

WYROK

z dnia 27 lipca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **27 lipca 2012 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 lipca 2012 r.

przez wykonawcę: **Dariusz Schott prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „SCHOTT” Dariusz Schott, 41-800 Zabrze, ul. gen. Charles’a de Gaulle’a 107, lok. 6**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Skarb Państwa – Jednostka Wojskowa nr 4651, 81-929 Gdynia, ul. Zielona**

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty złożonej przez odwołującego oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem tej oferty.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego: Skarb Państwa – Jednostkę Wojskową nr 4651 z Gdyni i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego: „SCHOTT” Dariusza Schotta z Zabrze tytułem wpisu od odwołania,**
 - 2.2. zasądza od zamawiającego: Skarbu Państwa – Jednostki Wojskowej nr 4651 z Gdyni na rzecz odwołującego: „SCHOTT” Dariusza Schotta z Zabrze kwotę 11100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczonego wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów strony obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika.**

Stosownie do art. 198 a i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, 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 **Gdańsku**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Jednostka Wojskowa nr 4651 z Gdyni – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „ppz”), postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *jednorazową dostawę 71 szt. naręcznych zegarków lotniczych dla personelu latającego JW. 4651 w Gdyni* (oznaczenie sprawy: 16/ZLT/4651/2012).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 31 maja 2012 r. pod nr 182386-2012, w tym dniu Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie na tablicy ogłoszeń oraz na stronie internetowej (www.mw.mil.pl), na której udostępnił również od tego dnia specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej zwaną w skrócie „s.i.w.z.” lub „SIWZ”).

Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp i została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 146.101,38 zł, co stanowi równowartość 36.844,81 euro.

13 lipca 2012 r. (pismem z tej daty) Zamawiający poinformował Odwołującego – Dariusza Schotta prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „SCHOTT” Dariusz Schott – o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp.

18 lipca 2012 r. (pismem z 17 lipca 2012 r.) Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od powyższej czynności, zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy pzp:

1. Art. 92 ust. 1 pkt 2 oraz art. 7 ust. 1 i art. 8 ust. 1 – przez nieprawidłowe podanie uzasadnienia faktycznego decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego.
2. Art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 87 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 i 2 – przez odrzucenie oferty Odwołującego bez uprzedniego zwrócenia się do Odwołującego o wyjaśnienie treści oferty.
3. Art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 7 ust. 1 i 2 – przez odrzucenie oferty Odwołującego, mimo że treść tej oferty odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego i wyboru najkorzystniejszej oferty.
2. Powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

3. Wyboru oferty Odwołującego.

Odwołujący sprecyzował swój zarzut przez wskazanie następujących okoliczności prawnych i faktycznych uzasadniających wniesienie odwołania.

W postępowaniu oferty złożyło czterech wykonawców. Odwołujący zaoferował dostawę zegarków marki CITIZEN typu JY 0010-50E za najniższą cenę. Pismem z 26 czerwca 2012 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej. Następnie pismem z 3 lipca 2012 r. Zamawiający zwrócił się do Odwołującego z prośbą o przesłanie listy wszystkich autoryzowanych punktów serwisowych wraz z danymi teleadresowymi, które będą świadczyć usługi serwisowe zarówno w okresie gwarancji, jak w okresie pogwarancyjnym, znajdujących się na terenie RP oraz w krajach Unii Europejskiej. Pismem z 6 lipca 2012 r. Odwołujący wskazał dwa punkty serwisowe: 1) Doliński Watch Service S.C. we Wrocławiu, 2) Citizen Watch United Kingdom Service Center w Wielkiej Brytanii. Pismem z 13 lipca 2012 r. Zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp. Na uzasadnienie Zamawiający podał, że zgodnie ze wzorem umowy stanowiącym załącznik nr 5 do SIWZ oraz załącznikiem nr 2 do SIWZ (szczegółowy opis przedmiotu zamówienia) Wykonawca powinien był przedstawić Zamawiającemu listę wszystkich autoryzowanych punktów serwisowych wraz z danymi teleadresowymi, które będą świadczyć usługi serwisowe zarówno w okresie gwarancyjnym, jak i w okresie pogwarancyjnym znajdujących się na terenie RP oraz w krajach Unii Europejskiej. Zamawiający otrzymał informacje od innych wykonawców biorących udział w postępowaniu o możliwych problemach z obsługą serwisowy zegarka marki CITIZEN typu JY 0010-50E we wskazanym punkcie serwisowym. Zamawiający, aby zawrzeć umowę o zamówienie publiczne zwrócił się z zapytaniem do wskazanego serwisanta. Okazało się, że Wykonawca nie posiada podpisanej umowy na serwisowanie zegarka typu JY 0010-50E. Z tego względu Zamawiający uznał, że treść oferty nie odpowiada treści SIWZ.

Zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający zawiadamia wykonawców, którzy złożyli oferty, o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, podając uzasadnienie faktyczne i prawne. Biorąc pod uwagę, że w niniejszym postępowaniu podstawę prawną odrzucenia oferty Odwołującego stanowił przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp – Zamawiający powinien był wskazać postanowienia SIWZ, z którymi sprzeczna jest treść oferty, fragmenty oferty sprzeczne oraz precyzyjnie i wyczerpująco sprecyzować, na czym polega sprzeczność. W uzasadnieniu zaskarżonej decyzji Zamawiający wskazał wprawdzie postanowienia SIWZ, z którymi miałyby być sprzeczna oferta Odwołującego, nie wskazał jednakże elementów oferty, których treść jest sprzeczna z SIWZ. Pismo Odwołującego z 6 lipca 2012 r. zostało wystosowane po dacie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, nie stanowi zatem fragmentu oferty.

Zamawiający podał w uzasadnieniu, że zwrócił się z zapytaniem do wskazanego punktu serwisowego, nie wskazał jednak, do którego z dwóch wskazanych przez Odwołującego punktów serwisowych wystąpił z zapytaniem i jaką konkretnie odpowiedź otrzymał. Taki sposób uzasadnienia decyzji Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego utrudnia Odwołującemu ustosunkowanie się przy wnoszeniu odwołania do przyczyn odrzucenia jego oferty. Zwłaszcza, że przed odrzuceniem oferty Zamawiający nie zwrócił się do Odwołującego o złożenie wyjaśnień dotyczących treści oferty. To na zamawiającym ciąży obowiązek przedstawienia uzasadnienia faktycznego swoich decyzji w taki sposób, aby wykonawca miał pełną wiedzę na temat przyczyn wykluczenia czy odrzucenia oferty (tak Izba w wyroku z 7 września 2010 r., sygn. akt KIO 1819/10). W ten sposób Zamawiający naruszył zarówno przepis art. 92 ust. 1 pkt 2, jak i art. 7 ust. 1 i art. 8 ust. 1 ustawy pzp gwarantujące jawność postępowania i równe traktowanie wykonawców.

Zamawiający może odrzucić ofertę na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp wyłącznie, gdy w sposób niebudzący wątpliwości ustalił, że oferta wykonawcy jest sprzeczna z SIWZ, a oferowane świadczenie nie odpowiada wymaganiom określonym w SIWZ. *Zamawiający, gdy zamierza odrzucić ofertę wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p., powinien dążyć do wyjaśnienia wszelkich wątpliwości dotyczących jej treści* (tak Izba w wyroku z 27 kwietnia 2012 r., sygn. akt KIO 757/12). Skoro w niniejszym postępowaniu pojawiły się wątpliwości dotyczące obsługi serwisowej oferowanych zegarków, poparte informacjami uzyskanymi od innych wykonawców i punktu serwisowego wskazanego przez Odwołującego, Zamawiający powinien był podjąć próbę ich wyjaśnienia przez Odwołującego na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy pzp. Wprawdzie wezwanie z art. 87 ust. 1 pzp jest fakultatywne, ale z uwagi na art. 7 ust. 1 pzp powinno być każdorazowo rozważone przez zamawiającego. *W orzecznictwie wskazuje się, iż, biorąc pod uwagę obowiązek rzetelnego przeprowadzenia postępowania i prawidłowej oceny ofert, art. 87 ust. 1 ustawy PZP należy odczytywać nie tylko jako uprawnienie zamawiającego zależne od jego uznania, co raczej kompetencję, tj. prawo do żądania wyjaśnień powiązane z obowiązkiem ich zażądania w celu dochowania wymaganej staranności w procedurze badania i oceny ofert* (wyrok Izby z 25 marca 2011 r., sygn. akt KIO 510/11). W konsekwencji czynność odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp winno poprzedzić wezwanie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 pzp. Zamawiający powinien poinformować Odwołującego o treści pism otrzymanych od innych wykonawców i serwisanta oraz wezwać Odwołującego do złożenia wyjaśnień w tym zakresie.

Odnosząc się do odrzucenia oferty Odwołującego z tego powodu, że jej treść nie odpowiada treści SIWZ, w pierwszej kolejności przeanalizować należy treść postanowień SIWZ powołanych przez Zamawiającego na uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego, tj. pkt 2 ppkt 4 załącznika nr 2 do SIWZ oraz § 7 ust. 12 wzoru umowy stanowiącego

załącznik nr 5 do SIWZ – w brzmieniu nadanym przez Zamawiającego pismem z 6 czerwca 2012 r. Zgodnie z punktem 2 ppkt 4 załącznika nr 2 do SIWZ Wykonawca zobowiązany jest do przedstawienia wykazu autoryzowanych punktów serwisowych, które będą świadczyć usługi serwisowe zarówno w okresie gwarancji, jak i w okresie pogwarancyjnym znajdujących się na terenie RP oraz w krajach Unii Europejskiej. Stosownie natomiast do § 7 ust. 12 wzoru umowy Wykonawca zobowiązany jest dostarczyć do Zamawiającego listę wszystkich autoryzowanych punktów serwisowych wraz z danymi teleadresowymi (adres, nr telefonu, nr fax, e-mail), które będą świadczyć usługi serwisowe zarówno w okresie gwarancji, jak i w okresie pogwarancyjnym, znajdujących się na terenie RP oraz w krajach Unii Europejskiej. Podkreślić należy, że postanowienie pkt 2 ppkt 4 załącznika nr 2 do SIWZ zostało zamieszczone w części pod tytułem *Wymagania dodatkowe* (str. 15 SIWZ). We wskazanej części załącznika nr 2 do SIWZ Zamawiający wymienił w punktach 1-5 swoje wymagania dotyczące dostawy zegarków, czyli:

- wymogi w zakresie opakowania zegarków (ppkt 1),
- wymóg dostarczenia instrukcji użytkowania i obsługi w języku polskim (ppkt 2),
- wymóg dostarczenia certyfikatów autentyczności oraz dokumentu gwarancyjnego, na podstawie którego Zamawiający będzie realizował uprawnienia gwarancyjne, wraz z wykazem punktów serwisowych (ppkt 3 i 4),
- wykaz odbioru jakościowego przedmiotu zamówienia przez Rejonowe Przedstawicielstwo Wojskowe (ppkt 5).

Zamawiający nie wymagał załączenia do oferty wykazu punktów serwisowych, o którym mowa w pkt 2 ppkt 4 załącznika nr 2 i § 7 ust. 12 wzoru umowy. Nie wymagał również, by w dacie składania oferty wykonawca miał zawartą umowę z punktami serwisowymi, które będą wykonywać naprawy oferowanego zegarka, ani tym bardziej, by umowa ta miała formę pisemną. Ponadto z zestawienia postanowień części załącznika nr 2 do SIWZ pod tytułem *Wymagania dodatkowe*, w szczególności ppkt 3 i 4, wynika, że pkt 4 określa treść wykazu punktów serwisowych, stanowiącego część dokumentu gwarancyjnego, który wykonawca zgodnie z pkt 3 ma obowiązek dostarczyć wraz z dostawą zegarków. Wymóg przedstawienia wykazu punktów serwisowych dotyczy zatem etapu realizacji umowy o zamówienie publiczne. Potwierdza to również okoliczność, że zobowiązanie do przedstawienia wykazu wynika z § 7 ust. 12 umowy, a zatem siłą rzeczy odnosi się do etapu realizacji zamówienia. SIWZ nie przewiduje nawet, by sporny wykaz miał być załącznikiem do umowy (jedyne przewidywane na str. 23 SIWZ załączniki do umowy to formularz ofertowy i szczegółowy opis przedmiotu zamówienia).

Wskazać należy również, iż stosownie do punktu 2.c) załącznika nr 2 do SIWZ, to wykonawca udziela Zamawiającemu gwarancji na zakupione zegarki i ponosi wobec

Zamawiającego odpowiedzialność z tego tytułu. To na wykonawcy ciąży obowiązek rozpatrzenia reklamacji i doprowadzenia do naprawy lub wymiany zegarka. Wykonawca pokrywa również koszty przesyłki związane z naprawą gwarancyjną. Podobne postanowienia zawiera § 7 wzoru umowy, stanowiącego załącznik nr 5 do SIWZ. Podkreślić należy, że przedmiotem zamówienia jest dostawa zegarków, a nie usługi serwisowe zegarków. Konieczność wykonania naprawy powstanie po dacie ich dostawy, tj. po wykonaniu zamówienia, wyłącznie w przypadku, gdy ujawnią się wady lub usterki przedmiotu dostawy. Niewykonanie obowiązków z zakresu gwarancji zagrożone jest karami umownymi (§ 7 ust. 14, § 8 ust. 1 pkt 2 i 4 wzoru umowy). Ponadto wykonawca jest zobowiązany do wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania obowiązków z umowy (rozdział XVIII SIWZ w brzmieniu nadanym w dniu 6 czerwca 2012 r.). Z powyższego wynika, że wykonawca nie miał obowiązku wykazania dysponowania umowami z punktami serwisowymi w dacie składania oferty. Natomiast poprzez złożenie oferty zaciągnął wobec Zamawiającego zobowiązanie, że w przypadku udzielenia mu zamówienia zapewni wykonywanie napraw zegarków przez autoryzowane punkty serwisowe, o ile zegarki będą w ogóle wymagały naprawy. Na etapie oceny ofert Zamawiający nie jest uprawniony do nadawania postanowieniom SIWZ innego znaczenia niż pierwotnie ustalone. Skoro Zamawiający nie sformułował w SIWZ wymogu, by na etapie oceny ofert wykonawca miał podpisane umowy z punktami serwisowymi, to tym bardziej nie może stawiać takiego wymogu na etapie pomiędzy wyborem oferty a podpisaniem umowy.

Dodatkowo Odwołujący podniósł, że sporny wykaz punktów serwisowych został przedstawiony pismem z dnia 6 lipca 2012 r., a zatem po wyborze oferty Odwołującego, który miał miejsce 26 czerwca 2012 r. Sporny wykaz nie stanowi zatem elementu oferty i nie może podlegać badaniu i ocenie w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Ponadto zgodnie z postanowieniami załącznika nr 2 do SIWZ wykonawca miał obowiązek przedstawić wykaz po podpisaniu umowy wraz z dostawą zegarków. Odwołujący przedstawił wykaz na prośbę Zamawiającego z 3 lipca 2012 r., mimo że nie miał takiego obowiązku. Nie można zatem stawiać Odwołującemu zarzutów dotyczących treści dokumentu, którego nie miał obowiązku przedstawić Zamawiającemu przed podpisaniem umowy. W kontekście powołanych postanowień SIWZ okoliczność, że wykonawca rzekomo nie posiada podpisanej umowy ze wskazanym przez siebie punktem serwisowym, nie może stanowić podstawy do odrzucenia oferty.

Niezależnie od powyższego Odwołujący wyjaśnił, że wskazany przez niego punkt serwisowy na terenie Polski jest prowadzony w formie spółki cywilnej. Zasady wykonywania przez ten serwis napraw gwarancyjnych i pogwarancyjnych oferowanych zegarków Odwołujący uzgodnił przed złożeniem oferty ustnie z jednym ze współników, który aktualnie przebywa na urlopie, poza granicami kraju. Umowa o wykonywanie napraw gwarancyjnych i

pogwarancyjnych nie wymaga zachowania formy pisemnej. Ponadto zgodnie z art. 72 ust. 1 Kodeksu cywilnego, jeżeli strony prowadzą negocjacje w celu zawarcia oznaczonej umowy, umowa zostaje zawarta, gdy strony dojdą do porozumienia co do wszystkich jej postanowień, które były przedmiotem negocjacji. Biorąc pod uwagę powyższe, w dacie składania oferty Odwołującego łączyła ze wskazanym punktem serwisowym na terenie Polski ustna umowa o wykonywanie przez ten punkt napraw zegarków. Ewentualne informacje przekazane Zamawiającemu przez wskazany punkt serwisowy o braku zawartej umowy wynikały z braku przepływu informacji pomiędzy wspólnikami spółki cywilnej. W dniu 13 lipca 2012 r. wskazany punkt serwisowy na terenie Polski potwierdził pisemnie gotowość wykonywania napraw zegarków oferowanych przez Odwołującego, a Zamawiający jest w posiadaniu tego oświadczenia. Ponadto w piśmie z 6 czerwca 2012 r. Odwołujący wskazał również autoryzowany punkt serwisowy wykonujący naprawy oferowanego zegarka, znajdujący się na terenie Wielkiej Brytanii. Nie ma żadnych wątpliwości, że punkt ten będzie wykonywał naprawy zegarka oferowanego przez Odwołującego.

24 lipca 2012 r. (pismem z 20 lipca 2012 r.) Zamawiający przesłał do Izby pisemną odpowiedź na odwołanie – wnosząc o oddalenie odwołania. Zamawiający w następujący sposób uzasadnił swoje stanowisko.

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podst. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp, podając jednocześnie uzasadnienie faktyczne i prawne dokonanej czynności. Zamawiający odwołał się do wzoru umowy będącego załącznikiem nr 5 do SIWZ oraz do szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia (załącznik nr 2 do SIWZ), zgodnie z którym wykonawca powinien przedstawić Zamawiającemu listę wszystkich autoryzowanych punktów serwisowych wraz z danymi teleadresowymi (adres, nr telefonu, nr fax, e-mail), które będą świadczyć usługi serwisowe zarówno w okresie gwarancji jak i w okresie pogwarancyjnym znajdujących się na terenie RP oraz w krajach Unii Europejskiej.

Z uwagi na fakt, iż jedynym kryterium oceny ofert była cena a dołączenie wykazu autoryzowanych punktów serwisowych nie było wymagane na etapie otwarcia ofert, Zamawiający pismem nr 2857/2012 z dnia 26.06.2012r. poinformował Pana Dariusza Schott o wyborze jego oferty jako najkorzystniejszej.

Wykaz, o którym mowa, był formalnością jakiej należało dopełnić w celu zawarcia umowy o zamówienie publiczne na dostawę zegarków będących przedmiotem zamówienia. Gwarancja i serwis pogwarancyjny był istotnym elementem szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia będącego załącznikiem nr 2 do SIWZ. Wszystkie załączniki do SIWZ stanowią jej integralną część.

W trakcie otwarcia ofert tj., 14 czerwca 2012 r. Zamawiający otrzymał od firmy InBook S.A. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej oświadczenie oficjalnego dystrybutora marki Citizen na

terenie Polski, firmy, że *nie będzie prowadziła gwarancji na zaoferowany przez Odwołującego zegarek marki CITIZEN typu JY0010-50E*. W kwestii serwisu tego zegarka Zamawiający również zwrócił się (pismo 2692/2012 z 14 czerwca 2012 r.) z zapytaniem do firmy Anyro & Co sp. z o.o. 14 czerwca 2012 r. (pismem nr 4019/2012) Zamawiający otrzymał oświadczenie firmy Anyro, że model zegarka JY0010-50E nie znajduje się w oficjalnej sieci dystrybucji na terenie Polski. W związku z tym firma Anyro & Co sp. z o.o. nie prowadzi obsługi serwisowej tego modelu na terenie Polski i nie będzie honorować gwarancji na ten model zegarka.

W celu wyjaśnienia powyższych informacji Zamawiający 15 czerwca 2012 r. (pismem nr 2731/12) działając na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy pzp zwrócił się do Odwołującego o złożenie wyjaśnień dotyczących serwisu zegarków marki CITIZEN typu JY0010-50E. Ponieważ Zamawiający wymagał, aby zegarki pochodziły z oficjalnej dystrybucji, niekoniecznie na terenie Polski, a Odwołujący zapewnił o tym, iż zegarki będą serwisowane w autoryzowanych punktach serwisowych zgodnie z wymaganiami SIWZ, tzn. terenie RP oraz w krajach Unii Europejskiej – Zamawiający uznał ofertę Odwołującego jako najkorzystniejszą i odpowiadającą wymaganiom zawartym w SIWZ.

W związku z planowanym podpisaniem umowy Zamawiający 2 lipca 2012 r. (pismem nr 2940/12) zwrócił się do Odwołującego o przesłanie listy wszystkich autoryzowanych punktów serwisowych wraz z danymi teleadresowymi, które będą świadczyć usługi serwisowe zarówno w okresie gwarancji jak i w okresie pogwarancyjnym, znajdujących się na terenie RP oraz w krajach Unii Europejskiej.

Zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, Odwołujący przedstawił wykaz dwóch autoryzowanych punktów serwisowych – jeden na terenie RP (Doliński Watch Service S.C we Wrocławiu) a drugi w Wielkiej Brytanii.

W trakcie toczącego się postępowania Zamawiający otrzymywał informacje od innych uczestników postępowaniu o możliwych problemach z obsługą serwisową zegarka marki CITIZEN typu JY 0010-50E we wskazanym przez Odwołującego punkcie serwisowym znajdującym się na terenie RP, tj. Doliński Watch Service S.C, pl. Uniwersytecki 15B, 50-137 Wrocław.

Zamawiający aby zawrzeć umowę o zamówienie publiczne, mając na uwadze art. 44 ust. 3 pkt 1 lit. a) i b) ustawy o finansach publicznych, miał obowiązek sprawdzenia otrzymanych informacji. W tym celu 9 lipca 2012 r. Zamawiający zwrócił się drogą e-mailową (firma Doliński Watch Service S.C nie posiada faksu) z zapytaniem do wskazanego na terenie RP serwisanta o usługi serwisu gwarancyjnego i pogwarancyjnego zegarka marki CITIZEN typu JY0010-50E zaoferowanego przez Odwołującego. W odpowiedzi na zapytanie Zamawiającego przedstawiciel serwisu Pan K.... D..... 9 lipca 2012 r. poinformował, iż zajmuje się wyłącznie zegarkami pochodzącymi z polskiej dystrybucji, a jako głównego

serwisanta wskazał dystrybutora marki CITIZEN firmę Anyro & Co sp. z o.o., ul. Poleczki 13, 02-822 Warszawa.

11 lipca 2012 r. Zamawiający otrzymał maila od Pana K..... D..... z informacją o tym, iż firma Doliński Watch Service S.C. jest w trakcie podpisywania umowy na obsługę serwisową gwarancyjną i pogwarancyjną zegarka marki CITIZEN typu JY0010-50E.

13 lipca 2012 r. Zamawiający otrzymał kolejnego maila od Pana K..... D....., w którym poinformował on o trwających przygotowaniach do spisania rzekomo ustnej umowy dotyczącej serwisu zegarka zaoferowanego przez Odwołującego pomiędzy „SCHOTT” Dariusz Schott a Panem E..... D....., uprawnionym do jednoosobowej reprezentacji spółki cywilnej Doliński Watch Service.

W celu sprawdzenia powyższych informacji Zamawiający 19 lipca 2012 r. zwrócił się do Anyro & Co sp. z o.o. z zapytaniem, czy firma ta posiada podpisaną z Doliński Watch Service S.C. umowę dotyczącą serwisu zegarków typu JY0010-50E, bądź też jest w trakcie jej podpisywania.

20 lipca 2012 r. (pismem nr 4938/2012) Zamawiający otrzymał odpowiedź, iż Anyro & Co sp. z o.o. nie posiada z Doliński Watch Service S.C. umowy dotyczącej serwisu gwarancyjnego i pogwarancyjnego na zegarek Citizen model JY0010-50E, ani nie jest w trakcie jej podpisywania.

Informacje dotyczące serwisu zegarków będących przedmiotem zamówienia przesyłane do Zamawiającego przez przedstawiciela serwisu Doliński Watch Service S.C. były sprzeczne i mało wiarygodne, co budziło szereg wątpliwości.

Odwołujący przedstawiając punkt serwisowy Doliński Watch Service S.C. z Wrocławia, który nie będzie prowadził obsługi serwisowej zaoferowanego typu zegarka, wykorzystał fakt, iż Zamawiający nie wymagał wykazu punktów serwisowych, które będą świadczyć usługi, o których mowa, na etapie otwarcia ofert lecz jako dopełnienie formalności w celu podpisania umowy o zamówienie publiczne. W związku z powyższym Odwołujący wprowadził Zamawiającego w błąd.

Zamawiający zmuszony był więc powtórzyć czynność wyboru najkorzystniejszej oferty i odrzucić ofertę Odwołującego jako, że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz nie spełnia istotnych warunków (serwis gwarancyjny i pogwarancyjny) jakich Zamawiający wymagał, aby zawrzeć umowę o zamówienia publiczne.

Zarzut zaniechania wezwania do wyjaśnień jest niezasadny. Zamawiający wzywał dwukrotnie Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty (pismo nr 2731/2012 z 15 czerwca 2012r. i pismo nr 2792/2012 z 21 czerwca 2012 r.).

Już po otwarciu ofert i dokonaniu wyboru najkorzystniejszej z nich, okazało się, że oferta Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ, w szczególności treści załącznika nr 2 (szczegółowy opis przedmiotu zamówienia). Dlatego 12 lipca 2012 r. Zamawiający cofnął

czynność wyboru najkorzystniejszej oferty, a 13 lipca 2012 r. po ponownym badaniu ofert, poinformował o odrzuceniu oferty Odwołującego.

Zamawiający uznawał ofertę Odwołującego jako najkorzystniejszą i odpowiadającą treści SIWZ od dnia otwarcia ofert do terminu, w którym miało nastąpić podpisanie umowy. Z uwagi na fakt, iż gwarancja i serwis pogwarancyjny zegarków będących przedmiotem zamówienia jest istotnym elementem SIWZ, Odwołujący powinien był dopełnić formalności przed podpisaniem umowy.

Na dowód tego, że Odwołujący nie byłby w stanie zapewnić serwisu gwarancyjnego oraz pogwarancyjnego na terenie Polski dla oferowanych przez siebie zegarków nawet po podpisaniu umowy, Zamawiający załączył do odwołania: 1) informację otrzymaną 19 lipca 2012 r. od Doliński Watch Service S.C., że nie będzie ona w stanie zapewnić obsługi gwarancyjnej dla zegarków sprowadzanych przez Pana Schotta, gdyż wiąże ją umowa serwisowa z oficjalnym dystrybutorem marki Citizen w Polsce Anyro & Co sp. z o.o. i serwisowanie zegarków sprowadzanych indywidualnie nie jest możliwe; 2) otrzymane 20 lipca 2012 r. oświadczenie Anyro & Co sp. z o.o., że spółka ta nie posiada podpisanej z Firmą Doliński Watch Service S.C. umowy dotyczącej serwisu gwarancyjnego i pogwarancyjnego na zegarek Citizen model JY0010-50E, ani nie jest w trakcie jej podpisywania.

Wskutek wezwania przez Zamawiającego 18 lipca 2012 r. pozostałych wykonawców uczestniczących w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym wraz z przekazaniem kopii odwołania – 23 lipca 2012 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło pismo z 19 lipca 2012 r. zawierające zgłoszenie przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego – Firmę Brylant S.C. Grzegorz i Tomasz Szuba z Kowar – przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Izba stwierdziła nieskuteczność przystąpienia, gdyż wysłane 20 lipca 2012 r. pocztą zgłoszenie zostało doręczone do Prezesa Izby z przekroczeniem 3-dniowego terminu wynikającego z art. 185 ust. 2 pzp.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych i wpis został przez Odwołującego uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

Wobec ustalenia w toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających, iż nie została wypełniona żadna przesłanka skutkująca odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 pzp, i braku złożenia w tym zakresie odmiennych wniosków na posiedzeniu, Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Strony podtrzymały dotychczasowe wnioski co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron – zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole – Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się interesem w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę z najniższą ceną, która stanowi jedyne kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej. Jednocześnie podjęta przez Zamawiającego czynność naraża Odwołującego na szkodę z powodu nieuzyskania odpłatnego zamówienia publicznego, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, która została również przekazana Izbie w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Zamawiającego, w szczególności zaś przeprowadziła dowody z następujących dokumentów: ogłoszenia o zamówieniu, s.i.w.z. wraz z wyjaśnieniami i zmianami, oferty Odwołującego, korespondencji pomiędzy Odwołującym a Zamawiającym, a także innych przywołanych pism – dokonując odpowiedniej oceny ich znaczenia dla rozstrzygnięcia o zarzutach odwołania.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba wzięła również pod uwagę stanowiska i oświadczenia Stron wyrażone pisemnie oraz ustnie do protokołu w toku rozprawy.

W zakresie objętym zarzutami odwołania, Izba ustaliła, co następuje:

Z pkt 1 rozdziału III s.i.w.z. wynika, że szczegółowo przedmiot zamówienia został określony w załączniku nr 2 do s.i.w.z. W pkt 2 tego załącznika opisano *wymagania taktyczno-techniczne*, które naręczny zegarek lotniczy dla personelu lotniczego musi spełniać, w zakresie:

a) funkcjonalności: *możliwość przeliczania czasu stref czasowych; chronograf; timer; dual time; wyposażony w minimum 2 (dwa) niezależne alarmy; kalendarz; dwukierunkowy pierścień z podziałką do wyliczenia parametrów lotniczych; synchronizacja czasu falami radiowymi z atomowym zegarem wzorcowym; wskaźnik rezerwy mocy; power reserve 6 miesięcy; power save minimum 2 lata)*

b) warunków eksploatacji: *mineralne, odporne na zarysowania szkiełko [w wyjaśnieniach z 11 czerwca 2012 r. Zamawiający oświadczył, że uznaje szkiełko szafirowe za odmianę mineralnego]; koperta i bransoleta wykonana w całości z tytanu; wodoszczelny do głębokości min 200 m; zwiększona odporność na działanie pól magnetycznych – pochodzących od urządzeń pokładowych, silników oraz wyładowań atmosferycznych; zwiększona odporność na działanie niskich temperatur i szybkich zmian ciśnienia atmosferycznego; temperatura użytkowania zgodnie z warunkami eksploatacji statków powietrznych użytkowych +/- 50°C).*

W lit. c jako do wymagań taktyczno-technicznych zaliczono także następująco sprecyzowane warunki gwarancji i serwisu pogwarancyjnego:

- *dostawca udzieli użytkownikowi gwarancji na zakupiony sprzęt na okres co najmniej 24 miesięcy;*
- *rozpatrywanie aktu reklamacyjnego przez wykonawcę nastąpi w ciągu 7 dni roboczych od daty złożenia przez Użytkownika aktu reklamacyjnego, wynikającego z udzielonej gwarancji;*
- *reklamacje z tytułu udzielonej gwarancji będą usuwane w ciągu 14 dni roboczych od daty przyjęcia reklamacji;*
- *ewentualne wydłużenie terminu usunięcia niesprawności, wynikających z aktu reklamacyjnego powyżej 14 dni roboczych może nastąpić tylko z przyczyn niezależnych od Wykonawcy na podstawie zatwierdzonego przez Użytkownika wniosku o przesunięcie terminu wykonania prac wynikających z udzielonej gwarancji;*
- *w przypadku nieuwzględnienia aktu reklamacyjnego wykonawca ma obowiązek przedstawienia użytkownikowi pisemnego uzasadnienia w terminie do 7 dni roboczych od daty złożenia przez Użytkownika aktu reklamacyjnego;*
- *koszty przesyłki związane z naprawą gwarancyjną ponosi Wykonawca;*
- *w przypadku stwierdzenia w okresie gwarancji wad fizycznych w dostarczonych wyrobach Wykonawca:*
 - *usprawni wadliwe wyroby w terminie 21 dni licząc od daty otrzymania „Protokołu reklamacji”;*
 - *przedłuży termin gwarancji o czas, w ciągu którego wskutek niesprawności, nie można było korzystać z zegarków;*
 - *wymieni wadliwy wyrób na nowy w terminie do 30 dni licząc od daty otrzymania „Protokołu reklamacji” jeżeli nie dotrzyma terminu naprawy określonego w ww. podpunktach.*
- *serwis pogwarancyjny; w ramach serwisu pogwarancyjnego Wykonawca określi sposób postępowania w przypadku uszkodzonego zegarka.*

Ostatnią grupę stanowią wymagania dodatkowe:

- 1) Zamawiający wymaga, aby każdy z zegarków był zapakowany w woreczek z materiału zabezpieczającego przed uszkodzeniem (np. porysowaniem) oraz w oddzielne pudełko.
- 2) Wykonawca dostarczy do przedmiotu zamówienia instrukcję użytkowania i obsługi w języku polskim.
- 3) Wykonawca wraz z dostawą zegarków winien dostarczyć ich certyfikat autentyczności wraz z niepowtarzalnym numerem seryjnym produktu oraz dokumentem gwarancyjnym dołączonym do każdego zegarka na podstawie, którego Użytkownik będzie realizował uprawnienia gwarancyjne. Dokument gwarancyjny powinien zawierać okres trwania gwarancji, nr umowy, na podstawie której zostały zakupione zegarki oraz wykaz punktów serwisowych, w których możliwe będzie zrealizowanie uprawnień gwarancyjnych.
- 4) Wykonawca zobowiązany jest do przedstawienia wykazu autoryzowanych punktów serwisowych, które będą świadczyć usługi serwisowe zarówno w okresie gwarancji jak i w okresie pogwarancyjnym znajdujących się na terenie RP oraz w krajach Unii Europejskiej.
- 5) Przedmiot zamówienia podlega odbiorowi jakościowemu przez właściwe Rejonowe Przedstawicielstwo Wojskowe w zakresie odbioru technicznego na zgodność z „Wymaganiami taktyczno-technicznymi”.

Wzór umowy stanowi załącznik nr 5 do s.i.w.z.

Zgodnie z brzmieniem ust. 1 § 5 (Warunki techniczne): Dostarczone wyroby nowe, muszą spełniać wymagania jakościowe potwierdzone przez producenta w systemie pełnego zapewnienia jakości, stosowanego podczas projektowania, produkcji, badań i końcowej kontroli wyrobów. Wyroby te będą spełniały „Wymaganiami taktyczno-techniczne na naręczny zegarek lotniczy”, zawarte w przedmiocie zamówienia – zał. nr 1.

W § 7 Warunki gwarancji i serwisu określono między innymi, że:

- ust. 5. Wykonawca udziela gwarancji na min. 24 miesiące, licząc od daty podpisania specyfikacji – świadectwa jakości przez przedstawiciela ZKJ Wykonawcy.
- ust. 6. Wykonawca gwarantuje, że każdy egzemplarz dostarczonego wyrobu jest wolny od wad fizycznych, prawnych oraz posiada cechy zgodne z cechami określonymi w jego specyfikacji technicznej. Gwarancja nie ma zastosowania w przypadku, gdy wymiana ww. egzemplarza wynika: z niewłaściwego użytkowania, wywołanego przyczyną zewnętrzną, niewłaściwej obsługi w czasie użytkowania, wywołanego przyczyną zewnętrzną, niewłaściwej obsługi w czasie użytkowania, z uszkodzeń wywołanych użyciem produktu, za który Wykonawca nie ponosi odpowiedzialności.
- ust. 7. Gwarancja jest wyłączną gwarancją udzielaną Zamawiającemu i zastępuje wszelkie inne gwarancje wyraźne i domniemane, a w szczególności domniemane

gwarancje lub warunki przydatności handlowej lub przydatności do określonego celu. Wykonawca gwarantuje nieprzerwaną i wolną od błędów pracę dostarczonych wyrobów w okresie trwania gwarancji.

- *ust. 8. Zamawiający może wykorzystać uprawnienia z tytułu gwarancji za wady fizyczne i prawne wyrobów niezależnie od uprawnień wynikających z rękojmi.*
- *ust. 9. Utrata roszczeń z tytułu wad fizycznych i prawnych nie następuje mimo upływu terminu gwarancji, jeżeli Wykonawca wadę zataił.*
- *ust. 10. W przypadku stwierdzenia w okresie gwarancji wad fizycznych w dostarczonych wyrobach Wykonawca:*
 - 1) *Rozpatrzy „Protokół Reklamacji” w ciągu 14 dni licząc od daty jego otrzymania;*
 - 2) *Usprawni wadliwe wyroby w terminie 21 dni licząc od daty otrzymania „Protokołu reklamacji”:*
 - a) *Usunie wady w dostarczonych wyrobach w miejscu, w którym zostały one ujawnione lub na własny koszt dostarczy je do swojej siedziby w celu ich usprawnienia;*
 - b) *Wyroby wolne od wad dostarczy na własny koszt do miejsca, w którym wady zostały ujawnione w terminie określonym w ust 10 pkt 2.*
 - 3) *Przedłuży termin gwarancji o czas, w ciągu którego wskutek wad wyrobu objętego gwarancją usprawniony z gwarancji nie mógł z niego korzystać;*
 - 4) *Wymieni wadliwy wyrób na nowy w terminie do 30 dni licząc od upływu terminu określonego w ust. 10 pkt 2;*
 - 5) *Dokona stosowanych zapisów w karcie gwarancyjnej dotyczących zakresu wykonanych napraw oraz zmiany okresu udzielonej gwarancji;*
 - 6) *Poniesie odpowiedzialność z tytułu przypadkowej utraty lub uszkodzenia wyrobu w czasie od przyjęcia go do naprawy do czasu przekazania sprawnego użytkownikowi w miejscu ujawnienia wady;*
 - 7) *Zwróci Zamawiającemu równowartość wadliwych egzemplarzy wyrobów powiększoną o karę umowną w wysokości 10% ich ceny ofertowej, jeżeli nie wykona zobowiązań wynikających z ust 10 pkt 2 i 4;*
- *ust. 12. Wykonawca zobowiązany jest dostarczyć do Zamawiającego listę wszystkich punktów serwisowych wraz z danymi teleadresowymi (adres, nr telefonu, nr fax, e-mail), które będą świadczyć usługi serwisowe zarówno w okresie gwarancji jak i w okresie pogwarancyjnym znajdujących się na terenie RP oraz w krajach Unii Europejskiej.*
- *ust. 13. Wykonawca, po zakończeniu okresu gwarancyjnego, przedstawi Zamawiającemu pisemną informację o wszelkich wadach, ich przyczynach i sposobie usunięcia.*

Rozdział XVII s.i.w.z. zatytułowany jest *Informacje o formalnościach, jakie powinny zostać dopełnione po wyborze oferty w celu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego*. Pierwszy punkt dotyczy konieczności złożenia przed podpisaniem umowy przez wykonawców wspólnie ubieganych się o udzielenie zamówienia umowy regulującej ich współpracę. Drugi i trzeci (ostatni) punkt zawiera przytoczenie regulacji art. 92 ust. 1 i 2 pzp.

6 czerwca 2012 r. Zamawiający zamieścił pytania i wyjaśnienia dotyczące treści s.i.w.z. w następującym brzmieniu:

Pytanie nr 1: *Czy zegarki będące przedmiotem zamówienia mogą być sprowadzane spoza oficjalnej dystrybucji?*

Odpowiedź nr 1: *Zegarki będące przedmiotem zamówienia muszą pochodzić z oficjalnej dystrybucji.*

Pytanie nr 2: *Czy zegarki będące przedmiotem zamówienia mogą być serwisowane w nieautoryzowanych punktach serwisowych?*

Odpowiedź nr 2: *Nie. Zegarki będące przedmiotem zamówienia muszą być serwisowane w **autoryzowanych** punktach serwisowych.*

Pytanie nr 3: *Czy zegarki będące przedmiotem zamówienia mogą być serwisowane w okresie pogwarancyjnym poza granicami kraju i czy w takim przypadku Jednostka pokrywa koszty transportu?*

Odpowiedź nr 3: *W okresie pogwarancyjnym zegarki mogą być serwisowane poza granicami kraju wyłącznie w przypadku, gdy na terenie RP nie znajduje się żaden autoryzowany punkt serwisowy. W takim przypadku Jednostka pokrywa koszt transportu.*

Pytanie nr 4: *W sytuacji gdy sprzedawca towaru z oficjalnego źródła ogłasza upadłość, oficjalny dystrybutor przejmuje obowiązek serwisu. W przypadku upadłości dostawcy zegarków, które są z nieoficjalnej dystrybucji kto przejmie serwis gwarancyjny?*

Odpowiedź nr 4: *Zegarki będące przedmiotem zamówienia muszą pochodzić z oficjalnej dystrybucji.*

Pytanie nr 5 *Zapis „Wykonawca zobowiązany jest do przedstawienia wykazu autoryzowanych punktów serwisowych, które będą świadczyć usługi serwisowe zarówno w okresie gwarancji jak i w okresie pogwarancyjnym znajdujących się na terenie kraju, w którym ma być realizowana naprawa” jest niejednoznaczny, według niego dostawca może wskazać punkty serwisowe, które nie będą świadczyć usług serwisowych. Wobec powyższego wymóg przedstawienia punktów serwisowych jest bezzasadny. Słowo „mogących” nie oznacza, iż serwis wskazany wykona usługę serwisową. Czy wykonawca nie jest zobowiązany do przedstawienia punktów serwisowych świadczących usługi serwisowe?*

W odpowiedzi Zamawiający zmienił brzmienie pkt 2 ppkt 4 załącznika nr 2 do s.i.w.z.

na następujące: *Wykonawca zobowiązany jest do przedstawienia wykazu autoryzowanych punktów serwisowych, które będą świadczyć usługi serwisowe zarówno w okresie gwarancji jak i w okresie pogwarancyjnym znajdujących się na terenie RP oraz w krajach Unii Europejskiej.* W analogiczny sposób Zamawiający zmienił także brzmienie ust. 12 § 7 wzoru umowy.

Odwołujący zaoferował zegarek marki Citizen model JY0010-50E. Ten sam model został zaoferowany jeszcze przez jednego wykonawcę. Pozostałych dwóch wykonawców zaoferowało zegarek marki Citizen model JY0080-62E.

Pismem z 14 czerwca 2012 r. Zamawiający zwrócił się do Anyro & Co sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie jako *oficjalnego dystrybutora marki Citizen* z pytaniem, czy model zegarka JY0080-50E *znajduje się w sieci oficjalnej dystrybucji.*

Pismem z tego samego dnia spółka ta oświadczyła, jako oficjalny dystrybutor marki Citizen na terenie Polski, że model zegarka JY0080-50E nie znajduje się w oficjalnej sieci dystrybucji na terenie Polski, nie prowadzi dla niego obsługi serwisowej na terenie Polski i nie będzie honorować gwarancji na ten model zegarka.

Pismem z 15 czerwca 2012 r. Zamawiający na podstawie art. 87 ust. 1 pzp wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień, czy oferowany model zegarka znajduje się w oficjalnej sieci dystrybucji na terenie RP i czy będzie serwisowany w autoryzowanych punktach serwisowych.

W piśmie przesłanym faksem 19 czerwca 2012 r. Odwołujący wyjaśnił między innymi, co następuje:

- Oferowane zegarki CITIZEN JY0010-50E nabywa na rynku brytyjskim, bezpośrednio od oficjalnego dystrybutora marki CITIZEN w tym kraju. W związku z tym pochodzą one z legalnego źródła, czego potwierdzeniem będą certyfikaty autentyczności dostarczone wraz z zegarkami (wymóg z pkt 2 wymagań dodatkowych z załącznika nr 2 do s.i.w.z.).
- Rynek zegarków nie jest w żaden sposób reglamentowany i obowiązuje na nim zasada swobodnej konkurencji. Każdy przedsiębiorca, nawet nie posiadający statusu oficjalnego czy autoryzowanego przedstawiciela producenta, ma prawo do sprzedaży zegarków konkretnej marki, nabytych w sposób legalny, np. od dystrybutorów zegarków z siedzibą w innych krajach Unii Europejskiej.
- Zamawiający nie wymagał w s.i.w.z., aby oferowane zegarki pochodziły od oficjalnego dystrybutora marki na terenie Polski. Wymóg taki nie wynika również z wyjaśnień do s.i.w.z., w których Zamawiający nie zdefiniował jak należy rozumieć pojęcie *oficjalnej*

dystrybucji. Pojęcia tego nie definiują również obowiązujące przepisy. Zamawiający nie sformułował wymogu w ten sposób, że zegarki mają pochodzić z oficjalnej dystrybucji na terenie Polski.

- Zegarki będą serwisowane w autoryzowanych punktach serwisowych, zostanie przedstawiony wykaz autoryzowanych punktów serwisowych, o którym mowa w § 7 ust. 12 wzoru umowy.

Pismem z 21 czerwca 2012 r. Zamawiający na podstawie art. 87 ust. 1 pzp wezwał Odwołującego do wyjaśnień, *czy oferowany przez Państwa model zegarka spełnia Polskie Normy przenoszące normy europejskie lub normy innych państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego przenoszące te normy*.

W piśmie przesłanym faksem 22 czerwca 2012 r. Odwołujący w pierwszej kolejności podniósł, że ponieważ Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia nie wskazał żadnych norm, których wymagania mają spełnić oferowane zegarki, a także nie wymagał żadnego dokumentu na potwierdzenie spełniania wymagań norm mających zastosowanie do oferowanych zegarków – skierowane wezwanie jest niezrozumiałe. Odwołujący zadeklarował udzielenie stosowanych wyjaśnień w razie wskazania przez Zamawiającego normy użytej przy opisie przedmiotu zamówienia, a także fragmentów oferty, które wzbudziły wątpliwości. Odwołujący potwierdził, że oferowane zegarki spełniają wszystkie wymagania określone w s.i.w.z., co w konsekwencji oznacza zgodność z normą, jeżeli taka została zastosowana. Ponadto Odwołujący ponownie oświadczył, że zegarki nabywa bezpośrednio u oficjalnego dystrybutora marki CITIZEN na terenie Wielkiej Brytanii, gdzie znajdują się w legalnym obrocie. Odwołujący powołał się na traktatową zasadę swobodnego przepływu towarów, która daje mu prawo oferowania w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego wyroby dopuszczone do obrotu w innym państwie członkowskim Unii Europejskiej.

26 czerwca 2012 r. Zamawiający zawiadomił uczestników postępowania o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego.

29 czerwca 2012 r. wpłynął do Zamawiającego protest wykonawcy InBook S.A. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej na dokonany wybór oferty najkorzystniejszej, domagając się unieważnienia postępowania i podnosząc następujące okoliczności:

- Wybrany wykonawca nie jest w stanie dopełnić warunków wynikających z § 7 ust. 12 wzoru umowy.
- Protestujący w dniu otwarcia ofert przedstawił Zamawiającemu pismo z załączonym oświadczeniem Anyro & Co sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie o treści analogicznej jak

uzyskane później przez Zamawiającego.

- Protestujący powołał się na załączony dokument, wystawiony przez CITIZEN WATCH EUROPE GmbH, w którym spółka ta oświadczyła, że nie może brać odpowiedzialności za zegarki spoza dystrybucji prowadzonej przez wskazanego powyżej jedyne oficjalnego dystrybutora w Polsce.
- Protestujący uzyskał także od tej niemieckiej spółki informację, że w przypadku serwisu modelu JY0010-50E w Niemczech czas naprawy będzie znacznie wydłużony. W ocenie protestującego może wynieść nawet 6 miesięcy.
- D..... S..... oświadczył w piśmie z 19 czerwca 2012 r., że oferowany zegarek będzie serwisowany na terenie RP oraz w krajach Unii Europejskiej wprowadził w błąd Zamawiającego.
- Po upływie okresu gwarancji wykonawca ten nie będzie miał obowiązku zajmować się serwisem dostarczonych zegarków, a ewentualne naprawy po będą narażały Zamawiającego na znaczne koszty.
- Zamawiający wyraźnie podał do wiadomości, że zegarki muszą być serwisowane w autoryzowanych punktach serwisowych znajdujących się na terenie RP oraz w krajach Unii Europejskiej, a nie tylko i wyłącznie w jednym kraju – Wielkiej Brytanii.

Pismem z 4 lipca 2012 r. Zamawiający poinformował protestującego, że:

- Nie ma podstaw do unieważnienia postępowania, gdyż wybrany wykonawca przedstawił ważną ofertę oraz spełnił wszystkie wymogi s.i.w.z.
- W toku badania ofert Zamawiający niejednokrotnie wzywał wybranego wykonawcę do wyjaśnień, a ten złożył oświadczenia, z których jasno wynika, że oferowany przez niego zegarek spełnia wszystkie wymagania określone w s.i.w.z.

Pismami z 2 i 3 lipca 2012 r. Zamawiający, powołując się na planowane podpisanie umowy, zwrócił się do Odwołującego, po pierwsze – o przesłanie listy wszystkich autoryzowanych punktów serwisowych, o której mowa w § 7 ust. 12 wzoru umowy. Po drugie – o przedstawienie procedury serwisu pogwarancyjnego, zgodnie z wymaganiem dodatkowym załącznika nr 2 do s.i.w.z.

6 lipca 2012 r. Odwołujący przesłał faksem pismo, w którym:

- Wskazał jako autoryzowane punkty serwisowe, które będą świadczyć usługi serwisowe zarówno w okresie gwarancji, jaki w okresie pogwarancyjnym: Doliński Watch Service S.C. we Wrocławiu oraz Citizen Watch United Kingdom Service Center w Wokingham w Wielkiej Brytanii, podając dla nich wymagany zakres danych teleadresowych.
- Podał w pięciu punktach sposób postępowania w przypadku uszkodzonego zegarka w ramach serwisu pogwarancyjnego, przewidujący możliwość naprawy w tych punktach

serwisowych na koszt Zamawiającego.

9 lipca 2012 r. Zamawiający pocztą elektroniczną zwrócił się do Doliński Watch Service S.C. z pytaniem czy (...) *będzie świadczyć usługi serwisowe w okresie gwarancyjnym na zegarkach CITIZEN typ JY 0010-50E.*

Tego samego dnia wpłynęła odpowiedź, że firma ta zajmuje się wyłącznie zegarkami z polskiej dystrybucji, a głównym serwisem jest dystrybutor marki Citizen firma Anyro, do której bezpośrednio należy kierować wszelkie pytania dotyczące serwisu.

11 lipca 2012 r. przesłano drugą odpowiedź, że firma jest w trakcie podpisywania umowy na obsługę serwisową gwarancyjną i pogwarancyjną zegarków Citizen JY 0010-50E, a ostatnie szczegóły zostaną dopracowane w ciągu dwóch tygodni.

Pismem z 12 lipca 2012 r. Zamawiający poinformował wykonawców, którzy złożyli oferty, że na podstawie art. 181 ust. 2 pzp powtarza czynność wyboru najkorzystniejszej oferty z uwagi na fakt, że *powzięła informacje, że wskazany przez „SCHOTT” Dariusz Schott autoryzowany punkt serwisowy, nie będzie świadczył usług gwarancyjnych oraz pogwarancyjnych zgodnie z warunkami opisanymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia ponieważ serwisant nie posiada podpisanej umowy na serwisowanie zegarka marki CITIZEN typu JY 0010-50E.*

Pismem z 13 lipca 2012 r. Zamawiający poinformował tych wykonawców, o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Firmę Brylant S.C. Grzegorz i Tomasz Szuba z Kowar i odrzuceniu oferty Odwołującego.

Zamawiający podał następujące uzasadnienie faktyczne odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp:

Zgodnie ze wzorem umowy będącym załącznikiem nr 5 do SIWZ oraz załącznikiem nr 2 do SIWZ (szczegółowy opis przedmiotu zamówienia) Wykonawca powinien przedstawić Zamawiającemu listę wszystkich autoryzowanych punktów serwisowych wraz z danymi teleadresowymi (adres, nr telefonu, nr fax, e-mail), które będą świadczyć usługi serwisowe zarówno w okresie gwarancji jak i w okresie pogwarancyjnym znajdujących się na terenie RP oraz w krajach Unii Europejskiej.

Wybrany Wykonawca przedstawił wykaz dwóch autoryzowanych punktów serwisowych – jeden na terenie RP a drugi w Wielkiej Brytanii.

Zamawiający, otrzymał informacje od innych firm biorących udział w postępowaniu o możliwych problemach z obsługą serwisową zegarka marki CITIZEN typu JY 0010-50E we wskazanym przez firmę „SCHOTT” Dariusz Schott punkcie serwisowym.

W związku z powyższym, Zamawiający, aby zawrzeć umowę o zamówienie publiczne w celu

sprawdzenia powziętych informacji, zwrócił się z zapytaniem do wskazanego serwisanta. Okazało się, że Wykonawca nie posiada podpisanej umowy na serwisowanie zegarka typu JY 0010-50E.

W związku z powyższym Zamawiający zmuszony jest odrzucić ofertę wybranego wykonawcy jako, że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz nie spełnia warunków jakich Zamawiający wymagał, aby zawrzeć umowę o zamówienie publiczne.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu i podlegających rozpatrzeniu, Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp było bezpodstawne, gdyż okoliczności na które powołał się Zamawiający nie dotyczą niezgodności treści tej oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zgodnie z przepisem art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp. Skład orzekający Izby podziela utrwalony w doktrynie i orzecznictwie pogląd, że zarówno treść s.i.w.z., jak i treść oferty stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio zamawiającego i wykonawcy. Zamawiający w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia oświadcza w sposób wiążący – zarówno jego samego, jak i zainteresowanych udziałem w postępowaniu – jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Natomiast wykonawca jednostronnie zobowiązuje się do spełnienia takiego świadczenia w razie wyboru złożonej przez niego oferty jako najkorzystniejszej. Wobec tego, co do zasady, to porównanie zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w s.i.w.z. przesądza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści s.i.w.z. – jest z nią zgodna. Art. 82 ust. 3 pzp zastrzega przy tym formę pisemną pod rygorem nieważności dla oferty składanej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, natomiast rozumienie pojęcia oferty należy wywieść z przepisu art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego. Nie budzi zatem wątpliwości, że z uwagi na odpłatny charakter zamówień publicznych, nieodzownym elementem treści oferty jest określenie ceny za jaką wykonawca zobowiązuje się wykonać zamawiane świadczenie. Jednakże zakres wymaganej treści oferty wynika z postanowień s.i.w.z., a zatem to zamawiający określa elementy, które są dla niego istotne i będą stanowiły podstawę do merytorycznej oceny zgodności złożonych ofert z jego wymaganiami ujawnionymi w tym podstawowym dokumencie postępowania.

Zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia – zegarka naręcznego dla

personelu lotniczego – w załączniku nr 2 do s.i.w.z., określając parametry dotyczące funkcjonalności i warunków eksploatacji, w większości przypadków o charakterze opisowym, bez określenia konkretnych wielkości fizycznych. Zamawiający nie odwołał się przy tym do żadnych funkcjonujących norm, specyfikacji technicznych czy innych technicznych systemów odniesienia. Jednocześnie Zamawiający wymagał od wykonawców (w wyniku jednej ze zmian treści s.i.w.z., niewyszczególnionej powyżej) sprecyzowania w formularzu oferty modelu oferowanego zegarka. Załącznik nr 2 do s.i.w.z. zawiera także opis dodatkowych zobowiązań i świadczeń wykonawcy związanych z dostawą zegarków. Przede wszystkim Zamawiający wymaga od wykonawcy udzielenia na dostarczone zegarki 24-miesięcznej gwarancji, której warunki zostały dość szczegółowo opisane w lit. c załącznika (dalsze ich uszczegółowienie zawiera § 7 wzoru umowy). Wykonawca ma także świadczyć usługi serwisu pogwarancyjnego, przy czym Zamawiający poprzestał na wymaganiu, aby podać mu *sposób postępowania w przypadku uszkodzonego zegarka*. Ponadto Zamawiający sprecyzował swoje wymagania (tzw. wymagania dodatkowe) odnośnie sposobu dostawy zegarków w zakresie opakowania, dokumentów towarzyszących w postaci instrukcji obsługi, certyfikatu autentyczności oraz dokumentu gwarancji, który ma zawierać wykaz punktów serwisowych na terenie Polski i Unii Europejskiej, które będą świadczyć serwis gwarancyjny i pogwarancyjny. W wymaganiach dodatkowych zasygnalizowano także specyficzny dla wojska odbiór dostarczonego przedmiotu zamówienia z udziałem rejonowego przedstawicielstwa wojskowego, który szczegółowo opisany został we wzorze umowy.

Izba zważyła w pierwszej kolejności, że Zamawiający nie stwierdził jakiegokolwiek niezgodności modelu zegarka oferowanego przez Odwołującego w zakresie parametrów technicznych opisu przedmiotu zamówienia wyszczególnionych w lit. a oraz b załącznika nr 2 do s.i.w.z. Tymczasem wobec ukształtowania treści s.i.w.z. w powyżej opisany sposób, tylko te parametry mogły podlegać weryfikacji w toku badania i oceny złożonych ofert. Wykaz punktów serwisowych nie wchodził w zakres wymaganej i podlegającej weryfikacji treści oferty. Wynika to zarówno z braku zażądania takiego dokumentu na etapie składania ofert, jak i ze sposobu sformułowania przez Zamawiającego tzw. wymagań dodatkowych. Wszystkie te wymagania dotyczą bowiem dodatkowych zobowiązań i świadczeń wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. Nie ma zatem żadnych podstaw do dokonywania oceny ich spełnienia na etapie badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu. Ewentualne niedopełnienie tych wymagań na etapie realizacji zamówienia może być zatem rozpatrywane jedynie w kategoriach niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązań wynikających z zawartej już umowy. Tym samym antycypowanie przez Zamawiającego, że Odwołujący nie będzie w stanie przedstawić wymaganej listy punktów serwisowych (abstrahując od tego, że istotne jest raczej, czy Odwołujący wypełni swoje zobowiązania z tytułu udzielonej gwarancji) – niezależnie od tego,

czy są ku temu uzasadnione podstawy – nie może być podstawą do odrzucenia oferty odwołującego z powołaniem się na art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp. Izba zważyła także, że Zamawiający nie tylko nieprawidłowo uznaje (jak to wynika z odpowiedzi na odwołanie), że w zakresie zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp mieści się niedopełnienie wymaganych formalności związanych z zawarciem umowy. Przede wszystkim poświęcony temu zagadnieniu rozdział s.i.w.z. w ogóle nie przewiduje obowiązku przedstawienia wykazu punktów serwisowych przed zawarciem umowy. Ponieważ również ust. 12 § 7 wzoru umowy nie precyzuje momentu przedłożenia tego wykazu, biorąc pod uwagę treść wymagań dodatkowych załącznika nr 2 do s.i.w.z., stwierdzić należy, że powinno to nastąpić nie później niż w chwili dostawy zegarków. Z tych względów nawet ewentualne wady wykazu przedstawionego dobrowolnie przez Odwołującego na wniosek Zamawiającego w toku powtórnego badania i oceny ofert – nie mają żadnego znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy. Odwołujący przyznał na rozprawie, że wskazanie punktu serwisowego we Wrocławiu (Doliński Watch Service S.C.) jest nieaktualne. Zamawiający uważa, że Odwołujący wprowadził go w błąd, podał nieprawdziwe informacje. Odwołujący oświadczył, że Doliński Watch Service S.C. wycofał się z uprzednio zawartej ustnie umowy pod naciskiem spółki Anyro & Co strzegącej swojej wyłączności na rynku polskim na oferowanie zegarków i serwisu marki Citizen. Rozstrzygnięcie jak było naprawdę, nie mieści się w granicach kognicji Izby wyznaczonej bezpośrednio zarzutami odwołania, gdyż składanie nieprawdziwych informacji nie było podstawą czynności Zamawiającego, od której złożono odwołanie.

Izba stwierdziła natomiast, że Zamawiający dysponował takim samym zakresem niezbędnych informacji do oceny zgodności treści oferty z treścią s.i.w.z., zarówno przy pierwotnie dokonanym wyborze oferty Odwołującego, jak i w chwili dokonywania powtórnego badania i oceny ofert. Z treści pism Zamawiającego wynika zresztą wprost, że zdawał sobie w pełni sprawę z braku doprecyzowania wymogu pochodzenia zegarków z oficjalnej dystrybucji na terenie Polski, choć najwyraźniej było to jego intencją, a z pewnością intencją wykonawcy InBook S.A. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej, który zadawał pytania do treści s.i.w.z. Publikując lakoniczne wyjaśnienia treści s.i.w.z. z 6 czerwca 2012 r. w formie przytoczonych powyżej pięciu pytań i odpowiedzi, Zamawiający pominął następującą treść pisma z 1 czerwca 2012 r. tego wykonawcy: *Specyfikacja przedmiotu zamówienia jednoznacznie zakłada możliwość wyboru oferty z zegarkiem spoza oficjalnej dystrybucji, który nie jest dostępny na rynku Polski a więc nie jest serwisowany w autoryzowanych punktach na terenie naszego kraju. Takie modele zegarków są sprowadzane poza kanałami oficjalnej dystrybucji. Zgodnie z przedstawionymi warunkami zegarki mogą być serwisowane w nieautoryzowanych punktach serwisowych w okresie trwania gwarancji, czyli przez okres dwóch lat. Nasze pytanie dotyczy okresu pogwarancyjnego. Wedle posiadanej wiedzy*

zegarki dla pilotów są kupowane na okres dłuższy aniżeli dwa lata, dlatego też czy po okresie dwóch lat sprzedający nie będzie zobligowany do ewentualnego serwisu zegarków.(...) Autoryzowani dystrybutorzy jednoznacznie odmawiają serwisowania takich modeli zegarków spoza oficjalnej dystrybucji. W ten sposób dla żadnego wykonawcy (z wyjątkiem autora pisma) nie musiało być oczywiste, że intencją Zamawiającego było otrzymanie zegarków pochodzących z oficjalnej dystrybucji na terenie Polski. Ponadto Zamawiający już w chwili otwarcia ofert uzyskał od tego samego wykonawcy dokumenty dotyczące braku możliwości serwisowania modelu zegarka oferowanego przez Odwołującego w serwisie autoryzowanym przez oficjalnego dystrybutora marki CITIZEN w Polsce – Anyro & Co sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie. W tych okolicznościach zmiana stanowiska Zamawiającego pod wpływem złożonego w trybie art. 181 ust. 1 pzp „protestu”, który pierwotnie został zresztą rozpatrzony negatywnie, nie znajduje żadnego uzasadnienia.

Lakoniczność wyjaśnień treści s.i.w.z. Zamawiającego z 6 czerwca 2012 r. odnosi się także do zagadnienia autoryzacji serwisu. Jedynie z kontekstu przytoczonych powyżej twierdzeń wykonawcy można się domyślać, że domagał się on wprowadzenia wymagania zapewnienia serwisu autoryzowanego przez producenta lub oficjalnego dystrybutora na terenie Polski. Zamawiający – cytując bez tego kontekstu samo krótkie pytanie nr 2 i udzielając na nie równie krótkiej odpowiedzi, pomimo podkreślenia słowa *autoryzowanych* – nie wyjaśnił przez kogo serwis świadczący usługi naprawy dostarczonych zegarków ma być autoryzowany. Termin *autoryzować* oznacza *zezwoić, zezwalać na prowadzenie działalności usługowej w swoim imieniu* (Uniwersalny słownik języka polskiego, Wydawnictwo Naukowe PWN), co rzeczywiście zwykle w praktyce odnosi się do udzielenia przez producenta urządzenia autoryzacji dla innego podmiotu na prowadzenie działalności serwisowej w ramach gwarancji udzielonej przez tego producenta, a także napraw nieobjętych tą gwarancją. Gwarancja jakości została uregulowana w art. 577-579 kodeksu cywilnego. Zgodnie z art. 577 § 1 kc w wypadku gdy kupujący otrzymał od sprzedawcy dokument gwarancyjny co do jakości rzeczy sprzedanej, poczytuje się w razie wątpliwości, że wystawca dokumentu (gwarant) jest obowiązany do usunięcia wady fizycznej rzeczy lub do dostarczenia rzeczy wolnej od wad, jeżeli wady te ujawnią się w ciągu terminu określonego w gwarancji. Przepis ten wyraża istotę gwarancji, która przejawia się w tym, że nie przysługuje ona z mocy prawa lecz na mocy umowy i dotyczy zapewnienia jakości rzeczy, a zatem obejmuje wyłącznie wady fizyczne, a nie prawne, rzeczy sprzedanej. W pozostałym zakresie kodeks cywilny reguluje gwarancję w sposób dyspozytywny, pozwalając stronom umowy na odmienne uregulowanie kwestii szczegółowych, w szczególności terminu jej obowiązywania oraz zakresu odpowiedzialności gwaranta za wady fizyczne. W praktyce obrotu zwykle gwarantem jest producent rzeczy sprzedanej, a niezależnie od tego kupujący dysponuje z mocy prawa uprawnieniami z tytułu rękojmi

względem sprzedawcy rzeczy. Jednakże ukształtowanie warunków gwarancji, zarówno w załączniku nr 2 do s.i.w.z., jak i we wzorze umowy, jednoznacznie wskazuje na to, że Zamawiający wymaga udzielenia gwarancji jakości przez wykonawcę zamówienia. W ust. 7 § 7 wzoru umowy zastrzeżono wręcz wyłączny charakter tej gwarancji, która zastępuje wszelkie inne gwarancje wyraźne i domniemane, a zatem także ewentualną gwarancję jakości udzieloną w imieniu producenta zegarka. W ten sposób wykonawca jest jedynym podmiotem, do którego Zamawiający będzie mógł kierować swoje roszczenia wynikające nie tylko z tytułu rękojmi, ale i tytułu gwarancji. Wykonawca ma dodatkowo informować Zamawiającego o nieprawidłowościach w użytkowaniu zegarków przez użytkowników (ust. 11 § 7 wzoru umowy). Zamawiający obarczył nawet wykonawcę obowiązkiem przedstawienia swoistego raportu po zakończeniu okresu gwarancji, wyszczególniającego zgłoszone wady, przyczyny ich powstania i sposób ich usunięcia (ust. 13 § 7 wzoru umowy). Pomędzy tymi postanowieniami umownymi znajduje się przywołana przez Zamawiającego jako powód odrzucenia oferty Odwołującego regulacja dotycząca obowiązku przedstawienia listy wszystkich autoryzowanych punktów serwisowych, które będą świadczyć serwis gwarancyjny i pogwarancyjny zegarków. Z takiego ukształtowania warunków gwarancji przez Zamawiającego we wzorze umowy wynika, że prawnie doniosłe znaczenie ma wskazanie punktów serwisowych autoryzowanych przez wykonawcę do dokonywania napraw w ramach udzielonej przez niego gwarancji, a także po upływie okresu jej obowiązywania.

Udzielone odpowiedzi i zmiany s.i.w.z. wyjaśniły, gdzie miałyby znajdować się autoryzowane punkty serwisowe. Enigmatyczne wskazanie: *znajdujących się na terenie kraju, w którym ma być realizowana naprawa* – zastąpiono sformułowaniem: *znajdujących się na terenie RP oraz w krajach Unii Europejskiej*. Jak się okazało na rozprawie, Odwołujący nie podziela poglądu Zamawiającego, że wynika z tego obowiązek zapewnienia co najmniej jednego punktu serwisowego na terenie Polski i jednego na terenie Unii Europejskiej. Zdaniem Odwołującego za wystarczające uznać należy wskazanie przez niego punktu serwisowego na terenie Wielkiej Brytanii, choć Odwołujący jednocześnie zadeklarował, że będzie dążył do wskazania takiego punktu również w kraju. Odwołujący powołał się na wyjaśnienia treści s.i.w.z. z 6 czerwca 2012 r., w których Zamawiający dopuścił serwisowanie zegarków poza granicami kraju, w przypadku, gdy na terenie kraju nie znajduje się żaden autoryzowany punkt serwisowy. Choć odpowiedź Zamawiającego dotyczyła okresu pogwarancyjnego, co zostało wyraźnie podkreślone, należy zauważyć, że nie przewidziano składania odrębnych wykazów punktów serwisowych dla napraw gwarancyjnych i pogwarancyjnych. Abstrahując od tego jak się ma ponoszenie w takim przypadku przez Zamawiającego kosztów transportu zegarków do celowego i oszczędnego dokonywania wydatków publicznych, poza wszelkim sporem jest, że w ten sposób wykonawca zamówienia został zwolniony z obowiązku zapewnienia istnienia w Polsce

punktu serwisowego po upływie okresu gwarancji. Oznacza to jednak również znikome znaczenie praktyczne funkcjonowania takiego punktu serwisowego w okresie gwarancji. Z jednej strony z wzoru umowy wynika, że naprawa może być dokonana w *miejscu ujawnienia wad* lub w siedzibie wykonawcy, z tym, że w tym drugim przypadku ma on obowiązek na swój koszt *wyroby wolne od wad* dostarczyć z powrotem tam, gdzie te wady się ujawniły (lit. a oraz b pkt 2 ust. 10 § 7). Wobec tego wykonawca-gwarant w okresie gwarancji obarczony jest *de facto* obowiązkiem pobrania uszkodzonych zegarków i ich zwrotu po wykonanej naprawie gwarancyjnej do każdego miejsca, w którym doszło do ich stwierdzenia. Wykonawca ponosi w tym czasie odpowiedzialność za przypadkową utratę lub uszkodzenie zegarków (pkt 6 ust. 10 § 7 wzoru umowy). Zważając na przeznaczenie zegarków dla personelu lotniczego, na podstawie postanowień s.i.w.z. można jedynie domniemywać, że te potencjalne miejsca ujawnienia wad ograniczać się mogą do terenu Polski i UE. Z warunków gwarancji wynika także, że samo przekroczenie 21-dniowego terminu naprawy powoduje po stronie wykonawcy powstanie obowiązku dostarczenia nowego zegarka – w terminie 30 dni (pkt 4 ust. 10 § 7 wzoru umowy, choć według postanowienia zamieszczonego w lit. c załącznika nr 2 do s.i.w.z. ten ostatni termin miał być liczony już od dnia otrzymania przez wykonawcę reklamacji). Zatem nawet jeżeli Odwołujący będzie w okresie gwarancji naprawiał zegarki w Wielkiej Brytanii, to w razie niedotrzymania przez niego 21-dniowego terminu – Zamawiający w rezultacie otrzyma nowy zegarek, a także będzie uprawniony do naliczenia kar umownych (ust. 14 § 7 wzoru umowy).

Izba nie stwierdziła zarzucanego w odwołaniu naruszenia przez Zamawiającego art. 87 ust. 1 ustawy pzp. Wykaz punktów serwisowych nie stanowił treści oferty, a Zamawiający nie miał żadnych innych zastrzeżeń co do treści oferty Odwołującego. Niezasadny jest również zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 92 ust. 1 pkt 2 pzp. Zamawiający podał powody uzasadniające w jego ocenie odrzucenie oferty – umożliwiając Odwołującemu merytoryczne odniesienie się do zasadności tej decyzji we wniesionym odwołaniu. Izba nie znalazła w odwołaniu żadnych okoliczności dotyczących rzekomego naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i 2 oraz art. 8 ust. 1 ustawy pzp.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp miało wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia, i działając na podstawie przepisów art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy pzp – orzekła jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w związku z przepisem § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości

Sygn. akt KIO 1527/12

i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), obciążając Zamawiającego kosztami tego postępowania, na które złożył się wpis uiszczony przez Odwołującego oraz jego uzasadnione koszty, w ramach których uwzględniono wynagrodzenie pełnomocnika, ograniczając jego wysokość wynikającą z przedłożonego do akt sprawy rachunku (faktury VAT) do kwoty 3600 zł, zgodnie z przepisem § 3 pkt 2 lit. b przywołanego rozporządzenia.

Przewodniczący: