

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

Przewodniczący: Maksym Smorczewski

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 listopada 2024 r. przez wykonawcę "Alchem Grupa" spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Toruniu

w postępowaniu prowadzonym przez Wojewódzki Szpital Zespolony im. dr. R.O. w Koninie z siedzibą w Koninie

**orzeka:**

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę "Alchem Grupa" spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Toruniu i:

2.1. zalicza do kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł (siedem tysięcy pięćset złotych) uiszczoną przez wykonawcę "Alchem Grupa" spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Toruniu tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł (trzy tysiące sześćset złotych) poniesioną przez Wojewódzki Szpital Zespolony im. dr. R.O. w Koninie z siedzibą w Koninie tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,

2.2. zasądza od "Alchem Grupa" spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Toruniu na rzecz Wojewódzkiego Szpitala Zespolonego im. dr. R.O. w Koninie z siedzibą w Koninie kwotę 3 600 zł (trzy tysiące sześćset złotych) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt KIO 4348/24

**UZASADNIENIE**

20 listopada 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy "Alchem Grupa" spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Toruniu (dalej jako „Odwołujący”) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na dostawy pod nazwą „Dostawa komory laminarnej w ramach doposażenia Wojewódzkiego Szpitala Zespolonego im. dr. R.O. w Koninie” (dalej jako „Postępowanie”), prowadzonym przez zamawiającego Wojewódzki Szpital Zespolony im. dr. R.O. w Koninie z siedzibą w Koninie (dalej jako „Zamawiający”) na czynności oceny ofert, odrzucenia oferty Odwołującego i wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił naruszenie „art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. B PZP oraz art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP w związku z art. 107 ust. 2 – 3 PZP oraz w związku z pkt XIX 1 b i pkt XIX pkt 3 oraz pkt XXIII 1-4 Specyfikacji Warunków Zamówienia postępowania WSZ-EP-51/2024 (dalej SWZ) przez wadliwe ich zastosowanie w sytuacji w której Zamawiający miał obowiązek wezwać Odwołującego do złożenia deklaracji zgodności o której mowa w XIX 1 b SWZ” oraz „art. 107 ust. 2 PZP oraz w pkt XIX 3 SWZ i niezażądanie przez Zamawiającego od Odwołującego złożenia deklaracji o której mowa w pkt XIX 1 b SWZ”.

Odwołujący wniósł o:

„-uwzględnienie w całości niniejszego odwołania,

-unieważnienie dokonanego wyboru oferty najkorzystniejszej,

-wezwanie Odwołującego do złożenia dokumentu o którym mowa w pkt XIX 1 b SWZ,

-powtórzenie czynności badania i oceny ofert,

-ponowne dokonanie wyboru ofert, a w tym wybranie oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu”,

a także o obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego”.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

W zakresie mającym istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający prowadzi Postępowanie z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej jako „Pzp”) w trybie podstawowym, w którym w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu oferty mogą składać wszyscy zainteresowani wykonawcy, a następnie zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę bez przeprowadzenia negocjacji. Wartość zamówienia jest mniejsza niż progi unijne, o których mowa w art. 3 ust. 1 Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 17 października 2024 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2024/BZP 00550154.

W rozdziale VII pkt 1 specyfikacji warunków zamówienia w Postępowaniu (dalej jako „SWZ”) określono „1. W niniejszym postępowaniu komunikacja Zamawiającego z Wykonawcami odbywa się przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, za pośrednictwem Platformy zakupowej, działającej pod adresem: [https://platformazakupowa.pl/wsz\\_konin](https://platformazakupowa.pl/wsz_konin).”.

W rozdziale XIX SWZ Zamawiający określił „1. W celu potwierdzenia spełnienia przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego, Zamawiający będzie żądał następujących przedmiotowych środków dowodowych: (...) b) Deklaracji zgodności UE potwierdzającej spełnienie norm zharmonizowanych w zakresie co najmniej „Kryteria działania komór bezpiecznej pracy mikrobiologicznej dla komór II klasy bezpieczeństwa”. 2. Wykonawca składa przedmiotowe środki dowodowe wraz z ofertą. 3. Jeżeli Wykonawca nie złoży przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe są niekompletne, Zamawiający wzywa do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie. 4. Zdania poprzedniego nie stosuje się, jeżeli przedmiotowy środek dowodowy służy potwierdzeniu zgodności z cechami lub kryteriami określonymi w opisie kryteriów oceny ofert lub, pomimo złożenia przedmiotowego środka dowodowego, oferta podlega odrzuceniu albo zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.”.

Odwołujący złożył ofertę w Postępowaniu.

Wraz z ofertą Odwołujący złożył dokument o treści „DEKLARACJA ZGODNOŚCI UE Declaration of E Conformity Alchem Grupa Sp. z o.o. ul. Polna 21 87-100 Toruń Oświadczamy, że produkowany przez nas wyrób: We declare that the product we manufacture: Nazwa/Name: Komora laminarna II klasy bezpieczeństwa mikrobiologicznego Laminar flow hoods microbiological safety class II Seria/Series: BioTectum Typ/Type: BT 1.0; 1.2; 1.5; 1.8 jak również: as well as: Nazwa/Name: Komory z pionowym przepływem laminarnym Chambers with vertical laminar flow Seria/Series: BioTectum Vfow PN Typ/Type: 1.0; 1.3; 1.5; 1.8 Seria/Series: BioTectum Vfow WE Typ/Type: 1.0; 1.2; 1.5; 1.8 Seria/Series: BioTectum Vfow LT Typ/Type: 1.0; 1.3; 1.6; 1.9 spełniają wymogi następujących norm i norm zharmonizowanych: meet the requirements of the following harmonised standards and norm: PN – EN 61010 – 1:2011 Wymagania bezpieczeństwa dotyczące elektrycznych przyrządów pomiarowych, automatyki i urządzeń laboratoryjnych – Część 1: Wymagania ogólne. PN-EN 61000-4-2:2011 Kompatybilność elektromagnetyczna (EMC) – Część 4-2: Metody badania i pomiarów -Badanie odporności na wyładowania elektrostatyczne. PN-EN 61000-4-4:2013-05 Kompatybilność elektromagnetyczna (EMC) – Część 4-4: Metody badania i pomiarów - Badanie odporności na serie szybkich elektrycznych stanów przejściowych. PN-EN IEC 61000-4-11:2020-11 Kompatybilność elektromagnetyczna (EMC) – Część 4-11: Metody badania i pomiarów - Badania odporności na zapady napięcia, krótkie przerwy i zmiany napięcia dla urządzeń o znamionowym prądzie fazowym nie przekraczającym 16 A. PN-EN IEC 61000-6-1:2019-03 Kompatybilność elektromagnetyczna (EMC) – Część 6-1: Normy ogólne – Norma dotycząca odporności w środowiskach : mieszkalnym, handlowym, lekko uprzemysłowionym. PN-EN IEC 61000-6-2:2019-04 Kompatybilność elektromagnetyczna (EMC) – Część 6-2: Normy ogólne – Norma dotycząca odporności w środowiskach przemysłowych. PN-EN ISO 11201:2012 Akustyka – Hałas emitowany przez maszyny i urządzenia – Wyznaczenie poziomu ciśnienia akustycznego emisji na stanowisku pracy i w innych określonych miejscach w warunkach zbliżonych do pola swobodnego nad płaszczyznę odbijającą dźwięk z pomijalnymi poprawkami środowiskowymi. oraz spełnia wymogi zasadnicze następujących dyrektyw: and meet the essential requirements of the following directives: 2014/35/UE DYREKTYWA PARLAMENTU EUROPEJSKIEGO I RADY 2014/35/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie harmonizacji ustawodawstw państw członkowskich odnoszących się do udostępniania na rynku sprzętu elektrycznego przewidzianego do stosowania w określonych granicach napięcia. Directive of the European Parliament 2014/35/EU and of the Council of 26 February 2014 on the harmonisation of the laws of the Member States relating to the making available on the market of electrical equipment designed for use within certain voltage limits. 2014/30/UE DYREKTYWA PARLAMENTU EUROPEJSKIEGO I RADY 2014/30/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie harmonizacji ustawodawstw państw członkowskich odnoszących się do kompatybilności elektromagnetycznej. Directive of the European Parliament 2014/30/EU and of the Council of 26 February 2014 on the harmonisation of the laws of the Member States relating to electromagnetic compatibility. Ostatnie dwie cyfry roku, w którym naniesiono oznaczenie CE: 23 The last two digits of the year in which the CE marking was affixed: 23 Niniejsza deklaracja zgodności wydana zostaje na wyłączną odpowiedzialność producenta. This declaration of conformity is issued under the sole responsibility of the manufacturer. Niniejsza deklaracja zgodności jest podstawą do oznakowania wyrobu znakiem (...). This declaration of conformity is the basis for the marking of the product with the (...). Deklaracja ta odnosi się wyłącznie do maszyny w stanie, w jakim została wprowadzona do obrotu i nie obejmuje części składowych dodanych przez użytkownika końcowego lub przeprowadzonych przez niego późniejszych działań. This declaration relates solely to the machine as placed on the market and does not cover components added by the end user or subsequent operations carried out by him.”.

Zamawiający przekazał Odwołującemu datowane na 15 listopada 2024 r. pismo zatytułowane „INFORMACJA O WYBORZE NAJKORZYSTNIEJSZEJ OFERTY” o treści „I. INFORMACJA O WYBORZE NAJKORZYSTNI

OFERTY Zgodnie z art. 253 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2024 r. poz. 1320) zwanej dalej „Ustawą”, niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty, w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonego w trybie podstawowym bez negocjacji, o wartości zamówienia mniejszej niż progi unijne, na zadanie pod nazwą: „Dostawa komory laminarnej w ramach doposażenia Wojewódzkiego Szpitala Zespołowego im. dr. R.O. w Koninie”, (nr sprawy WSZ-EP-51/2024) Zamawiający informuje równocześnie wszystkich Wykonawców, którzy złożyli oferty o wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania, jeżeli jest miejscem wykonywania działalności Wykonawcy, którego ofertę wybrano, oraz nazwy albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania, jeżeli są miejscami wykonywania działalności Wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację: Nazwa i adres Wykonawcy, którego ofertę wybrano: A-Biotech Sp. z o.o. ul. Muchoborska 18 54-424 Wrocław Uzasadnienie faktyczne wyboru: Oferta jest najkorzystniejsza według ustalonych kryteriów, jakimi były: - CENA OFERTOWA, - OKRES GWARANCJI, - TERMIN REALIZACJI UMOWY. Wykonawca spełnia wszystkie warunki udziału w postępowaniu, a oferta odpowiada wszystkim wymaganiom określonym w Specyfikacji Warunków Zamówienia. Uzasadnienie prawne wyboru: Art. 239 Ustawy. (...) III. INFORMACJA O WYKONAWCY, KTÓREGO OFERTA ZOSTAŁA ODRZUCONA, przedmiotowym postępowaniu odrzucono ofertę następującego Wykonawcy: Alchem Grupa Sp. z o.o. ul. Polna 21 87-100 Toruń Uzasadnienie faktyczne: Zgodnie z Rozdziałem XIX ust. 1 lit. b) SWZ, w celu potwierdzenia spełnienia przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego, Zamawiający żądał przedłożenia wraz z ofertą deklaracji zgodności UE potwierdzającej spełnienie norm zharmonizowanych w zakresie co najmniej „Kryteria działania komór bezpiecznej pracy mikrobiologicznej dla komór II klasy bezpieczeństwa”. Wykonawca Alchem Grupa Sp. z o.o. złożył wymagany dokument, niemniej jednak przedłożona deklaracja nie potwierdza spełnienia normy w zakresie „Kryteria działania komór bezpiecznej pracy mikrobiologicznej dla komór II klasy bezpieczeństwa”. Biorąc pod uwagę stan faktyczny oraz przepisy ustawy PZP, Zamawiający nie miał podstaw do zastosowania w tym wypadku art. 107 ust. 2 Pzp, tj. wezwania wykonawcy o uzupełnienie bądź przedłożenie przedmiotowego środka dowodowego. W tej sprawie wykonawca złożył przedmiotowy środek dowodowy, tj. deklarację, i jest on kompletny, tj. zawiera wszystkie strony, podpis, nie jest „ucięty”, natomiast z treści tej deklaracji nie wynika, że oferowany produkt jest zgodny z wymaganiami Zamawiającego dotyczącymi spełnienia ww. normy. Ww. przepis ustawy Pzp nie upoważnia Zamawiającego do wzywania o uzupełnienie/poprawienie złożonego przedmiotowego środka z tego powodu, że nie potwierdza on spełnienia przez oferowany produkt wymagań zamawiającego. Na poparcie powyższego stanowiska, Zamawiający przedstawia poniżej wyciąg z poglądów wyrażonych w literaturze przedmiotu: - "1. Wspólną cechą przedmiotowych środków dowodowych jest to, że służą one potwierdzeniu zgodności oferowanych dostaw, usług lub robót budowlanych z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia lub opisie kryteriów oceny ofert, lub wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia (art. 7 pkt 20 ustawy z dnia 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych). Zatem w sytuacji, w której złożone zostaną przedmiotowe środki dowodowe, które swoją treścią nie potwierdzają zgodności oferowanych dostaw, usług lub robót budowlanych z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia lub opisie kryteriów oceny ofert, lub wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia, to ofertę taką należy uznać za niezgodną z warunkami zamówienia, a co za tym idzie, odrzucić w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 5 Prawa zamówień publicznych. 2. Możliwym jest wezwanie wykonawcy do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych, tylko w sytuacji gdy: dany przedmiotowy środek dowodowy w ogóle nie został złożony lub gdy został on złożony, lecz jest niekompletny. Brzmienie art. 107 ust. 2 Prawa zamówień publicznych wyklucza wzywanie o uzupełnienie przedmiotowych środków dowodowych, w sytuacji gdy przedmiotowe środki dowodowe zostały wprawdzie złożone i są kompletne, ale ich treść nie potwierdza zgodności oferowanego zamówienia z wymaganiami zamawiającego. Innymi słowy, jeżeli przedmiotowy środek dowodowy, który został złożony wraz z ofertą, zawiera błędy, nie będzie możliwym wezwanie do jego uzupełnienia. (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 lutego 2022 r., KIO 338/22). - "Art. 107 ust. 2 Pzp przewiduje, że uzupełnieniu mogą podlegać wyłącznie niezłożone lub złożone, ale niekompletne przedmiotowe środki dowodowe. Zamawiający, który przewidział możliwość uzupełniania przedmiotowych środków dowodowych, będzie zobowiązany w przedmiocie tego uzupełnienia wyłącznie do zażądania od wykonawcy: 1) złożenia przedmiotowego środka dowodowego, który nie został złożony, 2) uzupełnienia części złożonego dokumentu o brakującą (niezłożoną) część. Art. 107 Pzp nie upoważnia natomiast zamawiającego do wezwania o poprawienie złożonego dokumentu, jeśli budzi on jego wątpliwości lub nie potwierdza, że dostawy, usługi lub roboty budowlane oferowane przez wykonawcę spełniają wymogi zamawiającego." (Komentarz UZP do PZP). - "Przepis art. 107 ust. 2 PrZamPubl nie będzie miał zastosowania w sytuacji, gdy przedmiotowe środki dowodowe wprost potwierdzają, że oferta jest niezgodna z treścią dokumentów zamówienia jak i nie będzie miał zastosowania w sytuacji, gdy jego treść wprost nie potwierdza zgodności przedmiotu oferty z treścią SWZ. Tego rodzaju sytuacje nie są bowiem objęte dyspozycją omawianej regulacji. (...) 1. Fakt, że w SWZ wprost nie wyartykułowano w jakim celu zamawiający żąda deklaracji zgodności CE nie powoduje, że nie można stwierdzić niezgodności oferty z warunkami zamówienia w

tym zakresie. Dla profesjonalnych uczestników obrotu oczywistym jest czemu służą deklaracje zgodności CE, kwestia ta uregulowana jest ustawowo (por. ustawa z 30.8.2002 r. o systemie oceny zgodności). Brak złożenia wymaganych przez zamawiającego przedmiotowych środków dowodowych powoduje, że odwołujący nie potwierdził zgodności oferty z warunkami zamówienia. W konsekwencji mamy w tym przypadku do czynienia ze zbiegiem dwóch podstaw odrzucenia oferty – art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b oraz art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy z 11.9.2019 r. – Prawo zamówień publicznych. 2. Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia zachodzi co do zasady wtedy, gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty nie odpowiada ukształtowanym przez zamawiającego i zawartym dokumentach zamówienia warunkom. Poprzez warunki zamówienia, zgodnie z art. 7 pkt 29 PrZamPubl należy rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego" (wyr. KIO z 9.6.2022 r., KIO 1392/22, Legalis)" (Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Paweł Granecki, Iga Granecki, rok 2024 wyd. 2). Zamawiający podkreśla, iż nie miał również podstaw do wezwania o wyjaśnienie przedmiotowego środka dowodowego, tj. deklaracji. W istocie intencją takiego wezwania byłoby wykreowanie nowej treści tego dokumentu. Tymczasem przepis art. 107 ust. 4 Pzp, który pozwala na kierowanie wezwania o wyjaśnienie treści przedmiotowego środka dowodowego, nie może być podstawą do uzupełnienia treści takiego dokumentu. Nie może też prowadzić do zmiany jego treści. Zgodnie z Komentarzem UZP: "Art. 107 ust. 4 Pzp wprowadza instytucję wyjaśniania treści dokumentów przedmiotowych. Norma zezwala zamawiającemu na wyjaśnianie treści przedmiotowych środków dowodowych, ale bez prawa do ich uzupełniania (ewentualne uzupełnianie możliwe jest na podstawie art. 107 ust. 2 Pzp). Wyjaśnianie treści przedmiotowego środka dowodowego nie może także skutkować zmianą treści takiego oświadczenia lub dokumentu." (Komentarz UZP do PZP). Powyższe okoliczności skutkują koniecznością odrzucenia oferty Wykonawcy Alchem Grupa Sp. z o.o, jako niezgodnej z warunkami zamówienia. Uzasadnienie prawne: Art. 226 ust.1 pkt 5: „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia”.

Ustalając stan faktyczny Izba oparła się na dokumentach znajdujących się w dokumentacji Postępowania.

Mając na uwadze art. 531 Pzp, zgodnie z którym „przedmiotem dowodu są fakty mające dla rozstrzygnięcia sprawy istotne znaczenie”, Izba pominęła załączony do odwołania dokument oznaczony jako „certyfikat nr TM 61000574.002”, który miał służyć ustaleniu, że Odwołujący posiada „certyfikat o którym mowa w pkt XIX.1.b SWZ”. Jak wskazano poniżej, ustalenie faktów w tym zakresie nie miało znaczenia dla oceny zasadności zarzutów przedstawionych w odwołaniu, a tym samym dla rozstrzygnięcia sprawy.

Izba zważyła, co następuje:

W świetle art. 505 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym „środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy”, Odwołującemu przysługiwało prawo do wniesienia odwołania.

Izba nie stwierdziła przy tym, aby zachodziła którakolwiek z określonych w art. 528 Pzp okoliczności skutkujących odrzuceniem odwołania, w szczególności w art. 528 pkt 6 Pzp.

Zgodnie z tym przepisem „Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołujący nie przekazał zamawiającemu odpowiednio odwołania albo jego kopii, zgodnie z art. 514 ust. 2”. Art. 514 ust. 2 Pzp stanowi zaś, że „odwołujący przekazuje zamawiającemu odwołanie wniesione w formie elektronicznej albo postaci elektronicznej albo kopię tego odwołania, jeżeli zostało ono wniesione w formie pisemnej, przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu”.

Nie było sporne pomiędzy stronami postępowania odwoławczego, że – jak podnosił Zamawiający - jedynym środkiem komunikacji w Postępowaniu była platforma zakupowa wskazana w rozdziale VIII pkt 1 SWZ, jak również, iż Odwołujący przekazał Zamawiającemu odwołanie wyłącznie przy użyciu poczty elektronicznej. Okoliczności te nie uzasadniają stwierdzenia, że Odwołujący nie przekazał Zamawiającemu odwołania albo jego kopii, zgodnie z art. 514 ust. 2 Pzp. Należy wskazać, że rzeczona „platforma zakupowa wskazana w rozdziale VIII pkt 1 SWZ” jest środkiem komunikacji elektronicznej przy użyciu którego zamawiający będzie komunikował się z wykonawcami, o którym mowa w art. 134 ust. 1 pkt 10 Pzp, a w art. 514 ust. 2 Pzp nie określono jednoznacznie, iż odwołujący przekazuje zamawiającemu odwołanie wniesione w formie elektronicznej albo postaci elektronicznej albo kopię tego odwołania przy użyciu wskazanego w specyfikacji warunków zamówienia środka komunikacji elektronicznej przy użyciu którego zamawiający będzie komunikował się z wykonawcami, lecz użyto w nim sformułowania „w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią”, co uzasadnia wniosek, że zadośćuczynienie wynikającemu z tego przepisu obowiązki przekazania zamawiającemu odwołania albo jego kopii może nastąpić w dowolny sposób, który umożliwi zamawiającemu zapoznanie się z treścią odwołania przed upływem terminu na jego wniesienie, niekoniecznie zaś w sposób przy użyciu wskazanego w specyfikacji warunków zamówienia środka komunikacji elektronicznej przy użyciu którego zamawiający

będzie komunikował się z wykonawcami.

Wobec powyższego brak było podstaw do stwierdzenia, że Odwołujący nie przekazał Zamawiającemu odwołania albo jego kopii, zgodnie z art. 514 ust. 2 Pzp, a w konsekwencji odrzucenia odwołania na podstawie art. 528 pkt 6 Pzp.

Zarzuty naruszenia „art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. B PZP oraz art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP w związku z art. 107 ust. 2 – 3 PZP oraz w związku z pkt XIX 1 b i pkt XIX pkt 3 oraz pkt XXIII 1-4” SWZ oraz „art. 107 ust. 2 PZP oraz w pkt XIX 3 SW nie były uzasadnione.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp „zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu”. Stosownie do art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp „zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia”. Art. 107 ust. 2 Pzp stanowi, że „jeżeli wykonawca nie złożył przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe są niekompletne, zamawiający wzywa do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, o ile przewidział to w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia”, zaś art. 107 ust. 3 Pzp, iż „przepisu ust. 2 nie stosuje się, jeżeli przedmiotowy środek dowodowy służy potwierdzeniu zgodności z cechami lub kryteriami określonymi w opisie kryteriów oceny ofert lub, pomimo złożenia przedmiotowego środka dowodowego, oferta podlega odrzuceniu albo zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania”.

Należy wskazać, że zgodnie z art. 555 Pzp „Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu”, a „zarzut tworzą okoliczności faktyczne i prawne wskazujące na naruszenie przepisów ustawy w związku z dokonaną czynnością lub zaniechaniem czynności, do której zamawiający był zobowiązany na podstawie ustawy” (tak w uzasadnieniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 lutego 2022 r., wydanego w postępowaniu o sygn. akt KIO 124/22). Izba rozpoznaje zatem odwołanie w granicach przedstawionych w nim okoliczności faktycznych i prawnych wskazujących na naruszenie przepisów Pzp.

Jak wynika z treści odwołania, w zakresie obu zawartych w nim zarzutów Odwołujący przedstawił te same okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania - naruszenia przepisów Pzp w związku z czynnościami odrzucenia jego oferty i wyboru oferty najkorzystniejszej Odwołujący upatrując w tym, że Zamawiający zobowiązany był wezwać go do złożenia deklaracji zgodności określonej w rozdziale XIX pkt lit. b SWZ, a tego nie uczynił.

Nie było sporne pomiędzy stronami i uczestnikiem postępowania odwoławczego, że Zamawiający żądał złożenia wraz z ofertą przedmiotowego środka dowodowego - deklaracji zgodności UE potwierdzającej spełnienie norm zharmonizowanych w zakresie co najmniej „Kryteria działania komór bezpiecznej pracy mikrobiologicznej dla komór II klasy bezpieczeństwa”, że Odwołujący złożył wraz z ofertą deklarację zgodności UE w celu potwierdzenia spełnienia rzeczonych norm oraz że deklaracja ta nie potwierdzała spełnienia norm zharmonizowanych w zakresie „Kryteria działania komór bezpiecznej pracy mikrobiologicznej dla komór II klasy bezpieczeństwa”.

Brak jest podstaw do uznania, że w takiej sytuacji Zamawiający zobowiązany był zgodnie z art. 107 ust. 2 Pzp (i korespondującym z nim postanowieniem rozdziału XIX pkt 3 SWZ) wezwać Odwołującego do złożenia lub uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego - deklaracji zgodności określonej w rozdziale XIX pkt lit. b SWZ, przy czym trafnie podniósł Odwołujący, że zastosowanie tego przepisu na podstawie art. 107 ust. 3 Pzp nie jest wyłączone w odniesieniu do przedmiotowego środka dowodowego określonego w rozdziale XIX pkt lit. b SWZ, gdyż środek ten nie służył potwierdzeniu zgodności z cechami lub kryteriami określonymi w opisie kryteriów oceny ofert.

Art. 107 ust. 2 Pzp uprawnia zamawiającego do wezwania wykonawcy do złożenia bądź uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego wyłącznie w sytuacji, gdy odpowiednio nie został on w ogóle złożony bądź jest niekompletny.

Jak wskazano powyżej, Odwołujący wraz z ofertą złożył deklarację zgodności UE jako przedmiotowy środek dowodowy — nie sposób więc stwierdzić, że w ogóle nie złożył tego środka.

Nie sposób uznać, że rzeczona deklaracja jest niekompletna w rozumieniu art. 107 ust. 2 Pzp. Złożony przez wykonawcę przedmiotowy środek dowodowy będący dokumentem może być uznany za niekompletny w tym rozumieniu wyłącznie wtedy, gdy dokument ten jest „fizycznie” niekompletny - czyli gdy nie został złożony w całości. Taki przedmiotowy środek dowodowy, który zgodnie z art. 7 pkt 20 Pzp ma służyć potwierdzeniu zgodności oferowanych dostaw, usług lub robót budowlanych z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia lub opisie kryteriów oceny ofert, lub wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia, nie jest zaś niekompletny w tym rozumieniu w przypadku, gdy z treści dokumentu nie wynika potwierdzenie ww. zgodności – czyli spełnienie określonych wymagań bądź kryteriów czy posiadanie określonych cech.

Złożona przez Odwołującego wraz z ofertą deklaracja zgodności UE nie może zostać więc uznana za niekompletny przedmiotowy środek dowodowy w rozumieniu art. 107 ust. 2 Pzp z tego powodu, że z jej treści nie wynika, że oferowana przez Odwołującego komora spełnia normę zharmonizowaną w zakresie „Kryteria działania komór

bezpiecznej pracy mikrobiologicznej dla komór II klasy bezpieczeństwa”.

Tym samym Zamawiający nie był uprawniony ani zobowiązany do wezwania Odwołującego na podstawie tego przepisu do złożenia lub uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego - określonej w rozdziale XIX pkt lit. b SWZ deklaracji zgodności UE potwierdzającej spełnienie norm zharmonizowanych w zakresie „Kryteria działania komór bezpiecznej pracy mikrobiologicznej dla komór II klasy bezpieczeństwa”.

Wymaga ponadto wskazania, że na istnienie obowiązku wynikającego z art. 107 ust. 2 Pzp nie ma wpływu to, czy wykonawca dysponuje przedmiotowym środkiem dowodowym, którego nie złożył, ani czy dysponuje kompletnym przedmiotowym środkiem dowodowym, który został złożony niekompletny. Okoliczność, że Odwołujący posiada deklarację zgodności UE potwierdzającą spełnienie norm zharmonizowanych w zakresie „Kryteria działania komór bezpiecznej pracy mikrobiologicznej dla komór II klasy bezpieczeństwa”, nie miało więc znaczenia dla określenia, czy Zamawiający zobowiązany był wezwać go do jej uzupełnienia przed odrzuceniem jego oferty. Tym samym nie było istotne dla rozstrzygnięcia sprawy to, czy Odwołujący rzeczywiście deklarację taką posiada.

W tym stanie rzeczy przedstawione w odwołaniu okoliczności faktyczne i prawne wskazujące na naruszenie art. 107 ust. 2 i 3 Pzp nie uzasadniały stwierdzenia naruszenia tych przepisów, w konsekwencji nie znajdowało uzasadnienia uznanie czynności odrzucenia oferty Odwołującego i wyboru oferty najkorzystniejszej za dokonane z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp lub art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp.

Wobec powyższego Izba w punkcie 1. wyroku oddaliła odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 i art. 575 Pzp oraz § 2 ust. 1 pkt 1, § 5 pkt 1 i 2 oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania.

Zgodnie z art. 557 Pzp „w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego”, stosownie zaś do art. 575 Pzp strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. Z § 2 ust. 1 pkt 1 ww. rozporządzenia wynika, że wysokość wpisu wnoszonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia na dostawę o wartości mniejszej niż progi unijne, o których mowa w art. 3 ust. 1 Pzp, wynosi 7.500 złotych. Stosownie do § 5 pkt 1 i 2 ww. rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się wpis oraz „uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego (...) w wysokości określonej na podstawie rachunków lub spisu kosztów, złożonych do akt sprawy, obejmujące: (...) b) wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, jednak nieprzekraczające łącznie kwoty 3600 złotych (...). § 8 ust. 2 pkt 1 ww. rozporządzenia stanowi, że „W przypadku oddalenia odwołania przez Izbę w całości, koszty ponosi odwołujący. Izba zasądza koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, od odwołującego na rzecz zamawiającego”.

Stosownie do § 5 pkt 1 ww. rozporządzenia, do kosztów postępowania odwoławczego zaliczono wpis w wysokości uiszczony przez Odwołującego, tj. 7.500 złotych.

Zamawiający na rozprawie był reprezentowany przez pełnomocnika. Jak wynika ze złożonych do akt sprawy spisu kosztów, faktury i kopii biletów, koszty postępowania odwoławczego Zamawiającego obejmują wynagrodzenie pełnomocnika w wysokości 3.600 złotych oraz koszty dojazdu pełnomocnika Zamawiającego na rozprawę w wysokości 218 złotych.

Brak było podstaw do zaliczenia ww. kosztów dojazdu do uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego Zamawiającego. W świetle treści § 5 pkt 2 lit. a i b ww. rozporządzenia należy uznać, że „koszty związane z dojazdem na wyznaczone posiedzenie lub rozprawę”, o których mowa w § 5 pkt 2 lit. a ww. rozporządzenia to „koszty związane z dojazdem” samej strony bądź uczestnika postępowania odwoławczego, które zalicza się do uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego tejże strony bądź uczestnika, jeżeli na wyznaczonym posiedzeniu lub rozprawie stawi się sama strona bądź uczestnik postępowania odwoławczego, zaś „koszty związane z dojazdem na wyznaczone posiedzenie lub rozprawę” pełnomocnika strony bądź uczestnika postępowania odwoławczego zaliczyć należy do „wydatków pełnomocnika”, o których mowa w § 5 pkt 2 lit. b ww. rozporządzenia, zwłaszcza w sytuacji, gdy pełnomocnik ten reprezentując stronę bądź uczestnika postępowania odwoławczego świadczy na jego rzecz usługę. Zamawiający na rozprawie był reprezentowany przez pełnomocnika, który – jak wynika ze złożonej do akt faktury – reprezentując Zamawiającego w postępowaniu odwoławczym świadczył na jego rzecz usługę.

Z treści § 5 pkt 2) lit. b) ww. rozporządzenia wynika przy tym, że wysokość kosztów, które mogą być zaliczone do uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego, w zakresie wynagrodzenia i wydatków pełnomocnika strony jest ograniczona do kwoty nieprzekraczającej 3.600 złotych. W konsekwencji wobec treści tego przepisu i wysokości wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego koszty postępowania odwoławczego Zamawiającego nie mogły obejmować dodatkowo ww. kosztów dojazdu na rozprawę w wysokości 218 złotych. W tym stanie rzeczy Izba nie zaliczyła ww. kosztów dojazdu do uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego Zamawiającego.

Stosownie więc do § 5 pkt 2 ww. rozporządzenia do uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego Zamawiającego zaliczono zatem wynagrodzenie pełnomocnika go reprezentującego w wysokości 3.600 złotych.

Wobec oddalenia odwołania w całości stosownie do § 8 ust. 2 pkt 1 ww. rozporządzenia Izba w punkcie 2. wyroku obciążyła kosztami postępowania Odwołującego oraz zasądziła od Odwołującego na rzecz Zamawiającego uzasadnione koszty postępowania odwoławczego Zamawiającego w wysokości 3.600 złotych.

Przewodniczący:.....