

Sygn. akt: KIO 643/12

## WYROK

z dnia 16 kwietnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Katarzyna Ronikier-Dolańska**

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie 16 kwietnia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 2 kwietnia 2012 r. przez **Wachelka Inergis S.A. w Częstochowie** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez **Centrum Doradztwa Rolniczego w Brwinowie**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie oraz nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego;
2. kosztami postępowania obciąża **Centrum Doradztwa Rolniczego w Brwinowie** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Wachelka Inergis S.A. w Częstochowie** tytułem wpisu od odwołania;
  - 2.2. zasądza od **Centrum Doradztwa Rolniczego w Brwinowie** na rzecz **Wachelka Inergis S.A. w Częstochowie** kwotę **13 600 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

**Przewodniczący:**

.....

## **U z a s a d n i e n i e**

Centrum Doradztwa Rolniczego w Brwinowie (dalej „zamawiający”) prowadzi - na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp” - postępowanie w celu zawarcia umowy na modernizację systemu grzewczego dla potrzeb budynku Centrum Doradztwa Rolniczego w Brwinowie z wykorzystaniem OZE – pomp ciepła i kolektorów słonecznych, wspomaganych agregatem kogeneracyjnym.

Szacunkowa wartość zamówienia jest niższa niż kwoty wskazane w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie przepisu art. 11 ust. 8 Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 24 lutego 2012 r. pod numerem 56656 – 2012.

Informacja o wyniku postępowania została przekazana przez zamawiającego Wachelka Inergis S.A. w Częstochowie 27 marca 2012 r. faksem. Wachelka Inergis S.A. w Częstochowie (dalej „odwołujący”) wniósł 2 kwietnia 2012 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (dalej „Prezes Izby”) odwołanie (kopia odwołania została przekazana zamawiającemu 2 kwietnia 2012 r. - wpływ bezpośredni potwierdzony prezentatą) kwestionując czynność badania i oceny ofert dokonaną przez zamawiającego polegającą na odrzuceniu oferty złożonej przez odwołującego i w konsekwencji wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Geo – Therm sp. z o.o. z siedzibą w Lubiczu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy oraz art. 25 ust. 1 ustawy poprzez nieprawidłową interpretację przepisów ustawy, a także art. 26 ust. 1 i 3 ustawy poprzez wezwanie odwołującego do złożenia dokumentu nie wymaganego na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez błędne jego zastosowanie i odrzucenie oferty odwołującego.

Odwołujący wniósł o:

- unieważnienie czynności odrzucenia złożonej przez niego oferty,
- unieważnienie czynności wyboru oferty złożonej przez Geo – Therm sp. z o.o. z siedzibą w Lubiczu,
- nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert z udziałem oferty odwołującego;

- dokonanie ostatecznego wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej ze złożonych w ramach niniejszego postępowania.

W uzasadnieniu do podniesionych w odwołaniu zarzutów zostało wskazane, iż zamawiający niezgodnie z prawem odrzucił ofertę odwołującego, bowiem nie zachodzą okoliczności skutkujące odrzuceniem oferty. Odwołujący przygotował ofertę w sposób sumienny, rzetelny, postępując w zgodzie z wszystkimi postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia i załącznikami do niej (dalej: „siwz”). Odwołujący w swojej ofercie zobowiązał się wykonać przedmiot zamówienia w pełni zgodny z wymaganiami zamawiającego za cenę podaną w ofercie. Odwołujący argumentował, że w pkt. 9 (dokumenty i oświadczenia, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz niepodlegania wykluczeniu z postępowania), 10 (dokumenty potwierdzające, że oferowane roboty budowlane odpowiadają określonym wymaganiom) i 11 (inne wymagane dokumenty) siwz zamawiający wskazał, jakie dokumenty i oświadczenia mają załączyć do oferty i dostarczyć wykonawcy, w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz niepodlegania wykluczeniu z postępowania. Z wykazu żądanych przez zamawiającego w pkt. 9, 10 i 11 siwz dokumentów jednoznacznie wynika, że zamawiający nie wymagał załączenia do oferty pisemnej gwarancji producenta pomp ciepła na okres nie krótszy niż 5 lat. W pkt. 4.1.14 siwz zamawiający wskazał, jedynie iż „Wykonawca zobowiązuje się do przedstawienia certyfikatu producenta pomp ciepła stwierdzającego, że producent bezpośrednio udziela gwarancji na swoje wyroby, oraz zapewnia opiekę serwisową, gwarancyjną i pogwarancyjną. Wykonawca przedstawi pisemną gwarancję producenta pomp ciepła na okres nie krótszy niż 5 lat”. Jeśli zamiarem zamawiającego było badanie ww. dokumentu gwarancji lub certyfikatu, to powinien w sposób wyraźny i jednoznaczny wyartykułować swoje wymagania w siwz, tak aby w sposób jasny i klarowny dokument ten był podstawą do oceniania ofert w niniejszym postępowaniu. Zdaniem odwołującego trudno uznać, aby treść siwz (w szczególności pkt. 4.1.14) w sposób jednoznaczny i kategoryczny wskazywał, że zamawiający będzie wymagał dokumentu gwarancji producenta (posiadając oświadczenie o udzieleniu gwarancji przez wykonawcę) na etapie badania i oceny ofert. Wobec powyższego jest w opinii odwołującego oczywiste, że zamawiający nie miał prawa żądać dokumentu gwarancji na etapie badania i oceny ofert, jeżeli nie wymagał go w pkt. 9, 10 i 11 siwz. Odwołujący wyraził pogląd, iż treść pkt. 4.1.14 siwz z pewnością nie oznacza, że przedmiotowa gwarancja była wymagana przez zamawiającego na etapie składania oferty, o czym wymownie świadczy treść pkt. 9, 10 i 11 siwz. Odwołujący wywodził, że badanie i ocena ofert może być dokonana przez zamawiającego jedynie przez pryzmat wymagań jasno określonych w siwz. Wykonawca nie może ponosić negatywnych konsekwencji tego, że zamawiający nie sprecyzował

dostatecznie jasno i dokładnie w siwz swoich żądań odnośnie dokumentów, których będzie wymagał na etapie składania ofert, zaś niedoprecyzowanie tego opisu i wymagań z nim związanych nie może na etapie badania i oceny ofert wywoływać negatywnych skutków dla wykonawców, którzy nie zastosowali się do niezwerbalizowanego oczekiwania zamawiającego. Wykonawcy nie mogą pozostawać w niepewności co do dokumentów jakich wymagał będzie zamawiający w toku postępowania i jakie będzie brał przy ocenie złożonych ofert. Ponadto wykonawcy winni wiedzieć jak zamawiający będzie oceniał oferowane przez nich zamówienie, co stanowić będzie punkt odniesienia przy niniejszej ocenie i jakie dokumenty należy złożyć wraz z ofertą. Jeśli zamawiający wymagałby załączenia do oferty pisemnej gwarancji producenta powinien wyraźnie określić to w siwz, w taki sposób, aby nie budziło to wątpliwości. Wobec niedoprecyzowania takiego wymogu zamawiający nie był uprawniony do odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp. Zamawiający w sposób rozszerzający zinterpretował przesłanki zawarte w art. 89 ust. 1 ustawy, co ostatecznie stało się przyczyną odrzucenia oferty odwołującego. Takie zachowanie zamawiającego prowadzi do dowolności w ocenie złożonych ofert, a w konsekwencji do złamania zasady równości i uczciwej konkurencji oraz zasady przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, do których przestrzegania zamawiający jest bezwzględnie zobowiązany w toku postępowania. m.in. na podstawie art. 2 Dyrektywy 2004/18 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r., w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi. W ocenie odwołującego jego oferta została przygotowana rzetelnie, a zawarte w niej informacje są wystarczające, żeby zamawiający mógł stwierdzić, że oferowany przez niego przedmiot zamówienia jest kompletny i w pełni spełnia wymagania postawione w siwz, dlatego zamawiający nie mógł dokonać odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Na marginesie odwołujący wskazał, że treść pkt. 4.1.14 siwz jest niezgodna z prawem i jako sprzeczną z ustawą należy uznać ją za nieważną. Odwołujący stwierdził, że wśród dokumentów, które może żądać zamawiający na podstawie rozporządzenia w sprawie dokumentów „certyfikatu producenta pomp ciepła stwierdzającego, że producent bezpośrednio udziela gwarancji na swoje wyroby, oraz zapewnia opiekę serwisową, gwarancyjną i pogwarancyjną. Wykonawca przedstawi pisemną gwarancję producenta pomp ciepła na okres nie krótszy niż 5 lat” nie został uwzględniony i równocześnie nie jest ani dokumentem mającym potwierdzać spełnienie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu (art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy), ani też dokumentem mającym potwierdzać spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego (art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy). Dokumentu/oświadczenia takiego nie może zatem zamawiający żądać ani na podstawie § 1, ani też § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia

2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. 2009, Nr 226 poz. 1817, dalej: „rozporządzenie w sprawie dokumentów”). Zamawiający na etapie badania i oceny ofert nie może modyfikować postanowień siwz czy to wprost, czy w wyniku sformułowania wezwania do wyjaśnienia treści dokumentów lub wezwania do ich uzupełnienia. Ponadto, oświadczenie producenta sprzętu dotyczące gwarancji i serwisu nie ma żadnego znaczenia dla oceny ofert, bowiem wykonawca jest uprawniony do udzielenia zamawiającemu gwarancji na korzystniejszych warunkach niż producent. Żądanie oświadczenia producenta dotyczącego potwierdzenia pisemnej gwarancji na okres nie krótszy niż 5 lat nie służy w żadnym wypadku ocenie, czy oferta spełnia wymagania zamawiającego, gdyż zamawiający nie postawił żadnych wymagań dotyczących tego, co ma obejmować gwarancja producenta. Odwołujący wskazywał, że zamawiający stosownie do art. 7 ust. 1 ustawy przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Żądanie w niniejszym postępowaniu przedmiotowego dokumentu/ oświadczenia stanowi o naruszeniu tej zasady, albowiem zamawiający nie jest w stanie zapewnić braku ewentualnego wpływu osób trzecich, w tym wypadku producentów sprzętu objętego ofertą wykonawcy, na wynik postępowania tj. wyboru najkorzystniejszej oferty. Zdaniem odwołującego dopuszczenie przez zamawiającego możliwości (na etapie składania ofert) wpływu producentów sprzętu, na wynik postępowania, poprzez niezłożenie oświadczenia w odniesieniu do dowolnie wybranego przez siebie wykonawcy, stanowi w sposób jednoznaczny o naruszeniu art. 7 ust. 1 ustawy. Dodał, że w niniejszym postępowaniu producent pomp ciepła może być jednocześnie producentem i dostawcą tych pomp, stąd nie można wykluczyć jego udziału w prowadzonym postępowaniu przetargowym. Zatem żądanie potwierdzenia przez wykonawców na etapie składania ofert certyfikatu producenta pomp ciepła stwierdzającego, że producent bezpośrednio udziela gwarancji na swoje wyroby, oraz zapewnia opiekę serwisową, gwarancyjną i pogwarancyjną, pisemnej gwarancji producenta pomp ciepła na okres nie krótszy niż 5 lat, przez innych uczestników postępowania (producentów) stawia ich w pozycji uprzywilejowanej, naruszając zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zaznaczył ponadto odwołujący, że zamawiający jest zainteresowany zakupem produktów należytej jakości i podejmuje działania mające zapewnić mu określone, wymierne rezultaty w zakresie właściwej eksploatacji, bezawaryjności i żywotności urządzeń. W ocenie odwołującego zamawiający nie może jednak żądać dokumentu opisanego w pkt. 4.1.14 siwz, skoro szczegółowo precyzuje wymagania wobec wykonawcy dotyczące udzielenia gwarancji na cały przedmiot zamówienia, niezależnie od gwarancji producenta na zainstalowane urządzenia (siwz - projekt umowy) na etapie składania ofert. Sytuacja ta nie tylko stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp, ale również nie znajduje podstaw prawnych wskazanych w art.

25 ust 1 ustawy oraz w § 1, § 2 i § 5 rozporządzenia w sprawie dokumentów. Potwierdzenie stanowiska odwołującego, iż nie był zobowiązany do złożenia wraz z ofertą dokumentu określonego w pkt. 4.1.14 siwz, znajduje się – w jego ocenie - w pkt. 12.2 siwz (opis sposobu przygotowania ofert), w którym zamawiający wyraźnie wskazał, że: „Oferta powinna zawierać wypełniony formularz <Oferta> zamieszczony w Rozdziale III SIWZ wraz z integralnym załącznikiem nr 1 <formularz cenowy> oraz dokumenty i oświadczenia, o których mowa w pkt. 9 -11 niniejszego Rozdziału SIWZ.” Wobec powyższego zdaniem odwołującego jego oferta w dniu dokonywania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej była kompletna i zawierała wszystkie wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty.

W toku rozprawy strony podtrzymały dotychczasowe stanowiska. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie (pismo z 16 kwietnia 2012 r.). Powołał treść pkt. III. 5) ogłoszenia, w brzmieniu analogicznym, jak pkt 4.1.14 siwz. Wskazał, że zgodnie z art. 25 ust. 1 Pzp w związku z § 5 rozporządzenia w sprawie dokumentów, zamawiający może żądać dokumentów niezbędnych do potwierdzenia, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, przy czym powołane rozporządzenie wskazuje jakich dokumentów może „w szczególności” żądać zamawiający, co oznacza, że dokumenty wymienione w tym przepisie nie stanowią zamkniętego katalogu. Konieczność żądania przedmiotowego dokumentu wynikała z potrzeby zapewnienia odpowiedniej jakości pompy, stanowiącej istotny element zamawianego przedsięwzięcia, którą gwarantuje producent - posiada w tym zakresie „najpewniejszą wiedzę, a także gwarantujący obsługę gwarancyjną i pogwarancyjną tego urządzenia”. Zamawiający stwierdził, że zgodnie z pkt. 4.1.14 siwz, wykonawca był zobowiązany do przedstawienia zamawiającemu pisemnej gwarancji producenta pomp ciepła na okres nie krótszy niż 5 lat. Warunek zawarty w opisie przedmiotu zamówienia, w pkt. 4.1.14 siwz, określony został w sposób jednoznaczny i konkretny. Pomimo ustalenia takiego warunku odwołujący nie przedstawił wymaganej pisemnej gwarancji producenta pomp ciepła na okres nie krótszy niż 5 lat. Ponadto, wobec wystąpienia w niniejszym postępowaniu o wyjaśnienie treści siwz, obejmującego kwestię wymaganej, co najmniej 5 letniej gwarancji producenta pomp, zamawiający udzielił (przed terminem składania ofert, który upływał 12 marca 2012 r.) wyjaśnień, co do tej treści (odpowiedź na pytanie nr 5) - wskazując jednoznacznie, że wymagany okres gwarancji i rękojmi wykonawcy dotyczy wykonanych robót i zastosowanych materiałów i nie zastępuje wymaganej 5 letniej gwarancji producenta pomp. Wyjaśniono, że urządzenie (pompa) - zgodnie z przyjętymi warunkami postępowania - stanowią zagadnienie odrębne i dotyczą gwarancji udzielonej bezpośrednio przez producenta tego urządzenia. Dalej zamawiający wyjaśnił, że w terminie do 12 marca

2012 r. w postępowaniu objętym odwołaniem, wpłynęły do niego 3 oferty, z których tylko jedna zawierała wymaganą gwarancję producenta pomp ciepła na okres nie krótszy niż 5 lat. Wobec stwierdzenia braku złożenia przy ofercie odwołującego pisemnej gwarancji producenta pomp ciepła na okres nie krótszy niż 5 lat, zamawiający wezwał odwołującego (podobnie jak też drugiego wykonawcę) 16 marca 2012 r. do uzupełnienia wymaganych przez zamawiającego dokumentów i złożenia wyjaśnień, w tym do złożenia w wyznaczonym terminie pisemnej gwarancji producenta pomp ciepła na okres nie krótszy niż 5 lat. Pomimo wezwania odwołujący nie przedstawił zamawiającemu wymaganej gwarancji. Wobec nie uzupełnienia przez odwołującego w wyznaczonym terminie wymaganego przez zamawiającego dokumentu, żądanego zgodnie z art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp i wskazanego w ogłoszeniu oraz w siwz, tj. braku przedstawienia pisemnej gwarancji producenta pomp ciepła na okres nie krótszy niż 5 lat zamawiający - działając na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, odrzucił ofertę odwołującego uznając, że jej treść nie odpowiada treści siwz.

Niezależnie od wskazanej wyżej niezgodności oferty z siwz, zamawiający podniósł, że z odpowiedzi odwołującego z 19 marca 2012 r., udzielonej na skierowane przez zamawiającego wskazane wyżej wezwanie, poza tym, iż stanowiła ona w istocie odmowę przedstawienia pisemnej gwarancji producenta pomp ciepła na okres nie krótszy niż 5 lat, wynikało, także że wykonawca kwestionuje na tym etapie postępowania treść siwz oraz oferuje inną - własną gwarancję na ten okres - co należało uznać za niedopuszczalne (zgodnie z art. art. 87 Pzp - niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących treści złożonej oferty oraz (...) dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści). Z przedmiotowej odpowiedzi można było jednocześnie odczytać, że odwołujący składając w niniejszym postępowaniu ofertę na wykonanie zamówienia nie dysponował wymaganą gwarancją producenta, co do pompy zamówionej przez zamawiającego w związku z przedmiotem zamówienia i nie zamierzał zapewnić/przedstawić takiej gwarancji, a tym samym, że odwołujący nie obejmował zapewnienia wymaganej gwarancji ofertą złożoną w niniejszym postępowaniu. W konsekwencji nie oferował wykonania zamówienia we wskazanym wyżej zakresie zgodnie z opisem zamówienia zawartym w siwz.

Zaznaczył także zamawiający, że nie wykluczył w postępowaniu żadnego z wykonawców, w tym odwołującego, wobec czego zarzuty, opierające się na przepisach Pzp odnoszących się do wykluczenia, tj. art. 25 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 26 ust. 1 i 3, są nieuprawnione i bezprzedmiotowe. Zamawiający podkreślił także, że nie uchybił art. 7 ust. 1 Pzp, gdyż wobec stwierdzenia, iż wykonawca w terminie nie złożył wymaganego przez Zamawiającego dokumentu, o którym mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp, wezwał odwołującego do jego



złożenia w wyznaczonym terminie zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp. Zamawiający zwrócił uwagę, że nie wykluczył odwołującego z postępowania, lecz odrzucił jego ofertę - wobec stwierdzenia jej niezgodności z treścią siwz. W przypadku, gdy wykonawca nie przedstawi dokumentów potwierdzających spełnienie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, tj. dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp, zamawiający powinien odrzucić ofertę wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Podstawy odrzucenia mają bowiem w tym przypadku charakter przedmiotowy, formalny i odnoszą się do treści oferty, która w przypadku niezuzupełnienia żądanych w powyższym zakresie dokumentów, jest niezgodna z treścią siwz. Poszanowanie zasady równości i uczciwej konkurencji oznacza, że wszyscy wykonawcy składający ofertę przedkładają zgodnie z ogłoszeniem i specyfikacją istotnych warunków zamówienia - ten sam katalog dokumentów, w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz potwierdzenia że oferowana dostawa, usługa lub roboty budowlane odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego. Jeżeli odwołujący, będąc wezwany do uzupełnienia dokumentu, gdyż jego oferta nie spełniała wymagań określonych w siwz, dokumentu tego nie uzupełnił, nie można uznać, że oferta jest zgodna z siwz. Co do zarzutu naruszenia art. 7 ust. 3 Pzp zamawiający wskazał, że jest on bezpodstawny. Zasada wyrażona w art. 7 ust. 3 Pzp odnosi się do udzielenia zamówień wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy, a więc przy zachowaniu dozwolonego dla danej wartości trybu i po dokonaniu niezbędnych przewidzianych prawem czynności, a zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty przy zachowaniu dozwolonego trybu i po dokonaniu niezbędnych, przewidzianych prawem czynności. Co do zarzutu naruszenia art. 25 ust. 1 Pzp poprzez nieprawidłową interpretacją przepisów ustawy zamawiający wyjaśnił, że zarzut jest nieuprawniony, zgodnie bowiem z art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp, zamawiający ma prawo żądać od wykonawców oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnienie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego i tak też uczynił w niniejszym postępowaniu. Co do zarzutu naruszenia art. 26 ust. 1 i 3 Pzp poprzez wezwanie odwołującego do złożenia dokumentu nie wymaganego na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu zamawiający podniósł, że zarzut jest bezpodstawny, wobec okoliczności, iż zgodnie z art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp, zamawiający, jak wskazano wyżej, był uprawniony do wezwania odwołującego do przedłożenia przedmiotowego dokumentu, który wbrew zarzutom odwołującego, nie jest dokumentem składanym na potwierdzenie spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, lecz na potwierdzające spełnienie wymagań określonych przez zamawiającego przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane. Gwarancja producenta dotyczy bowiem przedmiotu zamówienia, a nie wykonawcy. Art. 26 ust. 3 Pzp uprawnia do wezwania do uzupełnienia nie tylko dokumentów potwierdzających spełnienie

warunków podmiotowych, ale też przedmiotowych. Co do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez błędne jego zastosowanie i odrzucenie oferty odwołującego, zamawiający stwierdził, że odwołujący nie zgłaszał przed terminem składania ofert wątpliwości, co do terminu, w którym powinien złożyć dokument gwarancji, w odwołaniu kwestionuje natomiast wymóg jego złożenia, mimo że w siwz i ogłoszeniu wprost obowiązek złożenia kwestionowanego dokumentu został zawarty, zatem i ten zarzut odwołania w ocenie zamawiającego jest nieuzasadniony.

**Uwzględniając załączoną do akt sprawy dokumentację przedmiotowego postępowania, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron złożone podczas posiedzenia i rozprawy, Izba dokonała następujących ustaleń faktycznych:**

Jako istotne dla rozpoznania zarzutów odwołania należy powołać następujące postanowienia siwz/ogłoszenia:

- przedmiotem zamówienia jest modernizacja systemu grzewczego dla potrzeb budynku Centrum Doradztwa Rolniczego w Brwinowie z wykorzystaniem OZE – pomp ciepła i kolektorów słonecznych, wspomaganych agregatem kogeneracyjnym (pkt 4 siwz – opis przedmiotu zamówienia);
- „Wykonawca zobowiązuje się do przedstawienia certyfikatu producenta pomp ciepła stwierdzającego, że producent bezpośrednio udziela gwarancji na swoje wyroby, oraz zapewnia opiekę serwisową gwarancyjną i pogwarancyjną. Wykonawca przedstawi pisemna gwarancie producenta pomp ciepła na okres nie krótszy niż 5 lat” (pkt 4.1.14 siwz – przedmiot zamówienia, analogicznie: pkt III. 5) ogłoszenia – informacja o dokumentach potwierdzających, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane odpowiadają określonym wymaganiom);
- „Wykonawca ma obowiązek przekazać Zamawiającemu nie później niż w dniu rozpoczęcia odbioru końcowego robót/wykonania Umowy, sporządzone w języku polskimi w zakresie niniejszej umowy: dokumenty gwarancyjne, atesty oraz certyfikaty użytych materiałów” (§ 12 ust. 4 załącznika nr 5 do siwz - wzór umowy);
- „Termin gwarancji jakości wykonania robót budowlanych i użytych do budowy materiałów ustala się jako 36 miesięcy, licząc od daty zakończenia odbioru końcowego przedmiotu umowy. Zamawiający zastrzega sobie możliwość korzystania z uprawnień wynikających z rękojmi w okresie trwania gwarancji i na taki okres ustala się rękojmię za wady w zakresie wykonanych robót zainstalowanych/ zamontowanych urządzeń” (§ 14 ust. 2 załącznika nr 5 do siwz – wzór umowy).

W toku postępowania, przed upływem terminu składania ofert, zamawiający odpowiadając na pytanie nr 5: „Zamawiający w projekcie umowy, w paragrafie 14 ustalił 36 miesięczny termin gwarancji jakości wykonanych robót budowlanych i użytych do budowy materiałów. W związku z powyższym Zamawiający nie może wymagać od Wykonawcy przedstawienia pisemnej gwarancji producenta pomp ciepła na okres nie krótszy niż 5 lat. Prosimy o wprowadzenie zmiany do SIWZ”.

W odpowiedzi zamawiający wyjaśnił, że „wymaga zgodnie z zapisami k.c. 36 miesięcznego okresu gwarancji i rękojmi na roboty budowlane i zastosowane materiały. Odrębnym zagadnieniem są urządzenia, na które gwarancje wystawia producent. Dlatego też Zamawiający określił 5 letni okres gwarancji dla elementów, jakimi są pompy ciepła.

Odpowiedź na pytanie nr 5 do siwz nie zmienia treści siwz – ani wzoru umowy, ani innych postanowień siwz, w tym pkt. 4.1.14, w szczególności nie prowadzi do obowiązku załączenia do oferty certyfikatu, o którym mowa w pkt. 4.1.14 siwz i pkt. III.5) ogłoszenia o zamówieniu.

Zamawiający pismem z 16 marca 2012 r., działając na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, wezwał odwołującego m.in. do przedstawienia pisemnej gwarancji producenta pomp ciepła na okres nie krótszy niż 5 lat – pkt 4.1.14 siwz (pkt c pisma).

W odpowiedzi, pismem z 19 marca 2012 r., odwołujący wyjaśnił w pkt. ad. c), że zamawiający w pkt. 9 siwz (dokumenty i oświadczenia, jakie mają dostarczyć wykonawcy, w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz niepodlegania wykluczeniu z postępowania) określił, jakie dokumenty wykonawca ma załączyć do oferty. Z wykazu żądanych dokumentów wynika, że zamawiający nie wymagał załączenia do oferty pisemnej gwarancji producenta pomp ciepła, zatem nie jest uprawniony, by żądać tego dokumentu na etapie badania i oceny ofert. Wskazał, że zamawiający w siwz nie określił, kiedy należy złożyć mu gwarancję producenta pomp, z pewnością jednak nie wraz z ofertą. Dodał, że zamawiający nie postawił żadnych wymagań, dotyczących tego, co ma obejmować gwarancja producenta, zatem nie był uprawniony, aby domagać się takiego dokumentu, gdyż zgodnie z art. 25 ust. 1 Pzp może żądać wyłącznie dokumentów i oświadczeń niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Dodał, że zamawiający szczegółowo opisał wymagania wobec wykonawcy, dotyczące gwarancji na cały przedmiot zamówieni, niezależnie od gwarancji producenta. Zatem żądanie dokumentu w postaci potwierdzenia gwarancji producenta stanowi naruszenie art. 7 ust. 1, art. 25 ust. 1 i 2 Pzp oraz § 1, 2, 5 rozporządzenia w sprawie dokumentów. Wskazał, że treść pkt. 4.1.14 siwz jest niezgodna z prawem, gdyż to wykonawca jest uprawniony do udzielenia zamawiającemu gwarancji na korzystniejszych warunkach niż producent. Wprowadzenie

wymogu uzyskania oświadczenia producenta uzależnia wykonawcę od podmiotu trzeciego, który nie jest zobligowany do składania oświadczeń o treści określonej w siwz. Oświadczył, że jako wykonawca może również udzielić 5 letniej gwarancji na pompy ciepła.

Zarówno w ogłoszeniu, jak i w siwz brak stwierdzenia, że certyfikat producenta, o którym mowa w pkt. 4.1.14 siwz oraz pkt. III. 5) ogłoszenia, ma być złożony wraz z ofertą. W odniesieniu do innych dokumentów dotyczących przedmiotu zamówienia np. w przypadku oferowania rozwiązań równoważnych, wprost zostało przez zamawiającego wskazane, że wykonawca zobowiązany jest zgodę projektanta na zmianę dołączyć do oferty (pkt 4.1.7 siwz, pkt III. 5) ogłoszenia).

Pismem z 27 marca 2012 r. zamawiający poinformował odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, stwierdzając, że jej treść nie odpowiada treści siwz. W uzasadnieniu faktycznym podjętej decyzji, zamawiający powołał pkt 4.1.14 siwz wskazując, że odwołujący nie złożył wymaganej na podstawie tego punktu siwz gwarancji producenta pomp.

Do postępowania nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

#### **Uwzględniając powyższe Izba zważyła, co następuje:**

Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp.

Dokonując oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, biorąc pod uwagę stanowiska stron, Izba uwzględniła odwołanie stwierdzając naruszenie przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy.

Bezsporne jest, że odwołujący nie załączył ani do oferty, ani w wyniku wezwania do uzupełnienia z 16 marca 2012 r., certyfikatu, o którym mowa w pkt. 4.1.4 siwz oraz III.5) ogłoszenia o zamówieniu. Kwestią sporną jest, czy zamawiający zobowiązał w siwz (ogłoszeniu o zamówieniu) wykonawców do złożenia tego dokumentu wraz z ofertą.

Zważywszy tak określone ramy sporu, kluczowe znaczenie dla oceny poprawności działań zamawiającego polegających na odrzuceniu oferty odwołującego z powodu niezgodności jej treści z treścią siwz, przyznać należy treści siwz. Siwz (wraz z wyjaśnieniami) jest dokumentem o szczególnym znaczeniu w postępowaniu o zamówienie

publiczne. Z jednej strony określa wymagania, które mają spełniać wykonawcy i ich oferty, by uczynić zadość potrzebom zamawiającego, z drugiej zaś – granice, w jakich może poruszać się zamawiający dokonując oceny złożonych ofert. Z tego względu, badając i oceniając oferty, zamawiający zobowiązany jest interpretować siwz tak, jak wskazuje na to jej brzmienie i okoliczności. Trzeba bowiem podkreślić zasadnicze reguły, którymi zobowiązany jest kierować się zamawiający dokonując oceny ofert. Przede wszystkim nie wolno mu oceniać ofert w sposób dowolny, lecz jedynie na podstawie sformułowanych w siwz zasad i wymagań, co służy realizacji wyrażonej w art. 7 ust. 1 Pzp zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, a także związanej z nimi zasady transparentności postępowania. Wykonawcy biorący udział w postępowaniu mają prawo oczekiwać, że złożone przez nich oferty zostaną ocenione wyłącznie na podstawie kryteriów oceny ofert zawartych w siwz. Jednocześnie podkreślić trzeba, iż zamawiający nie jest uprawniony, aby na etapie oceny ofert nadawać postanowieniom siwz inne, niż pierwotnie ustalone, znaczenie. Żeby stwierdzić, iż w okolicznościach danej sprawy zaktualizowała się przesłanka odrzucenia oferty wykonawcy określona w art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp (niezgodność treści oferty z treścią siwz niepodlegająca korekcie na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp) zamawiający zobowiązany jest porównać treść siwz z treścią oferty (oświadczenie woli w rozumieniu art. 60 kc w zw. z art. 14 Pzp) i gdy stwierdzi niemożliwe do wyjaśnienia w trybie art. 87 ust. 1 Pzp oraz nie dające się poprawić w trybie art. 87 ust. 2 Pzp niezgodności, zobowiązany jest do odrzucenia oferty. Badanie i ocenę ofert powinien zamawiający prowadzić z uwzględnieniem zasady, iż wszelkiego rodzaju niedopowiedzenia, niejasności, niedoprecyzowania, zawarte w postanowieniach siwz, należy interpretować na korzyść wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. To zamawiającego obciąża obowiązek takiego przygotowania postępowania, aby postanowienia siwz były jednoznaczne i nie budziły wątpliwości w toku prowadzonej procedury.

Przenosząc powyższe na grunt rozpatrywanej sprawy należy odnieść się do treści siwz (wraz z wyjaśnieniami) oraz korespondującego z nią ogłoszenia o zamówieniu. Analiza zarówno siwz, wyjaśnień do niej oraz ogłoszenia o zamówieniu jednoznacznie wskazuje, że zamawiający nie wymagał, aby wraz z ofertą wykonawca zobowiązany był złożyć certyfikat producenta pomp ciepła stwierdzającego, że producent bezpośrednio udziela gwarancji na swoje wyroby oraz zapewnia opiekę serwisową gwarancyjną i pogwarancyjną. Zamawiający, jeśli wymagałby, aby dołączyć do oferty kwestionowany dokument, powinien to wprost w siwz oraz w ogłoszeniu o zamówieniu wskazać. Omawiane postanowienia siwz oraz ogłoszenia są jednoznaczne. Wbrew twierdzeniom zamawiającego wykonawca nie ma obowiązku domniemywać, jakie dokumenty zobowiązany jest z ofertą złożyć. W szczególności, nie jest – jak wywodził zamawiający na rozprawie – oczywiste, że dokumenty wymienione w ogłoszeniu o

zamówieniu w pkt. III.5) (informacja o dokumentach potwierdzających, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane odpowiadają określonym wymaganiom), składa się z ofertą. Jeśli zamawiający takiego obowiązku na wykonawcę nie nałoży, nie jest uprawniony, aby go w fazie badania i oceny ofert egzekwować.

Izba wyraża pogląd, iż niewątpliwie wykonawca, z którym zostanie zawarta umowa, zobowiązany jest (co wynika z pkt 4.1.14 siwz w zw. z § 12 ust. 4 wzoru umowy) przedstawić certyfikat producenta pomp ciepła stwierdzający, że producent bezpośrednio udziela gwarancji na swoje wyroby oraz zapewnia opiekę serwisową gwarancyjną i pogwarancyjną, w fazie realizacji umowy. Certyfikat ten zakwalifikować należy do kategorii dokumentów gwarancyjnych, do których odnosi się § 12 ust. 4 wzoru umowy. Zważywszy, że pkt 4.1.14 w systematyce siwz zamieszczony jest w rozdziale siwz opisującym przedmiot zamówienia, zasadne jest przyjęcie, że przedmiot zamówienia obejmuje także obowiązek zagwarantowania przez wykonawcę gwarancji, o której mowa w pkt.4.1.14 siwz. Natomiast zamawiający dokumentu certyfikatu może domagać się od wykonawcy dopiero w fazie realizacji zamówienia, zgodnie z § 12 ust. 4 wzoru umowy. Wbrew twierdzeniom zamawiającego takiej interpretacji siwz nie sprzeciwiają się postanowienia § 14 ust. 2 wzoru umowy. Dotyczy on bowiem gwarancji jakości wykonania robót budowlanych i użytych do budowy materiałów i określa jej warunki. Omawiane postanowienia siwz, w tym wzoru umowy, nie są ze sobą sprzeczne, lecz uzupełniają się wzajemnie. W tym miejscu dodać należy, iż nie znajduje potwierdzenia w zebranych materiale dowodowym teza zamawiającego, że odwołujący nie zaoferował spornej gwarancji producenta. W szczególności nie potwierdza jej treść wyjaśnień odwołującego z 19 marca 2012 r., w którym, co prawda, zakwestionował on zasadność domagania się przez zamawiającego dokumentu gwarancji producenta na etapie oceny ofert, jednak nie sposób wywieść z wyjaśnień odwołującego, że nie uwzględnił on w swojej ofercie obowiązku zapewnienia takiej gwarancji zamawiającemu.

Biorąc zatem pod uwagę, że zaproponowane przez zamawiającego rozumienie siwz (wyjaśnień) oraz ogłoszenia o zamówieniu, pozostaje w sprzeczności z literalnym (jasnym i jednoznacznym) brzmieniem postanowienia 4.1.14 siwz, pkt. II.5) ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowień wzoru umowy zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w z. z art.7 ust. 1 i 3 Pzp oraz art. 26 ust. 3 Pzp znalazł potwierdzenie. Zamawiający uprawniony jest, aby domagać się od wykonawców (także w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, który zobowiązuje zamawiającego do wezwania do uzupełnienia m.in. dokumentów mających potwierdzać, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania zamawiającego określone w siwz/ogłoszeniu zamówieniu, a certyfikat wymieniony w pkt. 4.1.14 siwz i III.5) ogłoszenia do tej kategorii dokumentów należy zaliczyć) wyłącznie

dokumentów wymaganych w siwz (ogłoszeniu). Izba podkreśla, że zamawiający zobowiązany jest przestrzegać reguł, które sam w siwz określił. Zamawiający zobowiązany jest przygotować i przeprowadzić postępowanie dochowując należytej staranności, gwarantując realizację zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 Pzp). Precyzyjne i jasne formułowanie wymagań przetargu, a następnie ich literalne i ścisłe egzekwowanie, jest jedną z podstawowych gwarancji, czy wręcz warunkiem *sine qua non*, realizacji zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W stanie faktycznym sprawy przyjęcie interpretacji siwz postulowanej przez zamawiającego mogłoby prowadzić do naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp. Zamawiający nie jest uprawniony, aby w toku badania i oceny ofert nadawać siwz inną, niż ustalona przed upływem terminu składania ofert, treść. Badaniu i ocenie podlega treść oferty wykonawcy w odniesieniu do treści siwz (art. 82 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy) w brzmieniu ustalonym przed terminem składania ofert (art. 38 ust. 4 Pzp). Zamawiający wraz z upływem terminu składania ofert traci uprawnienie do modyfikacji treści tego dokumentu.

Odnosząc się do zarzutów odwołania sprawdzających się do kwestionowania uprawnienia zamawiającego do żądania w siwz dokumentów przedmiotowych innych, niż wymienione w rozporządzeniu o dokumentach, Izba podziela argumentację zamawiającego przedstawioną w piśmie z 16 kwietnia 2012 r. Zamawiający słusznie podniósł, że rozporządzenia zawiera otwarty katalog dokumentów przedmiotowych. Jednocześnie rację ma odwołujący twierdząc, iż zamawiający uprawniony jest do żądania wyłącznie dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania (art. 25 ust. 1 ppkt 2 Pzp). Izba, oceniając w tym kontekście siwz stwierdziła, że w pkt. 4.1.14 zamawiający w sposób bardzo lakoniczny, opisując wymagany dokument certyfikatu, warunki gwarancji producenta wskazał – podał wymagany okres gwarancji, która ma obejmować zapewnienie opieki serwisowej gwarancyjnej i pogwarancyjnej. Zgodzić się trzeba z odwołującym, że są to sformułowania ogólnikowe i w odpowiedzi, na etapie realizacji umowy, zamawiający może otrzymać gwarancję producenta adekwatną do wskazanych w opisie przedmiotu zamówienia oczekiwań zamawiającego. Zatem Izba nie stwierdziła nieważności kwestionowanych w odwołaniu postanowień siwz. Zamawiający w tym zakresie nie uchybił art. 26 ust. 1 Pzp oraz 25 ust. 1 ustawy.

W tym stanie Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy, czyli stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem postanowień

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. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:**

.....