

Sygn. akt: KIO 1351/19

WYROK

z dnia 30 lipca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Poprawa

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 lipca 2019 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 lipca 2019 roku przez **Odwolującego wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie SUNTAR Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością oraz MAXTO ITS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** (adres pełnomocnika ul. Boya Żeleńskiego 5B, 33-100 Tarnów) w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego, którym są Jednostki Administracji Państwowej** - Biuro do Spraw Substancji Chemicznych ul. Dowborczyków 30/34, 90-019 Łódź, Biuro Rzecznika Praw Pacjenta ul. Młynarska 46, 01-171 Warszawa, Centrum Obsługi Administracji Rządowej ul. Powsińska 69/71, 02-903 Warszawa, Centralny Port Komunikacyjny al. Jerozolimskie 134, 02-315 Warszawa, Dolnośląski Urząd Wojewódzki plac Powstańców Warszawy 1, 50-001 Wrocław, Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad wraz z Oddziałami, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa, Generalna Dyrekcja Ochrony Środowiska ul. Wawelska 52/54, 00-922 Warszawa, Główny Inspektorat Farmaceutyczny ul. Senatorska 12, 00-082 Warszawa, Główny Inspektorat Jakości handlowej Artykułów Rolno – Spożywczych ul. Wspólna 30, 00-930 Warszawa, Główny Inspektorat Ochrony Roślin i Nasiennictwa al. Jana Pawła II 11, 00-828 Warszawa, Główny Inspektorat Ochrony Środowiska ul. Wawelska 52/54, 00-922 Warszawa, Główny Inspektorat Sanitarny ul. Targowa 65, 03-729 Warszawa, Główny Inspektorat Transportu Drogowego Aleje Jerozolimskie 94, 00-807 Warszawa, Główny Inspektorat Weterynarii ul. Wspólna 30, 00-930 Warszawa, Główny Urząd Geodezji i Kartografii ul. Wspólna 2, 00-926 Warszawa, Główny Urząd Miar ul. Elektoralna 2, 05-077 Warszawa, Główny Urząd Nadzoru Budowlanego ul. Krucza 38/42, 00-512 Warszawa, Główny Urząd Statystyczny Aleja Niepodległości 208, 00-925 Warszawa, Kancelaria Prezesa Rady Ministrów al. Ujazdowskie 1/3, 05-077 Warszawa, Krajowy Zarząd Gospodarki Wodnej, ul. Grzybowska

80/82, 00-844 Warszawa, Kujawsko - Pomorski Urząd Wojewódzki ul. Jagiellońska 3, 85-950 Bydgoszcz, Lubelski Urząd Wojewódzki w Lublinie ul. Spokojna 4, 20-914 Lublin, Lubuski Urząd Wojewódzki w Gorzowie Wielkopolskim ul. Jagiellończyka 8, 66-400 Gorzów Wielkopolski, Łódzki Urząd Wojewódzki w Łodzi ul. Piotrkowska 104, 90-926 Łódź, Małopolski Urząd Wojewódzki w Krakowie ul. Basztowa 22, 31-156 Kraków, Mazowiecki Urząd Wojewódzki w Warszawie pl. Bankowy 3/5, 00-950 Warszawa, Ministerstwo Cyfryzacji ul. Królewska 27, 00-060 Warszawa, Ministerstwo Edukacji Narodowej al. J. Ch. Szucha 25, 00-918 Warszawa, Ministerstwo Energii ul. Krucza 36/Wspólna 6, 00-522 Warszawa, Ministerstwo Finansów ul. Świętokrzyska 12, 00-916 Warszawa, Ministerstwo Gospodarki Morskiej i Żeglugi Śródlądowej ul. Nowy Świat 6/12, 00-400 Warszawa, Ministerstwo Infrastruktury ul. Chałubińskiego 4/6, 00-928 Warszawa, Ministerstwo Inwestycji i Rozwoju ul. Wspólna 2/4 00-926 Warszawa, Ministerstwo Kultury i Dziedzictwa Narodowego ul. Krakowskie Przedmieście 15/17 00-071 Warszawa, Ministerstwo Nauki i Szkolnictwa Wyższego ul. Hoża 20, 00-529 Warszawa, Ministerstwo Obrony Narodowej Al. Niepodległości 218, 00-911 Warszawa, Ministerstwo Przedsiębiorczości i Technologii Pl. Trzech Krzyży 3/5, 00-507 Warszawa, Ministerstwo Rodziny, Pracy i Polityki Społecznej ul. Nowogrodzka 1/3/5, 00-513 Warszawa, Ministerstwo Rolnictwa i Rozwoju Wsi ul. Wspólna 30, 00-930 Warszawa, Ministerstwo Sportu i Turystyki ul. Senatorska 14, 00-082 Warszawa, Ministerstwo Spraw Wewnętrznych i Administracji, ul. Stefana Batorego 5, 02-591 Warszawa, Ministerstwo Spraw Zagranicznych Al. J. Ch. Szucha 23, 00-580 Warszawa, Ministerstwo Sprawiedliwości Al. Ujazdowskie 11, 00-950 Warszawa, Ministerstwo Środowiska ul. Wawelska 52/54, 00-922 Warszawa, Ministerstwo Zdrowia, ul. Miodowa 15, 00-952 Warszawa, Naczelna Dyrekcja Archiwów Państwowych ul. Rakowiecka 2D, 02-517 Warszawa, Opolski Urząd Wojewódzki w Opolu ul. Piastowska 14, 45-082 Opole, Państwowa Agencja Atomistyki ul. Bonifraterska 17, 00-203 Warszawa, Podkarpacki Urząd Wojewódzki w Rzeszowie ul. Grunwaldzka 15, 35-959 Rzeszów, Podlaski Urząd Wojewódzki w Białymstoku ul. Adama Mickiewicza 3, 15-213 Białystok, Pomorski Urząd Wojewódzki w Gdańsku ul. Okopowa 21/27, 80-810 Gdańsk, Rządowe Centrum Bezpieczeństwa ul. Rakowiecka 2A, 00-993 Warszawa, Rządowe Centrum Legislacji ul. Krucza 36, 00-513 Warszawa, Śląski Urząd Wojewódzki w Katowicach ul. Jagiellońska 25, 40-032 Katowice, Świętokrzyski Urząd Wojewódzki w Kielcach aleja IX Wieków Kielc 3, 25-516 Kielce, Urząd do Spraw Cudzoziemców ul. Koszykowa 16, 00-564 Warszawa, Urząd do Spraw Kombatantów i Osób Represjonowanych ul. Wspólna 2/4, 00-926 Warszawa, Urząd Komunikacji Elektronicznej, ul. Giętdowa 7/9, 01-211 Warszawa, Urząd Lotnictwa Cywilnego ul. M. Flisa 2, 02-247 Warszawa, Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów plac Powstańców Warszawy 1 00-950 Warszawa, Urząd Patentowy Rzeczypospolitej Polskiej aleja Niepodległości 188/192, 00-608 Warszawa, Urząd Prokuraturii

Generalnej Rzeczpospolitej Polskiej, ul. Hoża 76/78, 00-682 Warszawa, Urząd Regulacji Energetyki Al. Jerozolimskie 181, 02-222 Warszawa, Urząd Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych al. Jerozolimskie 181C, 02-222 Warszawa, Urząd Transportu Kolejowego al. Jerozolimskie 134, 02-305 Warszawa, Urząd Zamówień Publicznych ul. Postępu 17a, 02-676 Warszawa, Warmińsko - Mazurski Urząd Wojewódzki w Olsztynie aleja Piłsudskiego 7/9, 10-575 Olsztyn, Wielkopolski Urząd Wojewódzki w Poznaniu aleja Niepodległości 16/18, 61-713 Poznań, Wyższy Urząd Górniczy ul. Wilcza 46, 00-679 Warszawa, Wojewódzki Inspektorat Nadzoru Budowlanego w Krakowie, ul. Łobzowska 67, 30-038 Kraków, Wojewódzki Inspektorat Nadzoru Budowlanego w Łodzi ul. Traugutta 25, 90-113 Łódź, Zachodniopomorski Urząd Wojewódzki w Szczecinie Wały Chrobrego 4, 70-502 Szczecin

w imieniu których działa Centrum Obsługi Administracji Rządowej ul. Powsińska 69/71, 02-903 Warszawa

przy udziale:

- A. wykonawcy Galaxy Systemy Informatyczne Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zielonej Górze, zgłaszającego przystąpienie do postępowanie odwoławczego o sygnaturze akt KIO 1351/19 po stronie zamawiającego
- B. wykonawcy Computex Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie, zgłaszającego przystąpienie do postępowanie odwoławczego o sygnaturze akt KIO 1351/19 po stronie zamawiającego
- C. wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Intaris Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa oraz MBA System Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (adres dla pełnomocnika ul. Adama Mickiewicza 57, 01-625 Warszawa) zgłaszających przystąpienie do postępowanie odwoławczego o sygnaturze akt KIO 1351/19 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu:

- 1.1 **unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części pierwszej postępowanie, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego i wykluczenia Odwołującego z postępowanie, wezwanie Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 t.j.) do złożenia**

deklaracji zgodności UE potwierdzającej zgodność z dyrektywą 2014/53/UE w zakresie łączności radiowej, oraz dokonanie ponownej oceny ofert z uwzględnieniem wyniku oceny złożonej deklaracji zgodności UE.

2. Kosztami postępowanie obciąża zamawiającego Centrum Obsługi Administracji Rządowej w Warszawie i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowanie odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie SUNTAR Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością oraz MAXTO ITS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (adres pełnomocnika ul. Boya Żeleńskiego 5B, 33-100 Tarnów),
- 2.2. zasądza od Zamawiającego Centrum Obsługi Administracji Rządowej w Warszawie na rzecz Odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienia SUNTAR Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością oraz MAXTO ITS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (adres pełnomocnika ul. Boya Żeleńskiego 5B, 33-100 Tarnów) kwotę 18.600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowanie odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 t.j.), na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Jednostki Administracji Rządowej w imieniu których działa Centrum Obsługi Administracji Rządowej prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego w celu zawarcia umowy ramowej na „Dostawę komputerów stacjonarnych i monitorów, komputerów przenośnych i tabletów na potrzeby Jednostek Administracji Państwowej”, numer postępowanie: 2019/1. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowanego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2019/S 037-082783 z dnia 21 lutego 2019 r., zwanego dalej „postępowaniem”

Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, o wartości zamówienia równej lub większej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.) zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”.

W dniu 15 lipca 2019 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie konsorcjum SUNTAR Sp. z o.o. ul. Boya Żeleńskiego 5B 33-100 Tarnów (Lider Konsorcjum) oraz MAXTO ITS Sp. z o.o. (Członek Konsorcjum) ul. Willowa 87, 32-085 Modlniczka (zwanymi dalej Odwołującym) odwołanie od czynności Zamawiającego postępowaniu w zakresie części 1 polegających na:

- czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu,
- wykluczenia Odwołującego z postępowanie,
- odrzucenia oferty Odwołującego,

z ostrożności:

- zaniechania wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów złożonych w celu potwierdzenia okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp,
- zaniechania wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty,
- zaniechania wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, iż prowadząc przedmiotowe postępowanie w zakresie części 1 naruszył następujące przepisy:

- 1) art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez bezprawne i bezzasadne wykluczenie Odwołującego z zm., mimo że nie przedstawił on informacji

wprowadzających Zamawiającego w błąd, mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu, a następnie jej bezpodstawne odrzucenie;

- 2) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez bezprawne i bezzasadne odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo że jej treść odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
- 3) art. 92 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nieprawidłowe dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej i przesłanie nieprecyzyjnej informacji na temat wykluczenia Odwołującego i odrzucenia jego oferty z naruszeniem zasady jawności oraz obowiązku podania uzasadnienia faktycznego i prawnego, co skutkowało uniemożliwieniem Odwołującemu jednoznacznej weryfikacji decyzji podejmowanych przez Zamawiającego w toku postępowanie;
- 4) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie Postępowanie w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;

z ostrożności:

- 5) art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia deklaracji zgodności UE w wymaganym zakresie;
- 6) art. 26 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących złożonych deklaracji zgodności UE w zakresie spełniania przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego;
- 7) art 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do wyjaśnienia treści oferty, tj. czy zaoferowane monitory typ 6 i typ 8 spełniają wymogi wszystkich dotyczących je norm.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania,
- 2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w części 1 postępowania;
- 3) nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny ofert w części 1 postępowania z uwzględnieniem oferty Odwołującego;
- 4) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego i wykluczenia Odwołującego z postępowania,
- 5) ewentualnie, w przypadku uznania przez Izbę, iż zasadne jest zastosowanie art. 26 ust. 3, 26 ust. 4 lub 87 ust. 1 ustawy Pzp, nakazanie Zamawiającemu wezwanie Odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających, iż oferowane dostawy spełniają wymagania Zamawiającego lub złożenia wyjaśnień ich dotyczących lub złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty.

W uzasadnieniu Odwołujący przedstawił następujący stan faktyczny:

Zamawiający w dniu 3 lipca 2019 r. poinformował Odwołującego o dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty w Postępowaniu. Za najkorzystniejsze w postępowaniu (tj. części w zakresie części 1) zostały uznane oferty wykonawców:

- 1) Computex Sp. z o.o. Sp. k.,
- 2) GALAXY Systemy Informatyczne Sp. z o.o.,
- 3) Konsorcjum firm w składzie: Intaris Sp. z o.o. Sp. k. oraz MBA System Sp. z o.o.

Odwołujący został poinformowany o wykluczeniu go z postępowania oraz o odrzuceniu jego oferty. Dokonując wyboru ofert najkorzystniejszych Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów ustawy Pzp, na skutek czego czynność ta została dokonana wadliwie i powinna zostać powtórzona.

ZGODNOŚĆ MONITORA TYP 6

Zamawiający uznał, iż podmiot, któremu Odwołujący zlecił przeprowadzenie badań monitora Suntar LCD27 Pro, nie znajduje się na liście notyfikowanych laboratoriów i jednostek certyfikujących, w związku z czym przedłożona deklaracja zgodności UE z dnia 19 marca 2019 r. dotycząca tego monitora, została wystawiona przez producenta Suntar Sp. z o.o. w sposób nieuprawiony i niezgodny z przepisami prawa oraz nie potwierdza możliwości zamieszczenia znaku CE na tym urządzeniu, a w konsekwencji monitor nie może zostać dopuszczony do obrotu na terenie UE. Wobec tego Zamawiający uznał, iż Odwołujący przedkładając przedmiotową deklarację zgodności UE przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na podejmowane przez niego decyzje w Postępowaniu.

Zamawiający uznał, iż do monitorów, jako sprzętu elektrycznego i elektronicznego o przeznaczeniu szczególnym zastosowanie ma ustawa z dnia 30 sierpnia 2002 r. o systemie oceny zgodności (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 155), a wyroby wprowadzane do obrotu lub oddawane do użytku podlegają ocenie zgodności z zasadniczymi wymaganiami określonymi w przepisach wydanych na podstawie art. 9 ust. 1 albo szczegółowymi wymaganiami określonymi w przepisach wydanych na podstawie art. 10 ust. 1, albo zasadniczymi lub szczegółowymi wymaganiami określonymi w odrębnych ustawach. Jest to warunek wprowadzenia wyrobu do obrotu. Istota argumentacji Zamawiającego i zarzut w stosunku do certyfikatu dla monitora typ 6, jak się wydaje, sprowadza się do stwierdzenia:

„Ponadto, zauważyć należy, iż w trakcie dokonywania oceny zgodności z zasadniczymi wymaganiami niezbędne jest przeprowadzenie badań m.in. w zakresie zgodności

z obowiązującymi przepisami prawa, do którego upoważnione są jedynie podmioty umieszczone na liście notyfikowanych laboratoriów oraz jednostek certyfikujących, stanowiącej załącznik do Obwieszczenia Ministra Gospodarki i Pracy z dnia 11 marca 2013 r. w sprawie informacji o notyfikowanych jednostkach certyfikujących i jednostkach kontrolujących oraz notyfikowanych laboratoriach (M.P. z 2013 r. poz. 328).

Mając na uwadze powyższe, Zamawiający wskazuje, iż podmiot, któremu Wykonawcy zlecieli przeprowadzenie badań produktu Suntar LCD27 (zgodnie z ofertą złożoną wraz z wyjaśnieniami z dnia 3 czerwca 2019 r.) nie znajduje się na liście notyfikowanych laboratoriów oraz jednostek certyfikujących, wobec czego z całą pewnością uznać należy, iż nie jest jednostką notyfikowaną upoważnioną do przeprowadzenia badań".

Wskazany fragment sugeruje, że Zamawiający pozostaje w błędnym przekonaniu, że konieczne jest wykonywanie badań wyłącznie przez podmioty notyfikowane, aby producent mógł wystawić deklarację zgodności UE. Taki wniosek można wysnuć z użycia sformułowania „jedynie” - prawdopodobnie Zamawiający uznał, że takie badanie wykonane przez notyfikowany podmiot jest obligatoryjnym badaniem, które producent musi przeprowadzić/zlecić. Takie stanowisko Zamawiającego jest jednak obarczone oczywistym błędem. Zamawiający nie zauważył, że art. 7 w ust. 1 pkt 1 ustawy o systemie oceny zgodności wskazuje *explicite*, iż podczas dokonywania oceny zgodności z zasadniczymi wymaganiami produkt może być poddawany badaniom przez:

- a) producenta lub jego upoważnionego przedstawiciela, jeżeli nie jest wymagane przeprowadzenie badań przez laboratorium niezależne od dostawcy i odbiorcy.
- b) notyfikowane laboratorium, jeżeli jest wymagane przeprowadzenie badań przez laboratorium niezależne od dostawcy i odbiorcy.

Zatem nie jest konieczne przeprowadzanie badań przez wszystkie te podmioty, choć oczywiście nie jest zabronione, a w szczególności nie jest wymagane przeprowadzenie badania wyłącznie przez podmioty notyfikowane w każdym przypadku, z mocy prawa. W zupełności wystarczające jest przeprowadzenie badania przez producenta lub jego upoważnionego przedstawiciela, jeśli oczywiście nie ma obowiązku przeprowadzenia tych badań przez laboratorium niezależne od dostawcy i odbiorcy. Przepis w tym przypadku również nie wymaga, aby upoważniony przedstawiciel cechował się jakimikolwiek właściwościami, a w szczególności, aby był podmiotem notyfikowanym (zresztą wtedy przepis ten byłby pozbawiony sensu).

Co istotne, w swojej decyzji Zamawiający nie wskazał żadnego przepisu, z którego wynikałaby konieczność przeprowadzenia badań w celu wystawienia deklaracji zgodności

dla zaoferowanego przez Odwołującego monitora typ 6 przez podmiot notyfikowany. A skoro tak, to zarzut braku przeprowadzenia badań przez podmiot notyfikowany jest z gruntu bezpodstawny, bowiem pozostaje w oczywistej sprzeczności z regulacją art. 7 w ust. 1 pkt 1 ustawy o systemie oceny zgodności.

Warto zwrócić uwagę, że istnieją również certyfikaty zgodności, wystawiane po dokonaniu procedury certyfikacji przez notyfikowaną jednostkę certyfikującą (art. 7 ust. 1 pkt 3 ustawy o systemie oceny zgodności), lecz jest to zupełnie odrębny dokument od deklaracji zgodności. Świadczy o tym definicja certyfikatu zgodności i deklaracji zgodności zawarta odpowiednio w art. 5 pkt 9 i 10 ustawy o systemie oceny zgodności:

certyfikacie zgodności - należy przez to rozumieć dokument wydany przez notyfikowaną jednostkę certyfikującą, potwierdzający, że wyrób i proces jego wytwarzania są zgodne z zasadniczymi wymaganiami;

deklaracji zgodności - należy przez to rozumieć oświadczenie producenta lub jego upoważnionego przedstawiciela stwierdzające na jego wyłączną odpowiedzialność, że wyrób jest zgodny z zasadniczymi wymaganiami.

W tym miejscu należy po raz kolejny podkreślić, że Zamawiający żądał deklaracji zgodności a nie certyfikatu zgodności. Sam fakt żądania takiego dokumentu jak certyfikat zgodności wymagałby, aby dokument ten był wystawiony przez podmiot notyfikowany. Deklaracja zgodności nie musi być wystawiana przez podmiot notyfikowany, lecz wystawia ją producent (upoważniony przedstawiciel).

Kolejną istotną kwestią jest odróżnienie deklaracji zgodności i certyfikatu zgodności od badań. Deklaracja zgodności i certyfikat zgodności, to dokumenty potwierdzające określone okoliczności (stosownie do ich definicji zawartych w art. 5 pkt 9 i 10 ustawy o systemie oceny zgodności). Natomiast badania są odrębnym elementem oceny zgodności, niż wskazane dokumenty. Należy zwrócić uwagę, że ani w przypadku certyfikatu zgodności, ani w przypadku deklaracji zgodności elementem ich definicji nie jest obowiązek wydania ich na podstawie badań wykonanych przez podmioty notyfikowane. Żaden przepis prawa nie wymaga, aby deklaracja zgodności była wystawiana przez podmiot notyfikowany, ani po przeprowadzeniu badań przez jednostkę notyfikowaną, nawet wówczas kiedy dane urządzenie musi być obligatoryjnie poddane badaniom przez jednostkę notyfikowaną. To od producenta zależy, czy deklarację zgodności chce wystawić w oparciu o badania własne, badania przeprowadzone w laboratorium nienotyfikowanym czy badania wykonane przez podmiot notyfikowany.

Niezależnie od powyższego w przypadku oferowanego monitora nie jest konieczne, ani posiadanie certyfikatu zgodności, ani przeprowadzenie badań przez jednostkę notyfikowaną dla wprowadzenia go do obrotu.

W odniesieniu do szczegółowych wymagań zastosowanie ma art. 7a przedmiotowej ustawy, który wskazuje na producenta (lub importera), jako podmiot, który dokonuje oceny zgodności ze szczegółowymi wymaganiami. Deklarację zgodności wystawia zatem producent (co wynika również wprost z art. 8 ust. 1 ustawy o systemie oceny zgodności): *„Producent lub jego upoważniony przedstawiciel, który poddał wyrób lub proces jego wytwarzania ocenie zgodności z zasadniczymi wymaganiami i potwierdził ich zgodność, wystawia deklarację zgodności. jeżeli zastosowana procedura oceny zgodności to przewiduje, i umieszcza oznakowanie zgodności zgodnie z wymaganiami określonymi w przepisach wydanych na podstawie art. 9 ust. 1 lub w odrębnych ustawach.”*

Procedury zgodności określone z kolei w dyrektywach europejskich 2014/30/UE i 2014/35/UE zostały wdrożone przez ustawę z dnia 13 kwietnia 2016 r. o systemach oceny zgodności i nadzoru rynku (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 544). Analogicznie do ustawy o systemie oceny zgodności, ustawa o systemach oceny zgodności i nadzoru rynku nakłada na producenta obowiązek poddania wyrobu badaniom (art. 8 ust. 1 pkt 1). W art. 13 ust. 1 pkt 4 ustawa ta również przewiduje, iż to producent wystawia deklarację zgodności.

Przedłożona Zamawiającemu deklaracja zgodności UE z dnia 19 marca 2019 r. została niewątpliwie wystawiona przez producenta, na co wskazują: wyraźne wskazanie w treści deklaracji nazwy producenta Suntar Sp. z o. o., papier firmowy, pieczęć i podpis prezesa zarządu Suntar Sp. z o.o. Deklaracja ta zawiera wszelkie wymagane prawem elementy i potwierdza spełnienie zasadniczych wymagań zawartych w dyrektywach, do których potwierdzenia zastosowano wskazane normy. To jest równoznaczne ze zgodnością z całą normą i upoważnia do wprowadzenia monitora do obrotu na terenie UE.

Jasne jest, iż to Suntar Sp. z o.o., jako podmiot odpowiedzialny za produkt wystawia deklarację zgodności UE, po poddaniu produktu badaniom. Przepisy prawa nie ustanawiają wymagania, aby monitory zakupywane w ramach niniejszego postępowania musiały być badane przez podmiot notyfikowany w celu wystawienia deklaracji zgodności. Kontynuując, nawet jeśli produkt został przebadany przez jednostkę notyfikowaną ze względu na taki obowiązek wynikający z przepisów, to nadal producent ma prawo wystawić deklarację zgodności, która jest odrębnym elementem oceny zgodności od badań, które muszą być przeprowadzone przez podmiot notyfikowany (jeśli taki obowiązek istnieje w stosunku do danego produktu) oraz odrębnym dokumentem od certyfikatu zgodności i funkcjonuje niezależnie od niego. I nie ma żadnego obowiązku (nie istnieje taki przepis

prawa), aby deklaracja zgodności była wystawiana w oparciu o te same badania co certyfikat zgodności, jak również w oparciu o badania, których przeprowadzenie jest obowiązkowe jak element oceny zgodności. Badania może przeprowadzić sam producent lub inny jeszcze podmiot upoważniony (ale niekoniecznie notyfikowany).

Ponadto warto zauważyć, iż Zamawiający nie jest podmiotem z branży informatycznej, w szczególności nie posiada on doświadczenia w przeprowadzaniu procedur zgodności wyrobów z wymaganiami zasadniczymi (ogólnymi i szczególnymi). Istotne jest to w kontekście treści SIWZ, m.in. poprzez żądanie od wykonawców deklaracji zgodności CE, która de facto nie istnieje. Występują natomiast deklaracje zgodności WE, czy deklaracje zgodności UE. Zamawiający również nie kwestionował deklaracji zgodności UE jako dokumentu właściwego dla potwierdzenia spełnienia wymogu SIWZ. Kreowanie nowych wymagań w stosunku do tego dokumentu, ponad te wynikające z przepisów prawa, na obecnym etapie jest spóźnione.

Odwołujący przedłożył zatem Zamawiającemu wymaganą deklarację zgodności UE, potwierdzającą, iż zaoferowany monitor typ 6 - Suntar LCD27 Pro spełnia wymogi wynikające z dotyczących go dyrektyw europejskich.

ZGODNOŚĆ MONITORA TYP 8

Zamawiający uznał w przypadku monitora typ 8, że zaoferowany monitor nie spełnia wszystkich parametrów technicznych w zakresie pozycji „Łączność”, tj. posiadania „wbudowanego modułu WiFi” oraz „technologii NFC”, a przedłożona przez Odwołującego deklaracja zgodności UE dla monitora Suntar LCD55 Show nie zawiera norm dla łączności radiowej określonych w dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/53/UE z dnia 16 kwietnia 2014 r. w sprawie harmonizacji ustawodawstw państw członkowskich dotyczących udostępniania na rynku urządzeń radiowych i uchylająca dyrektywę 1999/5/WE (dyrektywa RED).

Zamawiający w oparciu o powyższe stwierdzenie wykluczył Odwołującego z postępowania wobec uznania, iż Odwołujący przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na podejmowane przez niego decyzje i odrzucił ofertę Odwołującego.

Decyzja Zamawiającego jest wadliwa, w szczególności z następujących względów, które zostaną szerzej omówione poniżej:

- 1) Zamawiający nie podał jakichkolwiek norm czy też dyrektyw unijnych do których miałyby się odnosić „deklaracja zgodności CE”, więc nie ma prawa do rozszerzania swoich wymagań na etapie badania i oceny ofert,
- 2) dyrektywa 2014/53/UE nie ma zastosowania do monitorów typ 8,
- 3) normy radiowe EN 300 328 Y2.1.1 i EN 301 893v2.1.1 przystosowane do normy 4.8 EN 301 893 v1.8.1 oraz EN 300 330 V2.1.1 są normami uznaniowymi, a ich stosowanie nie jest obowiązkowe.

Zgodnie z rozdz. IX.1 ust. 2 pkt 9 SIWZ oraz załącznikiem nr 2 do SIWZ - część I - komputery i monitory, poz. Monitor typ 8 Zamawiający określił w rubryce „Standardy i certyfikaty”, że wymaga, aby dla monitora była wystawiona deklaracja zgodności CE lub równoważna. Po pierwsze, Zamawiający nie określił szczegółowych wymagań dotyczących deklaracji zgodności ani dla dokumentów równoważnych, przede wszystkim nie określił on, jakie normy muszą być wykazane w deklaracji zgodności. Zgodnie z art 30 ust. 1 pkt 2-4 ustawy Pzp to Zamawiający opisuje przedmiot zamówienia poprzez m.in. odniesienie się do norm, przy czym zgodnie z ust. 9 w przypadku zamówień na dostawy, może wymagać certyfikatów zgodności lub deklaracji zgodności. Zamawiający nie wskazał w opisie przedmiotu zamówienia norm, które musi spełnić oferowany monitor, zatem nie ma obecnie podstaw do stawiania nowych lub doszczegółowienia wymagań w tym zakresie. Odwołujący spełnił wymóg określony w przytoczonym powyżej zapisie SIWZ oraz załączniku nr 2 do SIWZ, bowiem przedłożył deklarację zgodności UE dla oferowanego monitora typ 8 - Suntar LCD55 Show. Słusznie zauważyła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 5.11.2010, KIO 2298/10.

W związku z dobrowolnością stosowania Polskich Norm oraz brakiem wymagania w specyfikacji spełnienia warunków zawartych w normie PN-G-50005/1997, zamawiający nie ma prawa wymagać od wykonawców spełnienia tej normy. Dlatego brak spełnienia przez wykonawcę Polskiej Normy, nie wymienionej w specyfikacji, nie może być przyczyną odrzucenia oferty.

Dopiero wymienienie w specyfikacji konkretnej Polskiej Normy stanowi przyczynę badania oferty pod kątem spełnienia uregulowań znajdujących się w Normie i brak wykazania spełnienia takich wymagań stanowi podstawę do odrzucenia oferty zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Warto przytoczyć wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9.11.2012, KIO 2334/12:

„Zgodnie z art. 30 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający opisuje przedmiot zamówienia za pomocą cech technicznych i jakościowych, z zachowaniem Polskich Norm przenoszących normy

europejskie lub norm innych państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego przenoszących te normy. W myśl ust. 4 opisując przedmiot zamówienia za pomocą norm, aprobat, specyfikacji technicznych i systemów odniesienia zamawiający jest obowiązany wskazać, że dopuszcza rozwiązania równoważne opisywanym. Przepis ust. 5 stanowi, że wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne opisywanym przez zamawiającego, jest obowiązany wykazać, że oferowane przez niego dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez zamawiającego. Jednakże w orzecznictwie zarówno Krajowej Izby Odwoławczej, jak i sądów powszechnych ukształtował się pogląd, że zamawiający, dopuszczając rozwiązania równoważne, będąc zobowiązany do ich dopuszczenia, ma wykazać kryteria (cechy) uznania określonego systemu za równoważny. Takie stanowisko zaprezentowane jest między innymi w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 lipca 2009 roku sygn. akt: KIO/UZP 876/09 oraz wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 23 czerwca 2008 roku sygn. akt: XIX Ga 214/08.

A zatem - skoro zamawiający nie określił ani poprzez wskazanie tytułu konkretnej normy, ani poprzez określenie, badania jakiego rodzaju materiału ma dotyczyć norma równoważna, ani też nie wskazał żadnych innych cech równoważności, nie może zarzucać wykonawcy, iż zastosowana przez niego norma nie jest równoważna normie, która wskazał w specyfikacji. Przystępujący miał natomiast podstawy przypuszczać, iż normy, na które się powoływał w toku postępowania, będą przez zamawiającego zaakceptowane. Normy te mają bowiem zastosowanie przy badaniu wytrzymałości na ściskanie i zginanie klejów poliuretanowych, co wynika z dowodów, które przystępujący przedłożył na rozprawie”.

Zamawiający zażądał deklaracji zgodności CE - dokumentu nieistniejącego, więc tym bardziej Zamawiający nie ma podstaw do kwestionowania deklaracji zgodności UE dla monitora typ 8 skoro nie określił kryteriów równoważności.

Zamawiający nie może na obecnym etapie weryfikować oferty w oderwaniu od postanowień SIWZ. Czas na dokonywanie jej modyfikacji już upłynął, wobec czego zobowiązany jest przestrzegać jej zapisów w obecnej formie i nie może interpretować jej zapisów rozszerzająco, na niekorzyść wykonawców (por. uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 sierpnia 2017 r., KIO/KD 38/17: „Należy wskazać, że obowiązuje swoista „święta” zasada, że wszelkie niejasności, dwuznaczności, niezgodności postanowień SIWZ należy rozpatrywać na korzyść wykonawców, [...]. Reguła ta wynika z prawniczej paremii *in dubio contra proferentem* znaczącej w języku polskim „Wątpliwości należy tłumaczyć przeciw autorowi”).

Mając na uwadze powyższe przedłożenie przez Odwołującego deklaracji zgodności UE potwierdza spełnienie wymagania dla monitora typ 8 określonego w SIWZ przez Zamawiającego, zaś sama deklaracja spełnia wymagania dla tego typu dokumentów - czego zresztą Zamawiający nie kwestionuje.

Po drugie, niezależnie od braku wskazania przez Zamawiającego szczegółowych norm, które należało wykorzystać do potwierdzania zasadniczych wymagań, Zamawiający błędnie uznaje, iż deklaracja zgodności dla zaoferowanego monitora w ramach typu 8 - Suntar LCD55 Show powinna wskazywać zgodność z normami radiowymi EN 300 328 V2.1.1 i EN 301893v2.1.1 przystosowane do normy 4.8 EN 301893 v1.8.1 oraz EN 300 330 V2.1.1. Normy te służą badaniu i potwierdzeniu spełnienia wymagań przez dyrektywę 2014/53/UE - na którą wskazuje Zamawiający, jako dyrektywy, która znajduje zastosowanie do monitora typ 8. Dyrektywa 2014/53/UE uchylili wcześniej obowiązującą dyrektywę 1999/5/WE z dnia 9 marca 1999 r. w sprawie urządzeń radiowych i końcowych urządzeń telekomunikacyjnych oraz wzajemnego uznawania ich zgodności. „Stara dyrektywa” obejmowała swoją regulacją zarówno urządzenia radiowe, jak i końcowe urządzenia telekomunikacyjne (art. 1: *„Niniejsza dyrektywa ustanawia ogólne ramy prawne odnośnie wprowadzania do obrotu, swobodnego przepływu oraz użytkowania na obszarze Wspólnoty urządzeń radiowych i końcowych urządzeń telekomunikacyjnych”*). Obecna dyrektywa 2014/53/UE określa ramy prawne dotyczące udostępniania na rynku i oddawania do użytku w Unii urządzeń radiowych (art. 1 ust. 1). Zakres tej dyrektywy nie dotyczy jednak stacjonarnych urządzeń końcowych, co zostało określone w pkt 4 preambuły do tej dyrektywy: *„Zasadnicze wymagania określone w dyrektywie 1999/5/WE, które odnoszą się do stacjonarnych urządzeń końcowych, tj. zapewnienie ochrony zdrowia i bezpieczeństwa osób i zwierząt domowych oraz ochrona mienia oraz odpowiedni poziom kompatybilności elektromagnetycznej, są odpowiednio objęte przepisami dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/35/UE i dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/30/UE. Niniejsza dyrektywa nie powinna mieć zatem zastosowania do stacjonarnych urządzeń końcowych.”*. Niewątpliwie monitory komputerowe nie stanowią urządzeń radiowych, lecz właśnie - w przypadku posiadania odpowiednich modułów łączności bezprzewodowej (tak jak w niniejszym przypadku) - są stacjonarnymi urządzeniami końcowymi, a to oznacza, że wystarczające jest potwierdzenie spełnienia wymagań dyrektywy 2014/30/UE oraz 2014/35/UE - co zawiera złożona przez Odwołującego deklaracja. Jednocześnie jest to równoznaczne ze spełnieniem wymagań dyrektywy 2014/53/UE.

Niezależnie podkreślić należy, że stosowanie Polskich Norm jest dobrowolne, co wynika z art. 5 ust. 3 ustawy z dnia 12 września 2002 r. o normalizacji (Dz.U. z 2015 r.,

poz. 1483). Ponadto należy zwrócić uwagę, że wskazane normy przez Zamawiającego są w języku angielskim. Polskie Normy mogą być powoływane w przepisach prawnych po ich opublikowaniu w języku polskim, co wynika z art. 5 ust. 4 ustawy o normalizacji. Normy nieprzetłumaczone są normami uznaniowymi i nie zaleca się ich do stosowania. Biorąc powyższe pod uwagę, Zamawiający nie może wymagać potwierdzenia zgodności z normami skoro takiego wymagania nie zawarł w SIWZ. Podobnie zważyła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 2.06.2015, KIO 1059/15:

Zgodnie z ustawą o normalizacji (Dz. U. z 2002 r. nr 169, poz. 1386 z późn. zm.) stosowanie Polskich Norm jest dobrowolne. Większość norm zharmonizowanych jest na bieżąco wprowadzana do normalizacji polskiej, jako normy PN-EN. W przypadku, gdy nie jest opracowane tłumaczenie na język polski, Polski Komitet Normalizacyjny dystrybuuje je jako normy uznaniowe, przywołując treść normy europejskiej w języku oryginalnym. Zgodnie z art. 5 ust. 4 ustawy o normalizacji norma może być przywołana w akcie prawnym tylko po jej przetłumaczeniu na język polski. Nieprzetłumaczonych na język polski norm uznaniowych nie zaleca się do stosowania w specyfikacjach technicznych. Normy wskazane przez odwołującego w złożonych przez niego DWU nie zostały przetłumaczone na język polski. Są to więc tak zwane normy uznaniowe. Ze wskazanych powyżej względów, wbrew twierdzeniom odwołującego, zamawiający nie miał obowiązku powoływania się na te normy.

Podsumowując, Odwołujący nie miał obowiązku prawnego powoływania się na normy wskazane przez Zamawiającego, a Zamawiający ich przywołania w „deklaracji zgodności CE” nie wymagał.

Powyższe dowodzi, że monitory powinny spełniać wymagania zasadnicze dyrektyw 2014/30/UE i 2014/35/AJE, a nie jak wskazuje Zamawiający dyrektywę 2014/53/UE.

ZANIECHANIE WEZWANIA DO ZŁOŻENIA WYJAŚNIEŃ LUB UZUPEŁNIENIA DOKUMENTÓW

Z ostrożności procesowej Odwołujący wskazuje, że Zamawiający na mocy ustawy Pzp został uprawniony do korzystania z instytucji wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 (art. 26 ust. 4 ustawy Pzp), wezwania wykonawcy do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, jeżeli oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, czy też do wyjaśnienia treści złożonych ofert w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Tymczasem dostrzegając błędnie wystawioną - zdaniem Zamawiającego - deklarację zgodności, stwierdził, iż przedmiot zamówienia jest niezgodny z treścią SIWZ.

Deklaracja zgodności jest dokumentem, o którym mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, tj. potwierdzającym spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego. Wynika to również z określenia tych dokumentów w rozdziale DCI ust. 2 pkt 9 SIWZ. Zamawiający powinien w pierwszej kolejności, po powzięciu wątpliwości w zakresie poprawności złożonych deklaracji zgodności UE zwrócić się do Odwołującego w trybie art. 26 ust. 4 do złożenia wyjaśnień w zakresie spełniania przez oferowane monitory wymagań wynikających z obowiązujących norm oraz czy deklaracja zgodności dotycząca zaoferowanego monitora Suntar LCD55 Show powinna potwierdzać także zgodność z dyrektywą 2014/53/UE.

Dopiero po uzyskaniu wyjaśnień od Odwołującego w powyższym zakresie Zamawiający powinien był dokonać oceny, czy deklaracje zgodności UE są odpowiednie, czy też należy Odwołującego wezwać do ich uzupełnienia poprzez złożenie deklaracji zgodności z normami potwierdzającymi spełnienie wymagań dyrektywy 2014/53/UE. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej art. 26 ust. 3 Pzp zobowiązuje Zamawiającego do skierowania wezwania w sytuacji wystąpienia braków lub błędów w złożonych dokumentach. Obowiązkiem temu odpowiada uprawnienie wykonawcy do naprawienia popełnionych błędów polegających na niezłożeniu lub złożeniu nieprawidłowych dokumentów (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 stycznia 2019 r., sygn. akt KIO 2559/18, czy wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 kwietnia 2018 r., sygn. akt KIO 508/18).

Zamawiający w informacji o wyniku postępowania oświadczył, iż według niego z deklaracji zgodności UE przedłożonej dla monitora typ 8 wynika, iż zaoferowany monitor nie posiada wymaganej łączności radiowej bądź nie został poddany weryfikacji, badaniom technicznym w zakresie łączności radiowej. Taki wniosek jest zbyt daleko idący, zaś Odwołujący potwierdził w ofercie, iż oferowany monitor Suntar LCD55 Show posiada wbudowany moduł WiFi NFC, akcelerometr, czujnik zbliżeniowy. Zamawiający powinien poza tym dokonywać oceny oferty w całości i oceniać przedmiotowy dokument łącznie z treścią oferty, a przede wszystkim z uwzględnieniem pełnej treści tego dokumentu. Jeżeli Zamawiający powziął wątpliwości w zakresie spełniania tego wymagania powinien był zwrócić się do Odwołującego o wyjaśnienie w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

BRAK PODSTAW DO WYKLUCZENIA

Zamawiający wykluczył Odwołującego z Postępowania w zakresie części 1, ponieważ uznał, iż został przez niego wprowadzony w błąd, a informacje mogły mieć istotny wpływ na podejmowane przez Zamawiającego decyzje. Powodem wykluczenia Odwołującego było uznanie, iż przedkładając deklarację zgodności UE z dnia 19 marca 2019 r. dla monitora Suntar LCD27 Pro oraz deklarację zgodności UE z dnia 19 marca 2019 r. dla monitora Suntar LCD55 Show Odwołujący przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu. Zastosowanie takiej sankcji wymaga dogłębnej analizy zaistnienia przesłanek wykluczenia. W szczególności należy zwrócić uwagę na to, iż art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp przewiduje możliwość wykluczenia takiego wykonawcy, który:

- 1) w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa,
- 2) przedstawił informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd,
- 3) mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu.

Na Zamawiającym ciąży obowiązek wykazania, iż wszystkie te przesłanki zaistniały. Tymczasem wykluczając Odwołującego Zamawiający ograniczył się do lakonicznego stwierdzenia, iż skoro deklaracja zgodności UE była nieprawidłowa, a Odwołujący przedłożył ją Zamawiającemu w toku postępowania, to wprowadził Zamawiającego w błąd i podlega wykluczeniu. Przyjęty przez Zamawiającego tok rozumowania art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp wypacza sens instytucji uzupełnienia, wyjaśnienia czy też odrzucenia oferty. Zgodnie z przepisami ustawy, jeżeli wykonawca nie wykaże, iż przedmiot oferty potwierdza warunki określone w SIWZ, to Zamawiający stosuje sankcję z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, chyba że możliwe jest zastosowanie instytucji z art. 26 ust. 3-4 lub art. 87 ust. 1 tej ustawy.

Jak już zostało to wskazane, Odwołujący przede wszystkim nie przedstawił żadnych informacji, które wprowadzałyby Zamawiającego w błąd. Deklaracje zgodności dla omawianych monitorów zostały wystawione w sposób prawidłowy. Zresztą Zamawiający nie wykazał, aby jakiegokolwiek informacje zawarte w tych dokumentach były nieprawdziwe, a oferowane monitory nie posiadały wymaganych właściwości. Ponadto, gdyby nawet hipotetycznie uznać, iż informacje zawarte w deklaracjach zgodności nie potwierdzają spełniania warunków SIWZ lub deklaracje zostały wystawione w sposób nieprawidłowy, to nie można przypisać Odwołującemu działania w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa. Działanie lekkomyślne rozumiane jest, jako działanie bezprawne przy świadomości, iż może naruszać prawo, a niedbalstwo, kiedy wykonawca wprost nie przewiduje skutku, jakim jest wprowadzenie zamawiającego w błąd, podczas gdy skutek ten mógł i powinien

był przewidzieć (tak też: Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 1 lutego 2019 r., sygn. akt KIO 45/19).

Istotne jest także, iż informacje nieprawdziwe to takie, które prowadzą do zaistnienia sprzeczności pomiędzy treścią dokumentu złożonego przez wykonawcę a rzeczywistością. Stan ten zaistnieje, gdy przedstawione zostaną informacje obiektywnie nieprawdziwe, niezgodne z rzeczywistym stanem rzeczy, który ma znaczenie dla danego postępowania. Okoliczności podania informacji nieprawdziwych powinny być wykazane w sposób niebudzący wątpliwości. Nie jest wystarczającym zaistnienie pewnego stanu niepewności czy wywołanie wątpliwości co do rzetelności czy kompletności przedstawionych informacji. Z treści informacji o wyniku postępowania przesłanej przez Zamawiającego nie wynika, aby informacje podane przez Odwołującego były nieprawdziwe. W dodatku wynika z niej, iż Zamawiający ma wątpliwość, jakie informacje mogły być nieprawdziwe („zaoferowany przez Wykonawców monitor LCD55 Show producenta Suntar nie posiada wymaganej łączności bądź nie został przed złożeniem oferty poddany weryfikacji, badaniom technicznym w zakresie łączności radiowej (...)").

Warto także zwrócić uwagę na stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w wyroku z dnia 12 grudnia 2017 r., sygn. akt KIO 2481/17: „*Wykluczenie na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.) może nastąpić tylko w sytuacjach, gdy niezgodność oświadczeń wykonawcy z rzeczywistym stanem rzeczy jest jednoznaczna, a wymagania zamawiającego są jasne i nie podlegają rozbieżnym interpretacjom*”. Zamawiający nie określił w SIWZ (ani załączniku nr 2 do SIWZ), jakie normy powinny spełniać oferowane monitory i w jaki sposób należy potwierdzić ich spełnienie. Odwołujący przedstawił Zamawiającemu deklaracje zgodności oferowanych monitorów, a zatem wypełnił obowiązek nałożony przez Zamawiającego. Jeżeli więc Zamawiający kwestionuje poprawność deklaracji zgodności, to powinien skorzystać z instytucji określonych w art 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, a nie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp.

Ponadto nie można stwierdzić, aby przedmiotowe deklaracje zgodności UE stanowiły informacje mogące mieć istotny wpływ na decyzje Zamawiającego w Postępowaniu, skoro Zamawiający nie określił żadnych wymagań dotyczących deklaracji zgodności, w szczególności wynikających z jakichkolwiek dyrektyw.

NIEPRECYZYJNA INFORMACJA O WYKLUCZENIU ODWOŁUJĄCEGO I ODRZUCENIU OFERTY

W celu weryfikacji decyzji Zamawiającego i analizy zarzutów odwołania należy przede wszystkim zwrócić uwagę na treść przekazanej przez Zamawiającego informacji o wyniku postępowania. Zgodnie z art. 92 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający zobowiązany jest poinformować wszystkich wykonawców m.in. o wykonawcach, którzy zostali wykluczeni oraz ofertach, które zostały odrzucone (pkt 2 i 3), podając uzasadnienie faktyczne i prawne. Określony w art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp obowiązek informacyjny stanowi przejaw praktycznej realizacji wyrażonej w art. 8 ust. 1 wskazanej ustawy zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia oraz sformułowanej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji.

Zamawiający przez lakoniczne i enigmatyczne uzasadnienie podjętej czynności faktycznie pozbawia wykonawcę lub też znacznie utrudnia możliwość obiektywnej oceny jej poprawności i ewentualnego rzeczowego zakwestionowania argumentów, które legły u jej podstaw, uchybiając tym samym fundamentalnym regułom rządzącym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego. Celem przepisów ustawy Pzp nakładających na Zamawiającego obowiązek uzasadnienia podjętych czynności jest zagwarantowanie wykonawcom realnej i skutecznej możliwości weryfikacji decyzji podejmowanych w toku postępowania o udzielenie zamówienia. Informacja o wyniku postępowania, o której mowa w art. 92 ust. 1 ustawy Pzp jest szczególnie istotna dla wykonawców. To na jej podstawie wykonawca po pierwsze podejmuje decyzję, czy skorzystać ze środków ochrony prawnej, a po drugie, jakie zarzuty sformułować w odwołaniu, i w jaki sposób polemizować ze stanowiskiem Zamawiającego.

W postępowaniu Zamawiający poinformował o wykluczeniu Odwołującego i odrzuceniu jego oferty w rzeczywistości z pominięciem uzasadnienia faktycznego oraz prawnego. Choć decyzja Zamawiającego wydaje się pozornie obszerna, to w rzeczywistości bazuje na ogólnych stwierdzeniach nieopartych na żadnych konkretnych przepisach aktów prawnych na które wskazuje Zamawiający (a wręcz stwierdzenia te pozostają w oczywistej sprzeczności z przepisami tychże aktów, o czym dalej). W przypadku wykluczenia i odrzucenia oferty w związku z informacjami dotyczącymi monitora typ 6 - Sun tar LCD27 Pro Zamawiający: błędnie zidentyfikował podmioty uprawnione do przeprowadzenia badań i wystawienia deklaracji zgodności, ale również wskazał, że badania zostały przeprowadzone przez podmiot, który nie znajduje się na liście notyfikowanych laboratoriów oraz jednostek certyfikujących, a w związku z tym deklaracja zgodności dla tego monitora została wystawiona w sposób nieprawidłowy. Zamawiający nie wyjaśnił podstaw prawnych swojej

decyzji, nie wskazał również, na jakiej podstawie wywiódł wniosek, iż badania służące za podstawę wystawienia deklaracji zgodności powinny zostać przeprowadzone przez podmiot notyfikowany, a tym samym zostały przeprowadzone przez podmiot nieuprawniony.

Tak uzasadniona decyzja powoduje konieczność domyślenia się przez Odwołującego, jakie mogły być motywy decyzji Zamawiającego. Inaczej rzecz ujmując Zamawiający zarzucił brak wykonania badań przez podmiot notyfikowany, ale nie jest w stanie wykazać z czego, z jakiej regulacji taki obowiązek wynika. Zamawiający zobowiązany był przede wszystkim do wskazania podstawy prawnej, wedle której jedynie notyfikowane laboratorium bądź jednostka certyfikowana mogą przeprowadzić badania oceny zgodności służące za podstawę wystawienia deklaracji zgodności. Skoro brak przymiotu notyfikacji dla podmiotu wykonującego badania stanowi o odrzuceniu oferty Odwołującego, to Zamawiający powinien w sposób jednoznaczny wykazać, że taki obowiązek wynika z konkretnych przepisów prawa.

Co więcej, w związku ze stwierdzeniem, iż deklaracja została wystawiona w sposób nieuprawniony i niezgodny z przepisami prawa, Zamawiający wykluczył Odwołującego na podstawie art 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp wobec uznania, iż przedkładając deklarację zgodności UE z dnia 19 marca 2019 r. dla monitora Suntar LCD27 Pro Odwołujący przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu. Zastosowanie takiej sankcji wymaga dogłębnej analizy zaistnienia przesłanek wykluczenia i odniesienia się do nich w informacji o wykluczeniu, czego Zamawiający zaniechał. W szczególności należy zwrócić uwagę na to, iż art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp przewiduje możliwość wykluczenia takiego wykonawcy, który:

- 1) w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa,
- 2) przedstawił informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd,
- 3) mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu.

Na Zamawiającym ciąży obowiązek wykazania, iż wszystkie te przesłanki zaistniały, a tymczasem wykluczając Odwołującego Zamawiający ograniczył się do lakonicznego stwierdzenia, iż skoro deklaracja zgodności UE była wystawiona w sposób nieuprawniony i niezgodny z przepisami prawa, a Odwołujący przedłożył ją Zamawiającemu w toku postępowania, to przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego i podlega wykluczeniu. Zamawiający zapominał jednocześnie choćby o instytucji uzupełnienia dokumentów, która

przy przyjęciu toku rozumowania Zamawiającego traci w ogóle rację bytu w systemie zamówień publicznych. Jak słusznie zauważyła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 18 września 2017 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1857/17 *„Niedopuszczalnym jest, aby wykonawca kwestionujący zasadność podjętych wobec jego oferty przez zamawiającego czynności, samodzielnie zidentyfikował przyczyny odrzucenia jego oferty, a następnie w oparciu o poczynione założenia, przedstawiał w odwołaniu argumenty przemawiające za nietrafnością domniemanych przyczyn decyzji zamawiającego. Zamawiający jest zobowiązany podać uzasadnienie podejmowanych czynności, tak aby zagwarantować wykonawcom możliwość ich weryfikacji w toku procedury odwoławczej.”*

Analogiczne błędy zostały poczynione w zakresie monitora typ 8. W dodatku sam Zamawiający nie jest w stanie dokładnie zidentyfikować wadliwości oferty Odwołującego, bowiem wskazuje on, iż *„zaoferowany przez Wykonawców monitor LCD55 Show producenta Suntar nie posiada wymaganej łączności bądź nie został przed, złożeniem oferty poddany weryfikacji, badaniom technicznym w zakresie łączności radiowej (...)”*. Na marginesie należy wskazać, że takie sformułowanie dobitnie ukazuje potrzebę wezwania do wyjaśnień, skoro Zamawiający miał wątpliwości.

Z treści informacji przekazanej przez Zamawiającego wynika, że w oparciu o domniemania pozbawione racjonalnych podstaw doszukiwał się on rzekomych błędów w ofercie Odwołującego, co jest niedopuszczalne i świadczy jednocześnie o naruszeniu zasady równego traktowania wykonawców.

Biorąc pod uwagę powyższe, za niedopuszczalne uznać należy wymuszanie przez Zamawiającego, aby Odwołujący samodzielnie musiał domniemywać podstawy faktyczne i prawne decyzji, które chce zakwestionować. Na marginesie należy wskazać, iż sytuacja, w której Zamawiający dopiero w trakcie powstałego sporu przed Krajową Izbą Odwoławczą będzie wskazywał wykonawcy podstawy faktyczne i prawne, które w jego ocenie uzasadniały wykluczenie tego wykonawcy z postępowania i odrzucenie oferty, jest istotnym naruszeniem art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 sierpnia 2018 r., sygn. akt KIO 1549/18).

Opisane powyżej naruszenia ustawy Pzp dowodzą prowadzenia postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

W powyższym stanie rzeczy w ocenie Odwołującego wniesienie niniejszego odwołania jest konieczne i w pełni uzasadnione.

Dnia 17 lipca 2019 roku do postępowania odwoławczego zgłosił przystąpienie po stronie Zamawiającego wykonawca Galaxy Systemy Informatyczne Sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze (zwany dalej Przystępującym Galaxy) wnosząc o oddalenie odwołania.

Dnia 19 lipca 2019 roku do postępowania odwoławczego zgłosił przystąpienie po stronie Zamawiającego wykonawca Computex Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Warszawie (zwany dalej Przystępującym Computex) wnosząc o oddalenie odwołania.

Dnia 19 lipca 2019 roku do postępowania odwoławczego zgłosili przystąpienie po stronie Zamawiającego wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie Konsorcjum Intaris Sp. z o.o. Sp.k. oraz MBA System Sp. z o.o. (adres dla pełnomocnika ul. Adama Mickiewicza 57, 01-625 Warszawa) (zwany dalej Przystępującym Intaris wnosząc o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestników postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 roku, poz. 1986.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 15 lipca 2019 roku wobec czynności Zamawiającego z dnia 3 lipca 2019 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co zostało potwierdzone na posiedzeniu z udziałem stron i uczestnika postępowania.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy – 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 - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Izba stwierdziła także skuteczność wniesionych przystąpień do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Zgłoszenie przystąpień nastąpiło z zachowaniem terminu określonego w art. 185 ust. 2 Pzp. Kopie przystąpień zostały przekazane Zamawiającemu oraz Odwołującemu – co również zostało potwierdzone na posiedzeniu z udziałem stron i uczestnika postępowania.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie złożoną do akt sprawy a także stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie na posiedzeniu i rozprawie, do protokołu.

Izba Ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Wskazać należy, iż Izba rozpoznając zarzuty podniesione w odwołaniu ocenia czynności podjęte przez Zamawiającego, odpowiadając na pytanie czy Zamawiający poprzez wykonanie konkretnych czynności w postępowaniu, lub poprzez zaniechanie czynności do których był zobowiązany na podstawie ustawy, naruszył przepisy prawa zamówień publicznych.

W analizowanym stanie faktycznym w ocenie Izby, Zamawiający naruszył przepisy prawa zamówień publicznych w zakresie wskazanym w odwołaniu.

W pierwszej kolejności Izba odniosła się do zarzutu naruszenia art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp poprzez bezzasadne odrzucenie oferty odwołującego, pomimo że jej treść odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej SIWZ). Zgodnie z wymaganiami SIWZ oferowany monitor typ 8 winien być wyposażony m.in. we wbudowany moduł WiFi i NFC (załącznik nr 2 do SIWZ, Monitor typ 8, łączność, str. 98) oraz dla potwierdzenia, że oferowany sprzęt spełnia wymagania określone przez Zamawiającego musi posiadać deklarację CE lub równoważną (rozdział VI.1.1.4.a) str.9). Do oferty każdy wykonawca winien był załączyć wypełniony załącznik nr 2 do SIWZ, w którym należało podać nazwę producenta, model i dane techniczne oferowanego urządzenia oraz deklarację zgodności CE lub równoważną dla danego urządzenia.

Zgodnie z opisem sposobu wypełnienia załącznika nr 2, w przypadku zaoferowania sprzętu o parametrach wskazanych przez Zamawiającego należało wpisać słowo „spełnia”. W oparciu o powyższe dokumenty Zamawiający dokonywał oceny zgodności treści oferty z treścią SIWZ.

W zakresie wymaganych modułów WiFi i NFC Odwołujący wskazał w wypełnionym załączniku nr 2, że oferowany monitor LCD55 Show spełnia wymóg posiadając oba moduły oraz załączył deklarację zgodności UE z dnia 19 marca 2019 r dla monitora. Powyższe nie mogło stanowić podstawy do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp, bowiem stanowiło potwierdzenie zgodności oferty z wymaganiami SIWZ. Zgodnie z nimi, Odwołujący wypełnił załącznik nr 2 potwierdzając spełnienie wymagań technicznych oraz załączył deklarację zgodności UE wystawioną dla oferowanego monitora.

Odwołujący złożył deklarację zgodności UE (którą Zamawiający uznał za równoważną w stosunku do wymogu SIWZ), jednak w ocenie Zamawiającego nie potwierdzała ona wszystkich wymagań, które musi spełnić monitor wyposażony w moduły WiFi i NFC. Wymagania te zostały określone w Dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/53/UE z dnia 16 kwietnia 2014 r. w sprawie harmonizacji ustawodawstw państw członkowskich dotyczących udostępniania na rynku urządzeń radiowych i uchylająca dyrektywę 1999/5/WE (Dyrektywa RED) - obowiązkowych dla urządzeń radiowych. Według Zamawiającego, poprzez wyposażenie monitora w moduły WiFi i NFC stał się on urządzeniem radiowym i musi spełnić wymagania właściwe dla urządzenia radiowego. Oznacza to, że monitor ten musi zostać poddany badaniom technicznym wynikającym z dyrektywy 2014/53/UE, a informacja o zgodności z ww. dyrektywą musi zostać zawarta w deklaracji zgodności. Zamawiający wywodząc, że monitor LCD55 Show nie posiada wymaganej łączności radiowej bądź nie został przed złożeniem oferty poddany weryfikacji, badaniom technicznym w zakresie łączności radiowej, oparł swój wniosek o treść deklaracji zgodności UE, w której nie było żadnej informacji o zgodności monitora z Dyrektywą 2014/53/UE. Deklaracja zgodności zawierała informacje o zgodności z Dyrektywą 2014/30/UE, Dyrektywą 2014/35/UE, Dyrektywą 2009/125/WE, Dyrektywą 2011/65/UE (oraz normami właściwymi dla Dyrektyw), które w ocenie Zamawiającego nie były wystarczające, dla potwierdzenia że monitor LCD55 Show spełnia wymagane minimalne parametry techniczne w pozycji „Łączność”, określone w Specyfikacji Technicznej (Załącznik nr 2 do SIWZ) tj. monitor posiada legalnie wbudowany moduł WiFi oraz technologię NFC.

Zgodnie z definicją zawartą w art. 2 ust. 1 pkt 1 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/53/UE z dnia 16 kwietnia 2014 r. w sprawie harmonizacji ustawodawstw państw członkowskich dotyczących udostępniania na rynku urządzeń radiowych i uchylająca dyrektywę 1999/5/WE (dalej Dyrektywa 2014/53/UE) przez „urządzenie radiowe” należy rozumieć produkt elektryczny lub elektroniczny, który celowo emituje lub odbiera fale radiowe na potrzeby radiokomunikacji lub radiolokacji, lub produkt elektryczny lub elektroniczny, który musi zostać uzupełniony o dodatkowy element, taki jak np. antena, aby mógł celowo emitować lub odbierać fale radiowe na potrzeby radiokomunikacji lub radiolokacji.

W myśl ustawy z dnia 13 kwietnia 2016 r. o systemach oceny zgodności i nadzoru rynku (tj. z dnia 22 lutego 2019 r. Dz.U. z 2019 r. poz. 544) przez deklarację zgodności należy rozumieć oświadczenie producenta, instalatora lub ich upoważnionego przedstawiciela albo prywatnego importera, na ich wyłączną odpowiedzialność, że wyrób jest zgodny z wymaganiami. W myśl art. 11 ust. 3 ww. ustawy Deklaracja zgodności musi być zgodna z aktualnym stanem prawnym i faktycznym.

Zasadnicze wymagania, które powinny spełniać urządzenia radiowe wprowadzane do obrotu lub oddawane do użytku reguluje ustawa z dnia 16 lipca 2004 r. (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 1954) Prawo telekomunikacyjne. Zgodnie z art. 153 ust. 1 każde urządzenie radiowe wprowadzane do obrotu lub oddawane do użytku powinno spełniać wymagania w zakresie ochrony zdrowia i bezpieczeństwa osób i zwierząt domowych oraz ochrony mienia. Zgodnie z art. 153 ust. 3 ww. ustawy urządzenia radiowe podlegają obowiązkowej ocenie zgodności z wymaganiami, o których mowa w ust. 1-1b, tj. m.in. powinny spełniać również dodatkowe wymagania wynikające z przepisów Unii Europejskiej oraz z przepisów wykonawczych wydanych na podstawie ust. 2.

Zgodnie z Rozdziałem 7 § 22 ust. 8 Rozporządzenia Ministra Cyfryzacji z dnia 17 czerwca 2016 r. (Dz.U. z 2016 r. poz. 878) w sprawie dokonywania oceny zgodności urządzeń radiowych z wymaganiami, określającym elementy deklaracji zgodności dla urządzeń radiowych, w deklaracji zgodności zamieszcza się m.in. wskazanie informacji o zgodności urządzenia radiowego z dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/53/UE z dnia 16 kwietnia 2014 r. w sprawie harmonizacji ustawodawstw państw członkowskich dotyczących udostępniania na rynku urządzeń radiowych i uchylającą dyrektywę 1999/5/WE (Dz.Urz. UE L 153 z 22.05.2014, str. 62) oraz, w przypadku gdy dane urządzenie radiowe podlega wymaganiom innego unijnego prawodawstwa harmonizacyjnego - wskazanie zgodności urządzenia radiowego z tym prawodawstwem.

Bezsporne dla stron było iż monitory LCD55 Show są urządzeniami radiowymi – zostało to również wyraźnie przyznane przez Odwołującego podczas rozprawy (choć wcześniej zaprzeczone w odwołaniu i wskazane że monitory wyposażone w moduły łączności stanowią stacjonarne urządzenia końcowe). W ocenie Izby istniał wymóg, aby monitory LCD55 Show zostały poddane badaniu w zakresie spełnienia wymogów wynikających z Dyrektywy 2014/53/UE. Bez znaczenia zdaniem Izby jest okoliczność na którą powoływał się Odwołujący, iż monitor LCD55 Show wpisuje się również w definicję stacjonarnego urządzenia końcowego zdefiniowanego w uchylonej Dyrektywie 1999/5/WE, a w związku z tym wystarczające jest poddanie go badaniu zgodnie z wymaganiami Dyrektywy 2014/30/UE i Dyrektywą 2014/35/UE, których zakres według Odwołującego zrównany jest z zakresem wymaganym Dyrektywą 2014/53/UE. Izba podkreśla iż w przywołanej, uchylonej Dyrektywie 1999/5/WE znajduje się definicja „urządzenia radiowego i końcowego urządzenia telekomunikacyjnego” a nie „stacjonarnego urządzenia końcowego”, na które powołuje się Odwołujący. Ponadto wskazać należy, że Dyrektywa 2014/30/UE dotyczy kompatybilności elektromagnetycznej a Dyrektywa 2014/35/UE dotyczy zgodności z wymaganiami niskonapięciowości, zgodność z którymi muszą również wykazać urządzenia radiowe, jeśli Dyrektywy te mają do nich zastosowanie. Nie oznacza to jednak, że spełnienie

wymagań wskazanych Dyrektywą 2014/30/UE i 2014/35/UE stanowi o zgodności z Dyrektywą 2014/53/UE. Zakres wymagań objętych Dyrektywą 2014/53/UE jest szerszy od zakresu wymaganego Dyrektywą 2014/30/UE oraz 2014/35/UE. W konsekwencji, urządzenie zgodne z Dyrektywą 2014/53/UE będzie zgodne Dyrektywą 2014/30/UE albo 2014/35/UE, w zależności od tego, która z Dyrektyw jest właściwa dla urządzenia. Zasada odwrotna nie będzie tu miała jednak zastosowania. Zdaniem Izby, takie rozumienie zapisów zawartych w Preambule do Dyrektywy (motyw 4), na które powoływał się Odwołujący jest uzasadnione, logiczne i spójne z całokształtem regulacji prawnej w zakresie wymagań dla urządzeń radiowych. Ponadto, zwrócić należy uwagę, na motyw 6 Preambuły do Dyrektywy 2014/53/UE, zgodnie z którym: *Urządzenia, które celowo emitują lub odbierają fale radiowe na potrzeby radiokomunikacji lub radiolokacji, regularnie wykorzystują widmo radiowe. W celu zapewnienia efektywnego korzystania z widma radiowego w sposób umożliwiający unikanie szkodliwych zakłóceń wszystkie takie urządzenia powinny wchodzić w zakres niniejszej dyrektywy.*

Reasumując, przywołany powyżej stan prawny zdaniem Izby nie pozostawia wątpliwości, że urządzenia radiowe muszą spełniać normy określone w Dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/53/UE z dnia 16 kwietnia 2014 r. w sprawie harmonizacji ustawodawstw państw członkowskich dotyczących udostępniania na rynku urządzeń radiowych i uchylającą dyrektywę 1999/5/WE. Tak więc monitor, poprzez wyposażenie go w moduły WiFi i NFC staje się urządzeniem Potwierdza to również przedstawiona przez Zamawiającego jako dowód korespondencji mailowej z Instytutem Łączności.

W tym zakresie Izba w pełni podziela stanowisko Zamawiającego oraz Przystępujących po stronie Zamawiającego.

Wskazać jednak należy, że wniosek Zamawiającego wskazujący że treść oferty jest niezgodna z treścią SIWZ, ponieważ monitor LCD55 Show nie posiada wymaganej łączności radiowej bądź nie został przed złożeniem oferty poddany weryfikacji, badaniom technicznym w zakresie łączności radiowej jest zbyt daleko idący. Po pierwsze Zamawiający sam ma wątpliwości czy monitor LCD55 Show posiada wymaganą łączność czy też nie został poddany w tym zakresie stosownej weryfikacji, a po drugie z załączonego do oferty opisu oferowanego monitora wynika jednoznacznie że wyposażony jest on w wymagane moduły WiFi i NFC. Ponadto, z załączonej deklaracji zgodności UE nie wynika, że monitor LCD55 Show nie spełnia wymagań określonych w Dyrektywie 2014/53/UE (deklaracja nie odnosi się w żaden sposób do Dyrektywy 2014/53/UE, więc nie może wskazywać na niezgodność w tym zakresie), co stanowiłoby potwierdzenie że treść oferty nie odpowiada treści SIWZ,

a jedynie, że monitor LCD55 Show spełnia normy zgodnie z Dyrektywami: 2014/30/UE, Dyrektywą 2014/35/UE, Dyrektywą 2009/125/WE, Dyrektywą 2011/65/UE.

Wskazać należy, że odrzucenie oferty jest czynnością o najsurowszym skutku dla wykonawcy, dlatego podejmując decyzję w tym zakresie, Zamawiający nie może opierać się na przypuszczeniach, wątpliwościach czy podejrzaniach co do niezgodności oferty z wymaganiami SIWZ. W celu uzyskania pewności co do zgodności lub braku zgodności treści oferty z SIWZ Zamawiającemu przysługują narzędzia w postaci możliwości wyjaśnienia treści oferty oraz oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp, czy też możliwość uzupełnienia brakujących lub zawierających błędy oświadczeń lub dokumentów o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Zauważyć należy, iż deklaracja zgodności potwierdzająca że wyrób jest zgodny z wymaganiami, na gruncie prawa zamówień publicznych stanowi oświadczenie mieszczące się w kategorii oświadczeń składanych na potwierdzenie spełnienia przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2. Pzp. Zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp jeżeli wykonawca nie złożył oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności o których mowa w art. 25 ust. 1, oświadczenia te są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wątpliwości Zamawiającego, to Zamawiający zobowiązany jest do wezwania do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia albo do złożenia wyjaśnień.

W okolicznościach przedmiotowej sprawy złożona deklaracja zgodności UE nie odnosiła się do dyrektywy 2014/53/UE, zatem w ocenie Izby zmaterializowała się przesłanka z art. 26 ust. 3 Pzp dotycząca braku złożenia oświadczenia potwierdzającego okoliczności o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp. Zamawiający winien zatem wezwać Odwołującego do złożenia deklaracji zgodności, potwierdzającej zgodność oferowanych monitorów LCD55 Show w zakresie wymagań określonych w Dyrektywie 2014/53/UE. Izba wskazuje, że obowiązek zastosowania art. 26 ust. 3 Pzp jest wymogiem ustawowym, którego zamawiający nie może zaniechać, chyba że zaistnieją okoliczności stanowiące podstawę do odstąpienia od wezwania wykonawcy wskazane w przepisie. Dopiero niezłożenie na wezwanie zamawiającego deklaracji zgodności, potwierdzającej zgodność z wymaganiami Dyrektywy 2014/53/UE będzie stanowiło podstawę do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Zważywszy, że Odwołujący złożył wypełniony formularz techniczny (załącznik nr 2 do SIWZ) potwierdzający spełnienie wymagań zawartych w SIWZ w zakresie monitorów typ 8 oraz złożył deklarację zgodności, która nie potwierdzała że oferowane monitory spełniają wymagania określone przez Zamawiającego, Zamawiający nie miał podstaw aby odrzucić

ofertę Odwołującego, lecz winien był wezwać Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp do złożenia deklaracji zgodności potwierdzającej spełnienie wymagań. Tym samym, wskazać należy, iż Zamawiający zaniechał wezwania Odwołującego do uzupełnienia deklaracji zgodności UE w wymaganym zakresie na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Wobec powyższego w ocenie Izby, zarzut należało uznać za zasadny.

Izba nie uwzględniła wniosku Odwołującego o przeprowadzenie dowodu z opracowania mgr inż. M. S. wskazując, że stanowi ona dokument prywatny mogący jedynie popierać argumentację odwołującego, wskazującą na zasadność stawianych zarzutów. Izba nie uwzględniła wniosku Przystępującego Intaris o przeprowadzenie dowodu z wydruku pierwszej strony Dyrektywy 2014/53/EU sporządzonej w języku angielskim i tłumaczenia na język polski zwrotu "fixed-line" oraz przewodnika po dyrektywie w sprawach urządzeń radiowych 2014/53/UE w wersji z 19 grudnia 2018 (spis treści oraz strony 39 i 40 wraz z tłumaczeniem punktu 5.1) wskazując że nie zostały one sporządzone w języku polskim, i nie dołączono do nich tłumaczenia w języku polskim. Fragmenty przetłumaczone stawią niewielki element tego co zostało złożone. Zgodnie z § 19 ust. 3 zdanie pierwsze Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 22 marca 2010 r. (Dz.U. 2018 poz.1092 t.j.) w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań wszystkie dokumenty składane są w języku polskim, a jeżeli zostały sporządzone w języku obcym, strona oraz uczestnik postępowania, który się na nie powołuje, przedstawia tłumaczenie na język polski.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp oraz 89 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez wykluczenie wykonawcy, mimo że nie przedstawił on informacji wprowadzających w błąd, mogących mieć istotny wpływ na wynik postępowanie, w ocenie Izby zarzut należy uznać za zasadny.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Przepis ten wymaga łącznego zaistnienia przesłanek:

1. przedstawienia przez wykonawcę informacji niezgodnej z rzeczywistością, która wprowadziła zamawiającego w błąd;
2. przedstawienie informacji jest wynikiem lekkomyślności lub niedbalstwa;
3. informacja ma lub może mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu.

Przesłanka wprowadzenia Zamawiającego w błąd polega na przedstawieniu przez wykonawcę nieprawdziwych informacji, czyli zaistnienia sprzeczności pomiędzy treścią

dokumentu złożonego przez wykonawcę, a rzeczywistością. Stan ten zaistnieje, gdy przedstawione zostaną informacje obiektywnie nieprawdziwe, niezgodne z rzeczywistym stanem rzeczy, który ma znaczenie dla danego postępowania. Na skutek podania takich informacji zamawiający zostaje wprowadzony w błąd, czyli nabiera mylnego wyobrażenia o stanie faktycznym lub też skutkuje to po jego stronie brakiem jakiegokolwiek wyobrażenia o nim.

W zakresie deklaracji zgodności UE dla monitora typ 6 wskazać należy, iż Zamawiający nie stawiał żadnych warunków w zakresie podmiotu przeprowadzającego badania stanowiące podstawę wystawienia deklaracji zgodności. Nie kwestionował również treści samej deklaracji zgodności UE dla monitora Suntar LCD27 Pro, a jedynie odwoływał się do podmiotu przeprowadzającego badania, wykazując że nie jest on wpisany na listę podmiotów notyfikowanych, a co za tym idzie nie jest uprawniony do przeprowadzenia takich badań.

W ocenie Izby okoliczność ta nie może zostać uznana za przesłankę wprowadzającą Zamawiającego w błąd, mogącą mieć istotny wpływ na wynik postępowanie, bowiem zgodnie z art. 8 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy z dnia 13 kwietnia 2016 r. o systemach oceny zgodności i nadzoru rynku (tj. z dnia 22 lutego 2019 r. Dz.U. z 2019 r. poz. 544) podczas przeprowadzania oceny zgodności wyrób poddaje się badaniom przez producenta, instalatora lub ich upoważnionego przedstawiciela, jeżeli nie jest wymagane przeprowadzenie badań przez laboratorium niezależne od dostawcy i odbiorcy. Badania przez jednostkę notyfikowaną przeprowadzane są wówczas, jeżeli jest wymagane przeprowadzenie badań przez laboratorium niezależne od dostawcy i odbiorcy (art. 8 ust. 1 pkt 1 lit. c). Nie można zgodzić się z Zamawiającym, że zasadą jest przeprowadzenie badań przez laboratorium notyfikowane, a wyjątkiem od zasady jest możliwość ich przeprowadzenia przez inne laboratoria, nie posiadające notyfikacji. Twierdzenie Zamawiającego, że deklaracja zgodności UE” z dnia 19 marca 2019 r. została wystawiona przez producenta Suntar Sp. z o.o. w sposób nieuprawniony i niezgodny z przepisami prawa, a zatem nie potwierdza możliwości zamieszczenia znaku CE na urządzeniu LCD27, który w konsekwencji nie powinien zostać dopuszczony do obrotu na terenie krajów UE nie znajduje potwierdzenia w obowiązującym stanie prawnym.

W przedmiotowych okolicznościach nie została wykazana konieczność przeprowadzenia badań przez laboratorium niezależne od dostawcy i odbiorcy. Nie ma zatem podstawy do kwestionowania badań będących podstawą wystawienia przez Odwołującego deklaracji zgodności dla monitorów Suntar LCD27 Pro. Ponadto, Zamawiający nie kwestionował samych badań, a jedynie odnosił się do podmiotu, który

badania te przeprowadził. Zamawiający nie wykazał żadnych okoliczności, które by wskazywały na brak wiarygodności badań, ich niepełność, nieadekwatność do wymagań, błędy, co wskazywałoby, że oferowane przez Odwołującego monitory nie posiadają deklarowanych przez Odwołującego cech, twierdząc jedynie że nie zostały wykonane przez laboratorium notyfikowane (w sytuacji braku takiego wymogu).

W ocenie Izby, w okolicznościach w których nie było wymogu przeprowadzenia badań przez laboratorium notyfikowane, wykonanie ich przez laboratorium nie mające notyfikacji (i przy braku zastrzeżeń co do sposobu ich przeprowadzenia, ich wiarygodności i prawdziwości) nie może stanowić podstawy do stwierdzenia, że Odwołujący wprowadził Zamawiającego w błąd w zakresie złożonej deklaracji zgodności dla monitora Suntar LCD27 Pro, przedstawiając informacje mogące mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Zamawiający nie wykazał, że Odwołujący przedstawił nieprawdziwe informacje, czyli nie wykazał zaistnienia sprzeczności pomiędzy treścią deklaracji zgodności UE, a rzeczywistością.

Za niezasadną Izba uznała również argumentację w zakresie wprowadzenia Zamawiającego w błąd, poprzez złożenia deklaracji zgodności dla monitora LCD55 Show, i poprzez wskazanie że jest to deklaracja dedykowana dla monitora Typ. 8 Z treści deklaracji nie wynika, że monitor nie spełnia wymagań właściwych dla Dyrektywy 2014/53/UE, bowiem deklaracja nie odnosi się do tej Dyrektywy, (zatem ani nie potwierdza ani nie zaprzecza posiadanym cechom monitorów) a treść oferty potwierdza jej zgodność z treścią SIWZ. Nie można zatem wskazać, że przez złożenie oferty zgodnej z SIWZ i złożenie deklaracji zgodności UE, której treść nie zaprzecza wystąpieniu parametrów, których istnienie potwierdza Odwołujący, podał on informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd, mogące mieć istotne znaczenie na decyzje podejmowane w postępowaniu. Treść deklaracji UE nie potwierdza podania przez Odwołującego informacji nieprawdziwej, niezgodnej z rzeczywistym stanem rzeczy, bowiem w ogóle nie odnosi się do wymagań wynikających z Dyrektywy 2014/53/UE. Może to jedynie świadczyć o brakach w treści deklaracji, które na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp podlegają uzupełnieniu a nie o jej nieprawdziwość. Gdyby złożona deklaracja zgodności UE potwierdzała zgodność monitorów LCD55 Show z Dyrektywą 2014/53/UE, a w rzeczywistości monitory te nie posiadałyby cech właściwych dla wymaganej łączności, wówczas można by mówić o zaistnieniu sprzeczności pomiędzy treścią dokumentu złożonego przez wykonawcę, a rzeczywistością poprzez przedstawienie informacji obiektywnie nieprawdziwych, niezgodnych z rzeczywistym stanem rzeczy, który ma znaczenie dla danego postępowania. Jednakże, okoliczność taka nie zaistniała w analizowanym stanie faktycznym.

Wobec powyższego wykluczenie Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp było niezasadne.

W ocenie Izby potwierdził się również zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 5 Pzp poprzez odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę wykluczonego z postępowania.

Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego w zakresie naruszenia art. 92 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp, poprzez podanie nieprecyzyjnych informacji w zakresie wyboru oferty najkorzystniejszej i podania uzasadnienia co do wykluczenia i odrzucenia oferty Odwołującego z naruszeniem zasady jawności i braku podania uzasadnienia faktycznego i prawnego. W ocenie Izby, Zamawiający wypełniając wymóg wynikający z art. 92 ust. 1 Pzp podał informację dotyczące wyboru ofert najkorzystniejszych, informacje o wykluczeniu wykonawców, informacje o ofertach odrzuconych, podając uzasadnienie faktyczne i prawne podjętej decyzji. Sam fakt, iż Zamawiający nieprawidłowo dokonał oceny oferty Odwołującego, nie oznacza iż naruszył przepisy regulujące kwestie powiadomienia o wyniku postępowania, przesłankach wykluczenia i odrzucenia oferty. Wskazać należy, iż zarzut ten (dotyczący konstrukcji uzasadnienia) pozostaje bez wpływu na wynik postępowania.

Izba podzieliła stanowisko Odwołującego w zakresie naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp. poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Mając na uwadze powyższe okoliczności, Izba uznała zasadność postawionych Zamawiającemu zarzutów, wskazując że odwołanie zasługuje na uwzględnienie i na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowanie odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz na podstawie § 3 pkt 1 w zw. z § 5 ust. 2 pkt 1) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: