

Sygn. akt: KIO 1214/23

WYROK z dnia 24 maja 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 maja 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 kwietnia 2023 r. przez wykonawcę Investic sp. z o.o. z siedzibą w Golinie w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Gminę Krzykosy

przy udziale wykonawcy BUD-AN sp. z o.o. z siedzibą w Kaliszu zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1214/23 po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Investic sp. z o.o. z siedzibą w

Golinie i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę

10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Investic sp. z o.o. z siedzibą w Golinie tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2. zasądza od wykonawcy Investic sp. z o.o. z siedzibą w Golinie

na rzecz Zamawiającego: Gminy Krzykosy kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 wraz ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący.....

Sygn. akt: KIO 1214/23

Uzasadnienie

Gmina Krzykosy wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na Opracowanie dokumentacji projektowej oraz wykonanie robót budowlanych w ramach realizacji inwestycji pn. „Poprawa efektywności energetycznej budynków użyteczności publicznej w Gminie Krzykosy”, numer referencyjny: ZP.271.TER.1.2023.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 2023/BZP 00156301/01 z dnia 29 marca 2023 r.

W dniu 24 kwietnia 2023 r. Zamawiający przekazał Odwołującemu: Investic sp. z o.o. z siedzibą w Golinie informację o wyborze oferty najkorzystniejszej wykonawcy: BUD-AN sp. z o.o.

Nie zgadzając się z powyższą czynnością Zamawiającego Odwołujący w dniu 30 kwietnia 2023 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności zamawiającego, tj.: Gminy Krzykosy (zwanego dalej „Zamawiającym”), polegających na:

- 1) zaniechaniu odrzucenia ofert wykonawców: BUD-AN sp. z o.o., zwany dalej BUD-AN oraz Izbruk M. R. Zakład Ogólnobudowlany, zwany dalej Izbruk;
- 2) niezgodnym z przepisami dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez BUD-AN sp. z o.o., która podlega odrzuceniu oraz zaniechaniu wyboru oferty jako najkorzystniejszej złożonej przez Odwołującego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 wraz ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp w związku z art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 2 pkt 1 ustawy o

zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców: BUD-AN oraz Izbruk, które zostały złożone w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji polegającego na zaoferowaniu przez tych wykonawców nierealnych, nierynkowych absurdalnie długich okresów gwarancji wyłącznie w celu maksymalnego uzyskania punktów w ramach kryterium „gwarancja” przy jednoczesnej manipulacji polegającej na przyznaniu w ramach tego kryterium minimalnej ilości punktów wobec wykonawców, którzy zaoferowali rynkowy okres gwarancji adekwatny do przedmiotu zamówienia;

2) art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie dokonania wyboru oferty

najkorzystniejszej złożonej przez Odwołującego – Investic sp. z o.o.;

3) art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie

zamówienia w sposób rażąco naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców poprzez zaniechanie odrzucenia ofert zawierających nierealne i nieuczciwe zobowiązania przy jednoczesnym zaniechaniu wyboru oferty odwołującego i tym samym udzielenia zamówienia wykonawcy BUD-AN, który złożył nieuczciwą ofertą, która spełnia wszelkie wymagania zamawiającego określone w dokumentach zamówienia, jak również jest zgodna z powszechnie obowiązującymi przepisami.

W związku z powyższym Odwołujący wnosił o:

- unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- nakazanie zamawiającemu ponownego dokonania czynności badania i oceny złożonych ofert;
- nakazanie zamawiającemu odrzucenie ofert złożonych przez wykonawców: BUD-AN sp. z o.o. oraz Izbruk;
- nakazanie zamawiającego dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez

Odwołującego;

- dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentacji postępowania przekazanej Izbie przez Zamawiającego na okoliczności wskazane w uzasadnieniu niniejszego odwołania w zakresie ustalenia stanu faktycznego sprawy;
- zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów reprezentacji według przedstawionych na rozprawie faktur i rachunków.

Odwołujący nie podzielił stanowiska Zamawiającego co do rozstrzygnięcia przedmiotowego przetargu wskazując, że jest ono błędne ze względu na zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców BUD-AN i Izbruk, które zostały złożone w warunkach nieuczciwej konkurencji.

Zwrócił uwagę, że zgodnie z zamieszczoną przez zamawiającego informacją z otwarcia ofert dwóch wykonawców, tj.: Izbruk M. R. oraz BUD-AN, zaoferowało 240 – miesięczny okres gwarancji (20 lat).

W ocenie Odwołującego - nierealny i niewiarygodnie wysoki okres gwarancji doprowadził do świadomej i celowej manipulacji przez ww. wykonawców w zakresie punktacji w ramach wszystkich kryteriów oceny ofert co spowodowało, że oferta

Odwołującego choć zawiera najniższą cenę znacząco odbiega w punktacji (o około 30 pkt) od wyników uzyskanych przez powyższych dwóch wykonawców.

Odwołujący zauważył, że zgodnie natomiast z rozdz. XVI SWZ Zamawiający określił dwa kryteria oceny ofert, w tym kryterium gwarancji za którą wykonawcy mogli uzyskać aż 40 pkt na 100 możliwych.

Dodatkowo, zaznaczył również, że Zamawiający wskazał, że „Zamawiający wymaga minimalnego okresu gwarancji i rękojmi 48 miesięcy, brak wskazania w ofercie parametrów podlegających ocenie spowoduje brak przyznania punktacji za dany parametr”, przy czym nie określił on maksymalnego poziomu okresu gwarancji.

Mając na uwadze powyższe Odwołujący podniósł, że pomimo braku określenia przez Zamawiającego maksymalnego okresu gwarancji wykonawcy nie posiadają swobodnego i niczym nieograniczonego prawa w określeniu gwarancji, bowiem wynika to z zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w związku z cyklem życia produktu.

Według Odwołującego - wykonawcy nie mogą oferować okresu gwarancji dłuższego niż wynosi żywotność określonych materiałów (co określa m.in. producent).

Zdaniem Odwołującego - działanie takie jakie podjęli ww. dwaj wykonawcy stanowi rażące zaprzeczenie uczciwego ubiegania się o udzielenie zamówienia, bowiem prowadzi do całkowicie sztucznego wydłużenia niemożliwej do wyegzekwowania przez zamawiającego gwarancji.

Według Odwołującego - gwarancja powinna obejmować realny okres adekwatny do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wskazał, że gwarancja (jak i rękojmia której okres zamawiający zrównał z okresem gwarancji) dotyczy przedmiotu zamówienia jako całości – a więc odnosi się do wszystkich parametrów technicznych, funkcjonalnych oraz właściwości termoizolacyjnych budynku, a nie poszczególnych (lub też wybranych) elementów, np. w odniesieniu do określonych urządzeń.

Wytknął również, że Zamawiający określił przedmiot zamówienia jako „Poprawa efektywności energetycznej budynków użyteczności publicznej w Gminie Krzykosy” i gwarancja udzielona przez wykonawców w niniejszym postępowaniu dotyczy wszystkich

parametrów, które wykonawca zobowiązany jest osiągnąć poprzez wykonanie robót budowlanych w okresie udzielonej gwarancji (vide PFU).

Zaznaczył, że Wykonawcy AN-BUD oraz Izbruk zobowiązali się, że wszystkie ww. parametry określone w PFU składające się na poprawę efektywności energetycznej budynków będą identyczne przez okres 20 lat.

Wywodził, że doświadczenie życiowe każdej osoby pozwala na obiektywne ustalenie, że utrzymanie na tym samym poziomie parametrów składających się na efektywność energetyczną budynków jest niemożliwe przez tak długi okres.

Oczywistym dla Odwołującego jest fakt, że po upływie określonego czasu właściwości zastosowanych materiałów ulegają stałemu pogorszeniu – co wprost przekłada się na utratę właściwości termoizolacyjnych budynku.

Podkreślił przy tym, że gwarancja (oraz rękojmia) dotyczy nie tylko ujawnionych w okresie wad czy usterek polegających na zniszczeniu (oderwaniu, odpadnięciu) jakiegoś elementu, ale przede wszystkim dotyczy sytuacji, gdy obiekt:

- nie ma właściwości, które powinien mieć ze względu na cel w umowie oznaczony albo wynikający z okoliczności lub przeznaczenia;
- nie ma właściwości, o których istnieniu wykonawca zapewnił inwestora;
- nie nadaje się do celu, o którym inwestor poinformował wykonawcę przy zawarciu umowy, a wykonawca nie zgłosił zastrzeżenia co do takiego jego przeznaczenia

Według Odwołującego - oznacza to, że złożenie przez ww. wykonawców zobowiązania dotyczącego przecież utrzymania takiej samej jakości (co oznacza utrzymanie w tym okresie wszystkich właściwości na jednakowym poziomie) w okresie aż 20 lat jest zobowiązaniem nieprawdziwym, nastawionym wyłącznie na otrzymanie lepszej punktacji (i to w sytuacji zaoferowania wyższej ceny) oraz uzyskanie zamówienia.

Odwołujący powołał się na stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej zaprezentowane w wyroku z dnia 23 marca 2016 r., sygn. akt KIO 369/16 oraz w wyroku z dnia 21 kwietnia 2015 r., sygn. akt KIO 692/15 (podobnie wyroki KIO o sygn. akt: KIO 1449/16, KIO 1501/16).

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący stwierdził, że pomimo zaoferowania najniższej ceny oraz realnego okresu gwarancji odpowiadającego zakresowi zamówienia nie jest w stanie konkurować z innymi podmiotami w niniejszym postępowaniu ze względu na całkowicie zaoferowanie przez tych wykonawców absurdalnie długiego okresu gwarancji.

Dodatkowo, Odwołujący podniósł, że największy Polski producent systemów ociepleń budynków (klej, styropian, tynk etc.) Atlas sp. z o.o. oferuje na swoje produkty maksymalnie 5 letni okres gwarancji. Powołał się w tym zakresie na pismo Atlas sp. z o.o. z dnia 20 kwietnia 2023 r. wraz z załącznikami.

Według Odwołującego - oznacza to, że oferując 20-letni okres gwarancji ww. wykonawcy złożyli oświadczenie niezgodne z rzeczywistością.

W ocenie Odwołującego - niemożliwe jest użycie materiałów dostępnych na rynku z okresem trwałości i użyteczności (gwarancja) oraz posiadających określone właściwości z okresem dłuższym niż pięć lat. Tym samym, niemożliwe jest by cele inwestycji (właściwości termoizolacyjne budynku) posiadały niezmiennie parametry przez okres 20 lat, skoro nawet na rynku nie istnieją materiały posiadające tak długi okres właściwości.

Według Odwołującego - Zamawiający podjął niezrozumiałą decyzję o wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę, który złożył nieprawdziwe informacje, tj. złożone w warunkach nieuczciwej konkurencji.

Pismem z dnia 8 maja 2023 r. BUD-AN sp. z o.o. z siedzibą w Kaliszu, zwany dalej Przystępującym zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym treść ogłoszenia i Specyfikacji Warunków Zamówienia, zwanej dalej SWZ, odwołania wraz z załącznikami, ofert złożonych przez wykonawców, odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 15 maja 2023 r., pisma procesowego Przystępującego z dnia 15 i 23 maja 2023 r. wraz z załącznikami, pisma procesowego

Odwolującego z dnia 23 maja 2023 r. wraz z załącznikami, jak również na podstawie złożonych przez strony i uczestnika wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w związku z art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 2 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

Rozpoznając meritum przedmiotowej sprawy należy wskazać, że podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia była kwestia oceny czy Przystępujący złożył ofertę stanowiącą czyn nieuczciwej konkurencji, która podlegałaby odrzuceniu.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że Zamawiający w rozdz. XVI SWZ ustanowił dwa kryteria oceny ofert, w tym kryterium gwarancji, gdzie wykonawcy mogli uzyskać 40 pkt na 100 możliwych.

Dodatkowo, Zamawiający postanowił, że Zamawiający wymaga minimalnego okresu gwarancji i rękojmi 48 miesięcy, brak wskazania w ofercie parametrów podlegających ocenie spowoduje brak przyznania punktacji za dany parametr.

Dalej, Izba stwierdziła, że Odwołujący złożył ofertę z ceną 4 279 908,00 zł z okresem gwarancji 60 miesięcy otrzymując łącznie 70 punktów, podczas gdy oferta BUD-AN była z ceną 4 477 317,00 zł z okresem gwarancji 240 miesięcy, gdzie wykonawca ten otrzymał 97,35 punktów, podczas gdy wykonawca Izbruk zaoferował cenę w wysokości 4 878 252,30 zł również z okresem gwarancji 240 miesięcy za, którą to ofertę otrzymał 92,64 punkty.

Ustalono również, że w przetargu tym została złożona oferta wykonawcy Hydratec z ceną 6 519 000,00 zł z okresem gwarancji 48 miesięcy z punktacją wynoszącą 47,56 punktów.

Z powołanych wyżej postanowień SWZ wynika w sposób jednoznaczny, że istotne dla Zamawiającego było uzyskanie oferty z odpowiednio długim okresem gwarancyjnym, nie krótszym niż 48 miesięcy.

Powyższą okoliczność – zdaniem Izby – potwierdza przede wszystkim brak zalimitowania na gruncie SWZ maksymalnego okresu gwarancyjnego.

Wymaga wskazania, że w treści SWZ nie ma postanowień określających skutki faktyczne i prawne związane z zadeklarowaniem przez wykonawców danego okresu gwarancyjnego wykraczającego poza owe 48 miesięcy.

Jeżeli zatem Zamawiający nie opisał takich skutków, to co do zasady złożenie oferty z okresem gwarancji przekraczającym 48 miesięcy nie powinno obciążać wykonawców.

Niemniej jednak w aspekcie zarzutu Odwołującego złożenia przez wykonawców ofert stanowiących czyn nieuczciwej konkurencji problem ten w ramach rozpoznawanej sprawy wymagał rozstrzygnięcia.

Stosownie do art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji tj. z dnia 13 maja 2022 r. czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Jednocześnie w myśl przepisu art. 15 ust. 1 pkt 5 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez działanie mające na celu wymuszenie na klientach wyboru jako kontrahenta określonego przedsiębiorcy lub stwarzanie warunków umożliwiających podmiotom trzecim wymuszanie zakupu towaru lub usługi u określonego przedsiębiorcy.

Natomiast, zgodnie z art. 15 ust. 2 pkt 1 tejże ustawy, na podstawie, którego Odwołujący sformułował zarzut odwołania, czyn, o którym mowa w ust. 1 pkt 5, może polegać w szczególności na ograniczeniu w istotny sposób lub wyłączeniu możliwości dokonywania przez klienta zakupu u innego przedsiębiorcy.

Według uznania Izby – Odwołujący w ogóle nie przeprowadził stosownego wywodu z omówieniem powyższych przepisów prawa na poparcie twierdzeń odwołania.

Argumentacja Odwołującego ograniczyła się między innymi jedynie do wskazania kilku orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej wydanych in casu.

Należy zauważyć, że Odwołujący nie udowodnił, że w trakcie postępowania przetargowego doszło do zmuszania Zamawiającego do wyboru najkorzystniejszej oferty Przystępującego.

Odwolujący w swoim odwołaniu postawił jedynie tezę, że zaoferowanie 240 okresu gwarancyjnego w ramach przedmiotu zamówienia stanowi manipulację zmierzającą do pozyskania zamówienia i wobec tego stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Na poparcie tej tezy Odwołujący w swoim odwołaniu oparł się jedynie na deklaracji jednego z producentów materiałów budowlanych (gwarancja firmy Atlas), które mogą mieć zastosowanie przy realizacji przedmiotu zamówienia.

Przy piśmie procesowym z dnia 23 maja 2023 r. Odwołujący załączył dodatkowo inne dowody w postaci oświadczeń producentów wyrobów budowlanych i innych dokumentów gwarancyjnych potwierdzające określone okresy gwarancyjne (gwarancja na system ociepleń Knauf Thermo – 5 lat, promesa Kreisel Technika Budowlana sp. z o.o. – 5 lat, oświadczenie tej firmy o warunkach i terminie udzielenia gwarancji z dnia 23 maja 2023 r., OW Gwarancji Ledolux – 5 i 7 lat gwarancji, oświadczenie ZTS Metalplast-Kalisz z dnia 19 maja 2023 r. i gwarancja – 5 lat, Kospel sp. z o.o. – 24 miesiące, maksymalnie 36 miesięcy, Nibe-Biawar sp. z o.o. maksymalnie na 66 miesięcy z klauzulą możliwości przedłużenia okresu gwarancji na kolejne 24 miesiące, Klima Term sp. z o.o. - wyroby Kaisai maksymalnie na 66 miesięcy, Hewalex sp. z o.o., sp.k. – 5 lat).

Z drugiej strony Przystępujący przedłożył przeciwdowody potwierdzające wiarygodność zaoferowanych przez niego terminów realizacji uprawnień z tytułu gwarancji (vide: 4 umowy realizacyjne załączone do pisma procesowego Przystępującego z dnia 23 maja 2023 r. z terminami od 240 do 360 miesięcy okresu gwarancyjnego).

W ocenie Izby – Odwołujący skutecznie nie przeprowadził dowodu wykazującego, że zadeklarowany przez dwóch wykonawców 240 miesięczny okres gwarancyjny nie jest realny.

Według zapatrywania Izby – gwarancja udzielona przez producenta wyrobu budowlanego nie musi mieć tej samej lub podobnej treści, co gwarancja wykonawcy zamówienia.

Zdaniem Izby – profesjonalni wykonawcy mogą przewidując określony cykl życia danej inwestycji na podstawie własnej wiedzy i doświadczenia, w tym znajomości właściwości danego wyrobu budowlanego deklarować również dostatecznie długie okresy możliwości realizacji uprawnień z tytułu gwarancji.

Nie oznacza to jednak, że w tym długim okresie gwarancyjnym nie mogą pojawiać się pewne usterki, których wartość ich usunięcia została już skalkulowana w złożonych ofertach.

Zdaniem Izby – wykonawcy, którzy zaoferowali taki 240 miesięczny okres gwarancyjny mają świadomość, że prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z

zasadami sztuki budowlanej w znacznej mierze odsuwa ryzyko związane z koniecznością ponoszenia dodatkowych kosztów związanych z realizacją obowiązków gwarancyjnych.

Jednocześnie – w przekonaniu Izby – zaoferowanie przez producentów materiałów budowlanych, producentów oświetlenia czy pomp ciepła około 5 letniej gwarancji dotyczy co do zasady odpowiedzialności tych producentów za wady produktu związane z brakiem odpowiednich właściwości produktów w okresie gwarancyjnym. Producent wyrobów budowlanych nie będzie ponosił w okresie gwarancyjnym odpowiedzialności za nieprawidłową realizację przedmiotu zamówienia przy wykorzystaniu jego produktów poprzez zastosowanie błędnej techniki i technologii budowlanej.

Producent taki nie będzie również odpowiadał za normalne zużycie materiałów budowlanych, nieprawidłowe ich przechowanie oraz ich wady fizyczne powstałe po ich odbiorze (np.; klej do ocieplenia, oprawa oświetleniowa czy aparatura sterownicza pompy ciepła nie będą podlegały gwarancji, jeżeli nastąpi ich uszkodzenie mechaniczne w trakcie eksploatacji obiektu).

Z tych przyczyn łatwo jest wyjaśnić dlaczego producenci wyrobów budowlanych gwarantują jedynie około 5 letni okres gwarancji.

Jednocześnie wymaga podkreślenia, że warunki gwarancji producenta i danego wykonawcy nie muszą być tożsame, a nawet podobne, a zatem wszystkie dowody Odwołującego na te okoliczności zaprezentowane w piśmie procesowym Odwołującego z dnia 23 maja 2023 r. należało uznać za irrelevantne do rozpoznania tej sprawy.

Szczególnie na uwagę zasługuje fakt, że Zamawiający w swojej SWZ w ogóle nie wymagał od wykonawców gwarancji producenta, lecz gwarancji wykonawcy. Co istotne, trudno nawet odnosić się do argumentacji Odwołującego opierającej się o dokumenty gwarancyjne producentów poszczególnych wyrobów budowlanych czy urządzeń, jeżeli Zamawiający nie opisał w SWZ jakiegokolwiek sposobu szczegółowych warunków udzielanej przez wykonawców gwarancji.

Dodatkowo, należy zaznaczyć, że Odwołujący nie udowodnił również okoliczności możliwości przedłużenia gwarancji proponowanej przez samych producentów.

Wydaje się również, że wykonawcy oferując 240 miesięczny okres gwarancyjny znają bardzo dobrze właściwości danego wyrobu budowlanego i w zasadzie nie dopuszczają

możliwości wystąpienia w tym okresie istotnej wady produktowej, skutkującej uruchomieniem odpowiedzialności z tytułu gwarancji.

Jeżeli zaś takie usterki w przedmiocie zamówienia mogłyby wystąpić, to koszty związane z ich usunięciem nie byłyby rażąco znaczne i dolegliwe dla tych wykonawców.

Przystępujący na rozprawie stwierdził między innymi, że jeżeli chodzi o ryzyko związane z możliwymi kosztami związanymi z realizacją obowiązków gwarancyjnych szacuje na około 10%, co w opinii Izby nie jest ciężarem niemożliwym do przyjęcia przez wykonawców.

W dalszej kolejności, Odwołujący w swoim odwołaniu również zaznaczył, że konieczne jest zachowanie identycznych

parametrów technicznych przedmiotu zamówienia przez cały okres gwarancji przy czym na rozprawie przed Izba przyznał, że nie jest możliwe od strony praktycznej przeprowadzenie badań laboratoryjnych współczynnika ocieplenia w trakcie użytkowania budynku.

Izba podziela stanowisko Odwołującego, że stosowne parametry przez okres gwarancyjny powinny być zachowane, lecz nie zgadza się z jego poglądem o tym, że w związku z tym przedmiot zamówienia pomimo jego użytkowania w całym okresie gwarancyjnym powinien być najwyższej jakości.

W przekonaniu Izby – wykonawca udzielający gwarancji na przedmiot zamówienia będzie odpowiedzialny jedynie za jego dobrą jakość, lecz nie za to, że będzie on przez okres gwarancji nowy czy o podwyższonej jakości.

Jednocześnie, w sprawie tej zasadnym jest powołanie się na treść art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, który przewiduje, że do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz. U. z 2022 r. poz. 1360), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.

Korzystając zatem posiłkowo z regulacji cywilnoprawnej na tle tej sprawy, Izba reprezentuje pogląd, że nadrzędne znaczenie będzie miała zasada swobody umów pomiędzy stronami, gdzie w art. 353¹ kodeksu cywilnego postanowiono, że strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść

lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.

W opinii Izby – oświadczenie woli Przystępującego i drugiego wykonawcy o zadeklarowaniu 240 miesięcznego okresu gwarancyjnego nie pozostaje w kolizji ze specyfiką zamówienia.

Odwołujący nie wykazał, że roboty budowlane polegające na termomodernizacji budynków dla zapewnienia celu umownego występujące w obrocie powszechnym mieszczą się jedynie w cyklu 5 letnim, po upływie którego to okresu konieczna będzie realizacja nowego zamówienia obejmującego ten sam przedmiot zamówienia.

Ponadto, Odwołujący również nie umotywował istnienia sprzeczności tych oświadczeń z ustawą czy zasadami współżycia społecznego.

W konsekwencji, należało przyjąć, że Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w granicach przepisu art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, bowiem wybór ten nastąpił na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia w warunkach, gdzie najkorzystniejsza oferta Przystępującego przedstawiała najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu, w tym przede wszystkim jeżeli chodzi o zapewnienie gwarancyjne tego wykonawcy.

Ostatecznie – nie był trafny zarzut odwołania dotyczący naruszenia przez Zamawiającego art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, z tego względu, że arbitralna ocena Zamawiającego skutkująca odrzuceniem ofert dwóch wykonawców, w okolicznościach tej sprawy nie zapewniałaby zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców i przejrzystości procedury o udzielenie zamówienia publicznego.

W szczególności nie byłoby jasne dla uczestników tego przetargu, dlaczego zadeklarowanie 240 miesięcznego okresu gwarancji stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, podczas gdy takie zobowiązanie gwarancyjne na okres 60 miesięcy już takiego czynu stanowić nie mogło, w warunkach gdy Zamawiający nie uczynił jakiegokolwiek zastrzeżenia w tej mierze w ramach SWZ, a Odwołujący nie zaskarżył w terminie ustawowym postanowień SWZ dotyczących kryterium oceny ofert odnoszących się do gwarancji.

W związku z tym nie byłoby również przejrzyste ustalenie granicy poza którą oświadczenie woli o udzieleniu gwarancji stanowiłoby czyn nieuczciwej konkurencji.

Według zapatrywania Izby – bez odpowiednich uregulowań na gruncie SWZ jest praktycznie niemożliwe ustalenie czy tą granicą będzie przykładowo 5, 6, 10, a może 18 lat.

Z tych wszystkich powodów – w ocenie Izby – Zamawiający nie miał dostatecznej podstawy prawnej do zastosowania przepisu art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, który przewiduje, że Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 553 ustawy Pzp postanowiła oddalić odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i art. 576 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania

Przewodniczący:.....