

Sygn. akt KIO/2064/10

**WYROK**  
**z dnia 6 października 2010 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

<b>Przewodniczący:</b>	<b>Ewa Sikorska</b>
<b>Członkowie:</b>	<b>Robert Skrzyszewski</b>
	<b>Małgorzata Stręciwilk</b>
<b>Protokolant:</b>	<b>Paweł Nowosielski</b>

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **5 października 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Przedsiębiorstwo Wielobranżowe MULTIKOM Adam Papierski, 85-741 Bydgoszcz, ul. Fabryczna 15** od czynności zamawiającego **Jednostka Wojskowa 1123, 86-300 Grudziądz, ul. Czwartaków 1.**

przy udziale **Automatyka Biurowa Sp. z o.o., 01-424 Warszawa, Al. Prymasa Tysiąclecia 103** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego się oraz **Lyreco Polska S.A., 05-806 Sokołów, Komorów, ul. Sokołowska 33** - po stronie zamawiającego\*.

**orzeka:**

**1. uwzględnia odwołanie**

**2. Kosztami postępowania obciąża Jednostkę Wojskową 1123, 86-300 Grudziądz, ul. Czwartaków 1 i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Przedsiębiorstwo Wielobranżowe MULTIKOM Adam Papierski, 85-741 Bydgoszcz, ul. Fabryczna 15;**
  
- 2) dokonać wpłaty kwoty **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez **Jednostkę Wojskową 1123, 86-300 Grudziądz, ul. Czwartaków 1** na rzecz **Przedsiębiorstwa Wielobranżowego MULTIKOM Adam Papierski, 85-741 Bydgoszcz, ul. Fabryczna 15** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, oraz wynagrodzenia pełnomocnika;

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Toruniu**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Jednostka Wojskowa 1123, 86-300 Grudziądz, ul. Czwartaków 1 – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę tonerów, tuszy i wkładów do drukarek.

Postępowanie jest prowadzone z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, Nr 113, poz. 759), zwanej dalej ustawą Pzp.

W dniu 23 września 2010 roku wykonawca Adam Papierski, prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe MULTIKOM Adam Papierski, 85-741 Bydgoszcz, ul. Fabryczna 15 wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego polegających na:

- bezprawnym wyborze oferty Lyreco Polska S.A.,
- bezprawnym odrzuceniu oferty odwołującego się,
- zaniechaniu wyboru oferty odwołującego się, która jest ważna i zgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (SIWZ),
- bezprawnym zatrzymaniu wadium.

Odwołujący się zarzucił zamawiającemu naruszenie: art.22, 25, art. 46 ust. 4a, art. 12a ust. 2 pkt. 1, art.38 ust. 4a, art.89 ust. 1 pkt. 2, art. 7 ustawy Pzp i wniósł o:

1/unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez Lyreco Polska S.A.

2/unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego się

3/ ponowną ocenę ofert i wybór oferty odwołującego się

4/ uchylenie czynności zatrzymania wadium z dnia 17.09.2010r.

5/zwrot kosztów postępowania

Z ostrożności w razie niepodzielenia przedstawionych wniosków odwołujący wniósł o unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust.1 pkt.7 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu podniósł, że w rozdziale VI .3 ogłoszenia o zamówieniu „ Informacje dodatkowe” zamawiający zobowiązał wykonawców, by „w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego w załączniku nr 1 SIWZ załączyli do oferty certyfikat ISO 9001: 2000 lub równoważny, podstawa prawna: § 5 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30.12.2009r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. Zapis ten został powtórzony w rozdziale VIII SIWZ.

Z treści § 5 ust. 1 rozporządzenia wynika, iż certyfikat ISO może stanowić zarówno zaświadczenie podmiotu uprawnionego do kontroli jakości potwierdzający, że dostarczane

produkty odpowiadają określonym normom lub specyfikacjom technicznym - pkt. 3 § 5 rozporządzenia oraz zaświadczenie niezależnego podmiotu zajmującego się poświadczaniem zgodności działań wykonawcy z normami jakościowymi, jeżeli zamawiający odwołuje się do systemów zapewniania jakości opartych na odpowiednich normach europejskich pkt. 4 § 5 rozporządzenia. W pierwszym przypadku tylko certyfikat wystawiony na danego producenta poświadcza, iż wyprodukował on towar zgodnie ze wskazaną normą. Jeżeli certyfikat ma być wystawiony na wykonawcę składającego ofertę to wykonawca ten musi być jednocześnie producentem oferowanego towaru. Natomiast w drugim przypadku mamy do czynienia z poświadczaniem zgodności z normą działań wykonawcy a więc świadczonych usług a nie dostarczanego towaru. Potwierdza to treść Normy ISO 9001:2000 opisuje system zarządzania jakością i składa się z 8 rozdziałów obejmujących: wprowadzenie, 1/zakres normy, 2/normy powołane, 3/terminy i definicje, 4/system zarządzania jakością, 5/odpowiedzialność kierownictwa, 6/zarządzenie zasobami, 7/realizacja wyrobu, 8/pomiary, analiza i doskonalenie. Niektóre wymagania w tym poz. 7 mogą zostać wyłączone, jeżeli nie odpowiadają działalności organizacji.

/Interpretacja ISO 9001:2000 z encyklopedii Zarządzania, Sławomir Wawak, [http://mfiles.pl/pl/index.php/Interpretacja ISO 9001:2000/](http://mfiles.pl/pl/index.php/Interpretacja%20ISO%209001:2000/)

Odwołujący jak i wszyscy inni wykonawcy oprócz firmy Lyreco przedłożyli certyfikaty wystawione na poszczególnych producentów zaoferowanych materiałów eksploatacyjnych - tym samym przedłożone zostały dokumenty o których mowa w § 5 ust.1 rozporządzenia, siwz , ogłoszeniu o zamówieniu.

Mając na uwadze przedmiot zamówienia - dostawa materiałów eksploatacyjnych - przedkładanie Certyfikatu ISO 9001:2000 wystawionego na wykonawcę poświadczającego zgodność z normą świadczonych przez ten podmiot usług jest zbędne. Natomiast wymóg przedłożenia certyfikatu wystawionego na Wykonawcę potwierdzającego zgodność z normą ISO produkowanych wyrobów ograniczyłby znacznie zasadę uczciwej konkurencji, gdyż tylko Wykonawca będący jednocześnie producentem wszystkich wskazanych w zał. nr 1 do siwz materiałów mógłby złożyć ważną ofertę. Należy zaznaczyć, iż w przypadku gdy Wykonawca składający ofertę na dostawę materiałów eksploatacyjnych zajmuje się dystrybucją i nie jest jednocześnie Producentem oferowanych wyrobów to certyfikat wystawiony na tegoż Wykonawcę w żaden sposób nie potwierdza, iż dany producent wyprodukował oferowany towar zgodnie z wymaganą normą ISO 9001:2000.

Zamawiający w dokumentacji przetargowej powołał się ogólnie na: § 5 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30.12.2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane bez wskazania konkretnego punktu tegoż paragrafu

dającego odpowiedź na kogo powinien być wystawiony certyfikat ISO, by wykonawca spełnił warunek przedmiotowy. Zgodnie z przyjętą linią orzeczniczą Krajowej Izby Odwoławczej wykonawcy nie mogą ponosić ujemnych konsekwencji wskutek tego, iż nie spełnili w pełni zamiarów i oczekiwań Zamawiającego, które nie zostały zamieszczone w siwz.

Kierując się ściśle przedmiotem zamówienia oraz celowością żądanych dokumentów wszyscy wykonawcy/ oprócz firmy Lyreco, która pierwszorazowo nie złożyła żadnego certyfikatu/ przedłożyli certyfikat ISO 9001:2000 wystawiony dla producenta oferowanego towaru., tj. dokument potwierdzający, iż oferowane produkty spełniają normę jakościową.

Pomimo to zamawiający pismem z dnia 23.08.2010r. wezwał wykonawców do przedłożenia certyfikatu ISO 9001 : 2001 lub równoważnego odnoszącego się do spełnienia warunków przez Wykonawców składających ofertę w postępowaniu zgodnie z treścią siwz oraz udzieloną odpowiedzią na zapytania wykonawców. Faktem jest, iż w dniu 4.08.2010r. a więc na 5 dni przed terminem składania ofert wyznaczonego na 9.08.2010r jeden z wykonawców zadał zamawiającemu pytanie, czy w związku z prowadzonym postępowaniem na dostawę tonerów, tuszy i wkładów do drukarek wymagany jest certyfikat wystawiony dla producenta oryginalnych/równoważnych materiałów eksploatacyjnych do urządzeń wymienionych w załączniku nr 1 do siwz czy dla wykonawcy składającego ofertę w postępowaniu. Zamawiający choć nie był zobligowany do udzielenia odpowiedzi na spóźnione zapytanie wyjaśnił w dniu 6.08.2010r. na 3 dni przed terminem składania ofert, iż: „ W celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego w załączniku nr 1 SIWZ wykonawca zobowiązany jest załączyć do oferty: Certyfikat ISO 9001 : 2000 lub równoważny odnosi się do spełnienia warunków przez Wykonawcę składających ofertę w postępowaniu."

Zamawiający nadal nie doprecyzował zapisów SIWZ i nie wskazał, iż uzna warunek posiadania ISO 9001: 2000 za spełniony tylko w przypadku, gdy będzie potwierdzał zgodność działań, świadczonych usług przez wykonawcę. Wręcz przeciwnie - w odpowiedzi na zapytanie - zamawiający podkreślił cel jakiego certyfikat ma służyć tj. potwierdzać, że oferowane dostawy odpowiadają określonym wymaganiom.

W przypadku, gdy intencją zamawiającego było uzyskanie dokumentu o jakim mowa w § 5 pkt. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30.12.2009r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane to winien do dokładnie zaznaczyć w siwz. Jeżeli intencją zamawiającego było w odpowiedzi na zapytanie dokonać zmiany rodzaju żądanych dokumentów na potwierdzenie warunków przedmiotowych to winien dokonać zmiany ogłoszenia, siwz oraz udzielić dodatkowego terminu na składanie ofert - 22 dni zgodnie z art. 12a ust.2 pkt. Ustawy Pzp.

Zamawiający nie dokonał zmiany ogłoszenia, siwz, nie udzielił dodatkowego terminu na złożenie ofert a udzielona odpowiedź na zapytanie nie przesądza o tym, iż jedynym dokumentem jaki należało złożyć celem spełnienia warunku przedmiotowego był certyfikat ISO 9001 : 2000 wystawiony na wykonawcę odnoszący się do świadczonych przez ten podmiot usług.

Odwołujący się podniósł, że decyzja zamawiającego o zatrzymaniu wadium jest wadliwa, gdyż odwołujący się przedłożył dokumenty, których obowiązek złożenia wynikał z siwz. Jeżeli nawet przyjąć pogląd reprezentowany przez zamawiającego, iż należało przedłożyć Certyfikat ISO 9001:2000 wystawiony na wykonawcę to odwołujący w piśmie z dnia 27.08.2010r oświadczył, iż nie posiada takiego certyfikatu ISO 9001:2000 - tym samym zostałyby spełniona przesłanka wykluczająca zatrzymanie wadium określona w art. 46 ust.4a ustawy pzp. Zdaniem Urzędu Zamówień Publicznych wyrażonym w opinii „Zatrzymanie wadium na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy - Prawo zamówień publicznych”: z sytuacją, w której niezłożenie dokumentów żądanych przez zamawiającego wynika z przyczyn nieleżących po stronie wykonawcy, mamy do czynienia - w świetle art. 46 ust. 4a ustawy PZP - w przypadku, gdy niemożność przedłożenia dokumentu potwierdzającego spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub potwierdzającego spełnianie przez oferowane usługi, dostawy lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, wynika z faktu, iż obiektywnie wykonawca ten, jak i oferowane przez niego usługi, dostawy lub roboty budowlane, nie spełniają tych warunków lub wymagań. Tym samym, obowiązek zatrzymania wadium na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy Pzp nie będzie dotyczył tych wykonawców, którzy złożyli oferty, pomimo że nie spełniali warunków udziału w postępowaniu (np. nie legitymowali się określonym doświadczeniem), jak też, pomimo że oferowane przez nich usługi, dostawy lub roboty budowlane nie spełniały wymagań określonych przez zamawiającego.

**Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, w szczególności ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty odwołującego się, a także biorąc pod uwagę wyjaśnienia i stanowiska stron i przystępującego złożone podczas rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:**

Odwołanie jest zasadne.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że odwołujący się ma interes w uzyskaniu zamówienia uprawniający go do wnoszenia środków ochrony prawnej na podstawie art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

W ogłoszeniu o zamówieniu w pkt VI.3 „Informacje dodatkowe” zamawiający zawarł informację, iż w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego w załączniku nr 1 SIWZ wykonawca zobowiązany jest załączyć do oferty następujące dokumenty (Podstawa: § 5 ust. 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane; Dz. U. Nr 226, poz. 1817).

1. Certyfikat ISO 9001:2000 lub równoważny.

Taki sam zapis znalazł się w rozdziale VIII specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Pismem z dnia 4 sierpnia 2010 roku wykonawca Automatyka Biurowa Sp. z o.o. w Warszawie zadał pytanie, czy wymagany certyfikat ma być wystawiony dla:

- producentów oryginalnych materiałów eksploatacyjnych do urządzeń wymienionych w załączniku nr 1 do SIWZ?
- producentów równoważnych materiałów eksploatacyjnych?
- wykonawcy składającego ofertę w postępowaniu?

W odpowiedzi zamawiający poinformował, że zapis: „W celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego w załączniku nr 1 SIWZ Wykonawca zobowiązany jest załączyć do oferty...”: Certyfikat ISO 9001:2000 lub równoważny odnosi się do spełnienia warunków przez Wykonawców składających ofertę w postępowaniu.

Wskazane powyżej zapisy ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia w żaden sposób nie pozwalają ustalić, kto w niniejszym postępowaniu powinien być legitymizować się certyfikatem ISO 9001:2000 lub dokumentem równoważnym: czy wykonawca, czyli podmiot składający ofertę, czy też producent materiałów stanowiących przedmiot zamówienia. Wniosku takiego nie można wyprowadzić ani z samego zapisu ogłoszenia i specyfikacji, który nie określa podmiotu, na który ma być wystawiony certyfikat, ani też z podanej tam podstawy prawnej. Zamawiający wskazał jedynie § 5 ust. 1 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów (...) bez wskazania konkretnego punktu z podanego ustępu.

Paragraf 5 ust. 1 rozporządzenia uprawnia zamawiającego do żądania dodatkowych dokumentów w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego. Wśród dokumentów wymienionych w przepisie znajdują się dwa rodzaje dokumentów potwierdzających zgodność produktów oraz działań wykonawcy z określonymi normami, to jest:

- zaświadczenia podmiotu uprawnionego do kontroli jakości potwierdzającego, że dostarczane produkty odpowiadają określonym normom lub specyfikacjom technicznym (§ 5 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia),

- zaświadczenia niezależnego podmiotu zajmującego się poświadczaniem zgodności działań wykonawcy z normami jakościowymi, jeżeli zamawiający odwołują się do systemów zapewniania jakości opartych na odpowiednich normach europejskich (§ 5 ust. 1 pkt 4 rozporządzenia).

Oba wskazane wyżej rodzaje dokumentów potwierdzają spełnianie warunku przez wykonawcę, nie zaś przez producenta produktów.

Zawarty przepisie katalog dokumentów ma charakter otwarty, o czym świadczy posłużenie się przez ustawodawcę sformułowaniem „w szczególności”. Oznacza to, że zamawiający może żądać innych dokumentów, nie wymienionych w rozporządzeniu, które potwierdzają, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego. Do dokumentów takich należy certyfikat ISO (lub równoważny) potwierdzający zgodność działań producenta produktów oferowanych przez innych wykonawców w przedmiotowym postępowaniu.

W ocenie Izby powyższych wątpliwości nie rozwiązały również wyjaśnienia zamawiającego udzielone w odpowiedzi na zadane przez jednego z wykonawców pytanie. Wykonawca zadał pytanie w sposób precyzyjny, a mianowicie: na kogo ma być wystawiony certyfikat. Zamawiający nie udzielił odpowiedzi na zadane pytanie, tzn. nie poinformował, na kogo ma być wystawiony certyfikat, ale że: „Certyfikat ISO 9001:2000 lub równoważny odnosi się do spełnienia warunków przez Wykonawców składających ofertę w postępowaniu”.

Wykazanie, że dostarczane produkty odpowiadają określonym normom lub specyfikacjom technicznym, a także, że działania wykonawcy są zgodne z normami jakościowymi odnoszą się do spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu. Brak jest zatem podstaw do twierdzenia – jak to uczynił zamawiający odrzucając ofertę odwołującego się – że to wykonawcy winni byli legitymować się wystawionym na siebie certyfikatem ISO lub równoważnym.

W orzecznictwie sądów powszechnych, a także Krajowej Izby Odwoławczej oraz Zespołów Arbitrów ukształtował się pogląd, iż okoliczność braku doprecyzowania w specyfikacji istotnych warunków zamówienia stosowanych wymogów nie może negatywnie skutkować dla wykonawcy. Stanowisko takie zostało wyrażone między innymi w wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 20 marca 2007 roku (XIX Ga 80/07) oraz Zespołu Arbitrów z dnia 15 stycznia 2007 roku (UZP/ZO/0-10/07). W ocenie Izby pogląd ten zachowuje swoją aktualność również w przedmiotowej sprawie.



Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....  
.....  
.....