P. [pełnomocnik], [2] (...) Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w P., ul. (...), P.** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **(...), ul. (...), L.**

przy udziale wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia **(...) Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w K., ul. (...), K.** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie.**

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **[1] (...) Sp. z o.o. z siedzibą w P., ul. (...), P. [pełnomocnik], [2] (...) Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w P., ul. (...), P.**

i:

- 2.1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **[1] (...) Sp. z o.o. z siedzibą w P., ul. (...), P. [pełnomocnik], [2] (...) Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w P., ul. (...), P.** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 oraz z 2016 poz. 831, 996, 1020, 1250, 1265, 1579 i 1920) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Elblągu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający (...), ul. (...), L. wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Wymiana oświetlenia na energooszczędne w placówkach oświatowych Powiatu L.« Zadania nr 1, nr 3 i nr 5.

Ogłoszenie o zamówieniu zamawiający zamieścił w BZP 3.01.2017 r. pod nrem (...).

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 oraz z 2016 poz. 831, 996, 1020, 1250, 1265, 1579 i 1920) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

Zamawiający:

- 1) zawiadomił 3.02.2017 r. o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy (...) Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w K.;
- 2) zawiadomił 3.02.2017 r. o wykluczeniu i odrzuceniu oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia [1] (...) Sp. z o.o. z siedzibą w P., ul. (...), P. [pełnomocnik], [2] (...) Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w P., ul. (...), P., gdyż treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji – art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia [1] (...) Sp. z o.o. z siedzibą w P., ul. (...), P. [pełnomocnik], [2] (...) Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w P., ul. (...), P., na podstawie art. 180 ust. 1 i ust. 2 Pzp w zw. z art. 182 ust. 1 pkt 2 Pzp, wnieśli 6.02.2017 r. do Prezesa KIO odwołanie.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez odrzucenie oferty odwołującego w zadaniu nr 1, nr 3, nr 5 mimo, że oferta ta odpowiada SIWZ;
- 3) art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp przez wykluczenie odwołującego z postępowania w zadaniu nr 1, nr 3 i nr 5;
- 4) art. 26 ust. 3 Pzp przez brak wezwania odwołującego do uzupełnienia oferty, ewentualnie naruszenie art. 26 ust. 4 Pzp przez brak wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów;

- 5) art. 7 ust. 1 i 3 Pzp oraz art. 2 pkt 5 Pzp przez wybór oferty wykonawcy (...) Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w K. w zadaniu nr 1, nr 3 i nr 5 jako najkorzystniejszej, podczas gdy oferta odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą na podstawie kryteriów określonych przez zamawiającego w SIWZ;
- 6) art. 7 ust. 1 i 3 Pzp oraz art. 91 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wyboru oferty odwołującego w zadaniach nr 1, nr 3 i nr 5 jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy (...) Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w K.;
- 2) unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz wykluczenia go z postępowania;
- 3) powtórzenie czynności badania i oceny oferty odwołującego;
- 4) wezwanie odwołującego do uzupełnienia oferty, ewentualnie wezwanie odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów;
- 5) wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej;
- 6) obciążenia zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

Argumentacja odwołującego

Czynności zamawiającego wykluczenia i odrzucenia oferty odwołującego stanowią naruszenie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający w piśmie z 31.01.2017 r. powołując się na pkt 9.3.1 ppkt 6 SIWZ, zarzucił niezgodność oferty odwołującego z treścią SIWZ, uzasadniając to w następujący sposób: »Dostarczone przez Państwa deklaracje zgodności nie posiadają oznaczenia znakiem CE jak również innych elementów, o których mowa w art. 12 ustawy z dnia 13 kwietnia 2007 r. o kompatybilności elektromagnetycznej (Dz. U. z 2016 r. poz. 1258)«.

Z powyższym nie sposób się zgodzić, bowiem zgodnie z pkt 9.3.1 ppkt 6 SIWZ zamawiający wymagał, aby w celu potwierdzenia spełniania przez warunków udziału w postępowaniu wykonawcy złożyli m.in.: »Deklaracje zgodności na znak CE oraz karty produktowe produktów ujętych w Planach rozmieszczenia punktów oświetleniowych oraz w tabelach z zestawieniem opraw nie ujętych w Planie rozmieszczenia punktów oświetleniowych. Z dokumentów tych powinno wynikać, że produkty wchodzące w skład systemów oświetleniowych odpowiadają wymogom SIWZ«.

Odwołujący złożył powyższe dokumenty w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z 13.01.2017 r. dokonane w trybie art. 26 ust. 2 Pzp. Odwołujący złożył karty katalogowe

(produktowe) zaofertowanych produktów oraz deklaracje zgodności wystawione przez wykonawcę (...) Sp. z o.o. w P. jako producenta.

Zamawiający pismem z 24.01.2017 r., w oparciu o art. 26 ust. 3 Pzp wezwał odwołującego do uzupełnienia lub poprawienia oferty.

Następnie pismem z 26.01.2017 r. zamawiający, na wniosek odwołującego, doprecyzował treść wezwania.

Zamawiający nie zakwestionował deklaracji zgodności złożonych przez odwołującego na wezwanie zamawiającego z 13.01.2017 r. Dalsze wezwanie wraz z jego doprecyzowaniem odnosi się bowiem jedynie do kart katalogowych produktu. Należy uznać zatem, że deklaracje zgodności złożone przez odwołującego były zgodne z oczekiwaniami zamawiającego, zgodne z art. 12 ustawy o kompatybilności elektromagnetycznej i potwierdzały spełnianie warunków SIWZ. Wezwanie zamawiającego z 24.01.2017 r. oraz jego doprecyzowanie z 26.01.2017 r. dotyczyło wyjaśnienia i uzupełnienia oferty w innym zakresie niż deklaracje zgodności.

Przepisy ustawy z dnia 13 kwietnia 2007 r. o kompatybilności elektromagnetycznej (Dz. U. z 2016 r., poz. 1258) określają warunki zachowania przez urządzenie, w tym aparaturę, instalację stacjonarną, komponent oraz instalację ruchomą, zdolności do zadowalającego działania w określonym środowisku elektromagnetycznym bez wprowadzania do tego środowiska niedopuszczalnych zaburzeń elektromagnetycznych, zwanych „kompatybilnością elektromagnetyczną”, oraz procedury oceny zgodności takiego urządzenia z wymaganiami dotyczącymi:

- 1) niewywoływania w swoim środowisku zaburzeń elektromagnetycznych o wartościach przekraczających odporność na te zaburzenia innego urządzenia występującego w tym środowisku oraz
- 2) posiadania wymaganej odporności na zaburzenia elektromagnetyczne – zwanymi „zasadniczymi wymaganiami” – art. 1 ustawy.

Oceny zgodności z wymaganiami zasadniczymi dokonuje producent (art. 9). Przed wprowadzeniem aparatury do obrotu, producent potwierdza zgodność aparatury z zasadniczymi wymaganiami, wystawiając deklarację zgodności oraz umieszcza na aparaturze oznakowanie CE (art. 12). Oznakowanie CE umieszcza się na aparaturze albo jej tablicy znamionowej w sposób widoczny, czytelny i trwały, a w przypadku braku takiej możliwości ze względu na charakter aparatury, umieszcza się je na opakowaniu oraz dokumentach załączonych do aparatury (art. 14).

Deklaracja zgodności jest zatem pisemnym oświadczeniem sporządzonym przez producenta w celu udowodnienia spełnienia wymogów zasadniczych dotyczących produktu. Deklarację zgodności wystawia zawsze producent wyrobu lub jego upoważniony przedstawiciel, gdy siedziba producenta znajduje się poza obszarem UE. W deklaracji

zgodności nie zawiera się znaku CE, lecz umieszcza się go na produkcie (aparaturze] albo tablicy znamionowej lub opakowaniu. Stwierdzenie przez zamawiającego w piśmie o odrzuceniu oferty odwołującego, że „dostarczone deklaracje zgodności nie posiadają oznaczenia znakiem CE” jest niezgodne z obowiązującym prawem. Odwołujący przedstawił zamawiającemu karty katalogowe oferowanych produktów, wskazujące na posiadanie przez te produkty oznakowanie CE oraz deklaracje zgodności wystawione przez producenta, co wprost odpowiada przepisom przywołanej ustawy o kompatybilności elektromagnetycznej. Ponadto zamawiający nie zakwestionował, że uzupełnione karty katalogowe potwierdzają spełnienie wszystkich wymagań, zgodnie z SIWZ.

Zamawiający także uzasadnił odrzucenie oferty odwołującego także tym, że deklaracje zgodności nie posiadają „również innych elementów, o których mowa w art. 12 ustawy z dnia 13 kwietnia 2007 r. o kompatybilności elektromagnetycznej (Dz. U. z 2016 r. poz. 1258)”. W tym zakresie zamawiający nie sprecyzował zarzutu, dlatego też odwołujący nie jest w sprawie odnieść się do niego. Uzasadnienie musi być precyzyjne i konkretne, by wykonawca nie domyślał się jaka była faktyczna przyczyna odrzucenia jego oferty, gdyż uniemożliwia mu to odniesienie się do stawianego zarzutu.

Złożone przez odwołującego deklaracje zgodności potwierdzały spełnienie wszystkich wymagań normowych, określonych w SIWZ, tj. oprawy wraz ze źródłami światła w kompletach lub oprawy zintegrowane (z trwale wbudowanymi źródłami światła) powinny być zgodne z normami:

- EN (...) (Dopuszczalne poziomy i metody pomiarów zaburzeń radioelektrycznych wytwarzanych przez elektryczne urządzenia oświetleniowe i urządzenia podobne),
- EN (...) (Bezpieczeństwo fotobiologiczne lamp i systemów lampowych),
- EN (...) (Kompatybilność elektromagnetyczna (EMC) – Część 3-2),
- EN (...) (Sprzęt do ogólnych celów oświetleniowych – wymagania dotyczące kompatybilności elektromagnetycznej).

Gdyby zamawiający uznał, że odwołujący nie złożył deklaracji zgodności lub też były one niekompletne, zawierały błędy lub budziły wątpliwości, powinien wezwać odwołującego do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielenia wyjaśnień – w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, gdyż w tym zakresie zamawiający nie dokonywał jeszcze wezwania. Zamawiający posiada także uprawnienie do wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących złożonych deklaracji zgodności, w oparciu o art. 26 ust. 4 Pzp.

Odwołujący podniósł także, że zamawiający z niewiadomych powodów nie wymagał deklaracji zgodności w stosunku do wykonawcy (...) Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w K., którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza we wszystkich zadaniach (nr 1-5). Wykonawca ten nie złożył w ofercie wymaganych w pkt 9.3.1 ppkt 6 SIWZ deklaracji zgodności na znak CE produktów ujętych w Planach rozmieszczenia punktów oświetleniowych oraz tabelach z

zestawieniem oprav nie ujętych w planach rozmieszczenia punktów oświetleniowych, z których powinno wynikać spełnienie wymogów SIWZ. Zamawiający powinien wezwać wykonawcę (...) do uzupełnienia wymaganych deklaracji zgodności, a w sytuacji braku uzupełnienia lub stwierdzenia, że uzupełnione deklaracje nie potwierdzają spełnienia przez produkty wymogów SIWZ – odrzucić ofertę jako niezgodną z treścią SIWZ. Z nieznanych powodów zamawiający tego nie uczynił, czym naruszył zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący zarzucił również zamawiającemu, że niezgodnie z prawem dokonał wykluczenia odwołującego z postępowania. W piśmie z 31.01.2017 r. zamawiający wskazał, że odrzuca ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, a wykonawcę wyklucza z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp. Zamawiający nie uzasadnił wykluczenia odwołującego w żaden inny sposób, jak tylko przez wskazanie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w nawiązaniu do odrzucenia oferty z powodu niezgodności jej treści z treścią SIWZ. W tym wypadku również zamawiający nie doprecyzował przyczyny wykluczenia odwołującego. Obecny przepis art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp nakazuje wykluczenie wykonawcy, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub do złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia. Odwołujący przypuszcza zatem, że zamawiający wykluczając odwołującego z postępowania wziął pod uwagę pierwszą część wskazanego przepisu, odnoszącą się do niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W tym zakresie odwołujący wskazał, że zamawiający myli warunki udziału podmiotowe oraz warunki udziału przedmiotowe. Pierwsze odnoszą się do podmiotu, a ich niespełnienie skutkuje wykluczeniem wykonawcy z postępowania. Drugie dotyczą opisu przedmiotu zamówienia i warunków, na jakich będzie realizowane zamówienie publiczne – ich niespełnienie skutkuje odrzuceniem oferty. Nie można zatem odrzucić oferty za powodu niespełnienia warunków podmiotowych (jedynie ofertę uznaje się za odrzuconą) i odwrotnie, nie można wykluczyć wykonawcy z powodu niespełnienia warunków przedmiotowych (P. G. Prawo zamówień publicznych. Komentarz. 5. Wydanie, Wydawnictwo CH Beck, W-wa 2016, s. 283-284).

Zamawiający niezasadnie dokonał odrzucenia oferty odwołującego, bo nie potwierdziła się okoliczność niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. Zamawiający, w przypadku gdyby stwierdził braki dokumentów, ich niekompletność, błędy lub w przypadku powstania wątpliwości, powinien uprzednio wezwać odwołującego do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia dokumentów albo do złożenia wyjaśnień dotyczących tych dokumentów. Również niezasadne było wykluczenie odwołującego z postępowania wobec braku udowodnienia przez zamawiającego, że odwołujący nie wykazał spełnienia podmiotowych warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu 06.02.2017 r. (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom 07.02.2017 r. (art. 185 ust. 1 in initio Pzp).

10.02.2017 r. wykonawca (...) Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w K., ul. (...), K. złożył (1) Prezesowi KIO, z kopiami dla (2) zamawiającego i (3) odwołującego, pismo o zgłoszeniu przystąpienia do postępowania po stronie zamawiającego do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp).

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy – 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 ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

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

Izba nie wzięła pod uwagę dowodów złożonych przez odwołującego, gdyż odwołujący złożył dokumenty na wykazanie nierównego traktowania wykonawców (odwołującego i przystępującego), a sam odwołujący podczas rozprawy ograniczył zakres swojego odwołania do naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp. Także dowody wniesione przez przystępującego nie dotyczyły zagadnień dotyczących odwołania. Dowodami złożonymi przez odwołującego były:

- 1) deklaracja zgodności na oprawy awaryjne, która nie dotyczy zaoferowanych dostaw i jest wystawiona wobec nieobowiązujących dyrektyw przez przystępującego;
- 2) wykaz zaoferowanych dostaw, gdzie m.in. jest wykazana oprawa awaryjna i brak do niej deklaracji zgodności;
- 3) kolejne zestawienie, w którym również znajduje się oprawa awaryjna i brak do niej deklaracji zgodności;
- 4) deklaracja zgodności na oprawy oświetlenia ogólnego, która jest wystawiona według nieobowiązujących dyrektyw unijnych;
- 4a) następne typy, które są kontynuacją deklaracji zgodności i dyrektywy unijne, nie dotyczą tych opraw;
- 4) następne typy opraw, na które są wystawione deklaracje zgodności według nieobowiązujących dyrektyw unijnych;
- 5a) rozszerzenie na następne typy opraw, deklaracja zgodności jest nieobowiązująca na rozszerzone typy opraw;
- 6) deklaracja zgodności prawidłowa na inne typy opraw zaoferowanych przez przystępującego;
- 7) karta katalogowa oprawy awaryjnej, w której brakuje deklaracji zgodności.

Dowody zostały złożone na okoliczność nierównego traktowania odwołującego i przystępującego, co było poza zakresem odwołania.

Ponadto przystępujący złożył dowody:

- 1) P1 – deklaracja zgodności na określony produkt przez Odwołującego i załączona do tego dowodu deklaracja zgodności wystawiona przez rzeczywistego producenta (...);
- 2) P2 – Karta produktu złożona przez Odwołującego na określony produkt, oraz Karta produktu wystawiona na ten sam produkt, ale wystawiona przez producenta tego produktu, karta wystawiona przez producenta pokazuje, że produkt nie spełnia wymogów SIWZ do współczynnika UGR (RA) i CRI, czyli współczynniki fundamentalne dla oceny jakości światła.

Dowody zostały złożone na okoliczność niespełnienia wymogów zamawiającego przez ofertę odwołującego, co było poza zakresem odwołania.

Odwołujący na rozprawie oświadczył o niepopieraniu zarzutów nie związanych z naruszeniem art. 26 Pzp.

W ocenie Izby, zarzut czwarty naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp – przez brak wezwania odwołującego do uzupełnienia oferty, ewentualnie naruszenie art. 26 ust. 4 Pzp przez brak wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów – nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdza (co jest bezsporne), że zamawiający 24.01.2017 r. wezwał zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp odwołującego do cyt.: »uzupełnienia lub poprawienia« wielu kart produktów, które złożone w ofercie cyt.: »nie potwierdzają, że oprawy odpowiadają wymogom SIWZ«. Ponadto w pkt 8 na końcu tego pisma zamawiający stwierdził cyt.: »Karty produktowe nie posiadają informacji, że produkty są zgodne na znak CE«. Zamawiający wyznaczył termin do złożenia tych uzupełnień na 27.01.2017 r. Następnie zamawiający, w odpowiedzi na zapytania odwołującego, 26.01.2017 r. przedłużył termin złożenia uzupełnień i zacytował konkretne postanowienia SIWZ. Jednocześnie zamawiający nie anulował poprzedniego pisma z 24.01.2017 r. czyli zamawiający w dalszym ciągu wymagał dołączenia do cyt. »informacji, że produkty są zgodne na znak CE«. Było to również wymagane w ust. 9.3.1 pkt 6 na str. 11 SIWZ. Art. 26 ust. 3 Pzp brzmi »Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania«, a art. 26 ust. 4 Pzp brzmi »Zamawiający wzywa także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1«.

Izba stwierdza, że działania zamawiającego z powołaniem się na art. 26 ust. 3 lub ust. 4 Pzp są zwykle próbami uratowania oferty wykonawcy, który nie załączył jakichś dokumentów do oferty (dokumentów określonych w art. 26 ust. 3 i 3a Pzp). Częstokroć takie pominięcie jest wynikiem przeoczenia, ale zdarza się również, że to niezłączenie dokumentów wynika z niezrozumienia treści SIWZ. W związku z tym wprowadzenie takiej procedury jest szansą dla wykonawców na kolejne przeanalizowanie SIWZ i wezwania do złożenia dokumentów czy tłumaczeń oraz możliwie najlepsze zastosowanie się do wymagań zamawiającego. Wykonawcy nawet mogą w czasie prowadzenia procedury zastosowania art. 26 ust. 3 i 4 Pzp wnosić do zamawiającego pytania, o ile nie rozumieją wezwania czy nawet samej SIWZ. Tak też się stało w rozpoznawanym postępowaniu zamówieniowym i zamawiający odpowiadając na wątpliwości wykonawcy (obecnego odwołującego) nawet przedłużył termin na złożenie wyjaśnień przez wykonawcę. Niestety odwołujący nie dostosował się w pełni do żądania zamawiającego i nie złożył wszystkich wymaganych dokumentów (»informacji, że produkty są zgodne na znak CE«), a w związku z tym, że zamawiający jednokrotnie wzywa do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp zamawiający zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp – przez brak wezwania odwołującego do uzupełnienia oferty nie może

zasługiwać na uwzględnienie. Również ewentualny zarzut naruszenia art. 26 ust. 4 Pzp przez brak wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów – nie może zasługiwać na uwzględnienie, bo samo złożenie wyjaśnień nie może być potraktowane przez zamawiającego jako uzupełnienie dokumentów.

W ocenie Izby, zarzut drugi naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp – przez odrzucenie oferty odwołującego w zadaniu nr 1, nr 3, nr 5 mimo, że oferta ta odpowiada SIWZ – nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdza, że odwołujący mimo wezwania przez zamawiającego do uzupełnienia oferty, zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp nie spełnił tego, a tym samym finalnie nie spełnił wymagań zamawiającego zawartych w SIWZ i w związku z tym zamawiający prawidłowo dokonał odrzucenia oferty, zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, który to przepis brzmi »Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli [...] jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3«.

Z tego względu Izba musi stwierdzić, że nie może uwzględnić zarzutu drugiego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 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. Izba nie mogła zaliczyć do kosztów postępowania kosztów wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego mimo takiego wniosku zamawiającego, gdyż zamawiający nie złożył rachunku zgodnie z § 3 pkt 1 i pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r. Nr 41, poz. 238 oraz z 2017 r. poz. 47).

Przewodniczący: