

Sygn. akt: KIO 3002/23

**WYROK**

**z dnia 26 października 2023 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki**

**Protokolant: Klaudia Kwadrans**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 października 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 października 2023 r. przez wykonawcę **M. B.**, prowadzącego w Warszawie działalność gospodarczą pod nazwą **Klimi M. B.**

w postępowaniu prowadzonym przez **Zakład Gospodarowania Nieruchomościami w Dzielnicy Śródmieście m. st. Warszawy w Warszawie**

przy udziale wykonawcy **M. S.**, prowadzącego w Warszawie działalność gospodarczą pod nazwą **KFU, M. S.**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. **umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr 3 odwołania,**
2. **w pozostałym zakresie oddala odwołanie,**
3. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **M. B.**, prowadzącego w Warszawie **działalność gospodarczą pod nazwą Klimi M. B. i:**
  - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7.500 zł 00 gr** (słownie: siedmiu tysięcy pięciuset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **M. B.**, prowadzącego w Warszawie **działalność gospodarczą pod nazwą Klimi M.B.** tytułem wpisu od odwołania,
  - 3.2. zasądza od wykonawcy **M. B.**, prowadzącego w Warszawie **działalność gospodarczą pod nazwą Klimi M. B.** na rzecz wykonawcy **M. S.**, prowadzącego w Warszawie **działalność gospodarczą pod nazwą KFU, M. S.** kwotę **2.500 zł 00 gr** (słownie: dwóch tysięcy pięciuset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty uczestnika postępowania wnoszącego sprzeciw poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605) 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:** .....

### Uzasadnienie

Zakład Gospodarowania Nieruchomościami w Dzielnicy Śródmieście m. st. Warszawy w Warszawie, zwany dalej „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp”, którego przedmiotem jest dostawa, montaż oraz serwis klimatyzatorów wraz z ich instalacją w siedzibach Zakładu Gospodarowania Nieruchomościami w Dzielnicy Śródmieście m. st. Warszawy.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 7 sierpnia 2023 r., nr 2023/BZP 00343895.

Wobec czynności i zaniechań zamawiającego w ww. postępowaniu w dniu 9 października 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniósł odwołanie wykonawca M. B., prowadzący w Warszawie działalność gospodarczą pod nazwą Klimi M. B., zwany dalej „odwołującym”.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 16 pkt 1 – 3 Pzp przez naruszenie zasady nakazującej prowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców oraz w sposób przejrzysty i proporcjonalny, a także naruszenie innych pozostających w związku z art. 16 pkt 1 – 3 Pzp przepisów, tj.:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp przez nieuprawnione zaniechanie zastosowania tego przepisu polegające na dokonaniu wyboru oferty wykonawcy M. S., prowadzącego w Warszawie działalność gospodarczą pod nazwą KFU, M. S. (zwanego dalej „KFU” lub „przystępującym”), w sytuacji, gdy wykonawca ten zaoferował urządzenia, które są niezgodne z warunkami zamówienia i dokonał nieuprawnionej modyfikacji formularza cenowego, co doprowadziło do nieuprawnionego zaniechania odrzucenia oferty tego wykonawcy z postępowania i nieporównywalności ofert złożonych w postępowaniu,
- 2) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp przez jego niewłaściwe niezastosowanie polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty KFU w sytuacji, gdy podmiot ten nie potwierdził, że należycie wykonał zamówienia wymagane w ramach warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w rozdziale 7 ust. 2 specyfikacji warunków udziału w postępowaniu i w konsekwencji niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu przez KFU, co doprowadziło do nieuprawnionego zaniechania odrzucenia oferty tego wykonawcy z postępowania,
- 3) ewentualnie, w przypadku nieuwzględnienia zarzutu, o którym mowa w punkcie 2 powyżej – art. 128 ust. 1 Pzp przez nieuprawnione zaniechanie zastosowania tego

przepisu polegające na zaniechaniu wezwania KFU do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w postaci referencji potwierdzających należyte wykonanie zamówień wskazanych w wykazie wykonanych usług w sytuacji, gdy dokumenty przedłożone przez KFU nie potwierdzają należytego wykonania zamówień wskazanych przez tego wykonawcę w wykazie wykonanych usług, co doprowadziło do nieuprawnionego wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez KFU, który to wykonawca nie potwierdził należytego wykonania zamówień niezbędnych dla wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty KFU jako najkorzystniejszej w postępowaniu,
- 2) dokonania ponownego badania i oceny ofert,
- 3) ewentualnie – wezwania KFU do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w postaci referencji lub innych dokumentów potwierdzających należyte wykonanie zamówień wskazanych w wykazie wykonanych usług przez KFU,
- 4) odrzucenia oferty KFU z powodu jej niezgodności z warunkami zamówienia oraz z powodu niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu,
- 5) i w konsekwencji wyboru swej oferty jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał, że Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie części 2, to jest oferty złożona przez KFU. Zdaniem odwołującego, Zamawiający pominął jednak dwa istotne zagadnienia wynikające z oferty KFU. Pierwsze z nich dotyczy niezgodności oferty z warunkami zamówienia, która przejawia się w zaoferowaniu urządzeń niezgodnych z warunkami zamówienia co do mocy wymaganej przez Zamawiającego. Drugie natomiast – braku przedłożenia referencji lub innych dokumentów potwierdzających, że KFU wykonało należycie zamówienia wymagane w ramach warunków udziału w postępowaniu, które zostały wskazane w wykazie wykonanych usług.

Odnosząc się do niezgodności oferty KFU z warunkami zamówienia odwołujący wskazał, że Zamawiający w rozdziale 14 Opis sposobu przygotowania oferty ust. 15 pkt 1 specyfikacji warunków zamówienia dla Postępowania, dalej jako: „SWZ”, wymagał załączenia do oferty wypełnionego formularza ofertowego wraz z formularzem cenowym sporządzonego z wykorzystaniem wzorów stanowiących załączniki nr 1 i 1.1 do SWZ. Treść formularza cenowego (stanowiącego załącznik nr 1.1 do SWZ) została opracowana przez Zamawiającego i zawierała wypełnione przez Zamawiającego pozycje „ilość klimatyzatorów”

– w odniesieniu do rodzajów klimatyzatorów o poszczególnej mocy – odpowiednio ok. 2,5 kW, 3,5 kW oraz 5 kW. Zdaniem odwołującego, KFU dokonał samodzielnej, nieuprawnionej ingerencji w treść formularza cenowego w zakresie ilości klimatyzatorów o poszczególnej mocy, oferując niemalże w całości klimatyzatory o najmniejszej mocy.

Odwołujący argumentował, że formularz cenowy stanowił załącznik do SWZ, w związku z czym również wyznaczał warunki zamówienia. Wskazywał, że wszyscy wykonawcy, którzy złożyli oferty w postępowaniu poza KFU, dostosowali się do wzoru formularza cenowego i złożyli oferty na liczbę klimatyzatorów o poszczególnej mocy zgodną z wymaganiami Zamawiającego określonymi w formularzu cenowym stanowiącym załącznik do SWZ. Jedynie KFU dokonał samodzielnej, nieuprawnionej ingerencji w Formularz cenowy.

Zdaniem odwołującego doprowadziło to także do nieporównywalności ofert. Według odwołującego oczywistym jest bowiem, że klimatyzatory o niższej mocy można nabyć za niższą cenę. W sytuacji, gdy wyłącznie jeden z wykonawców oferuje klimatyzatory o niższej mocy od pozostałych, to zaoferowana cena staje się nieporównywalna z cenami zaoferowanymi przez pozostałych wykonawców, którzy złożyli oferty zgodne z warunkami zamówienia. Oferują bowiem oni urządzenia o innych parametrach technicznych. Według odwołującego, powyższe potwierdza także dopisek w Formularzu cenowym KFU, z którego wynika, że *„Podczas wizji lokalnej w dniu 10.08.2023 r. moc chłodnicza urządzeń została ustalona z prowadzącym wizję i zaakceptowana przez niego”*. Zdaniem odwołującego naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców jest dokonywanie ustaleń wyłącznie z jednym wykonawcą, który uczestniczy w wizji lokalnej bez jednoczesnego udziału w tej wizji pozostałych wykonawców. Nie jest możliwe potwierdzenie wyłącznie jednemu wykonawcy, że może zaoferować on urządzenia o mocy odmiennej niż ta, która została ustalona przez Zamawiającego.

Według odwołującego, właściwym trybem komunikacji w takim przypadku jest kierowanie do Zamawiającego wniosków o wyjaśnienie treści SWZ. Argumentował, że tak też w postępowaniu czynili pozostali wykonawcy, o czym świadczy m. in. pismo Zamawiającego z dnia 17 sierpnia 2023 r. pn. „Informacja o pytaniach do SWZ i udzielonych odpowiedziach”. W ramach tego pisma Zamawiający dopuścił montaż klimatyzacji o mniejszej mocy w odniesieniu do klimatyzatora o mocy 10,5 kW. Brak jest analogicznego dopuszczenia w odniesieniu do pozostałych klimatyzatorów.

Zdaniem odwołującego oferta złożona przez KFU jest niezgodna z warunkami zamówienia, gdyż ten wykonawca dokonał samodzielnej i nieuprawnionej ingerencji w formularz cenowy przygotowany przez Zamawiającego w zakresie liczby urządzeń oferowanych w ramach poszczególnej mocy. Doprowadziło to także do nieporównywalności

ofert. Według odwołującego w ramach części nr 2 zamówienia konieczne jest zatem odrzucenie oferty KFU i dokonanie ponownej oceny ofert bez uwzględnienia oferty złożonej przez tego wykonawcę.

Odnosząc się do niewykazania przez KFU spełniania warunków udziału w Postępowaniu Odwołujący wskazał, że zgodnie z Rozdziałem 7 „Informacja o warunkach udziału w postępowaniu” ust. 2 SWZ: *„Na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu Zamawiający żądał przedstawienia następujących podmiotowych środków dowodowych - wskazanie min 1 zamówienia wykonanego nie wcześniej niż w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, o wartości brutto 75.000,00 zł odpowiadające przedmiotowi zamówienia (dostawa, montaż i serwis) wraz z podaniem przedmiotu, wartości, daty i miejsca wykonania oraz podmiotu, na rzecz którego zamówienie to zostało wykonane wraz z załączeniem dowodu określającego jego należyte wykonanie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmioty, na rzecz których usługi zostały wykonane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – inne odpowiednie dokumenty;”*.

Odwołujący wskazał, że Wykonawca KFU złożył wykaz wykonanych usług z którego wynika, że zrealizował dostawę, montaż i serwis klimatyzatorów na rzecz: Massi sp. z o.o., a także BCA Engineering Group sp. z o.o. Odwołujący wskazał, że Wykonawca dołączył do tego wykazu dwa dokumenty w postaci listu referencyjnego z dnia 5 sierpnia 2023 r., wystawionego przez BCA Engineering Group sp. z o.o., a także referencji z dnia 6 września 2023 r. wystawionych przez Massi sp. z o.o.

Według odwołującego, ze złożonych referencji nie wynika jednoznacznie, aby KFU zrealizował konkretną dostawę, montaż i serwis klimatyzacji na rzecz podmiotów, które zostały wskazane w wykazie wykonanych usług. Argumentował, że Zamawiający w ust. 2 Rozdziału 7 SWZ wymagał, aby wykonawca przedłożył dowód określający należyte wykonanie zamówienia. Podobnie – treść rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. poz. 2415) wymaga w § 9 ust. 1 pkt 2 załączenia dowodów „określających, czy te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie”. Konieczne jest zatem przedłożenie dowodów, które potwierdzają należyte wykonanie dostaw lub usług wynikających z wykazu wykonanych odpowiednio dostaw lub usług.

Według odwołującego, za taki dokument nie może być uznany ogólny list referencyjny, który zasadniczo nie wiadomo czego dotyczy, gdyż nie określono w nim zakresu

wykonywanych prac (jak w przypadku referencji z dnia 6 września 2023 r. wystawionych przez Massi sp. z o.o.), czy też nawet wykonania jakichkolwiek prac w zakresie dostawy, montażu i serwisu klimatyzacji (jak w przypadku listu referencyjnego z dnia 5 sierpnia 2023 r., wystawionego przez BCA Engineering Group sp. z o.o.). Odwołujący argumentował, że w złożonych referencjach nie wskazano informacji o jakiegokolwiek umowie, nie jest wiadomo, czy referencje dotyczą tego samego zamówienia, co wskazane w wykazie usług i nie jest wiadomo, kiedy rzekome prace miały zostać wykonane. Zdaniem odwołującego, referencje nie muszą potwierdzać wykonania absolutnie każdego elementu warunku udziału w postępowaniu, niemniej podstawowy zakres prac oraz tytuł prawny do ich wykonania powinien zostać w nich zawarty. W przeciwnym razie nie jest bowiem możliwe stwierdzenie, że referencje dotyczą tych dostaw lub usług, które zostały wskazane w wykazie dostaw lub usług. Zdaniem odwołującego taka sytuacja ma miejsce w odniesieniu do dokumentów przedłożonych przez KFU, które są raczej poleceniem KFU jako partnera handlowego, niż dowodem potwierdzającym, że prace wskazane w wykazie wykonanych usług zostały należycie wykonane.

Odwołujący podniósł, że z tej przyczyny nie jest możliwe uznanie, że KFU wykazał spełnianie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale 7 ust. 2 SWZ. W konsekwencji Zamawiający nie mógł uznać, że ten wykonawca wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Zdaniem odwołującego konieczne jest zatem co najmniej wezwanie KFU do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w postaci dokumentów potwierdzających należyte wykonanie zamówień, o których mowa w wykazie wykonanych usług przedłożonym w toku postępowania przez KFU.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że uwzględni zarzuty przedstawione w odwołaniu w całości. W trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca M. S., prowadzący w Warszawie działalność gospodarczą pod nazwą KFU, M. S.. Złożył sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów nr 1 i nr 2 odwołania. Nie złożył sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutu nr 3 odwołania. W trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

**Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji warunków**

zamówienia (SWZ), odpowiedzi na pytania dotyczące treści SWZ, protokół z wizji lokalnej, informację z otwarcia ofert, oferty wykonawców, wezwania zamawiającego kierowane do przystępującego, oświadczenia i dokumenty składane przez przystępującego w toku postępowania, zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej, załączniki do pism procesowych stron, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dokumenty złożone przez strony i uczestnika postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Art. 16 ustawy Pzp stanowi, że *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:*

- 1) *zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;*
- 2) *przejrzysty;*
- 3) *proporcjonalny.*

Art. 128 ust. 1 Pzp stanowi, że *Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że:*

- 1) *wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub*
- 2) *zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.*

Art. 226 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:*

- 2) *została złożona przez wykonawcę:*
  - b) *niespełniającego warunków udziału w postępowaniu,*
- 5) *jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia;*

Art. 239 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że *zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.*

Ustalono, że przedmiotem zamówienia jest dostawa, montaż oraz serwis klimatyzatorów wraz z ich instalacją w siedzibach Zakładu Gospodarowania Nieruchomościami w Dzielnicy Śródmieście m. st. Warszawy.

Ustalono, że w rozdziale 5 specyfikacji warunków zamówienia (SWZ) zamawiający przewidział m.in.:

1. *Szczegółowy zakres zamówienia określają Wytyczne - załącznik nr 4 do SWZ.*



3. Zamawiający przewiduje obowiązek odbycia przez Wykonawcę wizji lokalnej. Termin i zasady udziału w wizji lokalnej: w dniu 10.08.2023 r.

dla części 1:

- godz. 08:15 w siedzibie ZGN ul. Szwoleżerów 5
- godz. 10:00 w siedzibie ZGN ADK-5 ul. K.I. Gałczyńskiego 12a

dla części 2:

- godz. 12:15 w siedzibie ZGN ADK-2 ul. Wilcza 38a
- godz. 14:45 w siedzibie ZGN ADK-1 ul. Pawia 9

Zamawiający nie przewiduje wyjaśnień podczas wizji lokalnej, wizja ma służyć okazaniu terenu/obiektu przedmiotu zamówienia.

Jeżeli Wykonawca nie odbędzie wizji lokalnej w jednym z ww. terminów, Zamawiający informuje, że zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 18 ustawy Pzp, odrzuci ofertę, która została złożona przez Wykonawcę bez odbycia wizji lokalnej.

4. Wykonawca po przeprowadzeniu oględzin dokona oceny jakiej mocy urządzenie należy zamontować w poszczególnych pomieszczeniach (przewidywana moc urządzeń to 2,5 kW, 3,5 kW, 5 kW oraz 10,5 kW).

5. Zamawiający dopuszcza składanie ofert częściowych w podziale na lokalizacje:

1) część nr 1:

- ZGN, ul. Szwoleżerów 5,
- ZGN ADK-5, ul. K.I. Gałczyńskiego 12,
- ZGN ADK-5, ul. K.I. Gałczyńskiego 12a,

2) część nr 2:

- ZGN ADK-1, ul. Pawia 9,
- ZGN ADK-2, ul. Wilcza 38a.

Ustalono także, że w rozdziale 7 SWZ (Informacja o warunkach udziału w postępowaniu) zamawiający wskazał:

1. Zgodnie z art. 57 ustawy Pzp, o udzielenie zamówienia ubiegać mogą się Wykonawcy, którzy:

- 1) nie podlegają wykluczeniu na zasadach określonych w Rozdziale 8 SWZ;
- 2) oraz spełniają określone przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu.

2. Na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu Zamawiający żąda przedstawienia następujących podmiotowych środków dowodowych - wskazanie min 1 zamówienia wykonanego nie wcześniej niż w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, o wartości brutto 75.000,00 zł odpowiadające przedmiotowi zamówienia (dostawa, montaż i serwis) wraz z podaniem przedmiotu, wartości, daty i miejsca wykonania oraz podmiotu, na rzecz którego zamówienie

to zostało wykonane wraz z załączeniem dowodu określającego jego należyte wykonanie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmioty, na rzecz których usługi zostały wykonane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – inne odpowiednie dokumenty;

Ustalono także, że w rozdziale 10 SWZ zamawiający przewidział:

2. Zamawiający wezwie wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 5 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia następujących oświadczeń lub dokumentów:

1) wskazanie min 1 zamówienia wykonanego nie wcześniej niż w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, o wartości brutto 75.000,00 zł odpowiadające przedmiotowi zamówienia (dostawa, montaż i serwis) wraz z podaniem przedmiotu, wartości, daty i miejsca wykonania oraz podmiotu, na rzecz którego zamówienie to zostało wykonane wraz z załączeniem dowodu określającego jego należyte wykonanie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmioty, na rzecz których usługi zostały wykonane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – inne odpowiednie dokumenty;

Kolejno ustalono, że w rozdziale 14 SWZ zamawiający przewidział:

15. Do oferty należy dołączyć:

1) wypełniony formularz ofertowy wraz z formularzem cenowym sporządzone z wykorzystaniem wzorów stanowiących załączniki nr 1 i 1.1 do SWZ, zawierającego w szczególności: wskazanie oferowanego przedmiotu zamówienia, łączną cenę ofertową brutto zgodną z wytycznymi, , zobowiązanie dotyczące udzielonej gwarancji, termin realizacji zamówienia, warunków płatności, oświadczenie o okresie związania ofertą oraz o akceptacji wszystkich postanowień SWZ i wzoru umowy bez zastrzeżeń;

Ustalono kolejno, że w załączniku nr 4 do SWZ (szczegółowy opis warunków zamówienia) zamawiający przewidział m.in.:

3. Zakres rzeczowy:

b. Dostawa, montaż i uruchomienie 11 szt. klimatyzatorów typu split z inwerterem w pomieszczeniach biurowych w budynku ADK-1 przy ul. Pawiej 9 (montaż jednostki zewnętrznej na dachu lub elewacji budynku) o następujących parametrach technicznych:

- moc chłodzenia: 2,5 kW (+/- 0,2 kW), 3,5 kW (+/- 0,4 kW) oraz 5 kW (+/- 0,5 kW – zgodnie z doborem mocy do pomieszczeń biurowych dokonany podczas oględzin,

c. Dostawa, montaż i uruchomienie 20 szt. klimatyzatorów typu split z inwerterem w pomieszczeniach biurowych w budynku ADK-2 przy ul. Wilczej 38a (montaż jednostki zewnętrznej na dachu lub elewacji budynku) o następujących parametrach technicznych:  
 - moc chłodzenia: 2,5 kW (+/- 0,2 kW), 3,5 kW (+/- 0,4 kW) oraz 5 kW (+/- 0,5 kW – zgodnie z doborem mocy do pomieszczeń biurowych dokonany podczas oględzin,

Kolejno ustalono, że we wzorze formularza cenowego, stanowiącego załącznik nr 1.1. SWZ, zamawiający przewidział:

Lp	Siedziba	Adres	Rodzaj klimatyzatora (moc)	Ilość klimatyzatorów	ilość klimatyzatorów
1	ADK-1	ul. Pawia 9	ok. 2,5 kW	6	11
2			ok. 3,5 kW	4	
3			ok. 5 kW	1	
4	ADK-2	ul. Wilcza 38a	ok. 2,5 kW	8	20
5			ok. 3,5 kW	11	
6			ok. 5 kW	1	

31

Kolejno ustalono, że w dniu 17 sierpnia 2023 r. na wniosek jednego z wykonawców o wyjaśnienie treści SWZ o treści:

Pytanie nr 2: *Po oględzinach miejsca instalacji proponowana przez zamawiającego jednostka kasetonowa 10 kw jest zbyt duża w stosunku do powierzchni użytkowej gdzie ma być zamontowane urządzenie. Czy zamawiający dopuszcza montaż klimatyzacji o mniejszej mocy chłodniczej 8 kw?*

Zamawiający udzielił odpowiedzi: *Zamawiający dopuszcza montaż klimatyzacji o mniejszej mocy.*

Kolejno ustalono, że w dniu 17 sierpnia 2023 r. na wniosek jednego z wykonawców o wyjaśnienie treści SWZ o treści:

Pytanie nr 3: *Podczas wizji lokalnej ustaliliśmy że zamiast klimatyzatora o mocy 10,5 kW wystarczy spokojnie taki o mocy 7 kW. Czy Państwo akceptują taką zmianę?*

Zamawiający udzielił odpowiedzi: *Zamawiający dopuszcza montaż klimatyzacji o mniejszej mocy.*

Kolejno ustalono także, że do upływu terminu składania ofert, w zakresie części 2 zamówienia, do zamawiającego wpłynęła m.in. oferta przystępującego.

(por. informacja z otwarcia ofert, w dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego na nośniku elektronicznym).

Kolejno ustalono, że przystępujący załączył do swojej oferty w zakresie części 2 zamówienia wypełniony formularz cenowy. W formularzu tym przewidział:

Lp	Siedziba	Adres	Rodzaj klimatyzatora (moc)	Ilość klimatyzatorów	ilość klimatyzatorów
1	ADK-1	ul. Pawia 9	ok. 2,5 kW	10	11
2			ok. 3,5 kW	1	
3			ok. 5 kW	0	
4	ADK-2	ul. Wilcza 38a	ok. 2,5 kW	19	20
5			ok. 3,5 kW	0	
6			ok. 5 kW	1	

31

Podczas wizji lokalnej w dniu 10.08.2023 r. moc chłodnicza została ustalona z prowadzącym wizję i zaakceptowana przez niego.

Ustalono także, że przystępujący załączył do swej oferty wykaz usług. W wykazie tym przystępujący wymienił:

- 1) dostawa, montaż i serwis 78 szt. klimatyzatorów na rzecz: Massi sp. z o.o. w okresie od 19.07.2020 r. do 04.09.2020 r. o wartości 321.362,43 zł brutto,
- 2) dostawa, montaż i serwis 34 szt. klimatyzatorów na rzecz: BCA Engineering Group sp. z o.o. w okresie od 05.06.2023 r. do 15.06.2023 r. o wartości 129.243,10 zł brutto.

Do wykazu przystępujący załączył:

- 1) list referencyjny z dnia 5 sierpnia 2023 r., wystawiony przez BCA Engineering Group sp. z o.o., w którym znalazły się następujące oświadczenia:

*Na podstawie dotychczasowych doświadczeń stwierdzamy, że Firma KFU M. S. w sposób sumienny i profesjonalny wywiązuje się z podjętych zobowiązań. Firma ta proponuje usługi w zakresie dostawy, montażu oraz serwisu systemów klimatyzacji i wentylacji. Na szczególne podkreślenie zasługuje przede wszystkim fachowe doradztwo i wykonanie projektu instalacji klimatyzacyjnej zgodnie z naszymi wymaganiami i życzeniami.*

*Dodatkowym atutem Firmy jest szybkie i sprawne przeprowadzenie prac montażowych, nie utrudniające normalnego trybu pracy.*

*Dotychczasowa współpraca w pełni spełnia nasze oczekiwania i pozwala na rekomendowanie Firmy KFU M. S. jako partnera, który w sposób właściwy traktuje swoje zobowiązania wobec klienta.*

2) referencje z dnia 6 września 2023 r. wystawione przez Massi sp. z o.o. w których znalazły się następujące oświadczenia:

*Firma KFU M. S. świadczy usługi w zakresie projektu, dostawy, montażu oraz serwisu systemów klimatyzacji.*

*Pracownicy tej firmy zapewniają fachowe doradztwo oraz bezproblemowe wykonanie powierzonych im projektów instalacji klimatyzacji. Prace montażowe oraz serwisowe wykonywane są zgodnie z naszymi wymogami nie utrudniając przy tym pracy biurowej. Firma KFU M. S. posiada wysoko wykwalifikowany personel oraz ekipy montażowe i serwisowe, obsługujące teren całego kraju.*

*Z pełną odpowiedzialnością możemy polecić Państwu firmę KFU, jako wykonawcę i serwisanta systemów klimatyzacji. Ci z Państwa, którzy zdecydują się na współpracę z KFU mogą liczyć na rzetelne podejście do zadanych tematów w zakresie klimatyzacji.*

*Pracownicy KFU posiadają wysoką kulturę osobistą, zawsze gotowi są do pomocy w doborze urządzeń jak i rozwiązań technicznych.*

*Mamy nadzieję, że będziecie Państwo w pełni zadowoleni ze współpracy z firmą KFU M. S..*

(por. oferta przystępującego, w aktach sprawy, na nośniku elektronicznym przekazanym przez zamawiającego).

Następnie ustalono, że 4 października 2023 r., zamawiający zawiadomił odwołującego o wyborze oferty przystępującego jako najkorzystniejszej w zakresie części 2 zamówienia.

### **Postępowanie odwoławcze podlegało umorzeniu w części dotyczącej zarzutu nr 3 odwołania.**

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oświadczył, że uwzględni zarzuty przedstawione w odwołaniu w całości. Przystępujący w trakcie posiedzenia Izby w dniu 24 października 2023 r. oświadczył, że nie wnosi sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutu nr 3 odwołania.

Zgodnie z art. 523 ust. 1 ustawy Pzp, *Uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, może wnieść sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości albo w części. Z powyższego przepisu wynika uprawnienie przystępującego po stronie zamawiającego, do wniesienia sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości. Na zasadzie wnioskowania z większego na mniejsze, skoro przystępujący jest uprawniony do wniesienia sprzeciwu wobec*

uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości, to jest także uprawniony do wniesienia sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego tylko niektórych zarzutów odwołania. Przystępujący zdecydował się nie wnieść sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutu nr 3 odwołania, przez co zarzut ten stał się bezsporny. Powyższe skutkowało koniecznością umorzenia postępowania odwoławczego w tej części. Stosownie bowiem do art. 523 ust. 3 ustawy Pzp, w sytuacji uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania, rozpoznanie odwołania uzależnione jest od wniesienia sprzeciwu, co – w odniesieniu do zarzutu nr 3 odwołania - nie nastąpiło.

Mając na uwadze powyższe okoliczności faktyczne Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że postępowanie odwoławcze, w części dotyczącej zarzutu nr 3, podlegało umorzeniu na podstawie stosowanego odpowiednio przepisu art. 522 ust. 2 ustawy Pzp. Zgodnie z przywoływanym przepisem, *Jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniesie sprzeciwu co do uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez zamawiającego, Izba umarza postępowanie, a zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.*

Stosownie do art. 568 pkt 3 ustawy Pzp, *Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku, o którym mowa w art. 522.*

W związku z powyższym Izba, działając na podstawie art. 522 ust. 2 w zw. z art. 523 ust. 1 w zw. z art. 523 ust. 2 i art. 568 pkt 3 ustawy Pzp, postanowiła jak w pkt 1 sentencji.

**Odwołanie, w zakresie rozpatrywanym merytorycznie, nie zasługiwało na uwzględnienie.**

Chybiony okazał się zarzut nr 1 odwołania, to jest zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp przez nieuprawnione zaniechanie zastosowania tego przepisu polegające na dokonaniu wyboru oferty przystępującego w sytuacji, gdy wykonawca ten zaoferował urządzenia, które są niezgodne z warunkami zamówienia i dokonał nieuprawnionej modyfikacji formularza cenowego, co doprowadziło do nieuprawnionego zaniechania odrzucenia oferty tego wykonawcy z postępowania i nieporównywalności ofert złożonych w postępowaniu.

Odwołujący podniósł w odwołaniu, że oferta przystępującego powinna zostać przez zamawiającego odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp z powodu jej niezgodności ze wzorem formularza cenowego, który miał wyznaczać warunki zamówienia. Argumentował, że treść formularza cenowego (stanowiącego załącznik nr 1.1 do SWZ) została opracowana

przez Zamawiającego i zawierała wypełnione przez zamawiającego pozycje „ilość klimatyzatorów” – w odniesieniu do rodzajów klimatyzatorów o poszczególnej mocy – odpowiednio ok. 2,5 kW, 3,5 kW oraz 5 kW. Zdaniem odwołującego, przystępujący miał dokonać nieuprawnionej ingerencji w treść formularza cenowego w zakresie ilości klimatyzatorów o poszczególnej mocy.

Stanowisko odwołującego, w świetle całości postanowień SWZ, okazało się nieprawidłowe.

W ocenie Izby odwołujący dokonał błędnej wykładni postanowień SWZ. Odwołujący w swej interpretacji oparł się wyłącznie na wzorze formularza cenowego, który faktycznie zawierał wypełnione przez zamawiającego pozycje „ilość klimatyzatorów” – w odniesieniu do rodzajów klimatyzatorów o poszczególnej mocy – odpowiednio ok. 2,5 kW, 3,5 kW oraz 5 kW. Odwołujący nie dostrzegł jednak, że w rozdziale 5 specyfikacji warunków zamówienia (SWZ) zamawiający przewidział m.in.:

1. Szczegółowy zakres zamówienia określają Wytyczne - załącznik nr 4 do SWZ.

3. Zamawiający przewiduje obowiązek odbycia przez Wykonawcę wizji lokalnej.

Zamawiający nie przewiduje wyjaśnień podczas wizji lokalnej, wizja ma służyć okazaniu terenu/obiektu przedmiotu zamówienia.

*Jeżeli Wykonawca nie odbędzie wizji lokalnej w jednym z ww. terminów, Zamawiający informuje, że zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 18 ustawy Pzp, odrzuci ofertę, która została złożona przez Wykonawcę bez odbycia wizji lokalnej.*

4. Wykonawca po przeprowadzeniu oględzin dokona oceny jakiej mocy urządzenie należy zamontować w poszczególnych pomieszczeniach (przewidywana moc urządzeń to 2,5 kW, 3,5 kW, 5 kW oraz 10,5 kW).

Ponadto, w załączniku nr 4 do SWZ (szczegółowy opis warunków zamówienia) zamawiający przewidział m.in.:

3. Zakres rzeczowy:

b. Dostawa, montaż i uruchomienie 11 szt. klimatyzatorów typu split z inwerterem w pomieszczeniach biurowych w budynku ADK-1 przy ul. Pawiej 9 (montaż jednostki zewnętrznej na dachu lub elewacji budynku) o następujących parametrach technicznych:

- moc chłodzenia: 2,5 kW (+/- 0,2 kW), 3,5 kW (+/- 0,4 kW) oraz 5 kW (+/- 0,5 kW – zgodnie z doborem mocy do pomieszczeń biurowych dokonany podczas oględzin.

c. Dostawa, montaż i uruchomienie 20 szt. klimatyzatorów typu split z inwerterem w pomieszczeniach biurowych w budynku ADK-2 przy ul. Wilczej 38a (montaż jednostki zewnętrznej na dachu lub elewacji budynku) o następujących parametrach technicznych:

- moc chłodzenia: 2,5 kW (+/- 0,2 kW), 3,5 kW (+/- 0,4 kW) oraz 5 kW (+/- 0,5 kW – zgodnie z doborem mocy do pomieszczeń biurowych dokonany podczas oględzin.

Jak wynikało z wszystkich przywołanych postanowień SWZ odczytywanych łącznie, moc chłodzenia urządzeń wskazana w SWZ, w tym we wzorze formularza cenowego, nie miała charakteru wiążącego. Zamawiający wyraźnie bowiem określił w rozdziale 5 ust. 4 SWZ, że jest to jedynie moc „przewidywana”. Z powyższym postanowieniem korelowały zapisy opisu przedmiotu zamówienia (OPZ), w których wprawdzie wskazywano na moc urządzeń, ale jednocześnie wyraźnie stwierdzono, że dobór mocy urządzeń zostanie dokonany podczas oględzin. W tym celu też zamawiający przewidział w rozdziale 5 SWZ obowiązek odbycia przez wykonawców wizji lokalnej, pod rygorem odrzucenia oferty. Następnie zamawiający w rozdziale 5 ust. 4 SWZ przyznał wykonawcom prawo do oceny, jakiej mocy urządzenie należy zamontować w poszczególnych urządzeniach. Co istotne, jak wynikało z rozdziału 5 ust. 4 SWZ, uprawnienie to zamawiający przyznał wykonawcy samodzielnie. W szczególności zamawiający nigdzie nie sprecyzował, aby ocena wykonawcy musiała być przez niego zaakceptowana. Wbrew zatem stanowisku odwołującego, aby zaoferować i następnie zamontować urządzenia o mocy chłodzenia innej niż przewidywana przez zamawiającego, nie było konieczne dokonywanie jakichkolwiek ustaleń z zamawiającym w trakcie wizji lokalnej. Na powyższe wskazywał także wyraźnie zapis ust. 3 rozdziału 5 SWZ, w którym zamawiający wyraźnie stwierdził, że w trakcie wizji lokalnej nie przewiduje udzielania żadnych wyjaśnień.

W konsekwencji zatem każdy z wykonawców, po dokonanych oględzinach, został przez zamawiającego uprawniony do dokonania samodzielnej oceny, jaka moc chłodnicza urządzeń ma być zaoferowana i zamontowana w poszczególnych pomieszczeniach. Nie można było zatem zgodzić się z odwołującym, jakoby w tej sytuacji doszło do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji przez dokonanie ustaleń tylko z jednym wykonawcą z pominięciem pozostałych. Każdy z wykonawców, w tym również odwołujący, po przeprowadzonej wizji lokalnej, został uprawniony do samodzielnej oceny i doboru mocy chłodniczej oferowanych urządzeń w poszczególnych pomieszczeniach. Powyższe uprawnienie zaś nie zostało w żaden sposób uzależnione od poczynienia ustaleń z zamawiającym i uzyskania jego zgody.

Bezzasadne okazało się także twierdzenie odwołującego, jakoby możliwość zmiany przewidywanych przez SWZ mocy chłodzenia urządzeń, uzależniona była od konieczności uprzedniego zadania pytania przez wykonawcę i uzyskania twierdzącej odpowiedzi zamawiającego. Stanowisko odwołującego nie znajdowało oparcia w żadnym postanowieniu SWZ. Zamawiający nigdzie bowiem nie wskazał, że należy uzyskać jego zgodę na zmianę przewidywanej mocy chłodzenia klimatyzatorów. Chybione okazało się powołanie się



odwołującego w treści odwołania na odpowiedzi zamawiającego na pytania nr 2 i 3 udzielone w dniu 17 sierpnia 2023 r.

Faktycznie w dniu 17 sierpnia 2023 r. na wniosek jednego z wykonawców o wyjaśnienie treści SWZ o treści:

*Pytanie nr 2: Po oględzinach miejsca instalacji proponowana przez zamawiającego jednostka kasetonowa 10 kw jest zbyt duża w stosunku do powierzchni użytkowej gdzie ma być zamontowane urządzenie. Czy zamawiający dopuszcza montaż klimatyzacji o mniejszej mocy chłodniczej 8 kw?*

Zamawiający udzielił odpowiedzi: *Zamawiający dopuszcza montaż klimatyzacji o mniejszej mocy.*

Faktem jest także, że w dniu 17 sierpnia 2023 r. na wniosek jednego z wykonawców o wyjaśnienie treści SWZ o treści:

*Pytanie nr 3: Podczas wizji lokalnej ustaliliśmy że zamiast klimatyzatora o mocy 10,5 kW wystarczy spokojnie taki o mocy 7 kW. Czy Państwo akceptują taką zmianę?*

Zamawiający udzielił odpowiedzi: *Zamawiający dopuszcza montaż klimatyzacji o mniejszej mocy.*

Odwołujący nie dostrzegł jednak, że przywołane przez niego pytania dotyczyły klimatyzatorów oferowanych w ramach części 1 zamówienia, a nie części 2, której dotyczyły zarzuty odwołania. Podkreślenia wymagało zaś, że w zakresie części 1 zamówienia zamawiający określił w OPZ moc chłodniczą klimatyzatora w sposób sztywny. Na powyższe wskazywał następujący fragment OPZ, dotyczący części 1 zamówienia:

#### *4. Zakres rzeczowy:*

*a. Dostawa, montaż i uruchomienie 1 szt. klimatyzatora kasetonowego typu single-split z inwerterem na Sali konferencyjnej w budynku ZGN Śródmieście przy ul. Szwoleżerów 5 (montaż jednostki zewnętrznej na dachu budynku) o następujących parametrach technicznych:*

*- Moc chłodzenia 10,5 kW (+/- 1,5 kW).*

W zakresie ww. klimatyzatora, którego dotyczyły pytania nr 2 i 3 z dnia 17 sierpnia 2023 r., zamawiający przewidział zatem wiążącą wykonawców moc chłodniczą. Stąd aby zaoferować urządzenie o mocy innej niż wiążąca, wykonawcy musieli uzyskać zgodę zamawiającego. Takiego mechanizmu zamawiający nie przewidział jednak w ramach części 2 zamówienia. Wobec powyższego powoływanie się przez odwołującego na przywołane wyżej odpowiedzi na pytania nr 2 i 3 z dnia 17 sierpnia 2023 r. należało uznać za bezzasadne.

W konsekwencji nie można było się zgodzić z odwołującym, że przystępujący dokonał samodzielnej i nieuprawnionej ingerencji w formularz cenowy przygotowany przez zamawiającego w zakresie liczby urządzeń oferowanych w ramach poszczególnej mocy. Jak wskazano wcześniej, prawo do ingerencji we wzór formularza cenowego, w zakresie części 2 zamówienia, zostało bowiem zagwarantowane wykonawcom przez zamawiającego w przywołanych wyżej postanowieniach SWZ.

Wobec powyższego należało dojść do wniosku, że niezasadne jest stanowisko odwołującego, jakoby wzór formularza cenowego w zakresie części nr 1 zamówienia, w realiach tej konkretnej sprawy, wyznaczał warunki zamówienia. Zarzut nr 1 odwołania podlegał zatem oddaleniu.

Chybiony okazał się także zarzut nr 2 odwołania, to jest zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp przez jego niewłaściwe niezastosowanie polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty przystępującego w sytuacji, gdy podmiot ten nie potwierdził, że należycie wykonał zamówienia wymagane w ramach warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w rozdziale 7 ust. 2 specyfikacji warunków udziału w postępowaniu i w konsekwencji niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu przez przystępującego, co doprowadziło do nieuprawnionego zaniechania odrzucenia oferty tego wykonawcy z postępowania.

W ślad za tak sformułowanym zarzutem odwołujący domagał się nakazania zamawiającemu odrzucenia oferty przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp, z powodu niewykazania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale 7 ust. 2 specyfikacji warunków udziału w postępowaniu.

Dostrzeżenia wymagało, że odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp z powodu niewykazania warunku udziału w postępowaniu dopuszczalne jest dopiero po wyczerpaniu procedury uzupełniającej, uregulowanej w art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. Zgonie z tym przepisem, *Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że:*

- 1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub
- 2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

W analizowanej sprawie zaktualizował się po stronie zamawiającego obowiązek wezwania przystępującego do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale 7 ust. 2 SWZ (podmiotowych środków dowodowych). Zamawiający, celem wykazania ww. warunku, w rozdziale 7 ust. 2 oraz w rozdziale 10 ust. 2 SWZ wymagał od wykonawców złożenia nie tylko wykazu dostaw/usług, ale także dowodów potwierdzających należyte wykonanie dostaw/ usług wymienionych w tym wykazie. Przystępujący załączył do swej oferty wykaz usług. W wykazie tym przystępujący wymienił następujące dostawy i usługi:

- 1) dostawa, montaż i serwis 78 szt. klimatyzatorów na rzecz: Massi sp. z o.o. w okresie od 19.07.2020 r. do 04.09.2020 r. o wartości 321.362,43 zł brutto,
- 2) dostawa, montaż i serwis 34 szt. klimatyzatorów na rzecz: BCA Engineering Group sp. z o.o. w okresie od 05.06.2023 r. do 15.06.2023 r. o wartości 129.243,10 zł brutto.

Celem uczynienia zadość wymogom SWZ przystępujący zobowiązany był złożyć dodatkowo dowody potwierdzające, że ww. konkretne usługi wymienione w wykazie zostały przez niego wykonane należycie. Zdaniem Izby, za prawidłowe dowody nie mogły zostać uznane referencje z dnia 6 września 2023 r. wystawione przez Massi sp. z o.o. ani list referencyjny z dnia 5 sierpnia 2023 r., wystawiony przez BCA Engineering Group sp. z o.o.

W referencjach z dnia 6 września 2023 r. wystawionych przez Massi sp. z o.o. znalazły się następujące oświadczenia:

*Firma KFU M. S. świadczy usługi w zakresie projektu, dostawy, montażu oraz serwisu systemów klimatyzacji.*

*Pracownicy tej firmy zapewniają fachowe doradztwo oraz bezproblemowe wykonanie powierzonych im projektów instalacji klimatyzacji. Prace montażowe oraz serwisowe wykonywane są zgodnie z naszymi wymogami nie utrudniając przy tym pracy biurowej. Firma KFU M. S. posiada wysoko wykwalifikowany personel oraz ekipy montażowe i serwisowe, obsługujące teren całego kraju.*

*Z pełną odpowiedzialnością możemy polecić Państwu firmę KFU, jako wykonawcę i serwisanta systemów klimatyzacji. Ci z Państwa, którzy zdecydują się na współpracę z KFU mogą liczyć na rzetelne podejście do zadanych tematów w zakresie klimatyzacji.*

*Pracownicy KFU posiadają wysoką kulturę osobistą, zawsze gotowi są do pomocy w doborze urządzeń jak i rozwiązań technicznych.*

*Mamy nadzieję, że będziecie Państwo w pełni zadowoleni ze współpracy z firmą KFU M. S.*

Z kolei w liście referencyjnym z dnia 5 sierpnia 2023 r., wystawionym przez BCA Engineering Group sp. z o.o., zleceniodawca oświadczył:

*Na podstawie dotychczasowych doświadczeń stwierdzamy, że Firma KFU M. S. w sposób sumienny i profesjonalny wywiązuje się z podjętych zobowiązań. Firma ta proponuje usługi w*

*zakresie dostawy, montażu oraz serwisu systemów klimatyzacji i wentylacji. Na szczególne podkreślenie zasługuje przede wszystkim fachowe doradztwo i wykonanie projektu instalacji klimatyzacyjnej zgodnie z naszymi wymaganiami i życzeniami.*

*Dodatkowym atutem Firmy jest szybkie i sprawne przeprowadzenie prac montażowych, nie utrudniające normalnego trybu pracy.*

*Dotychczasowa współpraca w pełni spełnia nasze oczekiwania i pozwala na rekomendowanie Firmy KFU M. S.*

Zgodzić należało się z odwołującym, że obydwa dokumenty stanowiły zaledwie ogólne listy referencyjne, na podstawie których nie sposób było ustalić, czy odnoszą się one konkretnie do dostaw i usług wymienionych przez przystępującego w wykazie. Na uwagę zasługiwał fakt, że w dokumentach tych próżno było szukać informacji o jakichkolwiek konkretnych umowach ani zakresie prac wykonywanych w trakcie ich realizacji. W konsekwencji nie było wiadomo, czy referencje dotyczą tych samych zamówień, które zostały wskazane w wykazie usług. Z uwagi na powyższe braki, przedstawione dokumenty mogły być uznane co najwyżej za polecenie przystępującego jako partnera handlowego.

Pomimo stwierdzonych uchybień, oferta przystępującego nie podlegała odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp. W analizowanej sprawie zamawiający miał obowiązek w pierw wezwać wykonawcę do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie warunku w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. Ziściły się bowiem wszystkie przesłanki zastosowania tego przepisu, gdyż postępowanie nie podlegało unieważnieniu, a oferta przystępującego nie podlegała odrzuceniu z innych powodów. Dopiero w razie ewentualnego nieuzupełnienia przez przystępującego dokumentów celem wykazania spornego warunku w odpowiedzi na prawidłowe wezwanie sformułowane w trybie art. 128 ust. 1 Pzp, konieczne będzie odrzucenie oferty przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp. Wobec powyższego zarzut nr 2 należało uznać za niezasadny.

Stosownie do art. 553 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie.* Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 2 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do oddalenia części odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 1 i 3 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło odpowiednio umorzenia części postępowania oraz kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 553 ust. 1

ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (pkt 2 sentencji) i formalnym (pkt 1, 3 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza *uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców*. W analizowanej sprawie, w zakresie rozpatrywanym merytorycznie, nie stwierdzono zarzucanych naruszeń ustawy Pzp, co skutkowało oddaleniem odwołania w tej części.

Wobec powyższego, na podstawie art. 553 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 2 sentencji.

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego*. Z kolei w świetle art. 575 ustawy Pzp, *strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku*.

Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że *„obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)”* Jarosław Jerzykowski, *Komentarz do art. 192 ustawy - Prawo zamówień publicznych*, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. *Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI*.

W analizowanej sprawie Izba, w zakresie rozpatrywanym merytorycznie, oddaliła odwołanie. Odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił zatem odwołujący. Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego w kwocie 7.500 zł oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika wnoszącego sprzeciw w kwocie 2.500 zł, ustalone na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 2 w zw. z § 5 pkt 2 lit. b 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 (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

**Przewodniczący:** .....