

WYROK

Warszawa, dnia 10 lutego 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Maksym Smorczewski

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 grudnia 2024 r. przez wykonawcę Klima Perfect Serwis spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Szamotułach w postępowaniu prowadzonym przez Ginekologiczno-Położniczy Szpital Kliniczny im. H.Ś. Uniwersytetu Medycznego im. K.M. w Poznaniu z siedzibą w Poznaniu przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy Hydro Engineering S. & S. spółka jawna z siedzibą w Poznaniu

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazać zamawiającemu Ginekologiczno-Położniczemu Szpitalowi Klinicznemu im. H.Ś. Uniwersytetu Medycznego im. K.M. w Poznaniu z siedzibą w Poznaniu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy Klima Perfect Serwis spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Szamotułach oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty wykonawcy Klima Perfect Serwis spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Szamotułach,
2. kosztami postępowania obciążyć zamawiającego Ginekologiczno-Położniczy Szpital Kliniczny im. H.Ś. Uniwersytetu Medycznego im. K.M. w Poznaniu z siedzibą w Poznaniu i:
 - 2.1. zalicza do kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł (piętnaście tysięcy złotych) uiszczoną przez wykonawcę Klima Perfect Serwis spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Szamotułach tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 617 zł (trzy tysiące sześćset siedemnaście złotych) poniesioną przez wykonawcę Klima Perfect Serwis spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Szamotułach tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz innych uzasadnionych wydatków oraz kwotę 3 617 zł (trzy tysiące sześćset siedemnaście złotych) poniesioną przez zamawiającego Ginekologiczno-Położniczy Szpital Kliniczny im. H.Ś. Uniwersytetu Medycznego im. K.M. w Poznaniu z siedzibą w Poznaniu tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz innych uzasadnionych wydatków,
 - 2.2. zasądza od Ginekologiczno-Położniczego Szpitala Klinicznego im. H.Ś. Uniwersytetu Medycznego im. K.M. w Poznaniu z siedzibą w Poznaniu na rzecz Klima Perfect Serwis spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Szamotułach kwotę 18 617 zł (osiemnaście tysięcy sześćset siedemnaście złotych) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika i innych uzasadnionych wydatków.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący:.....

UZASADNIENIE

7 stycznia 2025 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Klima Perfect Serwis spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Szamotułach (dalej jako „Odwołujący”) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na dostawy o tytule „PN-81/24 Wymiana agregatów wody lodowej wraz z usługą konserwacji”, prowadzonym przez Ginekologiczno-Położniczy Szpital Kliniczny im. H.Ś. Uniwersytetu Medycznego im. K.M. w Poznaniu z siedzibą w Poznaniu (dalej jako „Zamawiający”) wobec „czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na:

- 1) zaniechaniu wykonania czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniami zawartymi w odwołaniu do Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18.12.2024 r., które zostało uwzględnione w całości przez Zamawiającego w dniu 30.12.2024 r.
- 2) odrzuceniu oferty Odwołującego z uwagi na to, że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia oraz została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
- 3) zaniechaniu dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej;
- 4) zaniechaniu wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących złożonej oferty;
- 5) zaniechaniu należytego uzasadnienia decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego;

6) próbie dokonania zmiany SWZ już po terminie składania ofert;

7) wyborze jako najkorzystniejszej oferty Hydro Engineering S. & S. SJ, która nie jest ofertą najkorzystniejszą zgodnie z przyjętymi przez Zamawiającego kryteriami oceny ofert”.

Odwołujący zarzucił naruszenie:

„1) art. 522 PZP w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 oraz 7 PZP w zw. z art. 253 ust. 1 PZP poprzez:

- a) zaniechanie wykonania czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu do Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18.12.2024 r., które zostało uwzględnione w całości przez Zamawiającego w dniu 30.12.2024 r., w szczególności poprzez brak wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej oraz ponowne dokonanie odrzucenia oferty Odwołującego z tych samych przyczyn, z których oferta Odwołującego została odrzucona w dniu 05.12.2024 r. i jedynie pozorne wskazanie rzekomych nowych przyczyn odrzucenia oferty, w sytuacji gdy z uzasadnienia faktycznego wynika, że Zamawiający jedynie pozornie dokonał uznania odwołania z dnia 18.12.2024 r. w celu poprawienia uzasadnienia odrzucenia oferty, co jest działaniem niedopuszczalnym;
- b) bezzasadne odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na to, że rzekomo jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia oraz została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w sytuacji, gdy Odwołujący przygotował i skalkulował ofertę zgodnie z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SWZ;
- c) bezzasadne odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na to, że rzekomo została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w sytuacji, gdy Zamawiający nie dokonał konkretnego ustalenia, na czym określone działanie polegało, oraz zakwalifikowania go jako konkretnego deliktu ujętego w rozdziale 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji albo deliktu nieujętego w tym rozdziale, lecz odpowiadającego hipotezie art. 3 u.z.n.k.;
- d) sformułowanie uzasadnienia decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego jedynie poprzez zastosowanie ogólnikowych twierdzeń i jednoczesny brak wskazania w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego na czym dokładnie miałyby polegać czyn nieuczciwej konkurencji popełniony przez Odwołującego, w szczególności Zamawiający nie wskazał konkretnie, znamiona którego przepisu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji działania Odwołującego miałyby wypełniać, co powoduje, że podjęta decyzja nie należycie uzasadniona i Odwołujący musi się domyślać, czym Zamawiający mógł się kierować podejmując zaskarżaną decyzję;
- e) bezzasadne uznanie, że niezgodność oferty z warunkami zamówienia wynika z tego, że zakresy przedmiotu zamówienia opisane w SWZ i Załączniku nr 3 mają charakter rozłączny, w sytuacji, gdy w pkt 31 Załącznika nr 3 wprost wskazano, że Odwołujący zobowiązany jest zapewnić w ramach całego okresu gwarancji serwis w zakresie wszelkich wymaganych tj. przewidzianych przez instrukcję eksploatacji, konserwacji, gwarancji, itp. czynności, prac, wymian wszelkich materiałów eksploatacyjnych, łącznie z kontrolami szczelności przewidzianych przepisami mającymi zastosowanie, co ma nastąpić w ramach pkt a Załącznika nr 3 tj. części opisanej jako Wymiana agregatów wody lodowej wraz z dostosowaniem instalacji wody lodowej oraz pracami towarzyszącymi na budynku B, co oznacza, że Zamawiający na etapie ponownej próby odrzucenia oferty Odwołującego usiłuje zmienić opis przedmiotu zamówienia już po terminie składania ofert i w ten sposób doprowadzić do odrzucenia oferty Odwołującego

2) ewentualnie w przypadku nieuwzględnienia zarzutu wskazanego w pkt 1) art. 286 ust. 1 PZP w zw. z art. 16 PZP poprzez próbę dokonania zmiany SWZ już po terminie składania ofert poprzez twierdzenie, że wykonawcy byli zobowiązani do złożenia oferty na wykonywanie czynności konserwacyjnych jedynie w ramach zakresu czynności do wykonania obejmujących pkt b Załącznika nr 3, który to zakres powinien być inny niż zakres czynności przypisanych do wykonania w ramach pkt a Załącznika nr 3, co jest sprzeczne z literalnym brzmieniem dokumentacji postępowania, a w szczególności Załącznikiem nr 3 i pkt a i b, a także pkt 31 tego Załącznika, co w konsekwencji prowadzi do naruszenia uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców i powoduje, że złożone oferty są ofertami nieporównywalnymi;

3) ewentualnie w przypadku nieuwzględnienia któregośkolwiek zarzutu wskazanego w pkt 1 lub 2) art. 16 pkt 1 PZP w zw. z art. 17 ust. 2 PZP poprzez udzielenie zamówienia wykonawcy, którego wybór jest niezgodny z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, a tym samym zamawiający narusza nakaz udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy i narusza jedną z podstawowych zasad udzielania zamówień.”.

Odwołujący wniósł o „uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: a) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej; b) unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego; c) dokonanie ponownego badania i oceny złożonych ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego; d) wybór oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej”, a ponadto o „zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania

odwoławczego”.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości oraz o zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego.

Do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku wniesienia odwołania po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca Hydro Engineering S. & S. spółka jawna z siedzibą w Poznaniu (dalej jako „Przystępujący”). Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania w całości.

W zakresie mającym istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający prowadzi Postępowanie z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej jako „Pzp”) w trybie przetargu nieograniczonego. Wartość zamówienia przekracza progi unijne, o których mowa w art. 3 ust. 1 Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 9 października 2024 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 607745-2024.

W rozdziale VI w części „wykaz oświadczeń i dokumentów składanych przez wykonawcę wraz z ofertą” specyfikacji warunków zamówienia w Postępowaniu (dalej jako „SWZ”) określono „Zamawiający najpierw dokona badania i oceny ofert, a następnie dokona kwalifikacji podmiotowej wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, w zakresie braku podstaw wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu. 1. FORMULARZ OFERTY wypełniony i sporządzony z wykorzystaniem wzoru stanowiącego Załącznik nr 1, zawierający w szczególności: łączną cenę ofertową brutto, zobowiązanie dotyczące terminu realizacji zamówienia i warunków płatności, oświadczenie o okresie związania ofertą oraz o akceptacji wszystkich postanowień SWZ i wzoru umowy, który winien być złożony w formie oryginału podpisany kwalifikowanym podpisem elektronicznym. 2. FORMULARZ ASORTYMENTOWO-CENOWY wypełniony i sporządzony z wykorzystaniem wzoru stanowiącego Załącznik nr 2 3. OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA (Załącznik nr 3 do SWZ). Załącznik nr 1 i Załącznik nr 2 nie podlegają procedurze uzupełnienia i z tego względu niezłożenie któregośkolwiek z wyżej wymienionych załączników spowoduje odrzucenie oferty. Nadto, wszystkie pozycje Opisu Przedmiotu Zamówienia i Formularza Oferty muszą być wypełnione. (...)”.

Oferty w Postępowaniu złożyli Odwołujący i Przystępujący.

Złożony przez Odwołującego Formularz asortymentowo – cenowy sporządzony według wzoru stanowiącego załącznik nr 2 do SWZ miał treść „Tabela 1

Zakres wyceny	Producent, nr katalogowy	Cena ryczałtowa netto kompleksowej realizacji	Stawka VAT [%]	Kwota VAT (zł)	Cena ryczałtowa brutto kompleksowej realizacji
Wymiana agregatów wody lodowej wraz z dostosowaniem instalacji wody lodowej oraz pracami towarzyszącymi w budynku B	CLIVET WSAT-YSC4 130.4	1 580 000,00 zł	23%	363 400,00 zł	1 943 400,00 zł

Tabela 2

Zakres wyceny	Deklarowana przez Wykonawcę ilość sesji konserwacyjnych (harmonogram suma dla 12 miesięcy	Cena ryczałtowa netto Pojedynczej sesji konserwacyjnej	Stawka VAT	Cena ryczałtowa netto konserwacji w okresie 12 miesięcy	Kwota VAT (zł.)	Cena ryczałtowa brutto konserwacji w okresie 12 miesięcy
Wykonywanie (w całym okresie udzielonej gwarancji i rękojmi) usługi konserwacji w zakresie	2	1,00 zł	23%	2,00 zł	0,46 zł	2,46 zł

UWAGA! Do porównania ofert (niezależnie od zaoferowanego okresu gwarancji i rękojmi) Wykonawca w Formularzu asortymentowo-cenowym zobowiązany jest wycenić konserwację dla okresu 12 miesięcy.”.

9 grudnia 2024 r. Zamawiający opublikował informację o wyborze najkorzystniejszej oferty o treści „W imieniu Zamawiającego, Ginekologiczno – Położniczego Szpitala Klinicznego im. H.Ś. Uniwersytetu Medycznego im. K.M. w Poznaniu, na podstawie przepisu art. 253 ust. 1 pkt. 1) Ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych - niniejszym informuję o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o wykonawcy, którego oferta została odrzucona w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na wymianę agregatorów wody lodowej wraz z usługą konserwacji. Ocena ofert

Wykonawca	Ilość pkt. w kryterium cena	Ilość pkt. w kryterium okres gwarancji	Ilość pkt. w kryterium koszt konserwacji	Łączna ilość pkt.
GS Klima Sp. z o.o. ul. Jana Czochońskiego 7, 61-248 Poznań Nr NIP: 7822244849	74,09	10,00	10,00	94,09
Hydro Engineering S. & S. SJ ul. Kamiennogórska 22, 60-179 Poznań Nr NIP: 7822688782	80,00	10,00	4,17	94,17

Oferta najkorzystniejsza: Hydro Engineering S. & S. SJ ul. Kamiennogórska 22, 60-179 Poznań Nr NIP: 7822688782; Uzasadnienie wyboru: Oferta złożona przez w/w Wykonawcę uzyskała najwyższą ilość punktów, tj. 94,17 pkt w oparciu o określone przez Zamawiającego kryteria oceny ofert. Wykonawca nie podlega wykluczeniu z powodów wskazanych w

art. 108 ust. 1 pkt 1 – 6 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Pzp, a złożona oferta nie podlega odrzuceniu. Cena oferty mieści się w kwocie, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Oferty odrzucone

Wykonawca	Uzasadnienie odrzucenia
(...)	
Klima Perfect Serwis Sp. z o. o ul. Bolesława Chrobrego 13, 64- 500 Szamotuły Nr NIP: 7872142192	Oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 7) ustawy Pzp -została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zamawiający wyszacował niniejsze zamówienie publiczne z należytą starannością i przeznaczył na jego realizację określone kwoty pieniężne, kierując się wartościami rynkowymi i ekwiwalencją świadczenia. Wykonawca składając ofertę dla usług serwisowych o wartości 1 zł netto za pojedynczą sesję konserwacji próbuje dokonać rozporządzania majątkiem Zamawiającego w sposób oderwany od realiów rynkowych, które to realia ustalił on działając w zaufaniu do zebranych z rynku ofert. Jednocześnie tak składając ofertę, Wykonawca uderza nieproporcjonalnie w innych uczestników postępowania przetargowego, wyceniając koszty takie jak: usługa personelu, dojazd, materiały eksploatacyjne całkowicie nierealnie. Tak więc Wykonawca sporządzając swoją ofertę dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji.

(...)"

18 grudnia 2024 r. Odwołujący wniósł odwołanie w Postępowaniu na czynności odrzucenia oferty Odwołującego i wyboru oferty najkorzystniejszej oraz na zaniechania wezwania Odwołującego do „złożenia wyjaśnień dotyczących złożonej oferty” i „dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej”. W odwołaniu tym Odwołujący zarzucił naruszenie „1) art. 226 ust. 1 pkt 7 PZP w zw. z art. 253 ust. 1 PZP poprzez: a) błędne odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na to, że rzekomo została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w sytuacji, gdy Odwołujący skalkulował ofertę zgodnie z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SWZ, b) bezzasadne odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na to, że rzekomo została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w sytuacji, gdy Zamawiający nie dokonał konkretnego ustalenia, na czym określone działanie polegało, oraz zakwalifikowania go jako konkretnego deliktu ujętego w rozdziale 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji albo deliktu nieujętego w tym rozdziale, lecz odpowiadającego hipotezie art. 3 u.z.n.k c) sformułowanie uzasadnienia decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego jedynie poprzez zastosowanie ogólnikowych twierdzeń i jednocześnie brak wskazania w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego na czym dokładnie miałyby polegać czyn nieuczciwej konkurencji popełniony przez Odwołującego, w szczególności Zamawiający nie wskazał konkretnie, znamiona którego przepisu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji działania Odwołującego miałyby wypełniać, co powoduje, że podjęta decyzja nie należy do uzasadniona i Odwołujący musi się domyślać, czym Zamawiający mógł się kierować podejmując zaskarżaną decyzję 2) (ewentualnie w przypadku nieuwzględnienia zarzutu wskazanego w pkt 1) art. 16 pkt 1 PZP w zw. z art. 17 ust. 2 PZP poprzez udzielenie zamówienia wykonawcy, którego wybór jest niezgodny z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, a tym samym zamawiający narusza nakaz udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy i narusza jedną z podstawowych zasad udzielania zamówień.”, wnosząc o „nakazanie Zamawiającemu: a) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej; b) unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego; c) dokonanie ponownego badania i oceny złożonych ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego; d) wybór oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej”.

30 grudnia 2024 r. do Izby wpłynęło pismo Zamawiającego, w którym oświadczył on, że uwzględni w całości zarzuty przedstawione w ww. odwołaniu.

31 grudnia 2024 r. Zamawiający opublikował informację o ponownym wyborze najkorzystniejszej oferty o treści „W imieniu Zamawiającego, Ginekologiczno – Położniczego Szpitala Klinicznego im. H.Ś. Uniwersytetu Medycznego im. K.M. w Poznaniu, na podstawie przepisu art. 253 ust. 1 pkt. 1) Ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych informuje o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone po dokonaniu ponownej oceny ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na wymianę agregatorów wody lodowej wraz z usługą konserwacji. Ocena ofert

Wykonawca	Ilość pkt. w kryterium cena	Ilość pkt. w kryterium okres gwarancji	Ilość pkt. w kryterium koszt konserwacji	Łączna ilość pkt.
GS Klima Sp. z o.o. ul. Jana Czocharalskiego 7, 61-248 Poznań Nr NIP: 7822244849	74,09	10,00	10,00	94,09
Hydro Engineering S. & S. SJ ul. Kamiennogórska 22, 60-179 Poznań Nr NIP: 7822688782	80,00	10,00	4,17	94,17

Oferta najkorzystniejsza: Hydro Engineering S. & S. SJ ul. Kamiennogórska 22, 60-179 Poznań Nr NIP: 7822688782
Uzasadnienie wyboru: Oferta złożona przez w/w Wykonawcę uzyskała najwyższą ilość punktów, tj. 94,17 pkt w oparciu o określone przez Zamawiającego kryteria oceny ofert. Wykonawca nie podlega wykluczeniu z powodów wskazanych w

art. 108 ust. 1 pkt 1 – 6 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Pzp, a złożona oferta nie podlega odrzuceniu. Cena oferty mieści się w kwocie, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Oferty odrzucone (...) 3. Klima Perfect Serwis Sp. z o. o. ul. Bolesława Chrobrego 13, 64-500 Szamotuły Uzasadnienie odrzucenia Niniejszym zamawiający oświadcza, iż na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 oraz pkt 7 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2024 r., poz. 1320), odrzuca ofertę wykonawcy Klima Perfect Serwis sp. z o. o. z siedzibą w Szamotułach (64-500), przy ul. Bolesława Chrobrego 13, NIP 7872142192. Niniejszy przepis stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli odpowiednio: 5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia; 7) została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia polega na tym, że wykonawca Klima Perfect Serwis sp. z o.o. sporządził ofertę w sposób, niezgodny z opisem przedmiotu zamówienia, gdy tymczasem treść oferty winna być adekwatna i proporcjonalna do tego opisu. Zważyć bowiem należy, że zamawiający w/w opisu przedmiotu zamówienia dokonał w załączniku nr 3 do SWZ. W jego treści, w pkt 1, dokonał wyraźnego wydzielenia dwóch części zamówienia, tj. „Opis przedmiotu zamówienia: Zakres zlecenia obejmuje a) Wymiana agregatów wody lodowej wraz z dostosowaniem instalacji wody lodowej oraz pracami towarzyszącymi na budynku B. b) Wykonywanie (w całym okresie udzielonej gwarancji i rękojmi) usługi konserwacji zakresie i w sposób ustalony instrukcjami i obowiązującymi przepisami”. Z tej przyczyny nie sposób twierdzić, że zakresy te się pokrywają lub krzyżują, a wprost przeciwnie mają charakter rozłączny, nie tylko co do zakresu wykonywanych czynności, ale całkowita rozłączność ich zakresów wynika także z ich położenia na osi czasu, albowiem zakres z pkt b) zaczyna się dopiero wtedy, gdy zrealizowany zostanie zakres z pkt a). Tym samym mają one następująco po sobie, rozłączne „sekwencje czasowe”, gdzie wykonanie zakresu z pkt b), może mieć miejsce dopiero wówczas, gdy z powodzeniem wykonany zostanie zakres z pkt a). Gdyby bowiem wykonawca nie wykonał zakresu a), mówiąc kolokwialnie, wykonawca ten nie miałby co konserwować przez okres gwarancji i rękojmi. Zgodnie bowiem z paragrafem 7 ust. 1 projektu umowy, okres gwarancji i rękojmi liczony będzie od dnia odbioru końcowego przedmiotu zamówienia, potwierdzonego protokołem odbioru końcowego bez zastrzeżeń dla ETAPU II. Ergo nie jest możliwe aby wykonawca w swojej ofercie zdublował jednocześnie czynności z pkt b), pod pozorem, że rzekomo umieścił je w zakresie oferty obejmującej pkt a)! Nadto, przedmiot umowy oraz jego etapowanie w tym, ten rozłączny podział czynności do wykonania, został także wylistowany w paragrafie 1 ust. 2, tiret trzeci projektu umowy. Zapis ten głowi bowiem: „prace konserwacyjne realizowane będą od zakończeniu ETAPU II, w ramach których wykonawca uwzględni koszty niezbędnych prac, materiałów, usług”. Nie sposób zatem zasadnie byłoby twierdzić, że np. zamawiający dał asumpt do w kalkulowania czynności z pkt b), aby je doliczyć do czynności z pkt a)! Przeczy temu chociażby pkt 31 z załącznika nr 3 do SWZ, albowiem literalnie używa on stwierdzenia, że dopiero w okresie gwarancji dokonywane będą czynności serwisowe. Por. cytat: „zapewnić w ramach całego okresu gwarancji serwis w zakresie wszelkich wymaganych tj. przewidzianych przez instrukcję eksploatacji, konserwacji, gwarancji, itp. czynności, prac, wymian wszelkich materiałów eksploatacyjnych, łącznie z kontrolami szczelności przewidzianych przepisami mającymi zastosowanie”. Analogicznie, jako konsekwencja tak zbudowanego opisu przedmiotu zamówienia w projekcie umowy, która jest częścią SWZ, znalazły się regulacje dotyczące płatności za wykonanie zamówienia. Paragraf 5 ust. 3 stanowi bowiem, iż rozliczenie za realizację usługi serwisowej następować będzie sukcesywnie w miarę realizacji kolejnych sesji konserwacyjnych zgodnie z harmonogramem prac eksploatacyjnych przedstawionym przez wykonawcę w ramach złożonej oferty będącej załącznikiem do umowy, gdzie wykonawca zobowiązany jest do podania ilości sesji serwisowych w okresie obowiązywania gwarancji oraz ich wyceny. Tak jednak się nie stało w ofercie wykonawcy Klima Perfect Serwis sp. z o. o., którego oferta została odrzucona na podstawie w/w podstawy prawnej. Wykonawca ten w formularzu asortymentowo - cenowym wpisał, że konserwacja w 12-miesięcznym okresie gwarancji i rękojmi wynosi 2 złote netto, co daje kwotę 2.46 zł brutto. Cena brutto oferty bowiem, jak wynika z zapisu pod tabelą w formularzu asortymentowo – cenowym to: „Cena brutto oferty (tabela 1 + 2)”. Odpowiednio tabela nr 1 to „Wymiana agregatów wody lodowej wraz z dostosowaniem instalacji wody lodowej oraz pracami towarzyszącymi w budynku B”. Natomiast tabela nr 2 to „Wykonywanie (w całym okresie udzielonej gwarancji i rękojmi) usługi konserwacji”. UWAGA! Do porównania ofert (niezależnie od zaoferowanego okresu gwarancji i rękojmi) Wykonawca w Formularzu asortymentowo-cenowym zobowiązany jest wycenić konserwację dla okresu 12 miesięcy. Wszystko to razem w połączeniu z tym, jaka jest cena za ofertę wykonawcy Klima Perfect Serwis sp. z o. o., jest żywym dowodem na okoliczność, że nieprawdą jest iż czynności „konserwacji wraz dojazdami”, faktycznie zostały zapewnione przez tego wykonawcę w ramach całego okresu gwarancji (czytaj: serwis w zakresie wszelkich wymaganych tj. przewidzianych przez instrukcję eksploatacji, konserwacji, gwarancji, itp. czynności, prac, wymian wszelkich materiałów eksploatacyjnych, łącznie z kontrolami szczelności przewidzianych przepisami mającymi zastosowanie). Nie sposób racjonalnie przyjąć, że w okresie 12 miesięcy czynności te będą kosztowały faktycznie 2 złote netto, co daje kwotę 2.46 zł brutto. Jednocześnie stanowi to kumulatywnie czyn nieuczciwej konkurencji polegający na utrudnianiu innym wykonawcom dostępu do rynku oraz czyn polegający na świadczeniu usługi poniżej jej kosztów wytworzenia o czym mowa w art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16

kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1233), który stanowi, iż: Art. 3 [Czyn nieuczciwej konkurencji] 1. Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Art. 15 1. Czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez: 1) sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców; Zaznaczono już powyżej, że zgodnie z paragrafem 5 ust. 3 projektu umowy, „rozliczenie za realizację usługi serwisowej następować będzie sukcesywnie w miarę realizacji kolejnych sesji konserwacyjnych zgodnie z harmonogramem prac eksploatacyjnych przedstawionym przez wykonawcę w ramach złożonej oferty będącej załącznikiem do umowy, gdzie wykonawca zobowiązany był do podania ilości sesji serwisowych w okresie obowiązywania gwarancji oraz ich wyceny”. Oznacza, to, że wykonawca Klima Perfect Serwis sp. z o. o, dokonał w swojej ofercie czynu inżynierii finansowej, polegającej na usiłowaniu zaspokojenia się za usługę konserwacji, która powinna być zgodnie z materiałami postępowania „płatna w przyszłości”, już teraz (!), od razu w kwocie za wymianę oraz montaż i demontaż agregatów. W ten sposób, wykonawca ten, poprzez manipulację cenami zamówienia w zakresach punktów a) i b), przerzucając sobie w niedozwolony sposób te koszty, manipuluje także ilością punktów uzyskiwanych w odrębnych kryteriach oceny ofert! Uzasadnieniem tej manipulacji dla niego, jest owa inżynieria finansowa, polegająca na braku wyceny usługi serwisowej a rzeczywiście przerzucenia jej kosztów do wymiany i dostawy agregatów, co czyni jego świadczenie, którego żąda za serwis oczywiście nieekwiwalentnym, a co jest dla każdego podmiotu profesjonalnego, w tym oczywiście dla zamawiającego notoryjne czyli nie wymagające dodatkowego dowodu! Z tych wszystkich zbiegających się przyczyn, w zawisłym stanie faktycznym i prawnym sprawy, zamawiający zmuszony był odrzucić ofertę wykonawcy Klima Perfect Serwis sp. z o. o, na w/w podstawach prawnych.”.

Ustalając stan faktyczny Izba oparła się na dokumentach znajdujących się w dokumentacji Postępowania oraz załączonych do odwołania i odpowiedzi na odwołanie.

Izba zważyła, co następuje:

W świetle art. 505 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym „środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy”, Odwołującemu przysługiwało prawo do wniesienia odwołania. Izba nie stwierdziła przy tym, aby zachodziła którakolwiek z określonych w art. 528 Pzp okoliczności skutkujących odrzuceniem odwołania.

Zarzut naruszenia art. 522 w związku z art. 226 ust. 1 pkt 5 oraz 7 w związku z art. 253 ust. 1 Pzp nie był uzasadniony w zakresie, w jakim dotyczył „zaniechania należytego uzasadnienia decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego”.

Zgodnie z art. 522 Pzp „1. W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. 2. 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. 3. W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu i wycofania pozostałych zarzutów przez odwołującego, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia części zarzutów. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów. 4. W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze w części dotyczącej tych zarzutów, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia tych zarzutów. W takim przypadku Izba rozpoznaje pozostałe zarzuty odwołania. Zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów.”. Art. 226 ust. 1 Pzp stanowi, że „zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) 5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia; (...) 7) została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej

konkurencji (...). Stosownie do art. 253 ust. 1 Pzp „niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o: 1) wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania, jeżeli jest miejscem wykonywania działalności wykonawcy, którego ofertę wybrano, oraz nazwy albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania, jeżeli są miejscami wykonywania działalności wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację, 2) wykonawcach, których oferty zostały odrzucone - podając uzasadnienie faktyczne i prawne”.

Brak było podstaw do przyjęcia, że uzasadnienie faktyczne i prawne czynności odrzucenia oferty Odwołującego zostało przez Zamawiającego podane w sposób naruszający art. 253 ust. 1 Pzp.

Wymaga zauważenia, że w zakresie poinformowania wykonawcy, który złożył ofertę, o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, art. 253 ust. 1 Pzp zobowiązuje zamawiającego do podania uzasadnienia faktycznego i prawnego czynności odrzucenia oferty, przy czym nie jest w nim określone, co uzasadnienie to ma zawierać. Należy więc uznać, że nie czyni zadość temu obowiązkowi zamawiający, który informując o wykonawcy, którego oferta została odrzucona, nie podaje uzasadnienia faktycznego i prawnego czynności odrzucenia oferty. Sytuacja taka występuje, gdy informacja taka w ogóle nie zawiera uzasadnienia faktycznego lub prawnego czynności odrzucenia oferty (na przykład w zakresie jednego z kilku wskazanych przez zamawiającego przepisów stanowiących podstawę odrzucenia oferty).

W przypadku, gdy uzasadnienie takie zostało podane, nie może być mowy o naruszeniu tego przepisu, natomiast ocena, czy okoliczności przedstawione w tym uzasadnieniu uzasadniają uznanie czynności odrzucenia oferty wykonawcy za zgodną z przepisami Pzp może następować wyłącznie w ramach oceny zgodności tej czynności z przepisem Pzp, na którego podstawie oferta ta została odrzucona. W szczególności dotyczy oceny, czy w uzasadnieniu tym wskazano wszystkie okoliczności istotne dla zastosowania tego przepisu.

Nie mogły zatem uzasadniać stwierdzenia naruszenia art. 253 ust. 1 Pzp okoliczności powołane w odwołaniu, w których Odwołujący upatrywał naruszenia tego przepisu - „sformułowanie uzasadnienia decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego jedynie poprzez zastosowanie ogólnikowych twierdzeń i jednoczesny brak wskazania w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego na czym dokładnie miałyby polegać czyn nieuczciwej konkurencji popełniony przez Odwołującego, w szczególności Zamawiający nie wskazał konkretnie, znamiona którego przepisu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji działania Odwołującego miałyby wypełniać”.

Zarzut naruszenia art. 522 w związku z art. 226 ust. 1 pkt 5 oraz 7 Pzp w związku z art. 253 ust. 1 Pzp był natomiast uzasadniony w pozostałym zakresie - w jakim dotyczył zaniechania wykonania w Postępowaniu czynności zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu wniesionym 18 grudnia 2024 r. oraz czynności odrzucenia oferty Odwołującego.

Wymaga przy tym wskazania, że art. 522 Pzp składa się z czterech jednostek redakcyjnych (ustępów), dotyczących odmiennych stanów faktycznych. Mając na uwadze stan faktyczny sprawy w zakresie postępowania odwoławczego zainicjowanego ww. odwołaniem - iż Zamawiający oświadczył w nim, że uwzględni w całości zarzuty przedstawione w ww. odwołaniu, oraz że do tego postępowania po stronie Zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca – nie ulega wątpliwości, że przepisem znajdującym zastosowanie w niniejszej sprawie jest art. 522 ust. 1 Pzp.

Konieczne jest stwierdzenie, że w przypadku, gdy zamawiający uwzględni w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, a w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca, norma wynikająca z tego przepisu nakazuje zamawiającemu wykonanie, powtórzenie lub unieważnienie czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym tym w odwołaniu.

Należy przy tym zauważyć, iż nie jest trafne twierdzenie Zamawiającego, że aby zamawiający mógł „ponownie przeanalizować okoliczności podniesione w odwołaniu” i dokonać „czynności ponownej oceny ofert”, zamawiający musi uwzględnić zarzuty przedstawione w odwołaniu. Aby w sytuacji, gdy wykonawca wniósł odwołanie na czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzucenia oferty tego wykonawcy zamawiający mógł ponownie przeanalizować istnienie podstaw do odrzucenia tej oferty (a w konsekwencji do wyboru innej oferty jako najkorzystniejszej), może on sam dokonać unieważnienia tych czynności (nie dokonując w postępowaniu odwoławczym uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości ani w części). Takie unieważnienie czynności przez samego zamawiającego nie wiąże się z powstaniem w zakresie podejmowania w postępowaniu o udzielenie zamówienia kolejnych czynności jakiegokolwiek nakazu bądź zakazu adresowanego do zamawiającego, w szczególności nie stoi na przeszkodzie ponownemu odrzuceniu oferty tego wykonawcy ani ponownego wyboru tej samej oferty jako najkorzystniejszej. Stanowi zatem działanie alternatywne wobec uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu, którego konsekwencje są odmienne.

Uwzględnienie przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu wniesionym przez Odwołującego 18 grudnia 2024 r. skutkowało zatem powstaniem po stronie Zamawiającego obowiązku wykonania,

powtórzenia lub unieważnienia czynności w Postępowaniu zgodnie z żądaniami zawartymi w tym odwołaniu – w tym unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz dokonania ponownego badania i oceny złożonych ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Na marginesie wymaga przy tym zauważyć, że z treści dokumentów znajdujących się w dokumentacji Postępowania nie wynika, aby Zamawiający unieważnił czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzucenia oferty Odwołującego, o których poinformował 9 grudnia 2024 r.

Niewątpliwie natomiast Zamawiający powtórzył czynność badania ofert, w ramach której odrzucił ofertę Odwołującego. W konsekwencji oferta ta nie była uwzględniana, gdy Zamawiający dokonał ponownie (powtórzył) czynności oceny ofert złożonych w Postępowaniu. W sytuacji, gdy wskutek uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu w wniesionym przez Odwołującego 18 grudnia 2024 r., w którym w zakresie zarzutu dotyczącego czynności odrzucenia oferty Odwołującego przedstawiono żądanie dokonania ponownego (czyli powtórzenia) badania i oceny złożonych ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego, dokonanie ponownej (powtórzenie) czynności oceny ofert złożonych w Postępowaniu bez uwzględnienia oferty Odwołującego było niezgodne z tym żądaniem, a tym samym naruszało art. 522 ust. 1 Pzp.

Brak jest podstaw do przyjęcia, że dokonanie ponownej (powtórzenie) oceny ofert złożonych w Postępowaniu z uwzględnieniem oferty Odwołującego byłoby czynnością sprzeczną z przepisami Pzp, co mogłoby uzasadniać niewykonanie obowiązku wykonania, powtórzenia lub unieważnienia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zgodnie z żądaniami zawartymi w tym odwołaniu w przypadku uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

Zdaniem Izby o ile można uznać, że w przypadku, gdy odwołanie zostało wniesione na czynność odrzucenia oferty wykonawcy, w której granice oceny zgodności z przepisami Pzp przez Izbę tej czynności (a tym samym sporu w postępowaniu odwoławczym) wyznaczają okoliczności przedstawione w uzasadnieniu faktycznym i prawnym tej czynności podanym przez zamawiającego w informacji o odrzuceniu oferty wykonawcy oraz przedstawione w odwołaniu okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające jego wniesienie (wskazujące na naruszenie w związku z tą czynnością przepisów Pzp), uwzględnienie w całości zarzutów przedstawionych w takim odwołaniu nie ma wpływu na dopuszczalność odrzucenia tej oferty ze względu na inne okoliczności niż mieszczące się w tych granicach, to w sytuacji, jaka wystąpiła w Postępowaniu, gdy odwołanie wniesione przez Odwołującego 18 grudnia 2024 r. było odwołaniem na czynność odrzucenia jego oferty, w którym przedstawił on zarzut art. 226 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 253 ust. 1 Pzp oraz wskazał określone okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania, należy uznać, że wykonując wynikający z uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w tym odwołaniu obowiązek unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz dokonania ponownego badania i oceny złożonych ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego Zamawiający w ramach ponownego badania złożonych ofert nie pozwala na badanie oferty Odwołującego w zakresie okoliczności faktycznych i prawnych, które przedstawiono w odwołaniu jako uzasadniające wniesienie odwołania (wskazujące na niezgodność z prawem czynności odrzucenia tej oferty) – a w konsekwencji na odrzucenie tej oferty ze względu na te okoliczności.

W tym miejscu należy stwierdzić, że nie zasługuje na aprobatę stanowisko Odwołującego, że w sytuacji, gdy wniesione przez niego 18 grudnia 2024 r. odwołanie było odwołaniem na czynność odrzucenia jego oferty, Zamawiający nie może „uzupełnić” swojej decyzji i podstaw faktycznych ani prawnych dotyczących odrzucenia oferty Odwołującego”. Jak wynika z powyższego, uwzględnienie w całości zarzutów przedstawionych w tym odwołaniu nie ma wpływu na dopuszczalność odrzucenia tej oferty ze względu na inne okoliczności niż mieszczące się w tych opisanych powyżej granicach, co w konsekwencji czyni nie tylko dopuszczalnym, ale wręcz koniecznym, przedstawienie uzasadnienia faktycznego i prawnego w zakresie tych okoliczności. Można przy tym wskazać, iż w przypadku, gdy wnosząc odwołanie na czynność odrzucenia swojej oferty wykonawca zarzuca naruszenie art. 253 ust. 1 Pzp (jak w ww. odwołaniu), a zarzut ten zamawiający uznaje za zasadny, unieważnienie tej czynności (bez dokonywania w postępowaniu odwoławczym uwzględnienia tego zarzutu) umożliwia ponowne dokonanie czynności odrzucenia tej oferty i przedstawienie jej uzasadnienia faktycznego i prawnego zgodnie z tym przepisem.

Nie może ulegać wątpliwości, że uwzględnienie zarzutów przedstawionych w odwołaniu ma doniosłe znaczenie. Zgodnie z art. 527 Pzp „na czynność zamawiającego wykonaną zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu, albo, w przypadku uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu, odwołującemu oraz wykonawcy wezwanemu zgodnie z art. 524 nie przysługują środki ochrony prawnej”, a stosownie do art. 528 pkt 5 Pzp „Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub, w przypadku uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu”. Z przepisów tych wynika, że złożenie przez zamawiającego oświadczenia o uwzględnieniu zarzutów przedstawionych w odwołaniu (w przypadku, gdy nie zostanie

wniesiony sprzeciw wobec ich uwzględnienia) wywołuje skutki równoważne z wyrokiem Izby lub sądu, a przy tym jest „wiążące” zarówno dla zamawiającego, jak i wykonawców biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego – w zakresie obowiązku wykonania czynności zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu oraz braku możliwości wniesienia odwołania na taką czynność.

Wobec powyższego uwzględnienie zarzutów przedstawionych w odwołaniu nie może być uznane za czynność, która jest podejmowana wyłącznie po to, aby zamawiający mógł ponownie dokonać czynności, na które odwołanie to wniesiono (i ewentualnie przedstawienie jej uzasadnienia faktycznego i prawnego zgodnie z art. 253 ust. 1 Pzp) - tak jak jest w przypadku unieważnienia czynności, na które wniesiono odwołanie, bez dokonywania w postępowaniu odwoławczym uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości ani w części. Uwzględnienie w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu należy natomiast rozumieć jako przyznanie przez Zamawiającego, że zarzuty te są uzasadnione w opisanych powyżej granicach sporu w postępowaniu odwoławczym (w przypadku odwołania na czynność odrzucenia oferty wykonawcy wyznaczonych okolicznościami przedstawionymi w uzasadnieniu faktycznym i prawnym tej czynności podanym przez zamawiającego w informacji o odrzuceniu oferty wykonawcy oraz przedstawionymi w odwołaniu okolicznościami faktycznymi i prawnymi uzasadniającymi jego wniesienie (wskazującymi na naruszenie w związku z tą czynnością przepisów Pzp)). Wynika z tego, że złożenie oświadczenia o uwzględnieniu zarzutów przedstawionych w odwołaniu powinno być poprzedzone analizą ich zasadności i stanowić konsekwencję jej wyniku, a nie powód przeprowadzenia takiej analizy.

Zdaniem Izby tylko przy takim stanowisku art. 522 ust. 1 Pzp w zakresie w jakim dyspozycja wynikającej z niego normy jest adresowana do zamawiającego ma sens i znaczenie prawne.

Zamawiający, uwzględniając w całości zarzuty przedstawione w wniesionym przez Odwołującego 18 grudnia 2024 r., uwzględnił nie tylko zarzut dotyczący czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, ale również zarzut dotyczący czynności odrzucenia oferty Odwołującego, w zakresie którego w ww. odwołaniu przedstawiono 2 żądania co do sposobu jego rozstrzygnięcia - unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz dokonania ponownego (czyli powtórzenia) badania i oceny złożonych ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego. Oczywiście jest, że żądania te są ze sobą ściśle powiązane oraz że podstawą ich wszystkich jest zakwestionowanie istnienia okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających odrzucenie tej oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp – brak podstaw do jej odrzucenia oznacza, że oferta ta nie powinna zostać odrzucona, lecz podlegać badaniu i ocenie w ramach czynności badania i oceny złożonych ofert, oraz że nieprawidłowa była czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, przy dokonywaniu której oferta ta nie była brana pod uwagę.

Uwzględnienie zarzutów przedstawionych w ww. odwołaniu w całości (a nie jedynie w zakresie, w jakim dotyczyły one czynności wyboru oferty najkorzystniejszej) należy więc rozumieć jako uznanie przez Zamawiającego, że brak jest podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp w zakresie przedstawionych w uzasadnieniu faktycznym i prawnym tej czynności podanym przez Zamawiającego w informacji o odrzuceniu tej oferty oraz powołanych w tym odwołaniu okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniające jego wniesienie.

Gdyby przyjąć, że w opisanej powyżej sytuacji Zamawiający w ramach ponownego badania złożonych ofert może badać ofertę Odwołującego w zakresie okoliczności faktycznych i prawnych mieszczących się w granicach okoliczności przedstawionych w uzasadnieniu faktycznym i prawnym czynności odrzucenia oferty Odwołującego podanym przez zamawiającego w informacji o odrzuceniu tej oferty oraz przedstawione w odwołaniu wniesionym przez Odwołującego 18 grudnia 2024 r. okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające jego wniesienie (wskazujące na naruszenie w związku z tą czynnością przepisów Pzp) i - pomimo wcześniejszego uznania, że okoliczności te nie uzasadniają jej odrzucenia na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp - uznać, że okoliczności te to uzasadniają, oznaczałoby to, że pomimo uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w ww. odwołaniu, Zamawiający może wykonać obowiązek wynikający ze złożenia oświadczenia o uwzględnieniu w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu wniesionym przez Odwołującego 18 grudnia 2024 r., czyniąc zadość dyspozycji normy wynikającej z art. 522 ust. 1 Pzp, dokonując wyłącznie unieważniania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i czynności odrzucenia oferty Odwołującego, tak samo jakby unieważnił te czynności bez dokonywania w postępowaniu odwoławczym uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości ani w części czy jakby uwzględnił zarzuty przedstawione w ww. odwołaniu wyłącznie w części – w zakresie dotyczącym unieważniania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i czynności odrzucenia oferty Odwołującego. W takiej sytuacji złożenie przez Zamawiającego oświadczenia o uwzględnieniu w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu wniesionym przez Odwołującego 18 grudnia 2024 r. w istocie pozbawione byłoby prawnego znaczenia.

Aczkolwiek uzasadnienie faktyczne i prawne czynności odrzucenia oferty Odwołującego przedstawione w opublikowanej 9 grudnia 2024 r. informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty jest mniej obszerne niż uzasadnienie faktyczne i prawne czynności odrzucenia oferty Odwołującego przedstawione w opublikowanej 31 grudnia 2024 r. informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty, to w istocie nie było sporne, że w zakresie odrzucenia oferty

Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp uzasadnienie faktyczne i prawne czynności odrzucenia oferty Odwołującego przedstawione w ww. informacji opublikowanej 31 grudnia 2024 r. obejmuje te same okoliczności, które były przedstawione w uzasadnieniu faktycznym i prawnym czynności odrzucenia oferty Odwołującego w ww. informacji opublikowanej 31 grudnia 2024 r. oraz przedstawione w odwołaniu wniesionym przez Odwołującego 18 grudnia 2024 r. jako okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające jego wniesienie - dotyczące określenia w złożonym przez Odwołującego formularzu asortymentowo – cenowym sporządzonym według wzoru stanowiącego załącznik nr 2 do SWZ wysokości wynagrodzenia za „Wykonywanie (w całym okresie udzielonej gwarancji i rękojmi) usługi konserwacji w zakresie”, w szczególności w zakresie tego, czy „wykonywanie (w całym okresie udzielonej gwarancji i rękojmi) usługi konserwacji w zakresie i w sposób ustalony instrukcjami i obowiązującymi przepisami” mogło być „skalkulowane” w ramach „wymiany agregatów wody lodowej wraz z dostosowaniem instalacji wody lodowej oraz pracami towarzyszącymi w budynku B”, a w konsekwencji, czy podanie 1 zł jako „ceny ryczałtowej netto Pojedynczej sesji konserwacyjnej”, a tym samym 2,46 zł jako „ceny ryczałtowej brutto konserwacji w okresie 12 miesięcy” stanowi o złożeniu oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W tym stanie rzeczy należało uznać, że w sytuacji, w której uwzględniając w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu wniesionym przez Odwołującego 18 grudnia 2024 r. Zamawiający przyznał, iż w zakresie tych okoliczności brak jest podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp, nie mogły one stanowić podstawy do odrzucenia tej oferty na tej samej podstawie w ramach ponownego badania ofert, o czym Zamawiający poinformował w opublikowanej 31 grudnia 2024 r. informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty.

Z treści tej informacji wynika przy tym, że również w uzasadnieniu faktycznym i prawnym czynności odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp przedstawiono okoliczności mieszczące się w granicach sporu w postępowaniu odwoławczym zainicjowanym odwołaniem wniesionym przez Odwołującego 18 grudnia 2024 r. Już przedstawiając zarzuty w tym odwołaniu Odwołujący wskazywał na zgodność treści jego oferty z warunkami zamówienia w zakresie „skalkulowania oferty zgodnie z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SWZ”. Nie mogły one zatem stanowić także podstawy do odrzucenia tej oferty w ramach ponownego badania ofert na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp.

Wobec powyższego należało stwierdzić, że odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 i 7 Pzp stanowiło naruszenie zarówno tych przepisów jak i art. 522 ust. 1 Pzp. Naruszenie to mogło mieć istotny wpływ na wynik Postępowania, gdyż gdyby Zamawiający nie dopuścił się tego naruszenia, oferta Odwołującego mogła zostać w nim wybrana jako najkorzystniejsza.

Zważywszy, że zarzuty naruszenia art. 286 ust. 1 w związku z art. 16 Pzp oraz art. 16 pkt 1 w związku z art. 17 ust. 2 Pzp zostały przedstawione jako ewentualne, w przypadku nie uwzględnienia zarzutu naruszenia art. 522 w związku z art. 226 ust. 1 pkt 5 oraz 7 w związku z art. 253 ust. 1 Pzp, a w zakresie tego zarzutu odwołanie zostało uwzględnione, Izba nie rozpoznawała zarzutów naruszenia art. 286 ust. 1 w związku z art. 16 Pzp oraz art. 16 pkt 1 w związku z art. 17 ust. 2 Pzp i nie oceniała zasadności odwołania w tym zakresie.

Mając zatem na względzie zakres, w jakim odwołanie było rozpoznawane, należało uznać, że zostało ono uwzględnione w całości.

Zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt 1) Pzp „Izba 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”. Stosownie zaś do art. 554 ust. 3 pkt 1) Pzp „uwzględniając odwołanie, Izba może jeżeli umowa nie została zawarta: a) nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego albo b) nakazać unieważnienie czynności zamawiającego”.

Wobec powyższego odwołanie należało uwzględnić, nakazując Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 i art. 575 Pzp oraz § 2 ust. 1 pkt 2, § 5 pkt 1 i 2 oraz § 7 ust. 1 pkt 1 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.

Zgodnie z art. 557 Pzp „w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego”, stosownie zaś do art. 575 Pzp strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. Z § 2 ust. 1 pkt 2 ww. rozporządzenia wynika, że wysokość wpisu wnoszonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia na dostawę o wartości przekraczającej progi unijne, o których mowa w art. 3 ust. 1 Pzp, wynosi 15.000 złotych. Stosownie do § 5 pkt 1 i 2 ww. rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się wpis oraz „uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego (...) w wysokości określonej na podstawie rachunków lub spisu kosztów, złożonych

do akt sprawy, obejmujące: a) koszty związane z dojazdem na wyznaczone posiedzenie lub rozprawę, b) wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, jednak nieprzekraczające łącznie kwoty 3600 złotych, (...) d) inne uzasadnione wydatki, w tym koszty przeprowadzenia innych dowodów w postępowaniu odwoławczym niż dowód z opinii biegłego, dopuszczonych przez Izbę na wniosek strony lub uczestnika postępowania odwoławczego". § 7 ust. 1 pkt 1 ww. rozporządzenia stanowi, że „w przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę w całości, koszty ponosi zamawiający; w takim przypadku Izba zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego równowartość kwoty wpisu oraz koszty, o których mowa w § 5 pkt 2”.

Stosownie do § 5 pkt 1 ww. rozporządzenia, do kosztów postępowania odwoławczego zaliczono wpis w wysokości uiszczony przez Odwołującego, tj. 15.000 złotych.

Odwołujący na posiedzeniu i rozprawie był reprezentowany przez trzech pełnomocników. Jak wynika ze złożonych do akt sprawy faktury, zestawienia kosztów podróży i wydruków potwierdzających uiszczenie opłat skarbowych, na koszty postępowania odwoławczego Odwołującego składa się wynagrodzenie pełnomocnika w wysokości 4.428 złotych, koszty dojazdu w wysokości 852,20 złotych oraz wydatek na opłatę skarbową od złożenia trzech pełnomocnictw w wysokości 51 złotych.

Brak było podstaw do zaliczenia ww. kosztów dojazdu do uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego Odwołującego, o których mowa w § 5 pkt 2 lit. a ww. rozporządzenia. W świetle treści § 5 pkt 2 lit. a i b ww. rozporządzenia należy uznać, że „koszty związane z dojazdem na wyznaczone posiedzenie lub rozprawę”, o których mowa w § 5 pkt 2 lit. a ww. rozporządzenia to „koszty związane z dojazdem” samej strony bądź uczestnika postępowania odwoławczego, które zalicza się do uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego tejże strony bądź uczestnika, jeżeli na wyznaczonym posiedzeniu lub rozprawie stawia się sama strona bądź uczestnik postępowania odwoławczego, zaś „koszty związane z dojazdem na wyznaczone posiedzenie lub rozprawę” pełnomocnika strony bądź uczestnika postępowania odwoławczego zaliczyć należy do „wydatków pełnomocnika”, o których mowa w § 5 pkt 2 lit. b ww. rozporządzenia.

Zgodnie z § 5 pkt 2 lit. b ww. rozporządzenia, do uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego Odwołującego wynagrodzenie i wydatki pełnomocnika mogą być zaliczone wyłącznie do kwoty 3.600 złotych. W konsekwencji wobec wysokości wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego, przekraczającej 3.600 złotych, do uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego Odwołującego wynagrodzenie pełnomocnika go reprezentującego mogło być zaliczone w kwocie 3.600 złotych, a koszty postępowania odwoławczego Odwołującego nie mogły obejmować dodatkowo ww. kosztów dojazdu pełnomocnika na rozprawę.

W zakresie ww. kosztów dojazdu należy ponadto stwierdzić, że jak wynika z treści ww. zestawienia kosztów podróży, wysokość kosztów dojazdu pełnomocnika Odwołującego została obliczona jako iloczyn liczby 630 kilometrów, stanowiących odległość od Poznania, gdzie pełnomocnik Odwołującego wykonuje działalność gospodarczą, do siedziby Urzędu Zamówień Publicznych), pomnożonej przez 2, oraz stawki 1,15 zł za 1 kilometr, określonej w § 2 pkt 1 lit. b rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 25 marca 2002 r. w sprawie warunków ustalania oraz sposobu dokonywania zwrotu kosztów używania do celów służbowych samochodów osobowych, motocykli i motorowerów niebędących własnością pracodawcy.

Brak jest podstaw do przyjęcia, że koszty związane z przejazdem pełnomocnika Odwołującego na rozprawę powinny być rozliczane ryczałtowo według stawki 1,15 zł za 1 przejechany kilometr, określonej w określonej w § 2 pkt 1 lit. b ww. rozporządzenia. Stawka ta jest maksymalną stawką, według której pracodawca pokrywa koszty używania przez pracownika w celach służbowych dojazd lokalnych samochodów osobowych o pojemności silnika powyżej 900 cm³ niebędących własnością pracodawcy. Brak jest zaś uzasadnienia dla uznania, że pełnomocnik Odwołującego jest pracownikiem, któremu pracodawca pokrywa koszty używania samochodu osobowego niebędącego własnością pracodawcy ani iż ww. stawka znajduje zastosowanie do kosztów używania samochodu osobowego przez pełnomocnika Odwołującego dojazd innych niż jazdy lokalne, jakimi niewątpliwie są przejazdy na trasie Poznań - siedziba Urzędu Zamówień Publicznych czy z powrotem.

Mając ponadto na uwadze, że z treści § 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 wynika, że w aspekcie ponoszenia kosztów postępowania za uzasadnione uznawać należy reprezentowanie przez jednego pełnomocnika, Izba nie uznała wydatku na opłatę skarbową od złożenia pełnomocnictwa przez drugiego i trzeciego pełnomocnika za uzasadniony koszt Odwołującego. W konsekwencji, zgodnie z § 5 pkt 2 lit. b i d ww. rozporządzenia do uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego Odwołującego zaliczono zatem wynagrodzenie pełnomocnika go reprezentującego w kwocie 3.600 złotych oraz wydatek na opłatę skarbową od złożenia jednego pełnomocnictwa w kwocie 17 złotych.

Zamawiający na posiedzeniu i rozprawie był reprezentowany przez trzech pełnomocników. Jak wynika ze złożonych do akt sprawy fakturze i spisie kosztów, na koszty postępowania odwoławczego Zamawiającego składają się

wynagrodzenie pełnomocnika w wysokości 4.428 złotych oraz koszty dojazdu pełnomocników na rozprawę w wysokości 336,50 złotych.

Brak było podstaw do zaliczenia ww. kosztów dojazdu do uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego Zamawiającego, o których mowa w § 5 pkt 2 lit. a ww. rozporządzenia. W świetle treści § 5 pkt 2 lit. a i b ww. rozporządzenia należy uznać, że „koszty związane z dojazdem na wyznaczone posiedzenie lub rozprawę”, o których mowa w § 5 pkt 2 lit. a ww. rozporządzenia to „koszty związane z dojazdem” samej strony bądź uczestnika postępowania odwoławczego, które zalicza się do uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego tejże strony bądź uczestnika, jeżeli na wyznaczonym posiedzeniu lub rozprawie stawia się sama strona bądź uczestnik postępowania odwoławczego, zaś „koszty związane z dojazdem na wyznaczone posiedzenie lub rozprawę” pełnomocnika strony bądź uczestnika postępowania odwoławczego zaliczyć należy do „wydatków pełnomocnika”, o których mowa w § 5 pkt 2 lit. b ww. rozporządzenia.

Zgodnie z § 5 pkt 2) lit. b) ww. rozporządzenia, do uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego Zamawiającego wynagrodzenie i wydatki pełnomocnika mogą być zaliczone wyłącznie do kwoty 3.600 złotych. W konsekwencji wobec wysokości wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego, przekraczającej 3.600 złotych, do uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego Odwołującego wynagrodzenie pełnomocnika go reprezentującego mogło być zaliczone w kwocie 3.600 złotych, a koszty postępowania odwoławczego Zamawiającego nie mogły obejmować dodatkowo ww. kosztów dojazdu pełnomocnika na rozprawę.

W tym stanie rzeczy zgodnie z § 5 pkt 2) lit. b) ww. rozporządzenia do uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego Zamawiającego zaliczono wynagrodzenie pełnomocnika go reprezentującego w kwocie 3.600 złotych.

Izba nieprawidłowo przy tym w wyroku zaliczyła do uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego Zamawiającego kwotę 17 złotych tytułem innych uzasadnionych wydatków, skutkiem czego nieprawidłowo do kosztów tych zaliczyła łącznie kwotę wyższą o 17 złotych, czyli 3.617 złotych.

Wobec uwzględnienia odwołania w całości stosownie do § 7 ust. 1 pkt 1 ww. rozporządzenia Izba kosztami postępowania odwoławczego obciążyła Zamawiającego oraz zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę stanowiącą sumę równowartości kwoty wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego Odwołującego w wysokości 3.617 złotych.

Przewodniczący:.....