

WYROK

z dnia 29 września 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Mateusz Zientak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 września 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 września 2017 r. przez wykonawcę **S. A. P. Sp.k. z Z. (...)** w postępowaniu prowadzonym przez **Polską Agencję Żeglugi Powietrznej z W. (...)**

przy udziale wykonawcy **P. I.-W. „A.” Sp. z o.o.** z **W. (...)**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz ponowienie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego (zadanie nr 1),**
- 2. kosztami postępowania obciąża Polską Agencję Żeglugi Powietrznej z W. (...)** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **S. A. P. Sp.k. z Z. (...)** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od **Polskiej Agencji Żeglugi Powietrznej z W. (...)** na rzecz wykonawcy **S. A. P. Sp.k. z Z. (...)** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579) 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

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym przez Polską Agencję Żeglugi Powietrznej z W.(dalej „zamawiający”) w trybie przetargu nieograniczonego pn. „*Dostawa wyposażenia nowej TWR K. wykonawca S. A. P. Spółka komandytowa z Z.* (dalej „odwołujący”) złożył odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego, polegających na:

1. wyborze jako najkorzystniejszej oferty P. I.-W. A. Sp. z o. o. z siedzibą w W.,
2. odrzuceniu oferty odwołującego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2017/S 075-144574 w dniu 15 kwietnia 2017 r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579) [dalej „ustawa Pzp”]:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2, poprzez błędne uznanie, iż oferta odwołującego nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”),
2. art 87 ust. 1, poprzez pominięcie przy dokonywaniu oceny ofert wyjaśnień odwołującego w zakresie dotyczącym długości okresu gwarancji,
3. art 91 ust. 1, poprzez zaniechanie dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ, polegających na nieprzyznaniu punktów w kryterium *okres gwarancji i rękojmi*,
4. art 7 ust. 1 i 3, poprzez ich błędną wykładnię oraz niewłaściwe zastosowanie, prowadzące do rażącego naruszenia zasady równego traktowania oraz zasady uczciwej konkurencji prowadzącymi do odrzucenia oferty odwołującego.

Zarzucił nadto zamawiającemu naruszenie „*innych przepisów wymienionych lub wynikających z uzasadnienia niniejszego Odwołania*”.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego,
2. nakazanie dokonania ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego,
3. dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty odwołującego.

Odwołujący podał, że zamawiający prowadzi postępowanie w podziale na następujące cztery zadania:

1. Dostawa, montaż i konfiguracja akcesoriów i urządzeń do zarządzania obrazowaniem w konsolach,
2. Dostawa, montaż, konfiguracja i uruchomienie serwerów, swichy i KVM,
3. Dostawa sprzętu teletechnicznego,
4. Optymalizacja struktury teletechnicznej w Sali technicznej Wieży Kontroli Lotów TWR.

Podał także, że w treści SIWZ w Rozdziale XIV *Opis kryteriów oceny ofert oraz sposób oceny ofert*, zamawiający określił dla Zadania nr 1 następujące kryteria:

Kryterium

Nr 1 - Cena brutto - waga : 60 %

Nr 2 - Okres gwarancji i rękojmi (minimalny wymagany okres gwarancji i rękojmi nie może być krótszy niż 12 miesięcy oraz dłuższy niż 60 miesięcy) - waga: 30 %

Nr 3 - termin realizacji (maksymalny termin realizacji nie może być dłuższy niż 90 dni kalendarzowych od dnia podpisania umowy) - waga: 10 %.

Podał nadto, że w dniu 25 maja 2017 r. w odpowiedzi na pytanie nr 5 zamawiający wskazał, iż *„nie dopuszcza możliwości udzielenia Gwarancji Jakości nie popartej gwarancją producenta oraz samodzielnego przedłużenia gwarancji producenta dla danego produktu do poziomu deklarowanego okresu gwarancji i rękojmi w kryterium oceny ofert. Wykonawca wymaga, aby wszystkie dostarczone produkty były objęte gwarancją producenta.”*

Oświadczył, że w dniu 29 maja 2017 r. złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu na realizację Zadania nr 1, która w jego ocenie spełnia wszystkie wymagania zamawiającego w zakresie przedmiotu zamówienia, jak również poprzez zagwarantowanie 60-cio miesięcznego okresu gwarancji oraz 45-cio dniowego terminu realizacji zamówienia, a odwołujący daje gwarancję należytego wykonania umowy w sprawie przedmiotowego zamówienia.

Wskazał, że w dniu 21 czerwca 2017 r. zamawiający zwrócił się do niego, w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, z prośbą o wyjaśnienia w zakresie zaoferowanego okresu gwarancji, tj. czy zaoferowana przez odwołującego 60-cio miesięczna gwarancja na monitor EIZO RP2124 jest poparta gwarancją producenta i czy odwołujący posiada potwierdzenie producenta dla zaoferowanego terminu gwarancji.

Oświadczył, że w odpowiedzi wskazał:

„Pragniemy poinformować Zamawiającego, iż oferując Państwu monitor E. P. wzięliśmy pod uwagę powyższy zapis. Kalkulując cenę monitora przyjęliśmy cenę z wydłużoną gwarancją ze standardowej dwu letniej do gwarancji PRODUCENCKIEJ wydłużonej za dodatkową opłatą gwarancji trzy letniej. Dodatkowo biorąc pod uwagę

kryteria, jakie Zamawiający zastosował w postępowaniu przetargowym, przyznając maksymalną ilość punktów za gwarancję długości 60 miesięcy, podjęliśmy decyzję o zaferowaniu Państwu monitorów firmy E. właśnie z taką gwarancją, która w 100% będzie gwarancją producenta. Zrealizowana ona będzie w taki sposób, iż po zakończeniu biegu wydłużonego czasu gwarancji producenta (36 miesięcznego) w przypadku wystąpienia awarii tegoż monitora u Zamawiającego w okresie od 36-go do 60-go miesiąca, oferent zakupi i dostarczy Zamawiającemu nowy monitor z bieżącej produkcji z gwarancją standardową dwu letnią, zamiast monitora, który ulegnie awarii. W związku z powyższym Zamawiający otrzymuje jak najbardziej monitory E. P., które posiadają ciągłość gwarancji na okres 60 miesięcy, realizowaną w tym okresie tylko i wyłącznie przez producenta.

Pragniemy zwrócić Zamawiającemu uwagę, iż oferta firmy S. A. pod względem ceny nie była ofertą najtańszą. Nasza cena była trzecią ceną zaferowaną w tym postępowaniu dla Zadania nr 1. Różnica cenowa pomiędzy ofertą najtańszą, a naszą dla tego zadania wynosiła ok 90 000,00 brutto, gdzie w różnicy tej uwzględniliśmy również koszty wymiany monitora w przypadku wystąpienia ewentualnej awarii.

Dodatkowo Zamawiający w treści SIWZ na stronie 16 w punkcie XIV. OPIS KRYTERIÓW OCENY OFERTY ORAZ SPOSÓB OCENY OFERTY w punkcie Nr 2 dla zadania nr 1 napisał cyt.:

Nr 2 - Okres gwarancji i rękojmi (minimalny wymagany okres gwarancji i rękojmi nie może być krótszy niż 12 miesięcy oraz dłuższy niż 60 miesięcy)

Oraz w załączniku nr 1 do SIWZ w punkcie 1.4 Gwarancja jest napisane cyt.:

Na wszystkie dostarczone urządzenia wymagana jest gwarancja w okresie min. 12 do max. 60 miesięcy.

Co według oferenta jasno i czytelnie określa, że Zamawiający dopuszcza udzielenia gwarancji 60 miesięcznej, która będzie realizowana przez producenta (zgodnie z odpowiedzią na pytanie 5).

Mając na uwadze powyższe można dojść do wniosku, że Zamawiający gdyby nie dopuszczał udzielenia gwarancji 60 miesięcznej na etapie postępowania zmienił by kryteria oceny oferty w zakresie gwarancji dla tego zadania.

W związku z powyższym Podtrzymujemy okres gwarancji 60 miesięcy dla monitorów E. P., która zgodnie z wymogami Zamawiającego będzie zrealizowana przez producenta"

Odwołujący wskazał dalej, że zamawiający w dniu 5 września 2017 r. poinformował go o wyborze oferty dla Zadania nr 1 oraz o odrzuceniu jego oferty, w uzasadnieniu wskazując, iż podstawą odrzucenia oferty jest przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp (Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści SIWZ z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp) oraz, że „zgodnie z odpowiedzią nr 5 udzieloną pismem

AMZP/AQW-2222-I/I-17/2818/MO/2017 z dnia 25 maja 2017 r. „Zamawiający nie dopuszcza możliwości udzielenia Gwarancji Jakości nie popartej gwarancją producenta oraz samodzielnego przedłużenia gwarancji producenta dla danego produktu do poziomu deklarowanego okresu gwarancji i rękojmi w kryterium oceny ofert. W toku postępowania, Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie dotyczące złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanego 60 - miesięcznego okresu gwarancji poinformował, że to na nim ciąży obowiązek gwarancyjny „ ...w okresie od 36-go do 60-go miesiąca, oferent zakupi i dostarczy Zamawiającemu nowy monitor..., zamiast monitora, który ulegnie awarii, w związku z powyższym nie jest zachowana ciągłość w zakresie zaoferowanego okresu gwarancji na okres 60 miesięcy, realizowanej w tym okresie tylko i wyłącznie przez producenta (gwarancja producenta). W związku z powyższym nastąpiło samodzielne przedłużenie gwarancji producenta (dla poz. nr 12) do poziomu deklarowanego okresu gwarancji i rękojmi w kryterium oceny ofert co jest niezgodne z wymaganiami”.

W odniesieniu do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp odwołujący wskazał, że zgodnie z tym artykułem zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli „jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3”.

Powołał się na wyrok KIO z dnia 13 września 2016 r., sygn. akt KIO 1608/16, zgodnie z którym „zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego znajduje szerokie omówienie w doktrynie, jak też orzecznictwie sądów okręgowych i Izby. Reasumując opisywane tam interpretacje normy wynikającej z ww. przepisu wskazać należy, iż rzeczona niezgodność treści oferty z SIWZ ma mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny (ze względu na zastrzeżenie obowiązku poprawienia oferty wynikające z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp); dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w SIWZ oraz zobowiązania oferowanego w ofercie tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami SIWZ (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania SIWZ dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania/świadczenia ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy, które również tradycyjnie są pomieszczane w SIWZ); a także możliwe być winno wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega - co konkretnie w ofercie nie jest zgodne i w jaki sposób z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami SIWZ.

Reasumując powyższe, można generalnie przyjąć, iż niezgodność oferty z SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy polega albo na niezgodności zobowiązania, które w swojej ofercie wyraża wykonawca i przez jej złożenie na siebie przyjmuje z zakresem zobowiązania, którego przyjęcia oczekuje zamawiający i które opisał w SIWZ; ewentualnie

na niezgodnym z SIWZ sposobie wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zakresu owego zobowiązania w ofercie, który rzutuje na ustalenie jego treści.”

W ocenie odwołującego, mając na uwadze powyższy zbiór czynności, uzasadniających zakwalifikowanie danego zachowania wykonawcy, jako niezgodnego z treścią SIWZ, należy wskazać, iż w przedmiotowym postępowaniu, żadna z wyżej opisanych sytuacji nie miała miejsca, a odrzucenie oferty odwołującego nie jest słuszne.

Podkreślił, iż zaoferowanie przez odwołującego 60-cio miesięcznego okresu gwarancji wpisująco się w wymagania określone przez zamawiającego zarówno w treści SIWZ, jak i w treści udzielonych odpowiedzi – w treści SIWZ w Rozdziale XIV Opis kryteriów oceny ofert oraz sposób oceny ofert zamawiający wskazał, iż w ramach kryterium *Okres gwarancji i rękojmi* – minimalny wymagany okres gwarancji i rękojmi nie może być krótszy niż 12 miesięcy oraz dłuższy niż 60 miesięcy.

Stwierdził, iż jednoznacznie na stronie nr 1 swojej oferty, wskazał, że oferowany *okres gwarancji wynosi 60 miesięcy*, a okoliczność ta została potwierdzona w piśmie z dnia 21 czerwca 2017 r., gdzie odwołujący dodatkowo wskazał w jaki sposób rozumiał i w jaki sposób będzie realizował świadczenia wynikające z gwarancji:

„zrealizowana ona będzie w taki sposób, iż po zakończeniu biegu wydłużonego czasu gwarancji producenta (36 miesięcznego) w przypadku wystąpienia awarii tegoż monitora u Zamawiającego w okresie od 36-go do 60-go miesiąca, oferent zakupi i dostarczy Zamawiającemu nowy monitor z bieżącej produkcji z gwarancją standardową dwu letnią, zamiast monitora, który ulegnie awarii.”

Na tej podstawie uznał, że zamawiający otrzymuje monitory E. P., które posiadają ciągłość gwarancji na okres 60 miesięcy, realizowaną w tym okresie tylko i wyłącznie przez producenta oraz, że zamawiający otrzymał 60-cio miesięczną gwarancję producenta oraz wykonawcy.

Podniósł, iż z żadnych dokumentów SIWZ nie wynikało ograniczenie, iż gwarancja nie może być realizowana w sposób zaproponowany przez odwołującego; zamawiający nie wskazał, iż wykonawcy wraz z dostawą przedmiotu zamówienia winni dostarczyć dokument gwarancji zawierający w swej treści okres gwarancji, wskazany w formularzu ofertowym, a skoro tak to nie można – wywodził odwołujący – czynić mu zarzutu, iż treść jego oferty nie odpowiada treści SIWZ.

Stwierdził, że interesy zamawiającego związane z prawidłowym funkcjonowaniem zamawianych monitorów są w pełni zabezpieczone na okres 60-ciu miesięcy oraz zaznaczył, że żaden z wykonawców nie zaoferował takiego okresu gwarancji jak odwołujący.

Stanął na stanowisku, że niczym nie jest uzasadnione twierdzenie zamawiającego, iż „nie jest zachowana ciągłość w zakresie zaoferowanego okresu gwarancji na okres 60 miesięcy, realizowanej tylko i wyłącznie przez producenta”.

Zauważył, iż w § 5 ust. 1 Załącznika nr 2a do SIWZ (Umowa) wskazano, że „Wykonawca udziela Zamawiającemu gwarancji jakości na Sprzęt na okres ... (słownie...) - do uzupełnienia po wyborze oferty - jako kryterium oceny - miesięcy liczonych od daty podpisania przez Strony Protokołu Odbioru Końcowego, o którym mowa w § 2 ust. 6 Umowy i § 4 Umowy” zaś w ust. 3: „okres obowiązywania gwarancji jakości zostanie przedłużony przez Wykonawcę o czas, w którym Zamawiający nie mógł korzystać ze Sprzętu, z powodu skorzystania przez niego z uprawnień wynikających z Gwarancji Jakości, tj. czas od dnia powiadomienia Wykonawcy o zaistnieniu usterki/wady Sprzętu i/lub jego części, do dnia usunięcia usterki/wady przez Wykonawcę”.

W ocenie odwołującego powyższe oznacza, iż jakakolwiek wada czy usterka nie może wpływać negatywnie na pracę zamawiającego, a cały ciężar związany z przywróceniem do stanu pierwotnego spoczywa na wykonawcy. Stwierdził, że obowiązek ten realizowany jest przez cały czas trwania 60-cio miesięcznej gwarancji.

Uzupełnił, że w razie wystąpienia zakłóceń uniemożliwiających korzystanie zamawiającemu z zakupionego sprzętu, okres gwarancji zostanie odpowiednio przedłużony, wobec czego zamawiający jest uprawniony do pełnego korzystania z gwarancji producenta przez czas, jaki odwołujący wskazał w ofercie (60 miesięcy).

Podniósł, iż w sytuacji, gdyby hipotetycznie przyjąć, iż monitor E. R., w 37 miesiącu jego eksploatacji, uległ awarii czy uszkodzeniu, to uprawnienie zamawiającego z tytułu gwarancji będzie realizowane, w ten sposób, iż :

1. zostanie przedłużony okres gwarancji, o czas w którym zamawiający nie mógł korzystać ze sprzętu (vide § 5 ust.3 Umowy),
2. zamawiający otrzyma nowy monitor, objęty nową gwarancją producenta.

Zaznaczył, że de facto zaoferowany monitor, będzie w sposób ciągły objęty 60-cio miesięczną gwarancją.

Wedle odwołującego okoliczność, w jaki sposób będzie on realizował obowiązki gwarancyjne względem zamawiającego (np. czy będzie wykonywał je sam, czy angażował w nie producenta oferowanego monitora) nie zmienia faktu, że w roli gwaranta w stosunkach z zamawiającym występować będzie wykonawca, z którym zawarta zostanie umowa, a nie producent (§ 5 ust. 1 Umowy).

Stwierdził, że uprawnienia z tytułu gwarancji producenta realizowane są niejako obok uprawnień wynikających z gwarancji udzielonej przez wykonawcę – gdyby miało być inaczej,

zamawiający nie konstruowałby w § 5 Umowy postanowień umownych w zakresie gwarancji jakości i rękojmi za wady.

Wskazał, że w literaturze przedmiotu dotyczącego gwarancji wskazuje się, że zakres odpowiedzialności z tytułu gwarancji określany jest, co do zasady, każdorazowo w zależności od okoliczności danego przypadku, na podstawie treści oświadczenia gwarancyjnego – *„Stosunek gwarancji ma charakter umowny i podlega zasadzie swobody umów, co oznacza, że treść zobowiązania gwaranta może być, co do zasady, określona swobodnie (umożliwia to również ograniczenie obowiązków z gwarancji; zob. wyr. SA w Gdańsku z 23.9.2009 r., I AC a 712/09, POSAG 2010, Nr 2, poz. 2).*

Na powyższej podstawie ocenił, że zapisy SIWZ oraz postanowienia Umowy, stanowiącej załącznik do SIWZ należy odczytywać jako całość; zestawienie postanowień SIWZ i postanowień umownych w zakresie długości okresu gwarancji pozwoliło odwołującemu na zaoferowanie gwarancji, jak w ofercie.

Powołał się na wyrok KIO z dnia 29 sierpnia 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 844/08, zgodnie z którym *„Nie można na niekorzyść wykonawców interpretować postanowień specyfikacji, które mogą budzić wątpliwości gdyż działają oni w zaufaniu do zamawiającego, na którym ciąży obowiązek jednoznacznego i jasnego sformułowania specyfikacji. Wykonawcy nie mogą być obciążeni negatywnymi skutkami niewystarczającego doprecyzowania przez zamawiającego postanowień specyfikacji”.*

Podsumował, że niezgodność oferty z treścią SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp polega na niezgodności zobowiązania, które w swojej ofercie wyraża wykonawca i przez jej złożenie na siebie przyjmuje z zakresem zobowiązania, którego przyjęcia oczekuje zamawiający i które opisał w specyfikacji, a najistotniejszym jest, iż z treści wyjaśnień odwołującego wynika, iż zaoferował monitor objęty minimalną gwarancją wymaganą przez zamawiającego, wobec czego nie może odwołujący ponosić negatywnych konsekwencji w postaci nie przyznania punktów, jak również odrzucenia jego oferty.

Podkreślił dodatkowo, że udzielił typowej, producenckiej gwarancji na okres 24 miesięcy, a za dodatkową opłatą rozszerzył ten okres o kolejne 12 miesięcy, zaś następne 24 miesiące wkalkulował w ryzyko związane ze złożeniem oferty, a następnie realizacją umowy (wymiana na nowy monitor, objęty 24 miesięczną gwarancją producenta); zapewnienie minimalnego okresu gwarancji odnosi ten skutek, iż:

1. oferta odwołującego winna podlegać ocenie w kryterium *okres gwarancji i rękojmi*, a następnie odwołujący winien otrzymać punkty w ramach tego kryterium,

2. zamawiający nie miał podstaw do odrzucenia oferty jako niezgodnej z treścią SIWZ gdyż odwołujący wskazał, iż udziela gwarancji na okres 60-ciu miesięcy, tj. okres zawierający w sobie minimalne wymagania zapewnienia 12-to miesięcznej gwarancji.

Na zakończenie stwierdził, iż zobowiązanie, które wyraził w ofercie jest zbieżne z zakresem zobowiązania, którego przyjęcia oczekiwał, i które opisał zamawiający w SIWZ, ponieważ wykonawca zaoferował świadczenie gwarancji w przedziale zgodnym i wyznaczonym przez zamawiającego, a świadczenie gwarancji będzie odbywało się na warunkach określonych przez zamawiającego, zarówno w treści SIWZ (z uwzględnieniem wyjaśnień treści SIWZ z dnia 25 maja 2017 r.), jak i treści Umowy.

W odniesieniu do naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp odwołujący podniósł, że zamawiający naruszył powyższy przepis ustawy Pzp, poprzez pominięcie przy dokonywaniu oceny ofert wyjaśnień odwołującego w zakresie dotyczącym długości okresu gwarancji – zamawiający sporządzając uzasadnienie odrzucenia oferty odwołującego wskazał, iż *„nie jest zachowana ciągłość w zakresie oferowanego okresu gwarancji na okres 60 miesięcy, realizowanej w tym okresie tylko i wyłącznie przez producenta (gwarancja producenta”, co – według odwołującego – oznacza, że zamawiający całkowicie pominął, iż dostawa nowego monitora związana będzie z przedłożeniem kolejnej gwarancji producenta.*

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp odwołujący wskazał, że zgodnie z tym artykułem *„Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia”.*

Stwierdził, że nieuprawnione odrzucenie jego oferty spowodowało, że zamawiający zaniechał dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ – gdyby zamawiający przyjął wyjaśnienia odwołującego w zakresie długości okresu gwarancji oraz sposobu jej realizacji, wówczas oferta odwołującego uplasowałaby się na pierwszym miejscu.

Podał, że zaoferował okres gwarancji na poziomie 60-ciu miesięcy, natomiast pozostali wykonawcy wskazywali na okres 24 i 36 miesięcy, wobec czego oferta odwołującego winna stanowić punkt odniesienia do przydzielania punktacji innym wykonawcom.

Podsumował, że gdyby zamawiający nie odrzucił oferty odwołującego, jego oferta w kryterium *Okres gwarancji i rękojmi* byłaby najkorzystniejsza.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp odwołujący wskazał, że zgodnie z tym artykułem *„ 1. Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie*

o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.”

Podniósł, iż biorąc pod uwagę okoliczność, że zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów wskazanych i wynikających z niniejszego odwołania, za uzasadnione należy uznać także twierdzenie o naruszeniu przez niego przepisu art. 7 ust. 1 Pzp – zamawiający, poprzez niezastosowanie w sposób prawidłowy powołanych przepisów dopuścił się bowiem naruszenia fundamentalnych dla prawa zamówień publicznych zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazanej Izbie przez zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przy piśmie z dnia 21 września 2017 roku, w tym: Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wraz z załącznikami, oferty odwołującego, Wyjaśnień i zmiany treści SIWZ z dnia 25 maja 2017 roku, Zawiadomienia o poprawieniu omyłki w ofercie odwołującego 21 czerwca 2017 roku, Wezwania skierowanego przez zamawiającego do odwołującego z dnia 21 czerwca 2017 roku, Odpowiedzi odwołującego z dnia 21 czerwca 2017 roku na wezwanie zamawiającego z tego samego dnia, Zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 5 września 2017 roku, Odpowiedzi na odwołanie (pismo zamawiającego z dnia 29 września 2017 roku), pisemnych stanowisk przystępującego zawartych w pismach: z dnia 18 i 29 września 2017 roku, a także stanowisk stron i przystępującego, zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Odwołanie zostało złożone w odniesieniu do Zadania nr 1, tj. na *Dostawę, montaż, konfigurację akcesoriów i urządzeń do zarządzania zobrazowaniem w konsolach.*

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierował odwołanie do rozpoznania na rozprawę.

Skład orzekający Izby ustalił także, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Bezpodstawne odrzucenie oferty odwołującego oznacza, że stwierdzenie naruszenia w tym zakresie przepisów ustawy Pzp dawałoby odwołującemu

szansę na uzyskania zamówienia i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wykonywania zamówienia – to oferta odwołującego byłaby ofertą najkorzystniejszą w świetle przyjętych kryteriów oceny ofert.

Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zarzut błędnego uznania, iż oferta odwołującego nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej nadal „SIWZ”), czym zamawiający naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

W Opisie Przedmiotu Zamówienia (Załącznik nr 1 do SIWZ) dla zadania nr 1 zamawiający, w pkt. 4.1., zawarł wymóg: *„Na wszystkie dostarczone urządzenia wymagana jest gwarancja w okresie min. 12 do max. 60 miesięcy.”*

W Rozdziale XIV SIWZ *Opis Kryteriów Oceny Ofert Oraz Sposób Oceny Ofert* zamawiający, jednym z pozacenowych kryteriów oceny ofert ustanowił *Okres gwarancji i rękojmi* (waga 30%), przewidując wzór, wedle którego będzie przyznawał punkty (im dłuższy okres tym więcej punktów).

Pismem z dnia 25 maja 2017 roku zamawiający udzielił kolejnych wyjaśnień treści SIWZ i dokonał zmian.

Na pytanie nr 5 o treści:

„Dotyczy Paragrafu 4 Istotnych Postanowień Umowy oraz deklarowanego okresu gwarancji i rękojmi w opisie kryterium oceny ofert. Zamawiający w treści Paragrafu 4 Istotnych Postanowień Umowy zapisał: Wykonawca udziela Zamawiającemu Gwarancji Jakości na Sprzęt i rękojmi na okres ... (słownie:.....) miesięcy liczonych od daty podpisania przez Strony Protokołu Odbioru Sprzętu, o którym mowa w § 2 ust. 5 Umowy. Zamawiający może wykonywać uprawnienia z tytułu rękojmi za wady niezależnie od uprawnień wynikających z Gwarancji Jakości. Zgodnie z powyższym pytamy, czy Wykonawca może samodzielnie udzielić Gwarancji Jakości nie popartej gwarancją producenta oraz przedłużeniem gwarancji producenta dla danego produktu do poziomu deklarowanego okresu gwarancji i rękojmi w kryterium oceny ofert, na wszystkie produkty będące przedmiotem dostawy i nie produkowane przez Wykonawcę, a w szczególności jeżeli oferowane produkty nie pochodzą z oficjalnego kanału dystrybucyjnego danego producenta (w skrajnych sytuacjach nie są objęte gwarancją producenta)?”

udzielił następującej odpowiedzi:

„Zamawiający nie dopuszcza możliwości udzielenia Gwarancji Jakości nie popartej gwarancją producenta oraz samodzielnego przedłużenia gwarancji producenta dla danego produktu do poziomu deklarowanego okresu gwarancji i rękojmi w kryterium oceny ofert. Wykonawca_wymaga, aby wszystkie dostarczone produkty były objęte gwarancją producenta.”.

Odwołujący w zadaniu nr 1 złożył ofertę, wykorzystując opracowany przez zamawiającego wzór (załącznik nr 3 do SIWZ) – oświadczył: *„Oferowany okres gwarancji (...) wynosi 60 miesięcy”.*

Korzystając także z opracowanego przez zamawiającego *Formularza cenowego – Zadanie Nr 1* (Załącznik nr 3a do SIWZ) w pozycji 12 wpisał: *„Monitor 21" wysokiej jasności EIZO RP2124 + Stand 21.3" + (...)"* w ilości 6 sztuk.

Pismem z dnia 21 czerwca 2017 roku zamawiający zawiadomił wykonawców o poprawieniu omyłki rachunkowej w ofercie odwołującego (powołał się na art. 87 ust. 2 pkt 2) ustawy Pzp), w tym wartość brutto 90 823,53 poprawił na 90 823,69 złotych. Taka też poprawioną wartość ceny ofertowej odwołującego podał w zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 5 września 2017 roku.

Pismem z dnia 21 czerwca 2017 roku zamawiający, z zastosowaniem przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień treści złożonej oferty. Przytoczył treść odpowiedzi nr 5, jakiej udzielił przy piśmie z dnia 25 maja 2017 roku, oświadczył, że *„na etapie badania ofert otrzymał dokumenty, na podstawie których powziął informację, że na zaoferowany (...) monitor E. R. maksymalny termin gwarancji udzielanej przez producenta wynosi 36 miesięcy”* oraz zażądał od odwołującego wyjaśnień *„czy zaoferowana (...) 60-cio miesięczna gwarancja na monitor E. R. jest poparta gwarancją producenta i posiadacie Państwo potwierdzenie producenta dla zaoferowanego terminu gwarancji”.*

Odpowiadając na wezwanie zamawiającego z dnia 21 czerwca 2017 roku, pismem z tego samego dnia, odwołujący udzielił następującej odpowiedzi: *„Pragniemy poinformować Zamawiającego, iż oferując Państwu monitor E. P. wzięliśmy pod uwagę powyższy zapis. Kalkulując cenę monitora przyjęliśmy cenę z wydłużoną gwarancją ze standardowej dwu letniej do gwarancji PRODUCENCKIEJ wydłużonej za dodatkową opłatą gwarancji trzy letniej. Dodatkowo biorąc pod uwagę kryteria, jakie Zamawiający zastosował w postępowaniu przetargowym, przyznając maksymalną ilość punktów za gwarancję długości 60 miesięcy, podjęliśmy decyzję o zaoferowaniu Państwu monitorów firmy E. właśnie z taką gwarancją, która w 100% będzie gwarancją producenta. Zrealizowana ona będzie w taki*

sposób, iż po zakończeniu biegu wydłużonego czasu gwarancji producenta (36 miesięcznego) w przypadku wystąpienia awarii tegoż monitora u Zamawiającego w okresie od 36-go do 60-go miesiąca, oferent zakupi i dostarczy Zamawiającemu nowy monitor z bieżącej produkcji z gwarancją standardową dwu letnią, zamiast monitora, który ulegnie awarii. W związku z powyższym Zamawiający otrzymuje jak najbardziej monitory E. P., które posiadają ciągłość gwarancji na okres 60 miesięcy, realizowaną w tym okresie tylko i wyłącznie przez producenta.

Pragniemy zwrócić Zamawiającemu uwagę, iż oferta firmy S. A. pod względem ceny nie była ofertą najtańszą. Nasza cena była trzecią ceną zaoferowaną w tym postępowaniu dla Zadania nr 1. Różnica cenowa pomiędzy ofertą najtańszą, a naszą dla tego zadania wynosiła ok 90 000,00 brutto, gdzie w różnicy tej uwzględniliśmy również koszty wymiany monitora w przypadku wystąpienia ewentualnej awarii.”.

Pismem z dnia 5 września 2017 roku zamawiający poinformował uczestniczących w postępowaniu wykonawców o wyborze – w zadaniu nr 1 – oferty nr 3, tj. oferty przystępującego z ceną brutto 591 484,86 złotych, okresem gwarancji i rękojmi wynoszącym 36 miesięcy oraz 60-cio dniowym terminem realizacji.

W uzasadnieniu wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej zamawiający podał, że wykonawca „spełnia warunki udziału w postępowaniu, a jego oferta spełnia wymagania określone w SIWZ i nie podlega odrzuceniu. Oferta uzyskała największą łączną liczbę punktów wynikającą z kryteriów oceny ofert.” (str. 3 pisma).

Tym samym pismem zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp, uzasadniając: „Zgodnie z odpowiedzią nr 5 udzieloną pismem AMZP/AQW-2222-1/1-17/2518/MO/2017 z dnia 25 maja 2017 r. „Zamawiający nie dopuszcza możliwości udzielenia Gwarancji Jakości nie popartej gwarancją producenta oraz samodzielnego przedłużenia gwarancji producenta dla danego produktu do poziomu deklarowanego okresu gwarancji i rękojmi w kryterium oceny ofert”. W toku postępowania Wykonawca, w odpowiedzi na wezwanie dot. złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanego 60-miesięcznego okresu gwarancji poinformował, że to na nim ciąży obowiązek gwarancyjny „...w okresie od 36-go do 60-go miesiąca, oferent zakupi i dostarczy Zamawiającemu nowy monitor... zamiast monitora, który ulegnie awarii”, w związku z powyższym nie jest zachowana ciągłość w zakresie zaoferowanego okresu gwarancji na okres 60 miesięcy, realizowanej w tym okresie tylko i wyłącznie przez producenta (gwarancja producenta). W związku z powyższym nastąpiło samodzielne przedłużenie gwarancji producenta (dla poz. nr 12) do poziomu deklarowanego okresu gwarancji i rękojmi w kryterium oceny ofert co jest niezgodne z wymaganiami.”.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Okolicznością faktyczną odrzucenia oferty odwołującego było zaoferowanie przez tegoż wykonawcę 60-cio miesięcznej gwarancji jakości, która nie była poparta gwarancją producenta w okresie od 36-go do 60-go miesiąca (brak ciągłości okresu gwarancji w całym 60-cio miesięcznym okresie).

Bezsprzecznie zatem odwołujący co najmniej w okresie do 36-go miesiąca zaoferował, co potwierdził także zamawiający w Odpowiedzi na odwołanie [„*Gwarancja producenta to 36 miesięcy, a Wykonawca deklarował okres 60 miesięcy*” (str. 4, trzeci akapit)], gwarancję jakości popartą gwarancją producenta.

Podkreślenia wymaga, co wprost zamawiający wskazał w *Opisie Przedmiotu Zamówienia* (Załącznik nr 1 do SIWZ) w pkt. 4.1., a dodatkowo powtórzył w rozdziale XIV SIWZ *Opis kryteriów oceny ofert oraz sposób oceny ofert*, że wymóg co do minimalnego okresu okresu gwarancji postawiony w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego to nie 60, ale „jedynie” 12 miesięcy.

Skoro więc fakt zaoferowania przez odwołującego 36-cio gwarancji jakości nie był przez zamawiającego kwestionowany, a treść SIWZ wskazywała 12-sto miesięczny okres jako minimalny, to brak było podstaw do odrzucenia oferty odwołującego z powołaniem się na przepis art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp – niezgodność pomiędzy okresem gwarancji zaoferowanym a wymaganym nie wystąpiła (okres zaoferowany był dłuższy niż wymagany).

W konsekwencji zamawiający winien poddać ocenie ofertę odwołującego, w tym w podkryterium dotyczącym okresu gwarancji i rękojmi, nie zaś ją odrzucić.

Uwzględniając powyższe skład orzekający Izby uznał, że zarzut się potwierdził, zamawiający bezpodstawnie odrzucił ofertę odwołującego i w konsekwencji zaniechał poddania jej ocenie z zastosowaniem ustanowionych kryteriów oceny ofert.

Zarzut pominięcia przy dokonywaniu oceny ofert wyjaśnień odwołującego w zakresie dotyczącym długości okresu gwarancji, czym zamawiający naruszył przepis art. art 87 ust. 1 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Z treści pisma zamawiającego z dnia 5 września 2017 roku, w tym o odrzuceniu oferty odwołującego wprost wynika, że zamawiający zapoznał się i ocenił wyjaśnienia odwołującego zawarte w jego piśmie z dnia 21 czerwca 2017 roku – zamawiający nawiązał do tych wyjaśnień [„*Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie (...)*”] oraz przytoczył kluczowe informacje tych wyjaśnień. Fakt, że ocena tych wyjaśnień przez zamawiającego jest,

zdaniem odwołującego, błędna nie oznacza jednak, że wyjaśnienia te zostały pominięte, ale tyle, że zamawiający ocenił je inaczej niż winien to zrobić wedle odwołującego.

Uwzględniając powyższe skład orzekający Izby uznał, że zarzut nie potwierdził się.

Zarzut zaniechania wyboru najkorzystniejszej oferty na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ, polegających na nieprzyznaniu punktów w kryterium okres gwarancji i rękojmi, czym zamawiający naruszył przepis art. 91 ust. 1 ustawy Pzp nie mógł zostać poddany ocenie przez skład orzekający Izby.

Zamawiający jako ofertę najkorzystniejszą wskazał ofertę przystępującego.

Odwołujący nie podnosił zarzutu dotyczącego wyboru oferty najkorzystniejszej z zastosowaniem innych niż wskazane w rozdziale XVI SIWZ kryteria oceny.

Skład orzekający Izby zauważa, że odwołanie złożono wobec czynności odrzucenia oferty odwołującego (na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp) oraz wobec wyboru oferty innego wykonawcy, czemu odpowiadało żądanie nakazania zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującemu, dokonania ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego oraz ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty odwołującego i w tych granicach orzekł.

Przypomnienia w tym miejscu wymaga, że zgodnie z art. 180 ust. 1 ustawy Pzp odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy.

W sytuacji jednak, gdy zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy nie sposób uznać, że obowiązkiem zamawiającego jest ocena takiej oferty z zastosowaniem ustanowionych kryteriów oceny ofert, ponieważ – co oczywiste – ocenie poddaje się jedynie oferty niepodlegające odrzuceniu, a w przypadku braku takich ofert zamawiający ma obowiązek postępowanie unieważnić (art. 93 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp).

Na obecnym etapie przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego odwołującemu przysługiwało prawo wniesienia odwołania od czynności, które sam wskazał w swoim odwołaniu na stronie drugiej (wybór oferty najkorzystniejszej oraz odrzucenie oferty odwołującego), nie przysługiwało mu natomiast prawo wniesienia odwołania wobec zaniechania przyznania mu punktów w szczególności w podkryterium

Okres gwarancji i rękojmi. Ocena oferty odwołującego z zastosowaniem określonych w SIWZ kryteriów winna nastąpić (o ile nie istnieją podstawy do odrzucenia oferty odwołującego – inne niż wskazane przez zamawiającego w piśmie z dnia 5 września 2017 roku) w wykonaniu wyroku Izby i od tej czynności/zaniechania odwołującemu będzie przysługiwało prawo wniesienia odwołania.

Pomimo zatem, iż w uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł że „*Nieuprawnione odrzucenie oferty Odwołującego spowodowało, że Zamawiający zaniechał dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia*” – str. 13, pierwszy akapit) oraz zaprezentował także argumentację przemawiającą za przyznaniem jego ofercie w podkryterium *Okres gwarancji*

i rękojmi maksymalnej liczby punktów (za maksymalny, dopuszczony, tj. 60-cio miesięczny okres gwarancji) to, biorąc pod uwagę wskazane powyżej przez samego odwołującego czynności wobec, których składa odwołanie oraz – przede wszystkim – biorąc pod uwagę przysługujące na tym etapie prowadzonego przez zamawiającego postępowania prawo odwołującego do wniesienia odwołania (art. 180 ust. 1 ustawy Pzp), skład orzekający kwestii oceny oferty odwołującego we wskazanym podkryterium nie mógł i nie badał.

Zarzut błędnej wykładni oraz niewłaściwego zastosowania art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, prowadzące do rażącego naruszenia zasady równego traktowania oraz zasady uczciwej konkurencji prowadzącymi do odrzucenia oferty odwołującego potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

W konsekwencji uznania, że zamawiający z naruszeniem przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp odrzucił ofertę odwołującego, skład orzekający Izby uznał także, że zamawiający, nie poddając ocenie ofertę odwołującego spełniająca wymagania zamawiającego wskazane w SIWZ, naruszył wskazane zasady.

Skład orzekający Izby nie dopuścił dowodu ze złożonej przez odwołującego na rozprawie oferty, uznając iż dowód ten był nieprzydatny z tego względu, iż zamawiający nie kwestionował samej możliwości zakupu monitorów E. z gwarancją producenta po upływie 36 miesięcy trwania gwarancji monitorów dostarczonych i stanowiących przedmiot zamówienia oraz zastąpienia ich monitorami nowymi, ale kwestionował, że w ten sposób nie jest możliwa, w świetle wyjaśnień treści SIWZ, realizacja 60-cio miesięcznego okresu gwarancji, uprawniającego do przyznania punktów w podkryterium „*Okres gwarancji i rękojmi*”.

Ze względu na fakt, że potwierdził się zarzut bezpodstawnego odrzucenia oferty odwołującego skład orzekający Izby orzekł jak w sentencji, nakazując zamawiającemu w zadaniu 1, unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz ponowienie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, § 3 pkt 1) lit. a) oraz pkt 2) lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238, ze zm.).

Przewodniczący