

Sygn. akt: KIO 796/18

WYROK

z dnia 9 maja 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Danuta Dziubińska

Protokolant: Artur Szmigiel

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 maja 2018 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 kwietnia 2018 r. przez wykonawcę **AKCES Edukacja K., P. Spółka Jawna ul. Wysogotowska 9, 62-081 Przeźmierowo** w postępowaniu prowadzonym przez **Zarząd Powiatu Toruńskiego ul. Towarowa 4-6, 87-100 Toruń**

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego - **AKCES Edukacja K., P. Spółka Jawna** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych 00 groszy) uiszczoną przez wykonawcę **AKCES Edukacja K., P. Spółka Jawna** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 z późn. zm.) 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:

Uzasadnienie

Zarząd Powiatu Toruńskiego (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, postępowanie pn: „Zakup i dostawa zestawów bazowych konstrukcyjnych robotów oraz szkolenie dla nauczycieli z zakresu robotyki”, znak postępowania: OR.272.4.3.2018. Postępowanie zostało podzielone na części. Wartość zamówienia jest mniejsza od kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówienie zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 540579-N-2018 z dnia 5 kwietnia 2018 r. Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”) została zamieszczona na stronie internetowej Zamawiającego.

W dniu 20 kwietnia 2018 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty w części I i II, podając, iż w części I za najkorzystniejszą została uznana oferta złożona przez wykonawcę U. M. – K., prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą U. M. – K. KLADREW (dalej: „UMKK”).

W dniu 24 kwietnia 2018 r. wykonawca AKCES Edukacja K., P. Spółka Jawna (dalej: „Odwołujący”) wniósł odwołanie na czynność wyboru w części I oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę UMKK i na zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 24 ust. 1 pkt 17 w związku z art. 24 ust. 4 w związku z art.89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy UMKK z postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy, pomimo, iż w wyniku lekkomyślności lub co najmniej niedbalstwa przedstawił on informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego w zakresie spełnienia kryterium oceny ofert w postaci posiadania i warunków gwarancji jakości na objęte przedmiotem oferty zestawy, które to informacje mają istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu;
- 2) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybór oferty wykonawcy UMKK jako oferty najkorzystniejszej, podczas gdy zgodnie z kryteriami oceny ofert obowiązującymi w postępowaniu za najkorzystniejszą powinna zostać uznana oferta złożona przez Odwołującą;

- 3) art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w związku z art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. 2018, poz. 419), dalej jako „u.z.n.k.”, poprzez rozpowszechnianie nieprawdziwych lub wprowadzających w błąd wiadomości co do cech zestawów zaoferowanych w postępowaniu przez wykonawcę UMKK w zakresie objęcia ww. zestawów gwarancją jakości i warunków tej gwarancji.

Wskazując na powyższe Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności badania i oceny ofert w postępowaniu oraz unieważnienie czynności wyboru oferty wykonawcy UMKK jako najkorzystniejszej w postępowaniu,
- 2) wykluczenie wykonawcy UMKK z postępowania,
- 3) odrzucenie oferty wykonawcy UMKK,
- 4) dokonanie ponownej oceny ofert i ponownego dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 5) wezwanie wykonawcy UMKK do złożenia wyjaśnień w zakresie faktu posiadania oraz warunków gwarancji na zestawy bazowe konstrukcyjne robotów objęte złożoną ofertą.

Ponadto Odwołujący wniósł o:

- 6) przeprowadzenie dowodów z:
 - a) treści wiadomości e-mail wysłanej przez Pana M C, reprezentującego LEGO Education do Pana J P w dniu 18 kwietnia 2018 roku,
 - b) print screen z oficjalnej strony internetowej LEGO Education Support dotyczącej regionalnej obsługi klienta LEGO na terenie Polski,
 - c) przesłuchania stron,

- na okoliczność, iż wykonawca UMKK nie należy do sieci dystrybucyjnej LEGO Group, przez co nie jest w stanie spełnić warunków gwarancji określonych przez Zamawiającego w SIWZ, w tym w Umowie stanowiącej załącznik do SIWZ, na zestawy bazowe konstrukcyjne robotów objęte przedmiotem zamówienia w Części I, jak również na okoliczność, iż w odniesieniu do zestawów pochodzących od LEGO Education, których dostawę zaoferował wykonawca UMKK tj. LEGO Education Mindstorms EV3, warunki gwarancji określone przez Zamawiającego może spełnić tylko podmiot z obowiązującym kontraktem z LEGO Group na obsługę gwarancyjną oraz, że aktualnie Odwołująca jest jednostką upoważnioną do serwisowania sprzętu LEGO Education w Polsce.

Odwołujący podał, iż posiada interes prawny w złożeniu odwołania ponieważ w przypadku prawidłowej oceny oferty złożonej przez wykonawcę UMKK, przy uwzględnieniu okoliczności, podniesionych w odwołaniu, jego oferta zostałaby uznana za najkorzystniejszą, co wynika z protokołu postępowania.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, iż opis przedmiotu zamówienia w Części I, obejmuje dostawę 129 zestawów bazowych konstrukcyjnych robotów. SIWZ zawiera m.in. wymagania dotyczące obowiązku zapewnienia serwisu gwarancyjnego i pogwarancyjnego oraz określa, iż wymagany okres gwarancyjny nie może być krótszy niż 24 miesiące, liczony od dnia dostawy zestawów bazowych do wskazanych przez Zamawiającego miejsc. Wymagane przeglądy w okresie gwarancyjnym wykonawca wykona bezpłatnie. Czas oczekiwania na usunięcie uszkodzenia nie może być dłuższy niż 7 dni od zgłoszenia w formie telefonicznej. Jednocześnie, w ocenie Odwołującego, Zamawiający wskazał, iż ww. warunki gwarancji mają zostać spełnione w ramach gwarancji producenta, zgodnie bowiem z § 4 ust. 1 projektu umowy, stanowiącej załącznik do SIWZ, gwarancja ma zostać udzielona przez producenta. Z powyższego, w ocenie Odwołującego, wynika, iż Zamawiający w postępowaniu nie dopuszcza możliwości udzielenia gwarancji jakości nieopartej gwarancją producenta.

Odwołujący zauważył, iż okres gwarancji jakości, stanowi kryterium oceny ofert w postępowaniu, przy czym za każdy dodatkowy miesiąc gwarancji, ponad wymagane 24 miesiące, doliczone będą 2 punkty. Maksymalna ilość punktów w tym kryterium wynosi 24. Ocena tego kryterium następuje w zakresie od 24 do 36 miesięcy. W przypadku ewentualnego braku wskazania gwarancji przez wykonawcę zakłada się, że zaoferował okres tożsamy z minimalnym wymaganym w SIWZ. W przypadku zadeklarowania okresu gwarancji powyżej 36 miesięcy wykonawca otrzyma 24 punkty.

Odwołujący wskazał, iż z uzasadnienia decyzji Zamawiającego o dokonanej wyborze najkorzystniejszej oferty w części I przedmiotu zamówienia, podanym w zawiadomieniu, wynika, iż wykonawca UMKK w Części I przedmiotu zamówienia, złożył ofertę nr 5, za którą została przyznana maksymalna ilość punktów, w tym 24 pkt za kryterium gwarancja dla zestawów bazowych. Oznacza to, iż wykonawca zadeklarował w ofercie maksymalnie długi okres gwarancji, podczas którego m.in. czas oczekiwania na usunięcie uszkodzenia dostarczonych zestawów lub ich części nie będzie dłuższy niż 7 dni od zgłoszenia Zamawiającego w formie telefonicznej. W ocenie Odwołującego decyzja ta jest wadliwa, albowiem przedstawione przez ww. wykonawcę informacje w zakresie spełniania wymagań w zakresie posiadania gwarancji producenta na przedmiot zamówienia na warunkach określonych przez Zamawiającego, a które to informacje miały istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu, ponieważ skutkowały przyznaniem maksymalnej liczby punktów w kryterium gwarancji jakości, wprowadzając w błąd Zamawiającego.

Odwołujący stwierdził, iż nie kwestionuje, że wybrany wykonawca przedstawił informacje o zapewnieniu okresu oraz warunków gwarancji jakości określonych w SIWZ,

jednakże zwraca uwagę, iż zgodnie z jego najlepszą wiedzą, deklaracja wykonawcy UMKK nie znajduje potwierdzenia w rzeczywistości. Tym samym, w opinii Odwołującego, wykonawca ten w przedłożonej przez siebie ofercie wprowadził Zamawiającego w błąd w ten sposób, że na dostarczone przez siebie zestawy przedstawi gwarancję producenta, a jednocześnie zapewnił wymagane przeglądy gwarancyjne, jak również, że czas oczekiwania na usunięcie uszkodzenia nie będzie dłuższy niż 7 dni od zgłoszenia w formie telefonicznej, podczas gdy w odniesieniu do zaoferowanych zestawów pochodzących od LEGO, takie warunki może spełnić tylko podmiot z obowiązującym kontraktem z LEGO Group na obsługę gwarancyjną. W przypadku Polski takim kontraktem dysponuje Odwołujący. Odwołujący nie ma natomiast pewności co do sposobu zorganizowania serwisu urządzeń mających stanowić przedmiot dostawy zadeklarowany przez wykonawcę UMKK. Według wiedzy Odwołującej wykonawca ten nie należy do sieci dystrybucyjnej LEGO Group, przez co Odwołujący z dużym prawdopodobieństwem potrafi ocenić, iż nie będzie w stanie sprostać zadeklarowanym warunkom serwisu zestawów LEGO. Tym samym, w ocenie Odwołującego, wykonawca UMKK w wyniku lekkomyślności lub co najmniej niedbalstwa przedstawił, wprowadzając w błąd Zamawiającego, informacje dotyczące kryteriów oceny ofert, które to informacje mają istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu.

W konsekwencji czego, na podstawie w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, powinien zostać wykluczony z postępowania, niezależnie od innych skutków przewidzianych prawem.

Odwołujący podniósł także, że nawet w przypadku, gdyby zarzut dotyczący wprowadzenia Zamawiającego w błąd nie został uznany, czego konsekwencją byłby brak wykluczenia wykonawcy UMKK z postępowania, to negatywna weryfikacja przez Zamawiającego informacji podanych przez tego wykonawcę, co do spełnienia kryterium udzielania gwarancji producenta oraz jej warunków w zakresie terminu napraw serwisowych, powinna skutkować odjęciem 24 punktów, czego konsekwencją byłoby zajęcie przez tego wykonawcę ostatniego miejsca w rankingu ofert. Tym samym, za najkorzystniejszą powinna zostać uznana oferta złożona przez Odwołującego.

Z ostrożności procesowej Odwołujący wskazał, iż działanie wykonawcy UMKK polegające na wprowadzeniu w błąd Zamawiającego, co do warunków gwarancji jakości zaoferowanych urządzeń, może również zostać zakwalifikowane jako czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów u.z.n.k. Z tego względu oferta tego wykonawcy powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Odwołujący zauważył, iż zgodnie z art. 14 ust. 1 i 2 u.z.n.k., czynem nieuczciwej konkurencji jest rozpowszechnianie nieprawdziwych lub wprowadzających w błąd wiadomości o swoim lub innym przedsiębiorcy albo przedsiębiorstwie dotyczących m.in. wytwarzanych towarów lub świadczonych usług,

w celu przysporzenia korzyści lub wyrządzenia szkody i wywiódł, iż skoro oferta wykonawcy UMKK zawiera nieprawdziwe informacje, to jej złożenie, wypełnia przesłankę z art. 14 ust 1 u.z.n.k., a tym samym oferta powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Pismem z dnia 8 maja 2018 r. Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu:

- 1) z treści wiadomości e-mail wysłanej przez Pana M C reprezentującego LEGO Education do Pana J P w dniu 23 kwietnia 2018 r. na następujące okoliczności: usługi serwisowe sprzętu LEGO Education są elementem Umów Dystrybucyjnych z LEGO Education, braku bezpośredniej Umowy Dystrybucyjnej zawartej pomiędzy wykonawcą UMKK a LEGO Education, wykonawca UMKK nie należy do sieci dystrybucyjnej LEGO Education, przez co nie jest w stanie spełnić warunków gwarancji określonych przez Zamawiającego w SIWZ, nie jest możliwe wykonanie przedmiotu zamówienia bez udziału podwykonawcy, przez którego należy rozumieć certyfikowanego dystrybutora LEGO Education;
- 2) z formularza ofertowego wykonawcy UMKK oraz załączników 1a i 1b na następujące okoliczności: Zamawiający wymagał wskazania części zamówienia, która ma być wykonana przez podwykonawców wraz z dokładnym wskazaniem podwykonawców i w tym celu umieścił w formularzu ofertowym (Załączniki nr 1a i 1b) odpowiednie postanowienia, wykonawca UMKK wskazała, iż nie zamierza powierzyć żadnej części zamówienia podwykonawcy, co oznacza, iż nie jest ona w stanie spełnić warunków gwarancji określonych przez Zamawiającego.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania przedłożoną przez Zamawiającego, treścią oferty wykonawcy U. M.-K., po przeprowadzeniu rozprawy i wysłuchaniu stanowisk i oświadczeń stron, na podstawie zebranego materiału dowodowego, Krajowa Izba Odwoławcza, ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że odwołanie nie zawiera braków formalnych, nie została wypełniona żadna z przesłanek, skutkujących odrzuceniem odwołania, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp oraz, że wpis w prawidłowej wysokości został wniesiony w ustawowym terminie. Tym samym odwołanie podlegało merytorycznemu rozpoznaniu.

Izba stwierdziła, iż Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do skorzystania w przedmiotowym postępowaniu ze środków ochrony prawnej. Została wypełniona materialnoprawna przesłanka, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący złożył ofertę, która według przyjętych w SIWZ kryteriów oceny ofert, w przypadku uwzględnienia zarzutów odwołania, mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą, co mogłoby skutkować

uzyskaniem przez niego zamówienia. Wybór oferty wykonawcy UMKK skutkuje pozbawieniem Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia, a w konsekwencji możliwością poniesienia szkody. Izba nie podziela stanowiska Zamawiającego przedstawionego na rozprawie, iż z uwagi na to, że cena oferty Odwołującego przekracza kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na zrealizowanie zamówienia i którą podał na otwarciu ofert, wskazuje na brak interesu prawnego Odwołującego w skorzystaniu ze środków ochrony prawnej w niniejszym postępowaniu. W ocenie Izby, wysokość ceny oferty Odwołującego, nie pozbawia wykonawcy możliwości kwestionowania czynności czy zaniechań zamawiającego, m.in. z uwagi na to, iż może się okazać, iż w razie potwierdzenia się zarzutów odwołania, Zamawiający mógłby zwiększyć kwotę przeznaczoną na realizację zamówienia.

Następnie, Izba ustaliła, co następuje:

Stan faktyczny sprawy został w części przedstawiony w odwołaniu. Z uwagi na wprowadzoną przez Odwołującego przy jego opisie własną interpretację, wymaga on w tym miejscu przytoczenia i uzupełnienia.

Stosownie do Części II pkt 3 SIWZ przedmiot zamówienia w części I obejmuje dostawę 129 zestawów bazowych konstrukcyjnych robotów, które mają posiadać także możliwość programowania z urządzenia zewnętrznego (komputer stacjonarny, laptop lub tablet) oraz muszą spełniać szczegółowo przedstawione w SIWZ parametry techniczno-użytkowe. W Części II pkt 3 ppkt XII SIWZ zostało określone, iż okres gwarancyjny przedmiotu zamówienia nie może być krótszy niż 24 miesiące, licząc od daty dostawy do wskazanych przez Zamawiającego miejsc. Wymagane przeglądy w okresie gwarancyjnym mają być wykonywane bezpłatnie, zaś czas oczekiwania na usunięcie uszkodzenia nie może być dłuższy niż 7 dni od zgłoszenia w formie telefonicznej.

Zgodnie z częścią XVI pkt 2 SIWZ wybór oferty w postępowaniu następuje z zastosowaniem trzech kryteriów, tj. cena z wagą 60%, gwarancja dla zestawów bazowych z wagą 24%, jakość - możliwość składania zestawu bez użycia narzędzi z wagą 16%. Jako minimalny okres gwarancji został określony okres 24 miesięcy, natomiast każdy dodatkowy miesiąc ponad wymagany okres wiąże się z przyznaniem dodatkowych 2 punktów, maksymalnie 24. Ocena w tym kryterium dokonywana jest w zakresie od 24 do 36 miesięcy, z zastrzeżeniem, iż w przypadku ewentualnego braku wskazania okresu gwarancji przez wykonawcę, zakłada się, że zaoferował okres tożsamy z minimalnym wymaganym w SIWZ, natomiast w przypadku zadeklarowania okresu gwarancji powyżej 36 miesięcy, wykonawca otrzyma 24 punkty.

Stosownie do § 4 ust. 1 wzoru umowy, stanowiącego załącznik do SIWZ, dostarczone zestawy klocków edukacyjnych powinny posiadać gwarancję jakości udzieloną przez ich producenta na okres, który podlega wskazaniu przy podpisywaniu umowy.

Formularz oferty stanowiący załącznik do SIWZ w odniesieniu do okresu gwarancji zawiera treść: „*Gwarancja (wpisać liczbę miesięcy – minimum 24)*”. Z treści oferty złożonej przez wykonawcę UMKK wynika, iż zaoferowany przez tego wykonawcę okres gwarancji wynosi 36 miesięcy.

W części I postępowania oferty złożyło czterech wykonawców. Jedna oferta została odrzucona z uwagi na jej niezgodność z ustawą. Każdy z pozostałych wykonawców otrzymał taką samą ilość punktów w kryteriach gwarancja i jakość. Najniższą cenę za przedmiot zamówienia zaoferował wykonawca UMKK i w związku z tym otrzymał w tym kryterium najwyższą liczbę punktów. Wszyscy wykonawcy zaoferowali taki sam sprzęt produkcji LEGO Education.

SIWZ nie przewiduje postanowień dotyczących wprowadzenia przez Zamawiającego warunku działu w postępowaniu w zakresie doświadczenia.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Stosownie do art. 192 ust. 7 ustawy Pzp *Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu*. Stosownie natomiast do przepisu art. 190 ust. 1 i 3 ustawy Pzp *strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne, przy czym dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej, którymi w szczególności są dokumenty, zeznania świadków, opinie biegłych oraz przesłuchanie stron, mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy*.

Zważywszy na treść zarzutów przedstawionych w odwołaniu oraz na okoliczności przedmiotowej sprawy, w pierwszej kolejności rozstrzygnięcia Izby wymaga, czy wykonawca UMKK oświadczając w ofercie, iż udziela okresu gwarancji jakości na okres 36 miesięcy wypełnił przesłanki wykluczenia z postępowania, o których mowa 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Przepis ten stanowi iż *zamawiający wyklucza z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w tym postępowaniu*. Według ukształtowanego stanowiska Izby, zamawiający jest obowiązany wykluczyć wykonawcę z postępowania na podstawie tego przepisu, jedynie wtedy gdy wszystkie przesłanki w nim zawarte wystąpią łącznie.

Zgodnie z art. 577 § 1, 3 i 4 Kodeksu cywilnego *udzielenie gwarancji następuje przez złożenie oświadczenia gwarancyjnego, które określa obowiązki gwaranta i uprawnienia kupującego w przypadku, gdy rzecz sprzedana nie ma właściwości określonych w tym oświadczeniu. Oświadczenie gwarancyjne może zostać złożone w reklamie. Jeżeli została udzielona gwarancja co do jakości rzeczy sprzedanej, poczytuje się w razie wątpliwości, że gwarant jest obowiązany do usunięcia wady fizycznej rzeczy lub do dostarczenia rzeczy wolnej od wad, o ile wady te ujawnią się w ciągu terminu określonego w oświadczeniu gwarancyjnym. Jeżeli nie zastrzeżono innego terminu, termin gwarancji wynosi dwa lata licząc od dnia, kiedy rzecz została kupującemu wydana. Stosownie natomiast do art. 577¹ k.c. Gwarant formułuje oświadczenie gwarancyjne w sposób jasny i zrozumiały, a gdy rodzaj informacji na to pozwala - w powszechnie zrozumiałej formie graficznej. Jeżeli rzecz jest wprowadzana do obrotu w Rzeczypospolitej Polskiej, oświadczenie gwarancyjne sporządza się w języku polskim. Wymagania używania języka polskiego nie stosuje się do nazw własnych, znaków towarowych, nazw handlowych, oznaczeń pochodzenia towarów oraz zwyczajowo stosowanej terminologii naukowej i technicznej. Oświadczenie gwarancyjne zawiera podstawowe informacje potrzebne do wykonywania uprawnień z gwarancji, w szczególności nazwę i adres gwaranta lub jego przedstawiciela w Rzeczypospolitej Polskiej, czas trwania i terytorialny zasięg ochrony gwarancyjnej, uprawnienia przysługujące w razie stwierdzenia wady, a także stwierdzenie, że gwarancja nie wyłącza, nie ogranicza ani nie zawiesza uprawnień kupującego wynikających z przepisów o rękojmi za wady rzeczy sprzedanej. Uchybienie wymaganiom określonym w § 1 i 2 nie wpływa na ważność oświadczenia gwarancyjnego i nie pozbawia wynikających z niego uprawnień. Stosownie do art. 577² k.c. uprawniony z gwarancji może żądać od gwaranta wydania oświadczenia gwarancyjnego utrwalonego na papierze lub innym trwałym nośniku (dokument gwarancyjny).*

Powyższe wskazuje, iż odpowiedzialność z tytułu gwarancji jakości wynika z faktu jej udzielenia kupującemu. Zgodnie z przeważającym stanowiskiem doktryny, gwarancja jest umową między gwarantem a beneficjentem gwarancji (kupującym), której treść jest określona oświadczeniem gwarancyjnym (m.in. J. Jezioro, w: *Gniewek, Machnikowski*, komentarz, 2016, art. 577, Nb 3). Oświadczenie gwarancyjne stanowi niezależną od sprzedaży podstawę odpowiedzialności podmiotu, który je składa, przy czym obecnie nie musi mieć ono konkretnej formy pisemnej, nie musi też być przedstawione w formie dokumentu.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, w którym nie wymagał legitymowania się przez wykonawców posiadaniem umowy dystrybucyjnej zawartej z producentem lub umowy zawartej

z podmiotem, który taką umowę zawarł z producentem. Zamawiający nie wymagał dowodów na to, że producent oferowanego przedmiotu zamówienia wyraża zgodę na treść oświadczenia wykonawcy w zakresie okresu gwarancji. Nie zostało udowodnione, iż LEGO Education udziela wyłącznie 24 miesięcznej gwarancji, zaś prawo do udzielenia dłuższej gwarancji przysługuje wyłącznie Odwołującemu. Wbrew opinii Odwołującego, wyrażonej w piśmie z dnia 8 maja 2018 r., nie zostało wykazane, iż nie jest możliwe wykonanie przedmiotu zamówienia w części I postępowania bez udziału podwykonawcy w postaci certyfikowanego dystrybutora producenta.

W związku z tym nie można zgodzić się z argumentacją Odwołującego zawartą w odwołaniu, ww. piśmie oraz przedstawioną na rozprawie, iż w sytuacji, gdy wykonawca UMKK nie jest partnerem dystrybucyjnym LEGO Education, jak również nie zgłosił się do Odwołującego przed złożeniem oferty o zawarcie umowy serwisowej, składając w ofercie oświadczenie o udzieleniu 36 miesięcznej gwarancji wypełnił przesłankę wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, z uwagi na to, iż wyłączność na sprzedaż na terenie Polski ma Odwołujący.

Jak słusznie zostało zauważone przez Zamawiającego na rozprawie, gwarantem może być dowolny podmiot, z którym kupującego wiąże określona umowa, może to być zarówno producent jak i sprzedawca towaru.

SIWZ przewidując postanowienia dotyczące gwarancji, zarówno w części XVI pkt 2 i 3, gdzie termin ten jest użyty w odniesieniu do kryterium oceny ofert, jak też w formularzu oferty, zawierającym oświadczenia wykonawcy, w tym co do okresu gwarancji, nie zawiera wskazania, że Zamawiający wymaga gwarancji producenta lub wykazania się przez wykonawcę zawarciem umowy dystrybucyjnej z producentem oferowanego sprzętu. Nie jest sporne, iż SIWZ nie zawiera postanowień dotyczących wymogu przedstawienia przez wykonawców oświadczenia producenta o udzieleniu gwarancji, jak również nie zawiera wymogu złożenia oświadczenia, iż deklarowany w ofercie okres gwarancji jest potwierdzony przez producenta oferowanego przez nich przedmiotu zamówienia. Formularz oferty przewiduje jedynie złożenie oświadczenia wykonawcy o okresie na jaki zostaje udzielona gwarancja. Jedynie § 4 ust. 1 wzoru umowy, stanowiącej załącznik do SIWZ, zawiera zapis dotyczący gwarancji jakości klocków edukacyjnych, udzielonej przez ich producenta.

Jednak z uwagi na pozostałą treść SIWZ oraz przepisy ustawy Pzp przepisy Kodeksu cywilnego w związku z art. 14 ustawy Pzp, dotyczące gwarancji oraz wykładni oświadczeń woli, w ocenie Izby, wbrew stanowisku Odwołującego, z przytoczonego postanowienia wzoru umowy, nie można wywodzić bezwzględnego wymogu przedstawienia przez wykonawców gwarancji producenta. Tym bardziej, że jak sam Odwołujący przyznał na rozprawie

producent nie wydaje oświadczeń gwarancyjnych lub kart gwarancyjnych, czyni to Odwołujący. Nadto sam Odwołujący stwierdził w odwołaniu, iż jedynie z § 4 ust. 1 wzoru umowy wynika, że ma być udzielona gwarancja producenta, a jednocześnie wyraził pogląd, że Zamawiający nie dopuszcza możliwości udzielenia gwarancji niepopartej gwarancją producenta. Oznacza to, że także według Odwołującego, jest możliwe udzielenie gwarancji przez wykonawcę, z tym, że według niego, wykonawca na udzielenie gwarancji dłuższej niż 24 miesiące, musiałby mieć zgodę producenta, lub – co wynika z twierdzeń Odwołującego na rozprawie – zgodę Odwołującego, wyrażoną w zawartej z nim umowie.

Jakkolwiek, w ocenie Izby, zażywszy na ww. postanowienie umowy, można mieć pewne wątpliwości, co do tego, jakie były w istocie oczekiwania Zamawiającego w zakresie podmiotu udzielającego gwarancji, jednakże nie mogą być one wykorzystywane na niekorzyść jednego z wykonawców, zwłaszcza, że pozostali wykonawcy również zadeklarowali dłuższy niż 24 miesiące okres gwarancji. Należy przy tym zauważyć, iż zgodnie z ukształtowanym orzecznictwem Izby, okoliczności podania nieprawdziwych informacji powinny być wykazane w sposób niebudzący wątpliwości. Nie jest wystarczającym zaistnienie pewnego stanu niepewności czy wywołanie wątpliwości co do rzetelności czy kompletności przedstawionych informacji.

Odwołujący nie przedstawił dowodów wskazujących, że istniejący na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego stan rzeczy był odmienny od tego, jaki wynikał z oświadczenia wykonawcy UMKK i w związku z tym nie podważył prawdziwości oświadczenia złożonego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Oznacza to, iż Odwołujący nie sprostął ciężącemu na nim ciężarowi dowodu.

Nie zostało wykazane, iż w przedmiotowym postępowaniu istniał wymóg legitymowania się zgodą producenta na udzielanie gwarancji dłuższej niż 24 miesiące, jak również co do tego, iż wykonawca UMKK nie mógł złożyć oświadczenia o udzieleniu 36 miesięcznej gwarancji na przedmiot zamówienia. Odwołujący nie wykazał, iż wykonawca w przedmiotowym postępowaniu nie może być gwarantem, natomiast oświadczenie gwarancyjne zostaje złożone jedynie np. w formie dokumentu gwarancyjnego wręczanego wraz ze sprzedawaną rzeczą, czyli że rola wykonawcy ogranicza się do sytuacji posłańca, który przekazuje oświadczenie gwaranta i można go jedynie traktować jako pełnomocnika, który na podstawie umowy z gwarantem uczestniczy w formułowaniu szczegółowych zasad gwarancji (por. wyr. SN z 27.4.2012 r., V CSK 166/11, Legalis).

Odwołujący na rozprawie stwierdził, iż świadcząc usługi serwisowe działa z ramienia producenta, który dba o regionalizację sprzedaży swoich produktów, tj. że zawiera umowy na wyłączność sprzedaży w danym kraju. Odwołujący przyznał jednak, iż może się zdarzyć, iż

podmiot z danego kraju nabędzie produkt od dystrybutora działającego w innym kraju i może nie wiedzieć, że o świadczenie usług dotyczących gwarancji winien zgłosić się do Odwołującego. Jak również podał, iż według jego wiedzy producent nie wystawia kart gwarancyjnych ani nie składa oświadczeń w zakresie gwarancji, takie oświadczenia składa Odwołujący. Odwołujący przyznał także, że odbiorca docelowy produktu może zwrócić się do producenta, ale jedynie w okresie 24 miesięcznej gwarancji, nie przedstawiając jednak dowodu na takie czasowe ograniczenie. Odwołujący nie udowodnił przy tym, iż producent udziela wyłącznie 24 miesięcznej gwarancji i tylko Odwołującemu przysługuje prawo do wydłużenia tego okresu.

Z oświadczenia Odwołującego złożonego na rozprawie wynika, iż jest on jedynym podmiotem w Polsce uprawnionym do sprzedaży przedmiotu zamówienia produkcji LEGO Education i jedynym, który może przedłużyć okres gwarancji standardowo udzielany przez tego producenta na 24 miesiące, bowiem łączy go z producentem umowa na wyłączność. Jak również, że z łączącej go z producentem umowy wynika, iż dokonywane przez niego naprawy wykonywane są w imieniu producenta. Jednakże Odwołujący nie przedstawił dowodu w tym zakresie w postaci umowy, o której wspomina. W związku z tym twierdzenia Odwołującego w tym zakresie należy uznać, za niepotwierdzone.

W ocenie Izby dowodu w postaci skutecznie zawartej umowy nie może zastąpić złożona przez Odwołującego korespondencja mailowa. Wynika to min. z tego, iż nie jest znana treść zadanych pytań. Nadto np. stwierdzenie w mail z dnia 18 kwietnia 2018 r.: *„Chcę cię zapewnić, że Kladrew nie jest naszym partnerem, a więc nie otrzymuje niczego od LE”*, przy stwierdzeniu zawartym w mail z dnia 23 kwietnia 2018 r. *„...W miarę naszych możliwości LEGO Education będzie wspierać użytkownika końcowego swoich produktów (zazwyczaj instytucje edukacyjne) z możliwymi problemami technicznymi / gwarancyjnymi, za pośrednictwem naszego globalnego zespołu wsparcia. Jest to niezależne od miejsca zakupu produktów, chociaż data i dowód zakupu powinny być dostępne na żądanie. Oferujemy wsparcie w dobrej wierze. Zgodnie z Umową dystrybucyjną, certyfikowany dystrybutor, który dostarczył którykolwiek z produktów, powinien zapewnić odpowiedni poziom tego rodzaju wsparcia. W standardowych okolicznościach najlepsza praktyka dla użytkowników końcowych jest następująca: kontakt z dostawcą w celu uzyskania wsparcia, w drugiej kolejności kontakt z LEGO. Dostawca często utrzymuje z nami bliskie relacje robocze, więc jest to korzystne dla użytkownika końcowego.”* nie stanowi dowodu, iż wykonawca UMKK, nawet jeśli nie ma podpisanej umowy dystrybucyjnej z producentem zaofiarowanego przedmiotu zamówienia, nie może nabyć tego przedmiotu np. od dystrybutora, bez względu na jego siedzibę, i nie mógł w ofercie określić, iż okres gwarancji wynosi 36 miesięcy.

Takiego dowodu nie stanowią także przedstawione przez Odwołującego wydruki ze strony internetowej wykonawcy UMKK. Izba podziela stanowisko Zamawiającego, iż brak na stronie internetowej wykonawcy UMKK informacji dotyczących sprzedaży produktów LEGO Education, nie stanowi dowodu na okoliczność, iż podmiot ten nie może sprzedawać tych produktów. W związku z tym Odwołujący nie udowodnił, iż nie jest możliwe nabycie przez wykonawcę UMKK produktów LEGO Education, po to aby je następnie odsprzedać Zamawiającemu. Przeciwnie, Zamawiający stwierdził na rozprawie, iż może to nastąpić np. od podmiotu będącego partnerem dystrybucyjnym producenta mającym siedzibę w innym kraju. Odwołujący nie udowodnił również, iż aby zadeklarować 36 miesięczny okres gwarancji wykonawca winien mieć podpisaną umowę z Odwołującym. Twierdzenia Odwołującego w tym zakresie na rozprawie nie są poparte żadnym dowodem. Nadto, w świetle twierdzeń Zamawiającego oraz mail z dnia 23 kwietnia 2018 r., skoro inni wykonawcy, z uwzględnieniem zasad uczciwej konkurencji, mogą nabyć sprzęt stanowiący przedmiot zamówienia od innego dystrybutora niż Odwołujący, to również, w celu wypełnienia zobowiązań z tytułu gwarancji, mogą zapewnić wsparcie ze strony producenta czy innego dystrybutora, przy czym, wbrew stanowisku Odwołującego, taki dystrybutor nie musiał występować w postępowaniu w roli podwykonawcy. Decyzja o tym, czy zamierza korzystać z podwykonawcy, należała do wykonawców.

Za nietrafiony należy również uznać argument dotyczący terminu napraw w ramach gwarancji. Jak przyznał Odwołujący, zachowanie 7 dniowego terminu na naprawę, jest bardzo trudne, nawet dla niego, bowiem wiąże się z koniecznością wysłania przez użytkownika reklamowanego sprzętu do siedziby Odwołującego, o czym SIWZ nie stanowi, licząc ten termin od zgłoszenia telefonicznego. Należy zauważyć, iż uwagi w tym zakresie mogły być zgłaszane przez wykonawców w terminie ustawowym, po zapoznaniu się z treścią SIWZ. Obecnie z terminu oczekiwanego przez Zamawiającego na naprawę w okresie gwarancji, trudnego do osiągnięcia, także dla Odwołującego, w ocenie Izby, nie można wywodzić, iż wykonawca UMKK złożył nieprawdziwe informacje, wprowadzające Zamawiającego w błąd, stanowiący jedną z przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania. Jak słusznie zauważył Zamawiający, egzekwowanie przez niego realizacji umowy, będzie następowało już po jej zawarciu i po zrealizowaniu dostawy.

W ocenie Izby okoliczności przedmiotowego postępowania nie wskazują, że UMKK składając w ofercie oświadczenie o udzieleniu gwarancji na okres 36 miesięcy, przedstawił nieprawdziwą informację. Nie zostało wykazane, aby istniała sprzeczność pomiędzy oświadczeniem złożonym w ofercie a rzeczywistością. Odwołujący nie wykazał, iż wykonawca UMKK nie mógł złożyć oświadczenia o udzieleniu gwarancji na okres 36 miesięcy, a w konsekwencji nie wykazał, aby złożone przez wykonawcę UMKK oświadczenie

było obiektywnie nieprawdziwe, czego skutkiem było wprowadzenie Zamawiającego w błąd. Skoro Zamawiający nie żądał podania przez wykonawców w ofercie kto jest gwarantem, a jedynie podania okresu gwarancji, z zaznaczeniem, że nie może być on krótszy niż 24 miesiące, to przez złożenie przez wykonawcę UMKK oświadczenia o udzieleniu 36 miesięcznej gwarancji, nie mógł być wprowadzony w błąd.

W okolicznościach przedmiotowej sprawy, zważywszy na treść SIWZ, składając oświadczenie o okresie udzielanej gwarancji, wykonawcy winni kierować się przede wszystkim wskazówkami zawartymi w treści formularza ofertowego. W formularzu tym nie było żadnej wzmianki o tym, iż składając oświadczenie wykonawca jednocześnie oświadcza, iż jest to gwarancja producenta lub, że dysponuje zgodą producenta na jej udzielenie. Zgodnie z art. 65 § 1 k.c. *oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają, ze względu na okoliczności, w których zostało złożone, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje*. Odwołując się do zasad współżycia należy wskazać w ślad za wyrokiem Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 7 marca 2018 r., sygn. akt VIII Ga 102/18, iż *w kontekście postępowania o udzielenie zamówienia publicznego za odpowiednik zasad współżycia społecznego należy uznać zasady odczytywane z art. 7 ustawy Pzp, w szczególności zasada przejrzystości, która zgodnie z orzecznictwem TSUE oznacza zakaz wyciągania negatywnych konsekwencji wobec wykonawcy wskutek niedopełnienia przez niego obowiązku, który nie wynika wyraźnie z dokumentacji przetargowej lub obowiązujących przepisów prawa krajowego, lecz jedynie z wykładni tych przepisów lub dokumentacji (por. postanowienia TSUE z dnia 13.07.2017 r. w sprawie C-35/17.)*

Powyższe wskazuje, iż nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp w związku z art. 24 ust. 4 i w związku z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy UMKK. Nie zostało bowiem wykazane, aby zaistniała podstawa wykluczenia wykonawcy UMKK, a w konsekwencji podstawa uznania oferty tego wykonawcy za odrzuconą, nie zostało bowiem wykazane aby wykonawca UMKK przedstawił informację nieprawdziwą, która wprowadziła Zamawiającego w błąd. Tym samym nie zaistniała potrzeba badania, czy zostały spełnione pozostałe przesłanki wymienione w tym przepisie.

W związku z powyższym, nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w związku z art. 14 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Skoro wykonawca w ofercie samodzielnie udzielił gwarancji na okres 36 miesięcy, to zgodzić się należy z Zamawiającym, iż ten okres winien zostać wzięty przez niego pod uwagę przy ocenie i badaniu ofert oraz przyjęty do obliczenia liczby przyznanych punktów.

Nie potwierdził się także zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, który stanowi, iż zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ. Jak wynika z dokumentacji postępowania. W przedmiotowym postępowaniu wykonawcy złożyli oferty, które różnicowała jedynie cena. Wykonawca UMKK zaoferował najniższą cenę za przedmiot zamówienia, co nie było kwestionowane w odwołaniu. Liczba punktów przyznanych ofertom wszystkich wykonawców, którzy nie zostali wykluczeni z postępowania lub których oferty nie zostały odrzucone przez Zamawiającego, w kryterium gwarancja wynosi 24, zaś w kryterium jakość – 16. Oznacza to, iż ocena ofert została dokonana z uwzględnieniem kryteriów oceny określonych w SIWZ.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza *uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.*

Zarzuty przedstawione w odwołaniu nie potwierdziły się.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w związku z § 3 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 (Dz. U. Nr 41 poz. 238 ze zm.), z uwzględnieniem wpłaconego przez odwołującego wpisu. W przedmiotowej sprawie Zamawiający nie przedłożył rachunku do akt sprawy. W związku z tym nie orzeczono o kosztach strony postępowania odwoławczego, o których mowa w § 3 pkt 2 ww. rozporządzenia.

Przewodniczący: