

WYROK
z dnia 20 kwietnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki
Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 kwietnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 kwietnia 2023 r. przez wykonawcę **SK-MED Systems sp. z o.o. w Poznaniu**

w postępowaniu prowadzonym przez **105. Kresowy Szpital Wojskowy z Przychodnią Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Żarach**

przy udziale wykonawcy **Medikol Systems sp. z o.o. w Poznaniu**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w częściach 19 i 36, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego w ww. częściach, oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert w tych częściach,**
2. **kosztami postępowania obciąża 105. Kresowy Szpital Wojskowy z Przychodnią Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Żarach i:**
 - 2.1. **zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500 zł 00 gr (słownie: siedmiu tysięcy pięciuset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę SK-MED Systems sp. z o.o. w Poznaniu tytułem wpisu od odwołania,**
 - 2.2. **zasądza od 105. Kresowego Szpitala Wojskowego z Przychodnią Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej w Żarach na rzecz wykonawcy SK-MED Systems sp. z o.o. w Poznaniu kwotę 11.958 zł 60 gr (słownie: jedenastu tysięcy dziewięciuset pięćdziesięciu ośmiu złotych sześćdziesięciu groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu na rozprawę.**

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

105. Kresowy Szpital Wojskowy z Przychodnią Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Żarach, 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 2022 r. poz. 1710 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp”, którego przedmiotem jest wykonywanie okresowych przeglądów serwisowych pogwarancyjnych aparatury i sprzętu medycznego 105 Kresowego Szpitala Wojskowego z Przychodnią SP ZOZ w Żarach.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 16 lutego 2023 r., nr 2023/BZP 00098403/01.

Wobec czynności i zaniechań zamawiającego w ww. postępowaniu w dniu 5 kwietnia 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniósł odwołanie wykonawca SK-MED Systems sp. z o.o. w Poznaniu, zwany dalej „odwołującym”.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp w związku z art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. a) Pzp poprzez błędne przyjęcie, że z przyczyn leżących po jego stronie nie wykonał on lub nienależycie wykonał on istotne zobowiązanie wynikające z umowy w sprawie zamówienia publicznego, co doprowadziło do wypowiedzenia umowy podczas gdy, to on wypowiedział umowę z zamawiającym z ważnych powodów tj. przyczyn leżących po stronie zamawiającego, a tym samym wobec niego nie zachodzą przesłanki wykluczenia z postępowania, a jego wykluczenie nie ma charakteru obligatoryjnego, co w konsekwencji doprowadziło do bezzasadnego odrzucenia oferty odwołującego;
- 2) (ewentualnie w przypadku nieuwzględnienia zarzutu wskazanego w pkt 1) art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez błędne uznanie, że jego oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia, w sytuacji, gdy jej treść jest zgodna z warunkami zamówienia;
- 3) (ewentualnie w przypadku nieuwzględnienia zarzutu wskazanego w pkt 1-2) art. 226 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 oraz ust. 2 PZP poprzez błędne uznanie, że wprowadził on Zamawiającego w błąd, podczas gdy on nie wprowadzał Zamawiającego w błąd, gdyż nigdy nie doszło do odstąpienia od umowy przez innego zamawiającego, a za co tym idzie nie było podstaw do przekazywania przez niego informacji o czymś czego nie było, a ponadto Zamawiający nie przewidział w SWZ, aby fakultatywnymi podstawami wykluczenia wykonawców z postępowania były podstawy określone w art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 PZP w związku z czym nie mogą one stanowić podstawy odrzucenia jego oferty;
- 4) (ewentualnie w przypadku nieuwzględnienia zarzutu wskazanego w pkt 1-3) art. 109 ust. 1 pkt 7 oraz ust. 3 PZP poprzez wykluczenie go w sytuacji, gdy ze złożonych przez niego

wyjaśnień wynika, że wykluczenie byłoby w sposób oczywisty nieproporcjonalne, albowiem pomimo wypowiedzenia przez niego umowy z zamawiającym on z powodzeniem realizował inne umowy w sprawie zamówień publicznych, co wprost wskazuje na to, że jego sytuacja jest wystarczająca do wykonania zamówienia;

- 5) (ewentualnie w przypadku nieuwzględnienia zarzutu wskazanego w pkt 1-4) art. 110 ust. 2 i 3 Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt. 7 Pzp w zw. z art. 128 Pzp poprzez zaniechanie wezwania go do złożenia wyjaśnień dotyczących złożonego oświadczenia, o którym mowa w art. 125 Pzp lub do jego poprawienia lub ponownego złożenia, a w konsekwencji uniemożliwienie mu skorzystania z procedury samooczyszczenia, a tym samym przedwczesne odrzucenie jego oferty;
- 6) (ewentualnie w przypadku nieuwzględnienia zarzutu wskazanego w pkt 1-5) art. 239 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp w zw. z art. 17 ust. 2 Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, 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, a konsekwencji niedokonanie wyboru jako oferty najkorzystniejszej jego oferty, pomimo iż była ofertą niepodlegającą odrzuceniu i najkorzystniejszą zgodnie z kryteriami oceny ofert.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- a) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- b) powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
- c) wyboru swej oferty jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał, że Zamawiający dnia 10 marca 2023 r. w odniesieniu do części nr 36 dokonał wyboru jego oferty wskazując, że oferta zgodnie z art. 239 ust. 1 ustawy PZP uzyskała największą liczbę punktów na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia i tym samym została uznana jako najkorzystniejsza. Następnie, Zamawiający w związku z uzyskaną informacją o niewykonaniu umowy, zawartej z w wyniku przeprowadzenia innego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego („Usługa serwisowania urządzeń medycznych-3 zadania”, nr FDZ.242-41/21, w zakresie zadania nr 1 - Tomograf komputerowy Revolution CT oraz stacja AW.), pismem z dnia 15 marca 2023 r. wezwał go do złożenia wyjaśnień.

Odwołujący podniósł, że w piśmie z dnia 15.03.2023 r. Zamawiający lakonicznie jedynie wskazał, że posiada informację o niewykonaniu umowy o zamówienie publiczne i oczekuje wyjaśnień, nie wskazując przy tym jaki ma być zakres lub jakie szczegółowe informacje oczekiwane są przez Zamawiającego.

Odwołujący wskazał, że w odpowiedzi pismem z dnia 16.03.2023 poinformował, że umowa zawarta z Samodzielnym Publicznym Szpitalem Klinicznym nr 4 w Lublinie (dalej jako Szpital w Lublinie) została wypowiedziana przez niego ze skutkiem natychmiastowym z ważnych powodów, leżących po stronie Zamawiającego tj. w trybie wynikających z przepisów KC. Odwołujący wskazał, że do pisma dołączył on przykładowe referencje z realizacji umów o zamówienia publiczne z 2022 roku. Ponadto wskazał on, że w razie jakiegokolwiek konieczności może on przekazać dodatkowe informacje.

Odwołujący wskazał, że po otrzymaniu ww. odpowiedzi Zamawiający nie zwracał się więcej do niego. Dopiero pismem z dnia 31.03.2023 r. poinformował go o odrzuceniu jego oferty.

Odwołujący podniósł, że w piśmie z dnia 31.03.2023 r. Zamawiający całkowicie pomija kluczową okoliczność jaką jest złożenie przez niego wyjaśnień w dniu 16.03.2023 r. z których wynika, że to on, a nie Szpital w Lublinie rozwiązał umowę w sprawie zamówienia publicznego i to z przyczyn leżących po stronie Szpitala w Lublinie. Odwołujący wskazał, że wypowiedzenie umowy dokonane przez niego miało miejsce w dniu 17.12.2022 r. W wypowiedzeniu tym to on wezwał Szpital w Lublinie do zapłaty kary umownej w wysokości 134 460 zł w terminie do dnia 24 grudnia 2021 r., która to zapłata do dnia dzisiejszego nie nastąpiła.

Odwołujący wskazał, że wypowiedzenie umowy dokonane przez niego i wynikało z tego, że pomimo łączącej strony umowy przegląd techniczny aparatu TK GE Revolution CT Healthcare wykonywał inżynier innej firmy GE Healthcare. W ocenie odwołującego stanowiło to ważne naruszenie umowy, ponieważ dokonywanie okresowych przeglądów leżało po jego stronie. Tym samym za prawidłowość przeglądów i prawidłowe funkcjonowanie urządzenia to on odpowiadał od chwili zawarcia umowy.

Odwołujący argumentował, że nie został on poinformowany o tym, że w czasie obowiązywania umowy inna osoba będzie ingerowała w urządzenie, które miał serwisować. Na realizację takiego przeglądu przez inny podmiot nie wyrażono zgody. Zaistniała sytuacja skutkowała tym, że on nie mógł wziąć na siebie odpowiedzialności za urządzenie, które jest serwisowane przez kogoś innego. W trakcie takiego przeglądu mogło bowiem dojść do m.in. zmiany w pracy aparatu, co mogło skutkować np. szybszym zużywaniem się podzespołów aparatu. Mogło też dojść do zmiany haseł dostępowych do oprogramowania serwisowego lub modyfikacji konfiguracji, co utrudniałoby serwis aparatu w przyszłości. Powyższe oznacza również, że w chwili zawierania umowy urządzenie prawdopodobnie nie miało

ważnego przeglądu okresowego, a co za tym idzie, jego stan mógł odbiegać od oczekiwanego i wynikającego z jego należytej eksploatacji, na którą składają się m.in. regularne i terminowe przeglądy okresowe. Zdaniem odwołującego, błędne jest zatem stwierdzenie dotyczące niewykonania umowy przez niego. Umowa ta bowiem została przez niego rozwiązana zgodnie z obowiązującymi przepisami, z przyczyn leżących po stronie Szpitala w Lublinie.

Odwołujący podniósł, że jego uprawnienie do wypowiedzenia umowy zawartej ze Szpitalem w Lublinie wynika przede wszystkim z art. 746 kodeksu cywilnego, zgodnie z którym przyjmujący zlecenie może je wypowiedzieć w każdym czasie. Uprawnienia do wypowiedzenia zlecenia z ważnych powodów, zgodnie z przywołanym przepisem, nie można się zrzec. Mając na względzie brzmienie w/w przepisu, Odwołujący wskazywał, że z takiego uprawnienia skorzystał.

Odwołujący argumentował, że nawet w sytuacji uznania, że wskazanych przez niego powodów wypowiedzenia nie można uznać za ważne (czemu zaprzeczał), dokonane przez niego wypowiedzenie jest skuteczne w oparciu o art. 746 § 2 KC, który przyjmującemu zlecenie pozwala na wypowiedzenie umowy w każdym czasie. Odwołujący wskazywał, że w zawartej przez niego ze Szpitalem w Lublinie nie uregulowano tej kwestii w inny sposób, a w szczególności nie zastrzeżono, że umowy mogą być wypowiedziane przez niego wyłącznie z ważnych przyczyn. Co ważne – zgodnie z § 6 ust. 2 umowy ze Szpitalem w Lublinie każda ze stron niniejszej umowy miała również prawo wypowiedzenia jej z 14-dniowym wypowiedzeniem w przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania przez drugą stronę warunków umowy.

Odwołujący argumentował, że w związku z tym Szpital w Lublinie nie mógł rozwiązać z jego winy umowy, która już nie istniała, ani tym bardziej nie mógł naliczyć z tego tytułu jakichkolwiek kar umownych. Wskazywał, że Szpital w Lublinie nigdy nie złożył mu jakiegokolwiek oświadczenia o odstąpieniu lub wypowiedzeniu umowy z jego winy. Tym samym informacje zawarta w informacji publicznej przekazanej Zamawiającemu przez Medikol są nieprawdziwe.

Odwołujący wskazywał, że w odpowiedzi na wypowiedzenie umowy dokonane przez niego Szpital z Lublinie przesłał bowiem jedynie notę księgową z 31.12.2022 r., do której załączono pismo, w którym Szpital w Lublinie wprost wskazuje, że została ona wystawiona w związku z wypowiedzeniem umowy dokonany przez niego. Szpital w Lublinie nie złożył przy tym własnych oświadczeń.

Zdaniem odwołującego, konsekwencją powyższego jest konieczność uznania, że brak jest podstaw do uznania, że podlega on wykluczeniu. Nie została bowiem spełniona którakolwiek z przesłanek określonych w art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, na których spełnienie błędnie wskazywał Zamawiający:

- 1) „z przyczyn leżących po jego stronie” – brak spełnienia przesłanki - z wypowiedzenia umowy z dnia 17.12.2021 wynika, że do wypowiedzenia doszło z przyczyn leżących po stronie Szpitala w Lublinie a nie jego,
- 2) „w znacznym stopniu lub zakresie” – brak spełnienie przesłanki - umowę wypowiedziano przed faktycznym rozpoczęciem jej realizacji z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego,
- 3) „nie wykonał (...) istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego” - brak spełnienia przesłanki - umowę wypowiedziano przed faktycznym rozpoczęciem jej realizacji z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego,
- 4) „co doprowadziło do odstąpienia od umowy” – brak spełnienia przesłanki – umowę wypowiedział on z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego.

Ponadto odwołujący wskazywał, że w przypadku umowy zawartej ze Szpitalem w Lublinie nie doszło do wykonania zastępczego lub skorzystania przez Szpital w Lublinie z rękojmi.

Odwołujący argumentował, że ciężar dowodu w przypadku wykluczenia na podstawie któregośkolwiek z przepisów spoczywa na zamawiającym, wykluczającym wykonawcę z postępowania. Odwołujący wskazywał, że w niniejszej sprawie Zamawiający w żaden sposób nie udowodnił, że w stosunku do niego zachodzą przesłanki do wykluczenia go z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp.

Odwołujący wskazywał, że jedynym argumentem Zamawiającego było przedstawienie stanowiska Szpitala w Lublinie pozyskane przez Medikol – czyli podmiot konkurencyjny w stosunku do niego, które jest stanowiskiem niepełnym, gdyż Szpital w Lublinie pominął istotne okoliczności, z których wynika, że Szpital w Lublinie nigdy nie złożył oświadczenia o wypowiedzeniu lub odstąpieniu od umowy z nim. Ponadto pomimo upływu ponad 15 miesięcy od dnia wypowiedzenia umowy przez niego Szpital w Lublinie nie podjął jakichkolwiek kroków mających na celu uzyskania kary umownej, która rzekomo mu przysługuje, co stanowi naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Jeżeli Szpital w Lublinie faktycznie by przyjmował, że kara umowna się mu należy to z całą pewnością by o nią wystąpił, gdyż jest do tego zobowiązany.

Odwołujący argumentował, że wykluczenie na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp jest związane z niewykonywaniem zobowiązań z wcześniej zawartych umów w sprawie zamówienia publicznego lub koncesji lub wykonywaniem ich w sposób nienależyty z przyczyn obciążających wykonawcę. Jeżeli więc umowa została niewykonana lub wykonana nienależycie z przyczyn innych niż leżące po stronie wykonawcy, nie można uznać, że wykonawca jest nierzetelny i istnieje ryzyko nienależytego wykonywania przez niego umowy, która ma być zawarta w wyniku prowadzonego postępowania. Ponadto nie każde nienależyte wykonanie będzie stanowiło podstawę do wykluczenia, lecz tylko takie, które wskazuje na utratę rzetelności wykonawcy

W dalszej części uzasadnienia odwołania odwołujący argumentował, że Zamawiający w piśmie z dnia 31.03.2023 r. użył dwóch gołosłownych sformułowań tj.:

1) W zakresie części nr 36 – iż oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Zdaniem odwołującego Zamawiający nie uzasadnił tego twierdzenia w jakikolwiek sposób i nie wskazał przy tym na czym niezgodność owa miałaby polegać. Ponadto w podstawach prawnych odrzucenia jego oferty Zamawiający nie wskazał na podstawę odnoszącą się do tego typu uchybienia. Odwołujący argumentował, że o niezgodności treści oferty z postanowieniami SWZ można mówić w przypadku omięcia pewnego zakresu świadczenia, zaoferowania odmiennego zakresu lub braku jego dookreślenia w sposób umożliwiający ocenę, czy wykonawca złożył ofertę zgodną z oczekiwaniami zamawiającego. Zdaniem odwołującego, takich uchybień w jego ofercie nie ma.

2) W zakresie części nr 19 i 36 – że Odwołujący wprowadził Zamawiającego w błąd.

Zdaniem odwołującego Zamawiający nie uzasadnił tego twierdzenia w jakikolwiek sposób. Ponadto w podstawach prawnych odrzucenia jego oferty Zamawiający nie wskazał na podstawę odnoszącą się do tego typu uchybienia. Nie jest przy tym prawdziwe twierdzenie, że nie poinformował on Zamawiającego o odstąpieniu od umowy przez innego Zamawiającego – do takiego odstąpienia bowiem nigdy nie doszło, a co za tym idzie nie miał on o czym informować.

Odwołujący podniósł także, że w Rozdziale IV.2 SWZ (str. 11) Zamawiający przewidział następujące podstawy wykluczenia wykonawców wynikające z art. 109:

- a) art. 109 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp
- b) art. 109 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp
- c) art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp

Odwołujący wskazał, że nie ma wśród nich przesłanek opisanych w art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp. Zgodnie zatem z art. 109 ust. 2 Pzp nie jest możliwe ich zastosowanie w postępowaniu, co Zamawiający próbuje uczynić.

Odwołujący podniósł także, że z powyższej części odwołania oraz z wyjaśnień jakie złożył on Zamawiającemu w toku postępowania wynika, że wykluczenie go na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp byłoby w sposób oczywisty nieproporcjonalne. Pomimo wypowiedzenia przez niego umowy ze Szpitalem w Lublinie, z powodzeniem realizował inne umowy w sprawie zamówień publicznych, co wprost wskazuje na to, że jego sytuacja jest wystarczająca do wykonania zamówienia. W celu wykazania tej okoliczności Odwołujący wskazał, że przedłożył Zamawiającemu referencje z lat 2021-2023.

Odwołujący podniósł także, że pomimo wyjaśnień złożonych w dniu 16.03.2023 r. przez niego Zamawiający w całości je zignorował i pominął. Tymczasem Zamawiający po otrzymaniu wyjaśnień winien dokonać ich rzetelnej oceny. Zamawiający nie wziął pod uwagę przedstawionych przez niego wyjaśnień, które podważyły jednostronny sposób

wypowiedzenia omawianej umowy i odrzucił jego ofertę wyłącznie w oparciu o informacje uzyskane w drodze dostępu do informacji publicznej, zakładając, że potwierdzają one w zupełności, że w stosunku do niego zaistniały wszystkie przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp i tym samym naruszył zasadę przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Zdaniem odwołującego, jeżeli Zamawiający uznał, że jego oświadczenia złożone w toku postępowania zawierają błędy to powinien o tym poinformować go i poprzez wezwanie umożliwić mu złożenie nowych oświadczeń oraz skorzystanie z procedury samooczyszczenia. Zamawiający jednak czynności tych zaniechał.

Odwołujący argumentował, że Zamawiający przewidując fakultatywną podstawę wykluczenia postępowania ma obowiązek przeprowadzenia stosownej weryfikacji przesłanek zastosowanych - uwzględniając zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Podkreślał, że jeżeli Zamawiający dopuścił w danym postępowaniu badanie wykonawców pod kątem fakultatywnych przesłanek wykluczenia, ma on obowiązek przeprowadzić stosowną weryfikację i nie może od niej odstąpić.

Odwołujący nadmieniał, że w przedstawionej sytuacji nie wprowadził Zamawiającego w błąd. Nie miał również obowiązku poinformować Zamawiającego o fakcie odstąpienia od umowy w sprawie zamówienia publicznego przez innego zamawiającego oraz wyjaśnić wszelkich okoliczności z tym związanych, ponieważ sam wypowiedział umowę ze skutkiem natychmiastowym z przyczyn leżących po stronie zamawiającego.

Zdaniem odwołującego, skorzystanie z instytucji ujętej w art. 110 Pzp („self-cleaning”), powinno nastąpić z własnej inicjatywy wykonawcy i bez wezwania zamawiającego, a rola zamawiającego sprowadza się do oceny na ich podstawie, czy wykonawcę można uznać za rzetelnego. Jednak instytucja samooczyszczenia podejmowana jest z inicjatywy samego wykonawcy, w sytuacji, gdy ten ma świadomość i wie, że podlega wykluczeniu. Tymczasem Odwołujący wskazywał, że kwestionuje konieczność zastosowania wobec niego którejkolwiek z podstaw wykluczenia wskazując, że nie przedstawił informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego, mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. W odpowiedzi i w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wykazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego

zgłosił przystąpienie wykonawca Medikol Systems sp. z o.o. w Poznaniu. Złożył pismo procesowe, w którym wniósł o oddalenie odwołania. W piśmie i 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), informację z otwarcia ofert, ofertę odwołującego, zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej w części 36 z dnia 10 marca 2023 r., wniosek przystępującego z dnia 13 marca 2023 r. o odrzucenie oferty odwołującego w części 19 i 36 wraz z załącznikami, pismo zamawiającego z dnia 15 marca 2023 r. do Samodzielnego Publicznego Szpitala Klinicznego nr 4 w Lublinie o udzielenie informacji, odpowiedź ww. Szpitala z dnia 29 marca 2023 r., wezwanie zamawiającego z 15 marca 2023 r. skierowane do odwołującego do złożenia wyjaśnień, wyjaśnienia odwołującego z 20 marca 2023 r. wraz z załącznikami, zawiadomienie o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części nr 36 z dnia 31 marca 2023 r., zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej w części nr 19 i 36 z 31 marca 2023 r., załączniki do pism procesowych stron i uczestnika, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dokumenty złożone przez strony i uczestnika postępowania, w tym 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. 109 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że *z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę:*

- 7) który, z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady;*
- 8) który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny*

wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych;

9) (...)

10) który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Art. 109 ust. 2 Pzp stanowi, że *Jeżeli zamawiający przewiduje wykluczenie wykonawcy na podstawie ust. 1, wskazuje podstawy wykluczenia w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia.*

Art. 109 ust. 3 Pzp stanowi, że *W przypadkach, o których mowa w ust. 1 pkt 1–5 lub 7, zamawiający może nie wykluczać wykonawcy, jeżeli wykluczenie byłoby w sposób oczywisty nieproporcjonalne, w szczególności gdy kwota zaległych podatków lub składek na ubezpieczenie społeczne jest niewielka albo sytuacja ekonomiczna lub finansowa wykonawcy, o którym mowa w ust. 1 pkt 4, jest wystarczająca do wykonania zamówienia.*

Art. 110 ust. 2 Pzp stanowi, że *Wykonawca nie podlega wykluczeniu w okolicznościach określonych w art. 108 ust. 1 pkt 1, 2 i 5 lub art. 109 ust. 1 pkt 2–5 i 7–10, jeżeli udowodni zamawiającemu, że spełnił łącznie następujące przesłanki:*

1) *naprawił lub zobowiązał się do naprawienia szkody wyrządzonej przestępstwem, wykroczeniem lub swoim nieprawidłowym postępowaniem, w tym poprzez zadośćuczynienie pieniężne;*

2) *wyczerpująco wyjaśnił fakty i okoliczności związane z przestępstwem, wykroczeniem lub swoim nieprawidłowym postępowaniem oraz spowodowanymi przez nie szkodami, aktywnie współpracując odpowiednio z właściwymi organami, w tym organami ścigania, lub zamawiającym;*

3) *podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom, wykroczeniom lub nieprawidłowemu postępowaniu, w szczególności:*

a) *zerwał wszelkie powiązania z osobami lub podmiotami odpowiedzialnymi za nieprawidłowe postępowanie wykonawcy,*

b) *zreorganizował personel,*

c) *wdrożył system sprawozdawczości i kontroli,*

d) *utworzył struktury audytu wewnętrznego do monitorowania przestrzegania przepisów, wewnętrznych regulacji lub standardów,*

e) wprowadził wewnętrzne regulacje dotyczące odpowiedzialności i odszkodowań za nieprzestrzeganie przepisów, wewnętrznych regulacji lub standardów.

Art. 110 ust. 3 Pzp stanowi, że Zamawiający ocenia, czy podjęte przez wykonawcę czynności, o których mowa w ust. 2, są wystarczające do wykazania jego rzetelności, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy. Jeżeli podjęte przez wykonawcę czynności, o których mowa w ust. 2, nie są wystarczające do wykazania jego rzetelności, zamawiający wyklucza wykonawcę.

Art. 128 ust. 4 ustawy Pzp stanowi, że Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu.

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

2) została złożona przez wykonawcę:

a) podlegającego wykluczeniu z postępowania

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 wykonywanie okresowych przeglądów serwisowych pogwarancyjnych aparatury i sprzętu medycznego 105 Kresowego Szpitala Wojskowego z Przychodnią SP ZOZ w Żarach.

Ustalono także, że w pkt III.2 SWZ zamawiający podzielił przedmiot zamówienia na części (zadania), w tym m.in.:

19) Część nr 19 – Zadanie nr 19: Okresowy przegląd serwisowy aparatury i sprzętu RTG.

36) Część nr 36 – Zadanie nr 36: Okresowy przegląd serwisowy aparatury i sprzętu do mammografii.

Kolejno ustalono, że w pkt IV.2 SWZ zamawiający przewidział:

Podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 109 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający przewiduje wykluczenie z postępowania o udzielenie zamówienia Wykonawców w okolicznościach, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 4) – 5) i 7) ustawy Pzp, (...).

(por. treść SWZ, w dokumentacji postępowania, na nośniku elektronicznym przekazanym przez zamawiającego).

Ustalono także, że do upływu terminu składania ofert do zamawiającego wpłynęły w zakresie części 19 i 36 oferty m.in. odwołującego i przystępującego.

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

Kolejno ustalono, że odwołujący złożył wraz z ofertą oświadczenie, że nie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 Pzp.

(por. ww. oświadczenie, w ofercie odwołującego, w dokumentacji postępowania, na nośniku elektronicznym przekazanym przez zamawiającego).

Kolejno ustalono, że 10 marca 2023 r. zamawiający zawiadomił wykonawców m.in. o wyborze oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w zakresie części nr 36.

Kolejno ustalono, że 13 marca 2023 r. przystępujący złożył do zamawiającego wniosek o odrzucenie oferty odwołującego w zakresie części nr 19 i 36. Do wniosku przystępujący załączył pismo Samodzielnego Publicznego Szpitala Klinicznego nr 4 w Lublinie z dnia 8 marca 2023 r. NRP.051.14.2023, w którym znalazło się następujące oświadczenie:

W odpowiedzi na wniosek z dnia 28 lutego 2023 r. w sprawie udostępnienia informacji publicznej, który wpłynął do Samodzielnego Publicznego Szpitala Klinicznego Nr 4 w Lublinie, zwanego dalej „Szpitalem”, informuję, iż:

1) Szpital na dzień 8 marca 2023 r. nie prowadzi żadnych czynności procesowych wobec wykonawcy SK-MED Systems Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, zwanego dalej „Wykonawcą”.

2) Szpital przygotowuje dokumentację w celu wystąpienia wobec Wykonawcy na drogę postępowania sądowego w celu wyegzekwowania należności z tytułu naliczonej kary umownej ze względu na fakt, iż wezwanie do zapłaty wystosowane do Wykonawcy pozostało bez pozytywnej odpowiedzi – Wykonawca kwestionuje zasadność naliczonej kary.

3) Szpital złożył oświadczenie o odstąpieniu od umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy. Przyczyną takiego oświadczenia był utrudniony dostęp do kluczowych części zamiennych potrzebnych do świadczenia usług, który uniemożliwił prawidłową realizację umowy przez Wykonawcę.

4) Szpital naliczył Wykonawcy karę umowną. Podstawą faktyczną i prawną było rozwiązanie umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, tj. §7 ust. 2 umowy łączącej strony. Kara została naliczona w kwocie 134.460,00 zł brutto.

(por. wniosek przystępującego z 13 marca 2023 r., w dokumentacji postępowania, na nośniku elektronicznym przekazanym przez zamawiającego).

Kolejno ustalono, że pismem z dnia 15 marca 2023 r. zamawiający zwrócił się do Samodzielnego Publicznego Szpitala Klinicznego nr 4 w Lublinie z następującym wnioskiem: *W związku z trwającym obecnie postępowaniem nr 105.KSzWzPSPZSZ-DZP-2612-3/K/2023/MT, w zakresie części nr 19 i 36 oraz uzyskaną informacją o niewykonaniu przez*

Wykonawcę „SK-MED Systems Sp. z o.o.” z siedzibą w Poznaniu umowy nr FDZ.242-41/21 o zamówienie publiczne w postępowaniu pn. „Usługa serwisowania urządzeń medycznych-3 zadania”, w zakresie zadania nr 1 - Tomograf komputerowy Revolution CT oraz stacja AW, w prowadzonym przez Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny Nr 4 w Lublinie, ul. Dr. K. Jaczewskiego 8, 20-954 Lublin, postępowaniu nr: FDZ.242-41/21, 105 Kresowy Szpital Wojskowy z Przychodnią SP ZOZ w Żarach zwraca się prośbą o niezwłoczne podanie informacji, czy przedmiotowa umowa została wypowiedziana przez Zamawiającego tj. Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny Nr 4 w Lublinie z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy „SK-MED Systems Sp. z o.o.” z siedzibą w Poznaniu i czy zostały w związku powyższym naliczone Wykonawcy „SK-MED Systems Sp. z o.o.” z siedzibą w Poznaniu kary umowne.

Kolejno ustalono, że w odpowiedzi na ww. pismo zamawiający otrzymał pismo Samodzielnego Publicznego Szpitala Klinicznego nr 4 w Lublinie z dnia 29 marca 2023 r. W piśmie tym ww. Szpital odpowiedział:

w związku z umową nr FDZ.242-41/21 dotyczącą zamówienia publicznego w postępowaniu pn. „Usługa serwisowania urządzeń medycznych – 3 zadania” zostało złożone oświadczenie o odstąpieniu od umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy. Przyczyną takiego oświadczenia był utrudniony dostęp do kluczowych części zamiennych potrzebnych do świadczenia usług, który uniemożliwił prawidłową realizację umowy przez Wykonawcę. SPSK Nr 4 w Lublinie w związku z powyższym naliczył Wykonawcy karę umowną. Podstawą faktyczną i prawną było rozwiązanie umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, tj. §7 ust. 2 umowy łączącej strony. Kara została naliczona w kwocie 134.460,00 zł brutto.

(por. ww. pisma, w dokumentacji postępowania, na nośniku elektronicznym przekazanym przez zamawiającego).

W dalszej kolejności ustalono, że Zamawiający pismem z dnia 15 marca 2023 r. wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień w związku z (...) uzyskaną informacją o niewykonaniu umowy o zamówienie publiczne w postępowaniu pn. „Usługa serwisowania urządzeń medycznych-3zadania”, nr umowy FDZ.242-41/21, w zakresie zadania nr 1 - Tomograf komputerowy Revolution CT oraz stacja AW, w prowadzonym przez Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny Nr 4 w Lublinie, ul. Dr. K. Jaczewskiego 8, 20-954 Lublin, postępowaniu nr: FDZ.242-41/21.

Następnie ustalono, że w odpowiedzi na ww. wezwanie pismem z dnia 20 marca 2023 r. odwołujący złożył wyjaśnienia, w których informuje, że wskazana umowa jaką zawarliśmy z Samodzielnym Publicznym Szpitalem Klinicznym Nr 4 w Lublinie została przez nas wypowiedziana w dniu 17.12.2021. ze skutkiem natychmiastowym z ważnych powodów

leżących po stronie zamawiającego tj. w trybie wynikających z przepisów KC. W załączeniu przesyłamy dokument wypowiedzenia.

W związku z powyższym błędne jest stwierdzenie zawarte w piśmie dotyczące niewykonania umowy. Umowa ta bowiem została przez nas rozwiązana zgodnie z obowiązującymi przepisami. Ponadto wskazuję, że od dnia rozwiązania ww. umowy zawarliśmy i realizujemy skutecznie szereg umów zawartych w trybie ustawy Prawo zamówień publicznych. W załączeniu przesyłam referencje oraz pozostałe dokumenty potwierdzające należyte wykonywanie usług serwisowych z tylko kilku wybranych umów. W przypadku konieczności uzyskania dodatkowych informacji gotowi jesteśmy je przekazać.

Do wyjaśnień odwołujący załączył swoje oświadczenie z dnia 17 grudnia 2021 r. skierowane do Samodzielnego Publicznego Szpitala Klinicznego Nr 4 w Lublinie, a dotyczące umowy z dnia 30.11.2021 r. usługa serwisowania tomografu komputerowego Revolution CT (wariant pełny) o treści:

WYPOWIEDZENIE UMOWY ZE SKUTKIEM NATYCHMIASTOWYM

Działając w imieniu i na rzecz Wykonawcy wypowiadam z ważnych powodów umowę z dnia 30.11.2021 r. usługa serwisowania tomografu komputerowego Revolution CT (wariant pełny) – dalej jako Umowa. Okres wypowiedzenia upłynie dnia 31 grudnia 2021 r.

Powyższe wynika z tego, że pomimo łączącej nas Umowy w dniu 09.12.2021 podczas wizyty u Państwa zastaliśmy przy aparacie TK GE Revolution CT inżyniera Firmy GE Healthcare, który wykonywał przegląd techniczny aparatu.

Powyższe stanowi naruszenie Umowy z Państwa strony, albowiem zgodnie z § 1 ust. 1 i 4 dokonywanie okresowych przeglądów leży w naszym zakresie. Co ważne – za prawidłowość przeglądów, a co za tym idzie za prawidłowe funkcjonowanie urządzenia odpowiadamy od chwili zawarcia Umowy, która obowiązuje od dnia 30.11.2021 r. Tymczasem nie zostaliśmy poinformowani, o tym, że w czasie obowiązywania ktoś inny będzie ingerował w urządzenie, które mamy serwisować. Na realizację takiego przeglądu przez inny podmiot nie wyrażaliśmy zgody. Zaistniała sytuacja skutkuje tym, że nie możemy wziąć na siebie odpowiedzialności za urządzenie, które jest serwisowane przez kogoś innego. W trakcie takiego przeglądu może bowiem dojść m. in. do zmiany w pracy aparatu, co skutkować będzie np. szybszym zużyciem się podzespołów aparatu. Mogło też dojść do zmiany haseł dostępowych do oprogramowania serwisowego lub modyfikacji konfiguracji, co może utrudnić w przyszłości serwis aparatu.

Powyższe oznacza również, że w chwili zawierania umowy urządzenie prawdopodobnie nie miało ważnego przeglądu okresowego, a co za tym idzie jego stan mógł odbiegać od oczekiwanego przez nas i wynikającego z jego należytej eksploatacji, na którą składają się m. in. regularne i terminowe przeglądy okresowe.

Z uwagi na powyższe na podstawie § 7 ust. 2 Umowy wzywam Państwa do zapłaty kary umownej w wysokości 134 460 zł w terminie do dnia 24 grudnia 2021 r. na poniżej wskazany numer rachunku bankowego (...).

Następnie ustalono, że pismem z 31 marca 2023 r., zamawiający zawiadomił odwołującego unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części nr 36 , o wyborze oferty przystępującego jako najkorzystniejszej w zakresie części nr 19 i 36 oraz o odrzuceniu oferty odwołującego w zakresie części nr 19 i 36 na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 110 ust. 2 PZP jako ofert złożonych przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania.

W uzasadnieniu czynności odrzucenia zamawiający wskazał, co następuje:

W rozdziale IV SWZ określono podstawy wykluczenia z postępowania. W pkt. IV.2 niniejszego rozdziału SWZ określono stosowane w postępowaniu podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 109 ust. 1 ustawy Pzp. W ppkt. 3) przywołanej sekcji SWZ wskazano, że Zamawiający przewiduje wykluczenie z postępowania o udzielenie zamówienia Wykonawców w okolicznościach, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 4) — 5) i 7) ustawy Pzp, (...)

Celem wstępnego potwierdzenia braku podstaw wykluczenia, Zamawiający wymagał złożenia wraz z ofertą oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp.

W przedmiotowym postępowaniu Wykonawca SK Med Systems sp. z o.o. złożył oferty w częściach 19 i 36.

W pkt. 2 złożonego wraz z ofertą oświadczenia z art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, Wykonawca oświadczył, że nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 ustawy Pzp:

Jednocześnie — w złożonym oświadczeniu wykreślona została w całości odpowiedź z pkt 3: „Oświadczam, że zachodzą w stosunku do mnie podstawy wykluczenia z postępowania na podstawie art. ustawy PZP (podać mającą zastosowanie podstawę wykluczenia spośród wymienionych w art. 108 ust. 1 pkt 1, 2 i 5 lub art. 109 ust. 1 pkt 2-5 i 7-10 ustawy Pzp). Jednocześnie oświadczam, że w związku z ww. okolicznością, na podstawie art. 110 ust. 2 ustawy Pzp podjąłem następujące środki naprawcze i zapobiegawcze.

Tymczasem Zamawiający uzyskał wiedzę o okolicznościach stanowiących o tym, że Wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp.

Zgodnie z informacją z dnia 8.03.2023 r., znak NRP.051.14.2023, Samodzielnego Publicznego Szpitala Klinicznego Nr 4 w Lublinie, ul. Dr. K. Jaczewskiego 8, 20-954 Lublin, dalej „SPSK Nr 4 w Lublinie” lub „Szpital, udostępnioną zgodnie z przepisami ustawy z dnia 6.09.2001 r. o dostępie do informacji publicznej (Dz. U. 2022 poz. 902), SK-MED Systems

Sp. z o.o. nie wykonał umowy zawartej z SPSK nr 4 W Lublinie, Zamawiający złożył oświadczenie o odstąpieniu z przyczyn leżących po stronie wykonawcy i zostały naliczone kary umowne.

Zgodnie z informacjami, jakimi dysponuje Zamawiający, przedmiotowa umowa została zawarta w wyniku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Usługa serwisowania urządzeń medycznych-3 zadania”, nr FDZ.242-41/21, w zakresie zadania nr 1 - Tomograf komputerowy Revolution CT oraz stacja AW. Wartość oferty, na podstawie której zawarto umowę, wyniosła 2 689 200,00 zł.

Umowa na usługę serwisowania Tomografu komputerowego Revolution CT oraz stacji AW - została zawarta w dniu 30 listopada 2021r. — nr umowy FDZ.242-41/21.

Z treści informacji z dnia 8.03.2023 r., wynika że:

- 1) Szpital (Zamawiający) złożył oświadczenie o odstąpieniu od umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy. (pkt. 3),
- 2) Szpital naliczył Wykonawcy karę umowną,
- 3) Podstawą faktyczną i prawną było rozwiązanie umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, tj. §7 ust. 2 umowy łączącej strony,
- 4) Kara została naliczona w kwocie 134.460,00 zł brutto. (pkt. 4)
- 5) Szpital przygotowuje dokumentację w celu wystąpienia wobec Wykonawcy na drogę postępowania sądowego w celu wyegzekwowania należności z tytułu naliczonej kary umownej (pkt. 2).

Informacja z 8.03.2023r. potwierdza zaistnienie w stosunku do SK MED Systems sp. z o.o. wszystkich przesłanek z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp. W szczególności spełnienie przesłanki:

- „z przyczyn leżących po jego stronie „ — jest potwierdzone w pkt. 3 i 4 pisma SPSK Nr 4 w Lublinie z 8.03.2023 r.,

- „ w znacznym stopniu lub zakresie” — jest potwierdzone w pkt. 3 pisma SPSK Nr 4 w Lublinie z 8.03.2023 r.,

- „nie wykonał (...) istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego” - jest potwierdzone w pkt. 3 pisma SPSK Nr 4 w Lublinie z 8.03.2023 r.,

- „co doprowadziło do odstąpienia od umowy” — jest potwierdzone w pkt. 3 pisma SPSK Nr 4 w Lublinie z 8.03.2023 r.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający przewidział zastosowanie podstawy wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, co oznacza, że w przypadku ziszczenia się przesłanek określonych w przywołanym przepisie, wykluczenie z postępowania ma charakter obligatoryjny. Zamawiający przewidując fakultatywną podstawę wykluczenia postępowania ma obowiązek przeprowadzenia stosownej weryfikacji przesłanek

zastosowanych - uwzględniając zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Jak wskazuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp odnosi się w szczególności do niewykonania istotnego zobowiązania wynikającego z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego w znacznym stopniu lub zakresie. (...)

Brak wyegzekwowania zastosowanej w postępowaniu podstawy wykluczenia z postępowania mógłby stwarzać ryzyko wyboru oferty oraz zawarcia umowy z podmiotem nierzetelnym, niedającym rękojmi należytego wykonania zamówienia. Jak wskazano w komentarzu Urzędu Zamówień Publicznych w odniesieniu do wykładni art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp.

Należy również uwzględnić, że poprzez pozostawienie w pkt. 2 oświadczenia z art. 125 ust. 1 PZP odpowiedzi: „Oświadczam, że nie podlegam wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 ustawy Pzp, oraz jednoczesne wykreślenie w pkt. 3 odpowiedzi: „Oświadczam, że zachodzą w stosunku do mnie podstawy wykluczenia z postępowania na podstawie art. ustawy PZP (podać mającą zastosowanie podstawę wykluczenia spośród wymienionych w art. 108 ust. 1 pkt 1, 2 i 5 lub art. 109 ust. 1 pkt 2-5 i 7-10 ustawy Pzp) (...)” — wykonawca wprowadził Zamawiającego w błąd co do sytuacji związanej z odstąpieniem od umowy przez innego Zamawiającego. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje się, że zaznaczenie odpowiedzi „NIE” w formularzu oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu z postępowania uniemożliwia Zamawiającemu weryfikację, czy wykonawca daje rękojmię prawidłowego wykonania umowy, pomimo zaistnienia sytuacji, której dotyczy pytanie zawarte w oświadczeniu: (...)

W niniejszej sytuacji — wykonawca miał obowiązek poinformować Zamawiającego o fakcie odstąpienia od umowy w sprawie zamówienia publicznego przez innego Zamawiającego oraz wyjaśnić wszelkie okoliczności z tym związane. Brak przekazania Zamawiającego informacji o powyższej okoliczności — stanowi wprowadzenie w błąd.

W rezultacie Zamawiający stwierdza, że wykonawca podlega wkluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp.

Zgodnie z art. 110 ust. 2 PZP Wykonawca nie podlega wykluczeniu w okolicznościach określonych w art. 108 ust. 1 pkt 1, 2 i 5 lub art. 109 ust. 1 pkt 2-5 i 7-10, jeżeli udowodni zamawiającemu, że spełnił łącznie następujące przesłanki:

- 1) naprawił lub zobowiązał się do naprawienia szkody wyrządzonej przestępstwem, wykroczeniem lub swoim nieprawidłowym postępowaniem, w tym poprzez zadośćuczynienie pieniężne;*
- 2) wyczerpująco wyjaśnił fakty i okoliczności związane z przestępstwem, wykroczeniem lub swoim nieprawidłowym postępowaniem oraz spowodowanymi przez nie szkodami,*

aktywnie współpracując odpowiednio z właściwymi organami, w tym organami ścigania, lub zamawiającym;

3) podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom, wykroczeniom lub nieprawidłowemu postępowaniu, w szczególności:

- a) zerwał wszelkie powiązania z osobami lub podmiotami odpowiedzialnymi za nieprawidłowe postępowanie wykonawcy,
- b) zreorganizował personel,
- c) wdrożył system sprawozdawczości i kontroli,
- d) utworzył struktury audytu wewnętrznego do monitorowania przestrzegania przepisów, wewnętrznych regulacji lub standardów,
- e) wprowadził wewnętrzne regulacje dotyczące odpowiedzialności i odszkodowań za nieprzebranie przepisów, wewnętrznych regulacji lub standardów.

W tym miejscu należy zwrócić uwagę, że orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje się, że skorzystanie z instytucji self-cleaning powinno nastąpić z własnej inicjatywy wykonawcy i bez wezwania Zamawiającego:

W przedmiotowym postępowaniu Wykonawca nie dokonał samooczyszczenia z własnej inicjatywy. W żaden sposób nie poinformował Zamawiającego o fakcie odstąpienia umowy w sprawie zamówienia publicznego przez innego zamawiającego, nie przedstawił żadnych okoliczności umożliwiających ocenę przedmiotowego faktu.

W szczególności w złożonym wraz z ofertą oświadczeniu z art. 125 ust. 1 Pzp, wykonawca nie złożył żadnych informacji na temat podstawy wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 PZP oraz nie złożył dowodów potwierdzających podjęcie środków, o których mowa w art. 110 ust. 2 Pzp.

W związku z powyższym oferty złożone w częściach nr 19 i 36 podlegają odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 110 ust. 2 PZP jako oferty złożone przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania.

Do odwołania załączono umowę nr FDZ.244-328/21, FDZ.242-41/21 zawartą w dniu 30 listopada 2021r. w Lublinie pomiędzy Samodzielnym Publicznym Szpitalem Klinicznym Nr 4 w Lublinie a odwołującym. Umowa ta zawierała m.in. następujące postanowienia:

§1

1. Przedmiotem niniejszej umowy jest usługa serwisowania urządzeń medycznych będących w użytkowaniu Zamawiającego tj.

Tomograf komputerowy Revolution CT oraz stacja AW, wartość brutto 2 689 200,00

§2

4. Wykonawca udziela gwarancji na wymienione części – 6 miesięcy. Okres gwarancji ulega wydłużeniu, jeśli producent tych części zastosował dłuższą gwarancję.
5. Wykonawca udziela gwarancji na wykonaną pracę – 6 miesięcy.
9. Gwarancja określona niniejszą umową nie obejmuje:
 - a) niewłaściwego użytkowania sprzętu, w tym niezgodnie z jego przeznaczeniem lub instrukcją użytkowania;
 - b) mechanicznego uszkodzenia sprzętu, powstałego z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego lub osób trzecich i wywołane nimi wady;
 - c) samowolnych napraw, przeróbek lub zmian konstrukcyjnych (dokonywanych przez Zamawiającego lub inne nieuprawnione osoby);
 - d) jakiegokolwiek ingerencji osób trzecich;
 - e) uszkodzenia spowodowane zdarzeniami noszącymi znamiona siły wyższej (pożar, powódź, zalenie itp.)

§4

1. Wykonawca zobowiązuje się wykonywać przedmiot umowy sukcesywnie w okresie 48 miesięcy od dnia podpisania umowy.
2. Łączna wartość umowy w zakresie wykonania usługi utrzymania pełnej sprawności technicznej wyposażenia wskazanego w § 1 ust. 1 wynosi maksymalnie 2 689 200,00 zł brutto.

§6

6. W przypadku, gdy Wykonawca nie będzie w stanie dokonać naprawy lub przeglądu aparatu z powodu braku części zamiennych z uwagi na określony przez producenta okres zakończenia gwarantowanej dostępności części zamiennych dla urządzenia (co zostanie udokumentowane przez Wykonawcę), nie będzie rodziło to jakiegokolwiek odpowiedzialności cywilnoprawnej z jego strony, postanowień o karach umownych za przekroczenie terminów określonych w umowie i Planie Przeglądów (o ile dotyczy) - Wykonawca przygotowuje orzeczenie techniczne wyłączające aparaturę z użytkowania. Jednocześnie strony w takiej sytuacji postanawiają, iż umowa jest uznawana za niemożliwą do wykonania, wobec czego uznana będzie za niezawartą w tym zakresie, który jest niemożliwy do wykonania. Wykonawcy należne będzie wynagrodzenie jedynie za wykonaną dotychczasowo część umowy.

§7

2. Wykonawca może być zobowiązany do zapłaty Zamawiającemu kary umownej w wysokości 5% wartości umowy w przypadku jej rozwiązania z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, jak i Zamawiający może być zobowiązany do zapłaty Wykonawcy kary umownej w wysokości 5% wartości umowy w przypadku jej rozwiązania z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego.

§9

W sprawach nieuregulowanych niniejszą umową mają zastosowanie przepisy kodeksu cywilnego i ustawy Prawo zamówień publicznych.

Do odwołania odwołujący załączył także notę księgową Samodzielnego Publicznego Szpitala Klinicznego Nr 4 w Lublinie nr EDF 323-29-29/12/2021 z dnia 31 grudnia 2021 r. skierowaną do odwołującego w której Szpital informuje, że obciążył odwołującego kwotą 134.460,00 zł z tytułu „kara za zerwanie umowy FDZ.244-328/21 z dnia 30-11-2021, zgodnie z paragrafem 7 ust. 2 umowy. Do noty załączono oświadczenie odwołującego o wypowiedzeniu umowy z dnia 17 grudnia 2021 r. oraz pismo wewnętrzne Szpitala skierowane do jego działu księgowo-finansowego z dnia 31 grudnia 2021 r., w którym informuje się, że w związku z wypowiedzeniem przez firmę SK-MED Systems (...) umowy FDZ.244-328/21 z dnia 30 listopada 2021 r. powołując się na zapisy umowy § 7 ust. 2 umowy (...) proszę o obciążenie firmy karą w wysokości 134.460,00 zł brutto.

Ustalono także, że przystępujący w dniu 20 kwietnia 2023 r. złożył w charakterze dowodu pismo odwołującego z dnia 14 grudnia 2021 r. skierowane do Samodzielnego Publicznego Szpitala Klinicznego Nr 4 w Lublinie. W piśmie tym wskazano, co następuje:

WNIOSEK O ROZWIĄZANIE UMOWY

Działając w imieniu i na rzecz Wykonawcy wnoszę o rozwiązanie za porozumieniem stron umowy z dnia 30.11.2021 r. usługa serwisowania tomografu komputerowego Revolution CT (wariant pełny).

Powyższy wniosek wynika z tego, że dostawcy kluczowych części zamiennych już po zawarciu przez nas umowy oświadczyli, że nie są w stanie ich zapewnić. Tym samym zgodnie z § 6 ust. 6 umowy powinniśmy Państwu zgłosić brak możliwości jej realizacji z powodu braku części zamiennych. Jednocześnie z uwagi na brak deklaracji co do możliwości wznowienia dostępności tych części nie chcemy utrzymywać jako „aktywnej” umowy, której nie możemy realizować. Z Państwa punktu widzenia rozwiązanie umowy również jest korzystne, gdyż będziecie Państwo mogli przeznaczyć środki zaplanowane na jej realizację na inny cel lub też zawrzeć umowę z innym podmiotem.

Ustalono również, że do swego pisma procesowego przystępujący załączył oświadczenie Samodzielnego Publicznego Szpitala nr 4 w Lublinie z dnia 28 grudnia 2021 r. skierowane do odwołującego. W oświadczeniu tym Szpital wskazuje, co następuje:

W nawiązaniu do treści otrzymanego pisma z dnia 17 grudnia 2021 r. dotyczącego wypowiedzenia ze skutkiem natychmiastowym umowy FDZ.244-328/21 zawartej w dn. 30.11.2021 r. na świadczenie usługi serwisowania tomografu komputerowego Revolution

CT, informujemy, iż nie akceptujemy przyczyn rozwiązania umowy na które Państwo się powołujecie uzasadniając swoją decyzję, choć zdajemy sobie sprawę z tego, iż jest to czynność jednostronna i na jej skutek nie mamy wpływu.

Sugerowana przyczyna rozwiązania umowy ma- w naszej ocenie-wyłącznie charakter pozorny i nie może być podstawą do zakończenia współpracy w oparciu o zarzut nienależytego wykonania przez Szpital warunków umowy (§ 6 ust. 2 umowy).

Prawdziwy powód decyzji o zerwaniu współpracy ze Szpitalem został przedstawiony w Państwa piśmie z dn. 14.12 br., z którego wynika, że utrudniony dostęp do kluczowych części zamiennych potrzebnych do świadczenia usług uniemożliwia realizację umowy.

Podkreślamy, iż nie dopuściliśmy do sytuacji wykonywania tożsamyh usług przez dwa różne podmioty.

Nie możemy zgodzić się z Państwa sugestią przedstawioną w piśmie dotyczącą celowej zmiany pracy aparatu czy też celowej zmiany haseł dostępowych do oprogramowania lub modyfikacji konfiguracji, co mogłoby w przyszłości utrudnić serwis aparatu. Stawianie takich tez i wniosków jest nieracjonalne i nieetyczne- szczególnie w sytuacji, gdy w pamięci aparatu rejestrowane są wszelkie ingerencje.

Informujemy, iż w dniu 09.12.2021r. podczas wizyty Państwa przedstawiciela firma GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. faktycznie wykonała aktualizacje aparatu oraz jedną czynność zleconą przed dniem 30.11.2021r. (przed upływem kończącego się z tą firmą kontraktu na serwis).

W/w firma wykonała wówczas następujące czynności serwisowe:

- 1. Aktualizację oprogramowania (tzw: FMI)- obowiązkowa aktualizacja bezpieczeństwa oprogramowania tomografu Revolution CT. Firma GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. jako autoryzowany przedstawiciel producenta miał obowiązek instalowania tego typu aktualizacji na wszystkich systemach zainstalowanych na terenie kraju, zgodnie z wymogami prawnymi oraz ustawą o wyrobach medycznych nawet w przypadku nieposiadania z danym klientem umowy serwisowej (czynności te nie są przedmiotem żadnej z umów i są niezależne od zakończenia umowy serwisowej).*
- 2. Reinstalację opcji Recon HD (trudności zostały zgłoszone w czasie obowiązywania kontraktu serwisowego), a z uwagi na pogarszającą się sytuację pandemiczną — usługi zostały te wykonane dopiero w dn. 09.12.2021r.*
- 3. Ogólny przegląd Techniczny tomografu; był to dodatkowy przegląd, który został wykonany na zakończenie opieki serwisowej dla tomografu Revolution CT świadczonej przez GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. (w związku z kończącą się*

opieką serwisową należało sprawdzić, czy system pozostawiony po zakończonym kontrakcie jest w pełni sprawny).

Wszystkie czynności serwisowe z dnia 9.12.2021r. zostały wykonane zgodnie z wytycznymi fabrycznymi producenta aparatu oraz zgodnie z najnowszą dostępną dokumentacją techniczną tomografu i były czynnościami zleconymi przez producenta TK lub kończącymi zobowiązania GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. z tytułu kontraktu serwisowego dla systemu Revolution CT.

Chcąc rozwiać Państwa obawy, o których Państwo pisze w końcowej części pisma-informujemy, iż system Revolution CT został przez firmę GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. oddany do użytkowania w pełni sprawny, a jako obecny serwisant tego aparatu powinniście dokładnie wiedzieć, że posiada on aktualny certyfikat na tę okoliczność.

Podsumowując zaistniałą sytuację, zwracamy Państwa uwagę na pewną chronologię zdarzeń, która z pewnością będzie miała istotne znaczenie przy ocenie przyczyny rozwiązania przez firmę umowy.

Wizyta serwisantów firmy GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. i firmy SK-MED Systems Sp. z o.o. miała miejsce w dniu 09 grudnia 2021r. i nie stanowiła ona zagrożenia dla realizacji zawartej z Państwem umowy.

W piśmie wystosowanym do Szpitala w dniu 14 grudnia 2021r. wnioskujecie bowiem o rozwiązanie umowy za porozumieniem stron z uwagi na brak dostępności części zamiennych i brak uzasadnienia dla utrzymania umowy, której firma nie może realizować i pomimo wiedzy o obecności serwisanta GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. nie pojawia się zarzut naruszenia warunków umowy.

Dopiero w dniu 17 grudnia br., wobec zagrożenia obciążenia firmy SK-MED Systems Sp. z o.o. karą umowną z powodu niewywiązania się z zobowiązania do realizacji kontraktu dokonaliście Państwo „przekwalifikowania” trybu i przyczyny rozwiązania umowy, co ewidentnie świadczy o pozorności przyczyny rozwiązania umowy.

W związku z powyższym uznajemy, iż zakończenie współpracy nastąpiło z przyczyn leżących po Waszej stronie i będziemy dochodzić zapłaty kary umownej na naszą rzecz (co jest równoznaczne z tym, iż kara, którą nas próbujecie obciążyć jest niezasadna i nie zostanie uregulowana).

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zasadny okazał się zarzut naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a Pzp.

Izba stwierdziła na wstępie, że ciężar wykazania spornych okoliczności faktycznych spoczywał na zamawiającym, jako na tej stronie, która z faktu tego wyprowadzała skutek prawny, w postaci konieczności odrzucenia oferty odwołującego, jako podlegającego wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zgodnie bowiem z art. 6 KC w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp, *Ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne*. Przypomnienia wymagało również, że w świetle przepisu art. 534 ust. 1 Pzp, *Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne*.

Po drugie podkreślenia wymagało, że przedmiotem orzeczenia Izby jest ocena legalności, czyli zgodności z prawem zaskarżonej czynności zamawiającego. Zgodnie z art. 513 pkt 1 i pkt 2 Pzp odwołanie przysługuje na niezgodną z przepisami ustawy czynność zamawiającego, podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz na zaniechanie czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Prawidłowość zaskarżonej czynności odrzucenia oferty odwołującego należało oceniać biorąc pod uwagę uzasadnienie faktyczne tej czynności sporządzone przez zamawiającego i podane tam powody odrzucenia tej oferty. Wszelkie nowe powody odrzucenia oferty odwołującego sygnalizowane w odpowiedzi na odwołanie czy piśmie procesowym przystępującego nie mogły być przedmiotem orzekania Izby. Izba podzieliła w tym zakresie stanowisko wyrażone w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 15 lipca 2011 r., XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy, sygn. akt sygn. akt XXIII Ga 416/11, iż „(...) *Z punktu widzenia Zamawiającego, oznacza to że nie może on zmienić ani rozszerzać podstawy faktycznej decyzji o wykluczeniu wykonawcy z postępowania po wniesieniu przez tego drugiego odwołania. W świetle związania KIO, Sądu Okręgowego i Odwołującego zarzutami podniesionymi w odwołaniu, sprzeczne z naczelną zasadą postępowania cywilnego, jaką jest zasada równouprawnienia stron, byłoby dopuszczenie do rozszerzenia podstawy faktycznej decyzji o wykluczeniu Odwołującego. Wobec związania swoimi zarzutami, Odwołujący nie mógłby bowiem odnieść się do nowych okoliczności przedstawionych przez Zamawiającego, po wniesieniu odwołania. Z tych względów postępowanie Zamawiającego, polegające na przedstawieniu nowych dowodów w odpowiedzi na odwołanie i skardze, nie można traktować jedynie jako rozszerzenia argumentacji zawartej w decyzji o wykluczeniu. Powyższej wykładni nie podważa zasada ekonomiki procesowej ani zasada dyspozycyjności formalnej czyli rozporządzania przez stronę czynnościami procesowymi. Zasady te aczkolwiek ważne, nie mogą mieć charakteru dominującego. Z punktu widzenia naczelnych zasad postępowania cywilnego z pewnością*

ważniejszą rolę odgrywa zasada równouprawnienia stron a dokładniej zasada równości środków procesowych. Podsumowując, skoro Odwołujący – wykonawca był związany swoimi zarzutami zawartymi w odwołaniu to również Zamawiający był związany podstawą faktyczną decyzji od której to odwołanie wniesiono. Dopuszczenie do rozszerzenia podstawy faktycznej decyzji przez Zamawiającego uniemożliwiłoby jednocześnie Odwołującemu – wykonawcy przedstawienie zarzutów, co do tych nowych okoliczności. Wobec tego dowody zgłoszone przez Zamawiającego jako dotyczące okoliczności związanych z rozszerzoną podstawą faktyczną decyzji o wykluczeniu, nie mogły zostać uwzględnione (...)”.

Zasadnym wydaje w tym miejscu przywołanie również wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 28 stycznia 2010 r. w sprawie C-406/08 Uniplex, który wskazuje, iż: *„W tym względzie należy przypomnieć, że zgodnie z art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665 państwa członkowskie są zobowiązane do zapewnienia, iż sprzeczne z prawem decyzje instytucji zamawiających mogą skutecznie i możliwie szybko podlegać odwołaniu. Tymczasem fakt, że kandydat lub oferent dowiadyuje się, że jego kandydatura lub oferta zostały odrzucone nie pozwala mu na skuteczne wniesienie odwołania. Takie informacje nie są wystarczające, aby umożliwić kandydatom lub oferentom wykrycie wystąpienia naruszenia prawa, które może być przedmiotem odwołania. Wyłącznie po poinformowaniu zainteresowanego kandydata lub oferenta o motywach wykluczenia go z postępowania o udzielenie zamówienia, może on nabrać wyraźnego przekonania co do występowania ewentualnego naruszenia obowiązujących przepisów, jak też co do możliwości wniesienia odwołania. Wynika z tego, że cel założony w art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665, jakim jest zagwarantowanie skutecznych środków odwoławczych w razie naruszenia przepisów obowiązujących w zakresie zamówień publicznych, może zostać osiągnięty, wyłącznie jeśli bieg terminów wyznaczonych do wniesienia takich środków odwoławczych rozpoczyna się od dnia, w którym skarżący dowiedział się lub powinien był dowiedzieć się o podnoszonym naruszeniu rzeczonych przepisów”*.

Izba stwierdziła, że nie polegało na prawdzie stanowisko zamawiającego przedstawione w uzasadnieniu zaskarżonej czynności odrzucenia oferty odwołującego, jakoby to Szpital w Lublinie odstąpił od umowy z odwołującym. Nic takiego Izbie nie wykazano. Zamawiający w tym zakresie, w trakcie rozprawy, powoływał się na pisma Szpitala w Lublinie z dnia 28 grudnia 2021 r. i z dnia 8 marca 2023 r. Jednakże oświadczenia Szpitala skierowanego do odwołującego o odstąpieniu od spornej umowy Izbie nie złożono. Za takie oświadczenie nie można było w szczególności uznać pisma Szpitala w Lublinie z dnia 28 grudnia 2021 r. kierowanego do odwołującego. W piśmie tym Szpital wyraźnie odwoływał się do wcześniejszego oświadczenia odwołującego o wypowiedzeniu umowy z dnia 17 grudnia 2021 r. Co więcej, sam Szpital, jakkolwiek przyczyn wypowiedzenia

prezentowanych przez odwołującego nie akceptował, to jednak z drugiej strony wyraźnie przyznawał w akapicie pierwszym, że zdaje sobie sprawę z tego, że wypowiedzenie dokonane przez odwołującego jest czynnością jednostronna i na jej skutek nie ma wpływu. Przy czym pisząc o „jej skutku”, Szpital miał ewidentnie na myśli skutek czynności wypowiedzenia dokonanej przez odwołującego w dniu 17 grudnia 2021 r. Z kolei pisma Szpitala z dnia 8 marca 2023 r. nie można było traktować jako oświadczenie o odstąpieniu, skoro nie było ono adresowane do odwołującego, ale do przystępującego w reakcji na wnioski o udzielenie informacji publicznej.

O tym, że Szpital w Lublinie traktował wypowiedzenie dokonane przez odwołującego jako skuteczne, a tylko nie zgadzał się z jego motywami, wskazywało także pismo wewnętrzne Szpitala skierowane do jego działu księgowo-finansowego z dnia 31 grudnia 2021 r., w którym informuje się, że *w związku z wypowiedzeniem przez firmę SK-MED Systems (...) umowy FDZ.244-328/21 z dnia 30 listopada 2021 r. nalicza się karę umowną* (por. załącznik do noty księgowej).

Nie polegało także na prawdzie twierdzenie zamawiającego zawarte w uzasadnieniu zaskarżonej czynności odrzucenia, jakoby podstawą faktyczną i prawną zakończenia współpracy między Szpitalem w Lublinie a odwołującym było rozwiązanie umowy przez Szpital na podstawie jej § 7 ust. 2. Nic takiego nie wynikało ze zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego.

W ocenie Izby, nie można było także powoływać się na pozorność oświadczenia odwołującego o wypowiedzeniu umowy z dnia 17 grudnia 2021 r. Dostrzeżenia wymagało, że zgodnie z art. 83 §1 Kodeksu cywilnego, *nieważne jest oświadczenie złożone drugiej stronie za jej zgodą dla pozorów*. W analizowanej sprawie takiej zgody Szpitala w Lublinie nie było, nie można było zatem powoływać się na pozorność oświadczenia odwołującego o wypowiedzeniu umowy.

Odnosząc się do przyczyn wypowiedzenia umowy zawartej między Szpitalem w Lublinie na odwołującym, na wstępie dostrzeżenia wymagało, że jej przedmiotem była usługa serwisowania urządzeń medycznych będących w użytkowaniu zamawiającego, tj., tomografu Revolution CT oraz stacji AW, a w szczególności dokonywanie okresowych przeglądów technicznych (por. § 1 ust. 1 ww. umowy). Ponadto, strony postanowiły w umowie, że na wykonane prace oraz części wykonawca miał udzielać Szpitalowi gwarancji (por. § 2 ust. 4 i 5 umowy). Wreszcie, stosownie do postanowień § 2 ust. 9 lit. d umowy, strony uzgodniły, że gwarancja określona umową nie obejmuje jakiegokolwiek ingerencji osób trzecich.

Należało zgodzić się z przystępującym, że w świetle § 2 ust. 9 lit. d umowy ingerencja osób trzecich zagrożona była utratą gwarancji na wykonane prace i dostarczone części. Taki zapis oznaczał jednak także, czego przystępujący i zamawiający zdawali się nie dostrzegać, że jednym z obowiązków zamawiającego wynikającym z umowy było niedopuszczenie do jakiegokolwiek ingerencji osób trzecich w serwisowane przez odwołującego urządzenie w okresie obowiązywania umowy. Zdaniem Izby, naruszenie tego obowiązku przez zamawiającego z punktu widzenia cywilistycznego mogło być więc postrzegane jako nienależyte wykonywanie umowy przez zamawiającego.

Tymczasem Szpital w Lublinie, jak wynikało z jego pisma z dnia 28 grudnia 2021 r., dopuścił do sytuacji, w której po zawarciu umowy z odwołującym przedstawiciel innej firmy ingerował w sprzęt, będący w opiece serwisowej odwołującego na podstawie zawartej umowy. To, jakie czynności osoba trzecia wykonywała na sprzęcie wynikało z treści ww. pisma.

1. *Aktualizacja oprogramowania (tzw: FMI)- obowiązkowa aktualizacja bezpieczeństwa oprogramowania tomografu Revolution CT. Firma GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. jako autoryzowany przedstawiciel producenta miał obowiązek instalowania tego typu aktualizacji na wszystkich systemach zainstalowanych na terenie kraju, zgodnie z wymogami prawnymi oraz ustawą o wyrobach medycznych nawet w przypadku nieposiadania z danym klientem umowy serwisowej (czynności te nie są przedmiotem żadnej z umów i są niezależne od zakończenia umowy serwisowej).*
2. *Reinstalacja opcji Recon HD (trudności zostały zgłoszone w czasie obowiązywania kontraktu serwisowego), a z uwagi na pogarszającą się sytuację pandemiczną — usługi zostały te wykonane dopiero w dn. 09.12.2021r.*
3. *Ogólny przegląd Techniczny tomografu; był to dodatkowy przegląd, który został wykonany na zakończenie opieki serwisowej dla tomografu Revolution CT świadczonej przez GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. (w związku z kończącą się opieką serwisową należało sprawdzić, czy system pozostawiony po zakończonym kontrakcie jest w pełni sprawny).*

O ile można było się zgodzić, że czynności opisane w pkt 1 – aktualizacje bezpieczeństwa oprogramowania - Firma GE Medical Systems Polska Sp. z o.o., jako autoryzowany przedstawiciel producenta, musiała wykonać, zgodnie z odrębnymi przepisami, o tyle jednak można było mieć wątpliwości, co do czynności opisanych w pkt 2 i 3 pisma.

Jeśli bowiem chodzi o reinstalację opcji Recon HD, to sam Szpital wskazał, że trudności zostały zgłoszone w czasie obowiązywania kontraktu serwisowego, a z uwagi na pogarszającą się sytuację pandemiczną — usługi zostały te wykonane dopiero w dn. 09.12.2021r. Dostrzeżenia wymagało, że w tym zakresie Szpital w Lublinie nie twierdził już, jak w przypadku czynności z pkt 1, że obowiązek ich wykonania wynikał z przepisów prawa, niezależnie od zawartych umów. Przeciwnie, Szpital powoływał się na to, że zostały zgłoszone na podstawie wygasłego już kontraktu serwisowego.

Jeśli natomiast chodzi o ogólny przegląd techniczny tomografu (pkt 3 pisma), to jak sam Szpital przyznał, był to dodatkowy przegląd, który został wykonany na zakończenie opieki serwisowej dla tomografu Revolution CT świadczonej przez GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. (w związku z kończącą się opieką serwisową należało sprawdzić, czy system pozostawiony po zakończonym kontrakcie jest w pełni sprawny). Szpital tym samym wprost potwierdził, że obowiązek przeprowadzenia opisanych czynności wynikał z poprzedniej umowy, która już wygasła i polegał po prostu na wykonaniu przeglądu na zakończenie opieki serwisowej.

Zdaniem Izby powyższe okoliczności poddawały co najmniej w wątpliwość twierdzenia Szpitala zawarte w akapicie 4 strona 1 analizowanego jego pisma, że nie dopuścił on do sytuacji, w której wykonywane były tożsame usługi przez dwa różne podmioty. Przedmiotem umowy zawartej przez Szpital z odwołującym, jak wynikało z § 1 umowy, były wszak m.in. przeglądy okresowe urządzenia, a czynności z pkt 3 ww. pisma też były przeglądem, tylko końcowym.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt przyczyn jedyne oświadczenia o wypowiedzeniu spornej umowy, jakie Izbie przedstawiono, to jest w piśmie odwołującego z dnia 17 grudnia 2021 r., Izba stwierdziła, że nie zostało wykazane z całą pewnością przez zamawiającego, iż są to przyczyny nierzeczywiste, nieznajdujące oparcia w treści zawartej umowy. Jak wskazano już wcześniej, obowiązek wykazania spornych faktów spoczywał w analizowanej sprawie na zamawiającym. Wobec powyższego wszelkie wątpliwości i luki w materiale dowodowym należało rozstrzygnąć na korzyść odwołującego.

Dostrzeżenia wymagało także, że sporna umowa w § 9 w zakresie nieuregulowanym jej treścią zawierała odwołanie do przepisów kodeksu cywilnego i ustawy Pzp. Nie został zatem wyłączony przez strony przepis art. 746 Kodeksu cywilnego, który stanowił podstawę prawną wypowiedzenia umowy dokonanego przez odwołującego w dniu 17 grudnia 2021 r.

Zgodnie z art. 746 § 2 kodeksu cywilnego *przyjmujący zlecenie może je wypowiedzieć w każdym czasie*, a tylko jeśli nastąpiło to bez ważnego powodu, odpowiedzialny jest za szkodę. W świetle ww. przepisu, kwestia czy wypowiedzenie nastąpiło z ważnego powodu czy nie, jest bez znaczenia dla skuteczności wypowiedzenia. Wypowiedzenie to zatem było skuteczne w myśl art. 746 KC i nie zaszła przy tym nieważność oświadczenia jako pozornego, o czym była mowa wcześniej. Na marginesie można było wskazać, że podniesiony przez przystępującego w jego piśmie argument o trwałości umowy, jako umowy zawartej w trybie Pzp, okazał się nieprzekonujący. Na uwagę zasługiwał fakt, że same strony przewidywały w § 6 ust. 2 umowy, możliwość jej wypowiedzenia z zachowaniem zaledwie 14 dniowego terminu.

Wykazane i sygnalizowane przez zamawiającego i przystępującego, w ślad za pismem samego odwołującego z dnia 14 grudnia 2021 r. jego trudności w pozyskaniu części zamiennych z uwagi na fakt, że dostawcy kluczowych części zamiennych już po zawarciu przez umowy oświadczyli, że nie są w stanie ich zapewnić, nigdy nie stanowiły podstawy wypowiedzenia umowy ani przez Szpital ani przez odwołującego. Szpital w Lublinie, przed wypowiedzeniem dokonany przez odwołującego dnia 17 grudnia 2021 r., nie wyraził bowiem zgody na rozwiązanie umowy, zgodnie z propozycją odwołującego zawartą w piśmie z dnia 14 grudnia 2021 r. Powyższe oznaczało, że ani Szpital ani odwołujący nie wypowiedzieli umowy z powodu utrudnionego dostępu odwołującego do kluczowych części zamiennych. Przepis art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy stanowi, że z postępowania wyklucza się wykonawcę, *który, z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady*. Podkreślenia wymaga, że przepis ten ma charakter sankcyjny i musi być wykładany ściśle. W świetle ww. przepisu, zamawiający, a w wyniku kontroli legalności także Izba, przy ocenie przesłanek wykluczenia wykonawcy nie są uprawnieni do oceny hipotetycznych wypowiedzeń, propozycji rozwiązania umowy, które ostatecznie nigdy nie miały miejsca. Jak wynika z ww. przepisu, jest w nim mowa o wypowiedzeniu istniejącym, dokonany, a nie hipotetycznym.

Wobec powyższego Izba stwierdziła, że zarzut naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a Pzp znalazł potwierdzenie w zebranych w sprawie materiale dowodowym.

Wszystkie pozostałe zarzuty odwołania, zgodnie z treścią odwołania, miały charakter ewentualny, na wypadek nieuwzględnienia przez Izbę zarzutu naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a Pzp. Skoro zatem zarzut ten podlegał uwzględnieniu, Izba nie rozpoznawała pozostałych zarzutów odwołania.

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 1 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do uwzględnienia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 2 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło 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 1 sentencji) i formalnym (pkt 2 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 stwierdzone naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp, mogą mieć istotny wpływ na wynik postępowania, gdyż zamawiający bezzasadnie odrzucił ofertę odwołującego w częściach 19 i 36, zaś oferta odwołującego w tych częściach może być wybrana jako najkorzystniejsza.

W świetle art. 554 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, uwzględniając odwołanie, Izba może jeżeli umowa nie została zawarta:

- a) nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego albo
- b) nakazać unieważnienie czynności zamawiającego, albo
- c) nakazać zmianę projektowanego postanowienia umowy albo jego usunięcie, jeżeli jest niezgodne z przepisami ustawy.

W konsekwencji Izba nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w częściach 19 i 36, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego w ww. częściach, oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert w tych częściach.

Wobec powyższego, na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1 i art. 554 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 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 uwzględniła odwołanie. Odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił zatem zamawiający. Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego w kwocie 7.500 zł, koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w kwocie 3.600 zł, oraz koszty dojazdu na rozprawę w kwocie 858,60 zł, ustalone na podstawie rachunków złożonych 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 § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 2 lit. a i 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: