

WYROK
z dnia 2 maja 2018 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie, w Warszawie, w dniu 2 maja 2018 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 kwietnia 2018 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Quizit spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi (pełnomocnik) oraz Pixel Technology spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Uniwersytecki Szpital Kliniczny w Białymstoku

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Integrale IT spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu (pełnomocnik) oraz PKP Utrzymanie spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 755/18 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie.

Nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego pod nazwą *Dostawa, instalacja i wdrożenie systemu automatycznej dystrybucji leków wraz z adaptacją pomieszczeń Apteki USK w Białymstoku.*

2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego Uniwersytecki Szpital Kliniczny w Białymstoku i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Quizit spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi (pełnomocnik) oraz Pixel Technology spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi tytułem wpisu od odwołania,

2.3 zasądza od Zamawiającego Uniwersyteckiego Szpitala Klinicznego w Białymstoku na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Quizit spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi (pełnomocnik) oraz Pixel Technology spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Białymstoku.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający - Uniwersytecki Szpital Kliniczny w Białymstoku - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na: *Dostawa, instalacja i wdrożenie systemu automatycznej dystrybucji leków wraz z adaptacją pomieszczeń Apteki USK w Białymstoku.*

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 4 października 2017 roku pod numerem 217/S 190-388731.

20 kwietnia 2018 roku działając na podstawie art. 180 i następnych ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2017 roku, poz. 1579; dalej: „Pzp” lub „ustawa”) Odwołujący wniósł odwołanie od niezgodnej z ustawą czynności Zamawiającego polegającej na unieważnieniu postępowania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy wobec błędnego uznania przez Zamawiającego, jakoby wystąpiły przesłanki do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. przez błędną interpretację i niewłaściwe zastosowanie tego przepisu oraz uznanie, że postępowanie o udzielenia przedmiotowego zamówienia obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą nieuniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego;
- 2) naruszenie art. 146 ust. 6 ustawy przez jego błędną interpretację oraz niewłaściwe zastosowanie - przez przyjęcie, że umowa zawarta w wyniku niniejszego postępowania podlegały unieważnieniu z uwagi na dokonanie przez Zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania - gdy tymczasem brak podstaw do przyjęcia takiego stanowiska;
- 3) naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy przez naruszenie zasady równego traktowania wykonawców oraz przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający

- zachowania uczciwej konkurencji -przez wywodzenie *de facto* negatywnych konsekwencji wobec Odwołujących, którzy złożyli najkorzystniejszą na podstawie nie oddającego w pełni intencji Zamawiającego sformułowania specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz nadawaniu podstawom do unieważnienia charakteru subiektywnego, zależnego od tego, który podmiot złoży najbardziej korzystną ofertę;
- 4) naruszenie art. 22 ust. 1 a ustawy przez jego błędną interpretację i niewłaściwe zastosowanie oraz przyjęcie, że naruszenie zasady proporcjonalności może polegać na niedostatecznym określeniu minimalnych wymogów, jakie mają spełnić wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia;
 - 5) naruszenie art. 146 ust. 5 ustawy w związku z art. 70 (5) ustawy Kodeks cywilny przez jego niewłaściwe zastosowanie i niewskazanie, na czym miałyby polegać niezgodne z prawem lub dobrymi obyczajami zachowanie odwołujących, które może uzasadniać unieważnienie postępowania.

Odwołujący wnosi o: uwzględnienie odwołania, nakazanie Zamawiającemu dokonania unieważnienia czynności unieważnienia postępowania oraz nakazanie Zamawiającemu dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty i zasądzenie kosztów postępowania wg. norm przepisanych.

Odwołujący wskazał, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia są wykonawcami posiadającymi interes w kwestionowaniu unieważnienia postępowania. Oferta przez nich złożona jest ofertą najkorzystniejszą. W przypadku niewniesienia odwołania Odwołujący mogliby zostać pozbawieni prawnej możliwości uzyskania zamówienia. W konsekwencji działań Zamawiającego polegających na nieuprawnionym unieważnieniu postępowania Odwołujący ponieśli szkodę w postaci niezyskania planowych zysków. W związku z powyższym należy przyjąć, że zostały wypełnione przesłanki do wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy, tj. posiadanie przez odwołujących interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty.

Zamawiający w piśmie datowanym na dzień 10 kwietnia 2018, pn.: Unieważnienie postępowania, jako podstawę prawną swej decyzji wskazał następujące przepisy: art. 93 ust. 1 pkt 7 , art. 146 ust. 6, art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 1 a ustawy oraz art. 146 ust. 5 ustawy w związku z art. 70 (5) ustawy Kodeks cywilny.

Zdaniem Odwołującego wskazanie przez Zamawiającego tych wszystkich możliwych podstaw prawnych decyzji o unieważnieniu postępowania świadczy o tym, że Zamawiający nie jest pewien istnienia podstaw faktycznych i prawnych uzasadniających unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Można się domyślać, że Zamawiający ma wątpliwości odnośnie zaistnienia każdej z tych podstaw i „na wszelki wypadek” powołuje kolejne podstawy.

Katalog przesłanek unieważnienia postępowania ma charakter zamknięty (*numerus clausus*), a ponadto podlega ścisłej interpretacji. W konsekwencji unieważnienie postępowania przez Zamawiającego z innych przyczyn niż wskazane w ustawie Prawo zamówień publicznych jest niedopuszczalne, a nawet jeżeli zamawiający podał podstawę prawną mieszczącą się w tym katalogu - to musi ona być interpretowana wąsko. Tak też uznała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 22 stycznia 2015 roku (KIO 2832/14).

Odwołujący odniósł się do poszczególnych podstaw prawnych unieważnienia i stwierdził, że Zamawiający naruszył podane przepisy prawa:

- art. 93 ust. 1 pkt 7 - bowiem w doktrynie i orzecznictwie przyjmuje się, że Zamawiający zobowiązany jest udowodnić zaistnienie następujących przesłanek: 1) wystąpienia naruszenia konkretnego przepisu ustawy regulującego udzielanie zamówień, tj. zaistnienie wady postępowania, 2) istotnego charakteru tej wady, tj. wada musi mieć taki ciężar, który wpływa na ważność umowy, 3) istnienia związku przyczynowego pomiędzy zaistniałą wadą a niemożnością zawarcia ważnej umowy, 4) nieusuwalność tejże wady przez zastosowanie instytucji określonych w prawie i dostępnych Zamawiającemu. Wszystkie te przesłanki muszą być spełnione łącznie. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie wykazał zaistnienia powyższych przesłanek. Zamawiający nie wykazał, że ewentualne wady postępowania mają taki charakter, że wpływają na ważność umowy.

- art. 146 ust. 6 ustawy - Zamawiający nie wykazał, że sformułowanie warunku udziału w postępowaniu w sposób „niewystarczający” do jego potrzeb stanowi naruszenie przepisu ustawy. Zdaniem Odwołujących w przedmiotowej sprawie nie doszło do niezgodności działań Zamawiającego z konkretnym przepisem prawa. W stanie faktycznym niniejszej sprawy - pod warunkiem założenia pozytywnych intencji zamawiającego - można byłoby mówić co najwyżej o rozminięciu się jego działań z jego aspiracjami i intencjami. Co nie stanowi podstawy unieważnienia. Z pewnością naruszenie przepisów ustawy nie stanowią ewentualne, hipotetyczne, zakładane przez Zamawiającego, trudności w wykonaniu umowy przez wykonawcę. Odwołujący wskazał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 lipca 2013 roku sygn. akt KIO 1420/13.

- art. 7 ust. ustawy – Odwołujący wskazał, że konieczne jest podkreślenie, że podstawa do unieważnienia postępowania musi mieć charakter obiektywny i nie może być uzależniona od tego która oferta zostanie przez Zamawiającego uznana za najkorzystniejszą. Niewątpliwie w przypadku gdyby oferta konsorcjum firm Integrale IT sp. z o. o. i PKP Utrzymanie sp. z o. o. została uznana przez Zamawiającego za najbardziej korzystną, to nie zdecydowałby się on na unieważnienie postępowania. Nie zaistniałaby bowiem podstawa faktyczna i prawna wskazana w uzasadnieniu przedmiotowej decyzji o unieważnieniu, tj. nie doszłoby do zawarcia umowy z wykonawcą, który - zdaniem Zamawiającego - nie daje rękojmi należytego wykonania zamówienia. Uzależnianie decyzji o unieważnieniu postępowania od tego, która z ofert złożonych w postępowaniu otrzyma najwięcej punktów podczas ich oceny jest sprzeczne z fundamentalnymi zasadami Prawa zamówień publicznych, w tym art. 7 ustawy. Przepis art. 7 ustawy ma charakter gwarancyjny i jego zadaniem jest chronić wykonawców. Nie może on być stosowany przez Zamawiających do obrony ich arbitralnych decyzji.

- art 22 ust 1 a ustawy - zgodnie z utrwalonym poglądem naruszenie zasady proporcjonalności oznacza nadmierność wymagań Zamawiającego względem wykonawców. Każdy zamawiający, aby ocenić czy jego działanie jest proporcjonalne musi zbadać czy jest ono niezbędne i adekwatne do celu, jakiemu ma służyć. Nie można mówić o braku zachowania proporcjonalności w sytuacji, gdy Zamawiający dobrał środki, które - jego zdaniem - nie są wystarczające do osiągnięcia określonego celu. Prezentowany tok rozumowania Zamawiającego mógłby prowadzić do wniosku, że Zamawiający jest zawsze uprawniony do unieważnienia postępowania w sytuacji, gdy z różnych przyczyn nie określił w ogóle warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej. Mógłby on zawsze wskazać, że warunki udziału w postępowaniu nie zostały określone w sposób proporcjonalny, tj. są nie wystarczające do zbadania zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia i na podstawie „teższe wady postępowania” unieważnić każde postępowanie.

- art. 146 ust. 5 ustawy w związku z art. 70 (5) ustawy Kodeks cywilny – Zamawiający w treści decyzji o unieważnieniu odwołaniu nie określił jakie to działania Odwołujących mogą być uznane za sprzeczne z prawem (i jakimi dokładnie przepisami) lub jakimi konkretnie zasadami dobrych obyczajów. Samo stwierdzenie tejże niezgodności nie jest wystarczającą podstawą do przyjęcia, że taka niezgodność miała miejsce. Z pewnością za działanie niezgodne z przepisami lub dobrymi obyczajami nie można uznać złożenie oferty przez Odwołujących. W uzasadnieniu decyzji zamawiającego zawarto następujące stwierdzenie:

Złożona (przez wykonawcę) dokumentacja wskazywała na interpretacje przez powyższe konsorcjum ww. warunku w sposób odmienny od założeń Zamawiającego. Wykazane powyżej zachowanie ww. konsorcjum jest bez wątpienia sprzeczne z dobrymi obyczajami.

Odwołujący wskazał, że trudno się zgodzić ze stwierdzeniem Zamawiającego, że odmienna interpretacja postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia stanowi czyn sprzeczny z dobrymi obyczajami. Wobec braku szczegółowego i racjonalnego uzasadnienia tej podstawy prawnej wskazanej przez Zamawiającego Odwołujący nie mogą się do niej odnieść merytorycznie. W istocie taki sposób uzasadnienia powoduje, że decyzja zamawiającego o unieważnieniu postępowania nie poddaje się kontroli odwoławczej.

Odwołujący argumentowała również, że Zamawiający przywołał w uzasadnieniu swej decyzji uchwałę KIO z dnia 11 lutego 2013 roku (KIO 224/13). Dotyczy ona jednak całkowicie odmiennej sytuacji faktycznej i prawnej. Przedmiotem tego bowiem postępowania było udzielenie zamówienia dotyczącego opróżniania i dzierżawy koszy na ulicach. W postępowaniu tym Zamawiający zamieścił jedynie warunek „posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania”. Jednocześnie zaś zażądał jedynie oświadczenia o tak sformułowanym spełnianiu warunków do udziału w postępowaniu przetargowym. Zdaniem Zamawiającego w tym postępowaniu takie sformułowanie warunku naruszało art. 75 ust. 1 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej w związku z 28 ustawy o odpadach. Przepisy te wymagały bowiem zezwolenia na transport odpadów oraz zezwolenia w zakresie odbioru odpadów lub wpisu do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych. Izba przychyliła się do stanowiska Zamawiającego, że w tymże postępowaniu zaistniała wada, która uniemożliwiała realizację umowy zgodnie z przepisami prawa. W przedmiotowej sprawie taka wada nie ma miejsca. Żaden przepis prawa nie określa bowiem jakie doświadczenie powinien mieć wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego. Przepisy stanowią tylko, że taki wykonawca musi mieć doświadczenie w stopniu wystarczającym do spełnienia warunków udziału w postępowaniu. To zamawiający określa te warunki i skoro wykonawca je spełnił, to nie można mówić, że zostały one spełnić nie wystarczającym do realizacji zamówienia.

Odwołujący podał, że tak szerokie ujmowanie podstaw do unieważnienia postępowania - jak przyjmuje Zamawiający - prowadziłyby do unieważnienia postępowania w każdej sytuacji, gdy najkorzystniejsza oferta „nie w pełni spełnia oczekiwania zamawiającego”. W takiej sytuacji każdy Zamawiający może stwierdzić, że wykonawcy w różnym stopniu wykazują posiadane doświadczenie i w związku z powyższym oferty nie są porównywalne, a postępowanie należy unieważnić. Zdaniem Odwołujących wystarczy, aby

wykonawca wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu w stopniu minimalnym określonym w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. W takiej sytuacji jego oferta nie podlega odrzuceniu, a Zamawiający dokonuje wyboru najkorzystniejszej oferty. Taki tok rozumowania Zamawiającego mógłby prowadzić do wniosku, że Zamawiający jest uprawniony do unieważnienia postępowania również w sytuacji, gdy z różnych przyczyn nie określił w ogóle warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, a część wykonawców złożyłoby oferty wraz z dokumentami wykazującymi, że posiadają określony poziom zdolności zawodowej. W takiej sytuacji również - podobnie jak to uzasadnia Zamawiający - oferty nie byłyby porównywalne w zakresie posiadanych zdolności zawodowych.

Odwołujący wskazał, że w poprzednio prowadzonym postępowaniu o tym samym przedmiocie (przetarg nieograniczony na dostawę, instalację i wdrożenie systemu automatycznej dystrybucji leków wraz z adaptacją pomieszczeń Apteki USK w Białymstoku, nr sprawy 17/2017, wszczęty w dniu 21 marca 2017 roku, DZ, U. / S S56, 103406-2017-PL) warunek udziału w postępowaniu w zakresie posiadanej zdolności technicznej i kwalifikacji zawodowej również odnosił się do szpitala posiadającego 500 łóżek. Warunek ten po zmianach w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia brzmiał:

Zamawiający uzna ten warunek za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że zrealizował należycie 1 projekt dostawy, uruchomienia systemu do automatycznej dystrybucji leków/dawek jednostkowych (unit - dose) w szpitalu o liczbie łóżek nie mniejszej niż 500.

Mimo tożsamego brzmienia Zamawiający w tamtym postępowaniu nie zdecydował się na unieważnienie postępowania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania oraz uczestnika postępowania odwoławczego na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 roku, poz. 2164; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 20 kwietnia 2018 roku wobec czynności Zamawiającego z dnia 11 kwietnia 2018 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co Strony potwierdziły na posiedzeniu z ich udziałem.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy* - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie, a także stanowiska i oświadczenia Stron i uczestnika postępowania odwoławczego złożone ustnie do protokołu. Izba uwzględniła również stanowisko Zamawiającego zawarte w złożonym na posiedzeniu piśmie datowanym na 1 maja 2018 roku „Odpowiedź na odwołanie”. Izba dopuściła dowody zawnioskowane przez Zamawiającego przy piśmie (w zakresie jaki nie stanowią one dokumentacji postępowania).

Izba dopuściła dowód zawnioskowany przez Odwołującego w trakcie rozprawy – pismo Quizit Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi z dnia 2 maja 2018 roku „Informacja dotycząca kwoty wdrożenia” oraz pismo z dnia 23 czerwca 2018 roku od Zamawiającego „Informacja o Wykonawcach którzy zostali wykluczeni”

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba uwzględniła odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów biorąc pod uwagę stanowiska Stron i uczestnika postępowania odwoławczego przedstawione na rozprawie odwołanie uwzględniła.

Izba na wstępie wskazuje, że Zamawiający obowiązany jest do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy) jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Ww. przesłanka unieważnienia postępowania składa się z koniunkcji trzech okoliczności, których łączne wystąpienie skutkuje obowiązkiem zastosowania tego przepisu. Po pierwsze – musi wystąpić naruszenie przepisów ustawy regulujących udzielenie zamówienia (wada postępowania).

Po drugie – wada ta ma skutkować niemożliwością zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy o udzielenie zamówienia publicznego. Po trzecie – wada ta musi być niemożliwa do usunięcia. Wada postępowania musi mieć charakter trwały, musi rzeczywiście wystąpić i musi powodować niemożliwość zawarcia ważnej umowy.

Umowa w sprawie zamówienia publicznego podlega unieważnieniu w sytuacji wypełnienia się choćby jednej z katalogu bezwzględnych przesłanek nieważności umowy, określonych w art. 146 ust. 1 ustawy. Orzecznictwo wypracowało spójną linię orzeczniczą, w oparciu o którą umowa w sprawie zamówienia publicznego podlega także unieważnieniu w sytuacji wypełnienia się szczególnej przesłanki wynikającej z art. 146 ust. 6 ustawy zgodnie z którym, określone zostało uprawnienie procesowe dla Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do wystąpienia do sądu powszechnego o unieważnienie umowy. Ustawodawca w tym przepisie zawarł również przesłankę materialną takiego wystąpienia o unieważnienie umowy, tj. takiego naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Ustawodawca zatem przewidział, że umowa w sprawie zamówienia publicznego podlega także unieważnieniu, jeżeli w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego doszło do określonego naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Izba podkreśla w tym miejscu, że przepis zawiera dwie podstawy materialne unieważnienia umowy.

Zamawiający w prowadzonym postępowaniu uznawał za potwierdzony przez wykonawcę warunek w zakresie zdolności technicznej i zawodowej jeżeli wykonawca wykazał, że zrealizował należycie 1 projekt dostawy, uruchomienia systemu do automatycznej dystrybucji leków /dawek jednostkowych (unit – dose) w szpitalu (min.1) o liczbie łóżek nie mniejszej niż 500 (...).

W rozpoznawanej sprawie Zamawiający unieważnił postępowanie, bowiem jak podał między innymi w piśmie z dnia 10 kwietnia 2018 roku „Unieważnienie postępowania” – *Zamawiający nie opisał warunku dot. zdolności technicznej i zawodowej w sposób prawidłowy, przez co warunek ten był rozumiany dwojako przez wykonawców, którzy złożyli i którzy mogli złożyć oferty.*

W trakcie rozprawy Zamawiający wskazywał, że warunek udziału w postępowaniu był *nieadekwatny, czyli nie weryfikował zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia.* Oświadczył, że źle ukształtował warunek udziału w postępowaniu, *Zamawiający miał „w głowie” inne rozumienie.* Zamawiający dopatrywał się również naruszenia zasad w tym, że inaczej można było interpretować warunek i pewne osoby mogłyby np. nie złożyć oferty, bo nie zinterpretowałyby warunku jak chciał tego Zamawiający.

Podkreślenia wymaga również w ocenie Izby, że Zamawiający nie wykluczył z postępowania żadnego z dwóch wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu. Zamawiający oświadczył na rozprawie *że przez wadę, jaka zaistniała w postępowaniu przez Zamawiającego, wykonawca mógł złożyć ofertę, a Zamawiający nie mógł go wykluczyć z postępowania.*

Izba wskazuje, że w przedmiotowym postępowaniu w sposób niezasadny i niewłaściwy Zamawiający dokonał unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zarówno z uzasadnienia decyzji o unieważnieniu postępowania - pismo z dnia 10 kwietnia 2018 roku - jak również prezentowane w trakcie rozprawy stanowisko Zamawiającego prowadzi do jednego logicznego wniosku, a mianowicie Zamawiający unieważnił postępowanie, bo uznał, że nieprawidłowo przygotował, określił wymagania w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej wykonawców. Co więcej, wymagania Zamawiającego na co wskazał sam Zamawiający ukształtowane zostały w taki sposób, że rozumieć można było je dwojako. Ukształtowanie wymagań Zamawiającego co do posiadanego doświadczenia wykonawcy, który będzie ubiegał się o udzielenie zamówienia są prawem Zamawiającego. To Zamawiający każdorazowo, w realiach konkretnej procedury o udzielenie zamówienia publicznego kształtuje określone wymagania, buduje warunki mające na celu wybór wykonawcy najbardziej właściwego. Obowiązkiem Zamawiającego jest określenie warunków udziału w postępowaniu oraz wymaganych od wykonawców środków dowodowych potwierdzających posiadane zdolności techniczne lub zawodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności (art. 22 ust. 1a ustawy). Zamawiający wskazywał, że jego intencją, tym co miał w zamyśle, było wymaganie posiadanego doświadczenia dostawy, uruchomienia systemu do automatycznej dystrybucji leków dla 500 łóżek w szpitalu. Jednakże takie rozumienie warunku mogło przyświecać zamysłowi Zamawiającego natomiast w żaden sposób nie wynikało jednoznacznie z treści ukształtowanych wymagań przez Zamawiającego, z czego świetnie również zdawał sobie sprawę Zamawiający nie wykluczając Odwołującego z przedmiotowego postępowania. Izba podkreśla również, że z treści warunku wynika, że miał być to minimum jeden szpital o liczbie łóżek nie mniejszej niż 500. Wskazanie „minimum jeden szpital” dodatkowo potwierdza, że wymagania Zamawiającego skupiły się na ilości łóżek w szpitalu, a nie ilości łóżek objętych dostawą systemu dystrybucji leków.

Należy również mieć na uwadze - wnioskowane zarówno przez Zamawiającego jak i Odwołującego - stanowisko prezentowane przez Zamawiającego w poprzednio

prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w tym samym przedmiocie zamówienia. Przy takiej samej treści wymagań dotyczących warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadanych zdolności technicznych lub zawodowych Zamawiający wskazał w piśmie z dnia 23 czerwca 2017 roku (dowód zawnioskowany zarówno przez Zamawiającego jak i Odwołującego), że wykluczył danego wykonawcę z postępowania, ponieważ żaden ze szpitali (w dokumentach przedstawionych do wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu) „nie posiada wymaganej minimalnej liczby 500 łóżek”. Zamawiający wskazał w ten sposób jak rozumiał w poprzednim postępowaniu spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

W obecnie prowadzonej procedurze o udzielenie zamówienia, gdzie Zamawiający unieważnił postępowanie, Zamawiający opiera swoją decyzję o „nieadekwatność” warunku, czyli jak twierdzi Zamawiający, nieweryfikowanie zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia. W ocenie Izby Zamawiający nie wykazał, aby tak ukształtowany przez Zamawiającego warunek nie weryfikował wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia. Zgodnie z wymaganiami ustawodawcy (art. 22 ust. 1a ustawy) Zamawiający wymagania w odniesieniu do warunków winien określić, „w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności”. Zamawiający zdecydował o takim, a nie innym brzmieniu warunku udziału w postępowaniu. Przyjmując rozumienie warunku – jakie również Zamawiający uznaje za prawidłowe – takie jak Odwołujący, że dostawa i uruchomienie systemu odbyło się w szpitalu o liczbie łóżek nie mniejszej niż 500, w ocenie Izby stanowi o minimalnym poziomie zdolności wykonawcy. Dostawa i uruchomienie systemu nie dzieje się bowiem w próżni, tym samym zrealizowanie takiej dostawy i uruchomienia systemu w szpitalu o ilości łóżek nie mniejszej niż 500 również wiąże się z zadaniami i działaniami w obrębie całego szpitala, np. systemów funkcjonujących w szpitalu. W ocenie Izby nie sposób wyobrazić sobie również, że dostawa takiego systemu dystrybucji leków dokonywana mogłaby być tylko dla jednego łóżka w wymaganym przez Zamawiającego co najmniej 500 łóżkowym szpitalu – jak to starał się prezentować Zamawiający w trakcie rozprawy. Również w ocenie Izby Zamawiający nie wykazał nieproporcjonalności warunku do przedmiotu zamówienia. W odniesieniu do rozumienia i wykładni proporcjonalności wielokrotnie wypowiadały się w orzecznictwie Trybunały oraz sądy powszechne. W orzeczeniu z dnia 12 października 1993 r. (sygn. akt K 4/93) Trybunał Konstytucyjny wskazał, że: „(...) Zasada proporcjonalności zakłada istnienie proporcji między istotnymi cechami poszczególnych kategorii, a należnym im traktowaniem.” (...) Zdaniem Trybunału Konstytucyjnego z zasady tej wypływa, po pierwsze, przyjmowanie danej regulacji tylko wówczas, gdy jest niezbędna dla ochrony interesu publicznego, z którym jest powiązana, po drugie, nakaz kształtowania danej regulacji w sposób zapewniający osiągnięcie zamierzonych skutków, i po trzecie, wymóg zachowania proporcji między

efektami wprowadzonej regulacji a ciężarami względnie niedogodnościami wynikającymi z niej dla obywateli. (K. 11/94, OTK w 1995 r., cz. I, poz. 12 i K. 10/95 OTK ZU, nr 2, s. 79). Zasada proporcjonalności w ujęciu szerokim szczególnie naciska na adekwatność celu i środka użytego do jego osiągnięcia. Z powyższego wynika, że jeżeli cel regulacji prawnej można osiągnąć przy pomocy dwóch środków, przy czym jeden z nich w większym stopniu pogarsza sytuację prawną podmiotu, to należy wybrać ten drugi (R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden 1985, s. 100, por. też Lothar Hirschberg, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, Göttingen 1981, s. 43 i nast.). W wyniku nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw usunięto dotychczasowy obowiązujący przepis art. 22 ust. 4 ustawy (*Opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunków, o których mowa w ust. 1, powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia*) i wprowadzono regulację art. 22 ust. 1a ustawy (*Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.*). Nowelizacja przepisów pozostawiła jednakże punkt spójny pomiędzy dotychczasową obowiązującą regulacją a nowym przepisem, a mianowicie odniesienie do tego, że ukształtowane przez Zamawiającego wymagania mają być proporcjonalne do przedmiotu zamówienia. Tym samym w tym zakresie aktualne pozostaje całe orzecznictwo Izby jak również sądów powszechnych oraz stanowiska wypracowane w doktrynie przedmiotu. Izba wskazuje, że Zamawiający, określając warunki udziału w postępowaniu – ich wielkość, znaczenie, zakres przedmiotowy - musi mieć na względzie konkurencyjne i przeciwstawne interesy, tj. zasadę zakazu dyskryminacji nakazującą poszanowanie uczciwej konkurencji w interesie i w stosunku do wykonawców oraz przesłankę prowadzącą do dopuszczenia do udziału w postępowaniu wykonawców, których posiadana wiedza i doświadczenie zapewniają należyte wykonanie zamówienia. Podkreślenia wymaga w ocenie Izby, że niezmiennie, niezależnie od tego czy wymagania kształtowane w postępowaniu przez Zamawiającego stanowią opis sposobu spełnienia warunków udziału w postępowaniu (jak to było dotychczasowo), czy też są warunkami udziału w postępowaniu (obecnie) to Zamawiający musi je określać w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Proporcjonalny - czyli adekwatny środek tzn. taki, aby co do którego wymagania jakie Zamawiający ukształtował pozawalały na osiągnięcie celu, czyli wyboru wykonawcy, który będzie zdolny realizować zamówienie przy jednoczesnym zachowaniu naczelných zasad systemu zamówień publicznych. Ta swoista równowaga pomiędzy znajdującymi się we wzajemnej kolizji wartościami (uczciwą konkurencją i zasadą równego traktowania wykonawców, a wyborem wykonawcy zdolnego do realizacji

przedmiotu zamówienia) wymaga doboru odpowiednich środków i metod pozwalających na jednoczesne urzeczywistnienie pozostających wobec siebie w opozycji wartości. Izba wskazuje, że w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości określenie "proporcjonalny" używane jest w znaczeniu "zachowujący właściwą proporcję". W wyroku Trybunału Sprawiedliwości z dnia 16 września 1999 r., C- 414/97 Komisja Wspólnot Europejskich v. Królestwo Hiszpanii, TS wskazał, że ocena czy podjęte środki są zgodne z TWE, wymaga tzw. testu proporcjonalności polegającego na wykazaniu czy podjęte działania są adekwatne i konieczne do osiągnięcia wybranego celu. Zamawiający jest zobowiązany zachować niezbędną równowagę między interesem polegającym na uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia a interesem potencjalnych wykonawców, których nie można przez wprowadzenie nadmiernych wymagań z góry eliminować z udziału w postępowaniu. Podkreślenia wymaga w tym miejscu, że adekwatność ukształtowanych przez Zamawiającego wymagań w zakresie warunku udziału w postępowaniu musi być rozumiana jako nie nadmiarowość wymagań, takie ich określenie, aby nie doszło do naruszenia zasad określonych ustawą ale również obowiązującymi traktatami przy jednoczesnej weryfikacji wykonawcy. W ocenie Izby ukształtowany przez Zamawiającego warunek w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej nie jest nadmiarowy, a ukształtowane wymaganie proporcjonalnie odnosi się do przedmiotu zamówienia, którym objęty jest szpital posiadający 840 łóżek. Podkreślić należy, że w ramach warunku zdolności technicznej lub zawodowej Zamawiający *nie podał, nie określił, nie wskazał, w jaki sposób ma nastąpić wdrożenie systemu unit-dose w szpitalu*, dlatego też bezprzedmiotowe dla rozpoznania sprawy były wskazywane w tym zakresie dokumenty Protokół z wizji referencyjnej z 16 lutego 2018 roku oraz pismo CompuGroup Medical z dnia 12 lutego 2018 roku. Zaznaczenia z uwagi na podnoszoną argumentację wymaga również fakt, że Zamawiający w ukształtowanym warunku w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej nie wymagał wskazania dostaw o określonych wartościach kwotowych, tym samym również bezprzedmiotowy z punktu widzenia oceny zarzutów odwołania jest dowód złożony przez Odwołującego tj. pismo które ujawnił Odwołujący „Informacja dotycząca kwoty wdrożenia”.

Należy również zauważyć, że zgodnie z wymaganiami Zamawiającego (pkt 12.1 PFU) uruchomienie systemu u Zamawiającego odbywać będzie się etapami na poszczególnych oddziałach, czyli w odniesieniu do mniejszej ilości łóżek niż 500. Mając na uwadze ustawowe wymaganie proporcjonalności wymagań warunku w odniesieniu do przedmiotu zamówienia oraz mając na uwadze „test proporcjonalności” wskazywany w orzecznictwie Trybunałów i sądów powszechnych, należy podkreślić, że podjęte przez Zamawiającego działania w zakresie ukształtowanego warunku mieszczą się w ramach ich adekwatności i konieczności.

Zamawiający obowiązany jest przepisami ustawy do przygotowania i przeprowadzenia postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości (art. 7 ust. 1 ustawy). Powoływanie się przez Zamawiającego na naruszenie tych zasad, co miało stanowić uzasadnienie unieważnienia postępowania – jak to wskazał w trakcie rozprawy Zamawiający – dlatego, że *inaczej można było interpretować warunek i pewne osoby mogłyby np. nie złożyć oferty, bo nie zinterpretowałyby warunku jak chciał tego Zamawiający* nie znajduje w ocenie Izby żadnego uzasadnienia. Po pierwsze ugruntowane jest w orzecznictwie Izby, że w przypadkach, w których dane wymagania, sformułowania ukształtowane przez Zamawiającego można rozumieć w dwojaki sposób to każde z nich musi być wzięte przez Zamawiającego pod uwagę. Co Izba podkreśla, w ten sposób właśnie postąpił Zamawiający w tym postępowaniu i nie wykluczył żadnego z wykonawców, którzy złożyli oferty. Po drugie, Zamawiający nie dowiódł, że jakikolwiek inny podmiot (poza tymi którzy złożyli oferty) zainteresowany był złożeniem w postępowaniu oferty – np. przez wykazanie, że podmioty te interesowały się postępowaniem i składały wnioski o wyjaśnienie Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Po trzecie, unieważnienie postępowania narusza zasady prawa zamówień publicznych w stosunku do wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu i to zarówno w stosunku do Odwołującego jak również uczestnika postępowania odwoławczego. Zamawiający określił bowiem wymagania w zakresie warunku zdolności technicznej i zawodowej, wykonawcy złożyli w odpowiedzi na te wymagania swoje oferty, które zostały pozytywnie ocenione przez Zamawiającego. W szczególności zasady naruszone są w stosunku do podmiotu, który uzyskałby zamówienie, gdyby Zamawiający postępowania nie unieważnił.

To że Zamawiający ukształtował zbyt niskie w swojej ocenie wymagania w odniesieniu do warunku zdolności technicznej lub zawodowej bądź to z powodu niewiedzy w danym temacie, zaniedbania czy innych przyczyn to nie legitymuje to Zamawiającego do unieważniania przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wymaga się po stronie Zamawiającego zaangażowania w prowadzoną procedurę, znajomości relacji panujących na rynku, znajomości przedmiotu zamówienia oraz rynku właściwego dla danego typu dostaw, usług lub robót budowlanych. Wiedza w wymienionym wyżej zakresie pozwala na przygotowanie postępowania w sposób perfekcyjny, jednakże w przypadkach – takich jak w rozpoznawanej sprawie – gdzie intencje i założenia Zamawiającego, po raz kolejny co należy podkreślić, zostały niejednoznacznie wyartykułowane w wymaganiach warunku pozostawiając dwoistość jego rozumienia nie może obciążać to wykonawców, którzy złożyli w postępowaniu ofert.

W ocenie Izby działania Zamawiającego w zakresie kształtowania wymagań warunku wykazania zdolności technicznej i zawodowej nie naruszyły żadnych przepisów ustawy. Tym samym nie zaistniała pierwsza z przesłanek zawartych w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy tzn. wady postępowania. Przedmiotowe postępowanie nie jest doskonałe, ale nie jest obarczone wadą. Z wadą postępowania mielibyśmy do czynienia np. gdyby Zamawiający nie określił warunku mimo, że ustawa obliuguje go do tego lub w sytuacji, gdy warunek określony zostałby nadmiarowo (podobnie wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 marca 2017 roku sygn. akt KIO 371/17). Skoro postępowanie nie zostało obarczone wadą, Zamawiający nie dokonał czynności ukształtowania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w przedmiotowym postępowaniu z naruszeniem jakichkolwiek przepisów ustawy to nie zaistniały również przesłanki z art. 146 ust. 6 ustawy.

Jednocześnie należy podkreślić, że wykonawcy, którzy złożyli oferty zgodnie z wymaganiami Zamawiającego określonymi w dokumentacji postępowania podlegają ochronie ustawowej i Zamawiający działając zgodnie z zasadami oraz w granicach własnych wymagań nie może w sposób dowolny kształtować wyniku postępowania, np. unieważniając go bo stwierdza, że inne miał intencje w ustaleniu warunku udziału w postępowaniu. Ukształtowanie wymagań wykazania spełnienia warunku zdolności technicznej i zawodowej może nie stanowiło wyartykułowania wyobrażenia warunku jaki miał w zamyśle Zamawiający, ale jednocześnie było przekazem zawartym w dokumentacji postępowania upublicznionej wykonawcom i wiążącej dla stron postępowania, niekwestionowanej w postępowaniu oraz dokonanej oceny ofert zgodnie z treścią warunku przez Zamawiającego (brak wykluczenia). Fakt tego, że jakieś wyobrażenia Zamawiającego czy jego oczekiwania bądź nieścisłości w dokumentacji nie stanowią podstawy unieważnienia postępowania wielokrotnie było akcentowane w orzecznictwie sądów powszechnych (podobnie np.: wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 30 sierpnia 2010 r. sygn. IV Ca 831/10) oraz Izby (podobnie np.: Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 lutego 2011 roku sygn. akt KIO 214/11, KIO 215/11; Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 lipca 2013 roku sygn. akt KIO 1420/13). Inne, wskazywane przez Zamawiającego rozumienie przepisów prowadziłoby wręcz do kuriozalnych sytuacji, bowiem w każdym przypadku Zamawiający mógłby unieważniać postępowanie podając jako podstawę, że inne były jego oczekiwania, że czegoś nie przemyślał czy o czymś zapomniał przygotowując postępowanie. Podkreślić należy, że katalog przesłanek z art. 93 jest zamknięty i nie może być traktowany rozszerzająco, co oznacza, że z żadnej innej przyczyny lub bez podania przyczyn Zamawiający nie może unieważnić postępowania (podobnie wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 30 sierpnia 2010 r. sygn. IV Ca 831/10) i nie ulega wątpliwości, że do zastosowania art. 93 ust.

1 pkt 7 ustawy konieczne jest wykazanie zaistnienia wszystkich wymienionych w tym przepisie przesłanek (podobnie wyrok KIO z dnia 2 czerwca 2016 r. sygn. KIO 812/16).

Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne (art. 8 ust. 1 ustawy), a to wskazuje na konieczność uzewnętrznienia przez Zamawiającego okoliczności jakie stały się podstawą podjęcia przez Zamawiającego decyzji o unieważnieniu postępowania co musi być wyartykułowane w formie pisemnej. Izba wskazuje, że określona w ustawie zasada pisemności odnosi się do całego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym również do prowadzenia dokumentacji postępowania w formie pisemnej, tym samym decyzje Zamawiającego podejmowane w czasie przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia powinny być zawarte na piśmie. Celem wprowadzenia zasady pisemności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest w szczególności zabezpieczenie zasady jawności i przejrzystości prowadzonego postępowania. Czynności Zamawiającego podejmowane w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego powinny mieć swoje odzwierciedlenie w prowadzonej dokumentacji postępowania. Podkreślenia wymaga w tym miejscu, że ustawodawca określił jednoznacznie obowiązek Zamawiającego wynikający z art. 92 ust 1 pkt 7 ustawy, a polegający na podaniu uzasadnienia faktycznego i prawnego unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia. Zamawiający zatem zobowiązany jest podać nie tylko podstawę prawną z przytoczeniem treści przepisu lecz w szczególności obowiązany jest do podania uzasadnienia faktycznego, które leżało u podstaw przyjęcia określonego wskazanym przepisem działania Zamawiającego. Na uwagę zasługuje w tym miejscu, że również w art. 93 ust. 3 ustawy ustawodawca nakazuje powiadomienie o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia równocześnie wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty - w przypadku unieważnienia postępowania po upływie terminu składania ofert - podając uzasadnienie faktyczne i prawne. Na Zamawiającego został więc nałożony obowiązek zawiadomienia wykonawców o przyczynach unieważnienia postępowania, a nie tylko podaniu podstawy prawnej podjętej czynności. Izba zaznacza w tym miejscu, że zobowiązanie Zamawiającego do przekazania uzasadnienia prawnego i faktycznego podjętej przez niego czynności ma szerokie znaczenie w ramach prowadzonej procedury, co wynika z faktu istniejącego po stronie wykonawcy uprawnienia do skorzystania z określonych ustawą środków ochrony prawnej, które do skuteczności ich przeprowadzenia wymagają postawienia zarzutów. Prawidłowe przedstawienie zarzutów w odwołaniu nie może dla swojej skuteczności sprowadzać się li tylko do podania podstawy prawnej, lecz musi przede wszystkim zawierać uzasadnienie faktyczne wskazujące czynności czy też zaniechania Zamawiającego, z którymi nie godzi się wykonawca oraz uzasadnienie dokonanej oceny przez wykonawcę składającego odwołanie. Podkreślenia wymaga, że wykonawca nie może domyślać się co legło u podstaw danego działania czy też zaniechania Zamawiającego.

Argumentacja przedstawiana przez Odwołującego w uzasadnieniu odwołania stanowi jedynie odzwierciedlenie subiektywnych odczuć Odwołującego, ponieważ Odwołujący nie ma wiedzy z czym tak naprawdę polemizuje bowiem Zamawiający nie podał uzasadnienia faktycznego podjętych czynności.

Zamawiający wskazał w piśmie z dnia 10 kwietnia 2018 roku (poza podaniem stanu faktycznego), że wraz ze złożeniem dokumentów na wezwanie z art. 26 ust. 3 ustawy w zakresie warunku zdolności technicznej lub zawodowej Odwołujący odmiennie *od założeń Zamawiającego* zinterpretował warunek udziału w postępowaniu i to zachowanie *jest bez wątpienia sprzeczne z dobrymi obyczajami*. W ocenie Izby podanie jedynie tej informacji jest niewystarczające, nie stanowi uzasadnienia jakie obowiązuje zgodnie z ustawą jest podać Zamawiający, o czym była mowa powyżej. Podkreślić należy, że „dobre obyczaje” nie są regulowane ustawowo i każdorazowo niezbędne jest jednoznaczne i wyczerpujące określenie czym w danym stosunku są, czy były „dobre obyczaje” oraz jak dana wskazywana czynność bądź zaniechanie mogłoby je naruszyć, być sprzeczne z nimi. W rozpoznawanej sprawie Zamawiającym nie podał w uzasadnieniu swojej decyzji czym są „dobre obyczaje” jednocześnie, co Izba ponownie podkreśla, nie wykluczył Odwołującego z postępowania. Izba zaznacza również, że w piśmie procesowym „Odpowiedź na odwołanie” Zamawiający jednoznacznie wskazał, że sformułowany przez Zamawiającego warunek odnosił się do wielkości szpitala a nie realizowanej dostawy, czym sam Zamawiający potwierdził prawidłowość rozumienia tego warunku przez Odwołującego. Takie stanowisko Zamawiającego z rozprawy sprzeczne jest ze wskazaniem naruszenia przez Odwołującego „dobrych obyczajów” i w efekcie wydaje się być przyczyną braku jakiegokolwiek argumentacji w tym zakresie w piśmie z dnia 10 kwietnia 2018 roku. Brak faktycznej argumentacji działania Zamawiającego powoduje niezasadność wskazywanych przez Zamawiającego naruszeń art. Art. 146 ust. 5 ustawy w zw. z art. 70 (5) ustawy Kodeks cywilny.

Reasumując Izba podkreśla, że ustawa w żadnym miejscu nie zwalnia Zamawiającego z podejmowania czynności i nie zwalnia Zamawiającego z wykazywania dokonanych ustaleń. Ustawa nakłada na uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wiele różnych obowiązków niezależnie od tego czy są wykonawcami czy Zamawiającymi, a ich obowiązkiem jest ich realizowanie. Zgodnie z art. 93 ustawy Zamawiający jest zobligowany do unieważnienia prowadzonego postępowania w przypadku wystąpienia któregośkolwiek ze zdarzeń enumeratywnie wymienionych w powołanym przepisie ustawy. Oznacza to, że działanie Zamawiającego powinno być pozbawione w odniesieniu do instytucji unieważnienia postępowania jakiegokolwiek uznaniowości. Interpretacja przesłanek unieważnienia postępowania powinna

być dokonywana w sposób ścisły przy zachowaniu prymatu wykładni gramatycznej i celowościowej, a udowodnienie, że dokonanie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego miało swoje normatywne i faktyczne podstawy, spoczywa zawsze na Zamawiającym. Izba podkreśla, że czynność unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia musi mieć uzasadnienie faktyczne i fakt obowiązku wskazania tego uzasadnienia nie jest uzależniony od podstawy prawnej, która stanowi uzasadnienie prawne unieważnienia postępowania. Unieważnienie postępowania jest prawem Zamawiającego, ale nie jest jego decyzją arbitralną lecz mającą umocowanie w obowiązujących przepisach prawa i musi być wynikiem przeprowadzonych zgodnie z tymi przepisami czynności.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. *w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania* (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zmianami).

Przewodniczący:.....