

Sygn. akt KIO 1790/19

WYROK
z dnia 27 września 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 września 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 września 2019 r. przez wykonawcę **REAGO TRAINING spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Chełmżyńska 180, 04-464 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Uniwersytet Jagielloński – Collegium Medicum z siedzibą w Krakowie, ul. św. Anny 12, 31-008 Kraków**

przy udziale wykonawcy **Simedu Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zielonej Górze, ul. Żeromskiego 10 lok. 4, 65-066 Zielona Góra** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: **KIO 1790/19** po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie.**

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego **REAGO TRAINING** spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Chełmżyńska 180, 04-464 Warszawa i:

zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **REAGO TRAINING** spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Chełmżyńska 180, 04-464 Warszawa tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 i 2215) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Krakowie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający Uniwersytet Jagielloński – Collegium Medicum z siedzibą w Krakowie przy ul. św. Anny 12, 31-008 Kraków wszczął postępowanie na dostawy w trybie przetargu nieograniczonego na zamówienie pn. »„Dostawa symulatorów do ultrasonografii, gastroenterologii i bronchoskopii (trenażery szkoleniowe), dla potrzeb Mobilnego Centrum Symulacji Uniwersytetu Jagiellońskiego w Krakowie, odpowiednio w odniesieniu od jednej do dwóch części zamówienia”, numer sprawy: 141.2711.53.2019«.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 3.07.2019 r. pod nrem 2019/S 126-307823.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 i 2215) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

04.09.2019 r. zamawiający poinformował o:

- 1) wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy Simeđu Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zielonej Górze, ul. Żeromskiego 10 lok. 4, 65-066 Zielona Góra;
- 2) wykluczeniu wykonawcy REAGO TRAINING spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Chełmżyńska 180, 04-464 Warszawa;
- 3) odrzuceniu oferty wykonawcy REAGO TRAINING spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Chełmżyńska 180, 04-464 Warszawa, gdyż została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub niezaproszonego do składania ofert – art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp.

13.09.2019 r. wykonawca REAGO TRAINING spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Chełmżyńska 180, 04-464 Warszawa (dalej odwołujący), zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp, wniósł do Prezesa KIO odwołanie w zakresie części nr 1 na wykluczenie i odrzucenie oferty odwołującego w części nr 1 zamówienia, tj. symulatora do ultrasonografii – 1 sztuka oraz symulatora do ultrasonografii z modułem kardiologicznym – 1 sztuka.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp przez jego zastosowanie jako podstawy wykluczenia odwołującego z postępowania, podczas gdy nie zachodzą okoliczności wskazane w przepisie, co nie pozwala na wykluczenie odwołującego;
- 2) art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp przez jego zastosowanie jako podstawy wykluczenia odwołującego z postępowania, podczas gdy nie zachodzą okoliczności wskazane w przepisie, co nie pozwala na wykluczenie odwołującego;
- 3) art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp przez jego zastosowanie jako podstawy wykluczenia odwołującego z postępowania, podczas gdy nie zachodzą okoliczności wskazane w przepisie, co nie pozwala na wykluczenie odwołującego;
- 4) art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp przez odrzucenie oferty odwołującego, mimo że nie zachodzi przesłanka jej odrzucenia;
- 5) art. 92 ust. 1 pkt 2 i 3 Pzp przez niedopełnienie obowiązku uzasadnienia prawnego i faktycznego decyzji o wykluczeniu odwołującego.

W ramach postępowanie dowodowego odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z następujących dokumentów:

- (i) specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej SIWZ) na okoliczność ustalenia przedmiotu zamówienia, kryteriów oceny ofert oraz możliwości wykluczenia wykonawcy,
- (ii) zestawienia ofert na okoliczność ustalenia ofert złożonych w postępowaniu,
- (iii) oferty odwołującego wraz z wypełnionym formularzem JEDZ,
- (iv) wezwań kierowanych przez odwołującego do Uniwersytetu Medycznego w Łodzi (dalej „PZ”) na okoliczność wykazania, że pomiędzy stronami toczy się spór co do zasadności odstąpienia przez PZ od umów zawartych z odwołującym oraz naliczenia kar umownych,
- (v) korespondencji mailowej między zamawiającym a PZ na okoliczność ustalenia działań, które zamawiający podjął w celu wykazania przyczyn i innych okoliczności rozwiązania przed czasem umów między odwołującym a PZ oraz odszkodowania z tego tytułu,
- (vi) zestawienia wybranych zamówień publicznych zrealizowanych przez odwołującego w latach 2017-2019, listów referencyjnych oraz zaświadczenia CAE na okoliczność uwiarygodnienia rzetelności i zdolności odwołującego do wykonania zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz:

- 1) unieważnienie czynności oceny ofert w zakresie czynności wykluczenia odwołującego z postępowania i odrzucenia oferty odwołującego;

- 2) nakazanie zamawiającemu ponowienia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego;
- 3) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa prawnego, zgodnie z wykazem kosztów przedstawionych podczas rozprawy.

Argumentacja odwołującego

I.

Odwołujący złożył ofertę pisemną w odniesieniu do części nr 1 ww. Zamówienia, tj. symulatora do ultrasonografii – 1 sztuka oraz symulatora do ultrasonografii z modułem kardiologicznym – 1 sztuka.

Oprócz odwołującego ofertę złożyła również spółka Simedu sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze (dalej spółka Sim).

Oferta cenowa odwołującego okazała się znacznie korzystniejsza. Różnica to aż 459.036 zł, co stanowi istotną wartość, zważywszy, że kwota przeznaczona na realizację zamówienia w tej części wynosi 1 044 758,54 zł netto.

Ponadto odwołujący zarzucił, że do chwili obecnej zamawiający nie poinformował odwołującego o jakichkolwiek uwagach czy wątpliwościach dotyczących oferty odwołującego, w tym w szczególności nie wezwał odwołującego do złożenia jakichkolwiek wyjaśnień w tej sprawie.

II.

Pismem z 4.09.2019 r. zamawiający zawiadomił odwołującego wykluczeniu odwołującego z udziału w postępowaniu i odrzuceniu oferty odwołującego.

Dowody na stwierdzenie ww. okoliczności:

[4] Zawiadomienie o wykluczeniu odwołującego i odrzuceniu oferty z 4.09.2019 r.

Zamawiający jako podstawę prawną wykluczenia i odrzucenie oferty odwołującego wskazuje art. 24 ust. 1 pkt 16 i pkt 17 oraz art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp.

Zamawiający zarzuca odwołującemu, że w treści JEDZ złożonego wraz z ofertą odwołujący podał nieprawdziwe informacje odnośnie podstawy wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp.

Zamawiający twierdzi, że odwołujący zataił przed zamawiającym informację, że PZ złożył skuteczne oświadczenie o odstąpieniu w całości od dwóch umów i naliczeniu kar umownych datowane na 15.02.2018 r., ponieważ przedmiot obu umów nie został dostarczony w całości i w wyznaczonym nawet dodatkowym terminie na realizację umów.

III.

Zamawiający wprost w treści zawiadomienia o wykluczeniu (drugi akapit od góry, na stronie nr 3 zawiadomienia) przyznaje (cytując przepisy i wyroki KIO, że wykluczenie wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp jest dopuszczalne w następujących okolicznościach:

- a) „jedynie w przypadku kumulatywnego spełnienia wszystkich przesłanek określonych w art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp)”,
- b) ww. przesłanki wykluczenia „(...) nie mogą być rozumiane dowolnie. Zamawiający nie może opierać się wyłącznie na fakcie, że doszło do rozwiązania wcześniejszej umowy z wykonawcą. Zamawiający musi ponadto wykazać, że do rozwiązania umowy (zasądzenia odszkodowania) doszło z powodu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy przez wykonawcę, a zatem musi wykazać czego konkretnie wykonawca nie zrobił lub jakiego obowiązku nie wykonał. Ponadto zamawiający zobowiązany jest wykazać, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie miało miejsce w istotnym stopniu, co oznacza, że zamawiający zobligowany jest wykazać, że wykonywanie miało charakter uporczywy, nawet jeśli niedociągnięcia nie były znaczące” – wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 26 marca 2018 r., sygn. akt KIO 454/18,
- c) „wykluczenie jest dopuszczalne, jeżeli wykonawca wykazywał znaczące lub uporczywe niedociągnięcia w spełnianiu istotnego wymogu w ramach wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego” – art. 57 ust. 4 lit. G Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/EU z 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych,
- d) sformułowanie „w istotnym stopniu” należy odnosić zarówno do zakresu umowy, jak i do wykonywania umowy ze znaczącym naruszeniem jej postanowień, np. do znaczących wad produktu, które spowodowały jego niezdatność do użytku zgodnie z przeznaczeniem – wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 26 marca 2018 r. sygn. akt KIO 454/18.

IV.

Odwołujący w całości kwestionuje twierdzenia zamawiającego na temat okoliczności prawnych i faktycznych wskazanych w zawiadomieniu o wykluczeniu, które uzasadniałyby wykluczenie i odrzucenie oferty odwołującego zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 16 i pkt 17 oraz art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp.

Są one całkowicie bezpodstawne i sprzeczne z rzeczywistym stanem rzeczy.

Odwołujący wskazał, że z PZ zawarł trzy umowy (a nie dwie umowy, jak błędnie wskazuje zamawiający), a PZ złożył oświadczenie o odstąpieniu jedynie odnośnie części,

a nie całości zamówienia. Najistotniejsze jest jednak to, że skuteczność odstąpienia i naliczenia kar umownych jest przedmiotem sporu między stronami, o czym zamawiający nie wspomina.

20.07.2018 r. odwołujący zakwestionował w całości skuteczność i zasadność odstąpienia od umów zawartych z PZ i podnoszonych w związku z tym przez niego roszczeń. 3.10.2018 r. odwołujący złożył wniosek o zavezwanie do próby ugodowej.

Nigdy nie doszło do zasądzenia żadnego odszkodowania, w tym kar umownych od odwołującego. Co prawda PZ naliczył kary i potrącił je z wynagrodzenia, jednak sprawa ta jest przedmiotem sporu.

Dowody na stwierdzenie ww. okoliczności:

[5] Wezwanie do zapłaty z 20.07.2018 r. oraz wniosek o zavezwanie do próby ugodowej z 3.10.2018 r. skierowane do PZ.

Wobec tego, stan wiedzy odwołującego na chwilę składania oświadczenia JEDZ nie uzasadniał w żaden sposób ani konieczności, ani możliwości zaznaczenia w formularzu, że odwołujący podlega wykluczeniu.

W ocenie odwołującego oświadczenie odwołującego w formularzu, że odwołujący podlega wykluczeniu ze względu na rozwiązanie umów z PZ lub zasądzenie odszkodowania byłoby niezgodne z prawdą.

Formularz JEDZ nie zawierał miejsca na wskazanie innych okoliczności, np. czy wszystkie dotychczasowe umowy o zamówienie publiczne były wykonywane bez zastrzeżeń lub czy wykonawca w chwili składania oferty jest w sytuacji sporu odnośnie wykonywania takich umów.

Dowody na stwierdzenie ww. okoliczności:

[6] Formularz JEDZ

Mimo przeciwnych twierdzeń zamawiającego odwołujący nie mógł ujawnić informacji o sporze dotyczącym PZ, korzystając z procedury „samooczyszczenia”. Procedura ta bowiem może mieć zastosowanie „wyłącznie w przypadku, gdy jednoznacznie i ponad wszelką wątpliwość stwierdzono, że rozwiązanie umowy o zamówienie publiczne wynikało z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, który nie kwestionuje swojej winy związanej z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy” – tak w wyroku KIO z 14 czerwca 2019 r., syn. akt KIO 988/19.

Zamawiający twierdzi, że odwołujący miał wiedzę, że zachodzą wobec odwołującego ww. podstawy wykluczenia z art. 24 ust. 5 Pzp, a mimo to odwołujący nie ujawnił tej

okoliczności w oświadczeniu JEDZ, a tym samym zachodzą wobec odwołującego podstawy wykluczenia, na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp.

Odwołujący podkreśla, że nigdy nie działał z zamiarem wprowadzenia zamawiającego w błąd. Zakładając nawet czysto teoretycznie, że odwołujący nie informując o tym, że jest w sporze z PZ wprowadził obecnego zamawiającego w błąd (czemu odwołujący stanowczo zaprzecza), to zamawiający w żaden sposób nie wykazał, co jest niezbędne dla zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, czy przedstawienie informacji nastąpiło w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa i co najbardziej istotne, czy była to informacja mogąca mieć wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w tym postępowaniu i czy był to wpływ istotny. Zacytowanie przepisu nie może być uznane za wykazanie podstawy wykluczenia. Takie działanie zamawiającego w podobnych okolicznościach zostało uznane za naruszenie ww. przepisów ustawy Pzp (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 12 maja 2017 r., sygn. akt KIO 741/17, 746/17).

Swoje twierdzenia odnośnie umów z PZ, zamawiający opiera wyłącznie na twierdzeniu tego PZ, co wprost wynika z zawiadomienia o wykluczeniu (strona 3, pierwszy akapit od góry) oraz z korespondencji mailowej znajdującej się w aktach postępowania.

Dowody na stwierdzenie ww. okoliczności:

[7] Korespondencja mailowa między P. J. i O. L. i B. ze strony zamawiającego oraz B. Ł. ze strony PZ.

Zamawiający nie wskazał jakie dokumenty źródłowe analizował przed podjęciem decyzji o wykluczeniu. Zamawiający nie wskazał konkretnych postanowień umownych, które odwołujący miałyby rzekomo naruszyć. Jak wynika z akt postępowania udostępnionych odwołującemu, poza ww. wymianą korespondencji, zamawiający nie podjął żadnych innych starań w celu ustalenia okoliczności dotyczących wykonywania umów zawartych przez odwołującego z PZ, w celu ustalenia czy spełnione są przesłanki wykluczenia określone w art. 24 ust. 5 Pzp. Ani jednostronne świadczenie zamawiającego o odstąpieniu, ani informacja, że w ocenie prawnika tego zamawiającego (!) odstąpienie było skuteczne nie może być utożsamiane z rozwiązaniem umowy.

Nawet gdyby teoretycznie przyjąć, że wcześniejsze umowy z PZ zostały skutecznie rozwiązane (co odwołujący stanowczo kwestionuje), zamawiający nie wykazał w żaden sposób pozostałych przesłanek z art. 24 ust. 5 Pzp, w tym, że do rozwiązania doszło z powodu niewykonywania lub nienależytego wykonywania umowy w istotnym stopniu. Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z 8 stycznia 2018 r., sygn. akt KIO 2711/17, podtrzymanym w pełni w wyroku z 14 czerwca 2019 r. (sygn. akt KIO 988/19) „to rolą zamawiającego jest zebranie dowodów świadczących o wystąpieniu wszystkich przesłanek określonych w art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp, łącznie i uzasadnienie każdej z nich”.

Zamiast tego, zamawiający wielokrotnie kwalifikuje swoje twierdzenia na temat powoływanych przez siebie faktów, w tym okoliczności kluczowych w sprawie używając zwrotów takich jak „w ocenie” lub „w opinii” zamawiającego. Takie zachowanie wskazuje na to, że zamawiający nie jest w posiadaniu jakichkolwiek dowodów, które mogłyby potwierdzić twierdzenia zamawiającego w sposób bezsporny i obiektywny.

Zamawiający nigdy nie zwrócił się o wyjaśnienie kwestii dotyczącej umów z PZ do odwołującego. Zamawiający twierdzi, że nie miał takiego obowiązku bowiem w tym przypadku to odwołujący mógł i powinien był skorzystać z możliwości samooczyszczenia, zgodnie z art. 24 ust. 8 i 9 Pzp.

W ocenie odwołującego takie twierdzenie zamawiającego przeczy uznanej interpretacji przepisów art. 25 ust. 5 Pzp. Zgodnie z tą interpretacją wykazanie przesłanek wykluczenia na podstawie ww. przepisu jest obowiązkiem zamawiającego nie wykonawcy.

Okoliczności pozyskania informacji o umowach odwołującego z PZ nie jest jasna. Można jednak przypuszczać, że tę informację zamawiający pozyskał od innego uczestnika postępowania w sprawie zamówienia tj. spółki Sim, która wraz z odwołującym uczestniczyła w postępowaniu z PZ. Tym bardziej wobec oczywistego konfliktu interesów zamawiający powinien był wykazać się szczególną starannością w wyjaśnieniu okoliczności faktycznych w sprawie.

V.

Na zakończenie odwołujący nie będąc do tego zobowiązany na tym etapie postępowanie, ale działając w trosce o efektywność postępowania oraz w celu wykazania swojej rzetelności i zdolności do należytego wykonania zamówienia, wyjaśnia co następuje:

Odwołujący w latach 2017-2019 zrealizował należycie i bez zastrzeżeń wiele zamówień publicznych dla zamawiających takich jak WUM w Warszawie, Centrum Zdrowia Dziecka w Warszawie, Uniwersytet Medyczny w Białymstoku, Śląski Uniwersytet Medyczny w Katowicach, Uniwersytet Medyczny w Lublinie, itp., co potwierdzają listy referencyjne wystawione przez zamawiających.

Dowody na stwierdzenie ww. okoliczności:

[8] Wykaz wybranych dostaw zrealizowanych przez odwołującego dla różnych zamawiających w latach 2017-2018 wraz z kopią listów referencyjnych

Spór w sprawie wykonywania umów na rzecz PZ wynika przede wszystkim z niejasności odnośnie do specyfikacji zamówienia odnośnie do wymaganej ilości elementów zapasowych, za które to niejasności odwołujący nie ponosi odpowiedzialności. Szacunkowa wartość elementów zapasowych wynosi ok. 1-2% całkowitej wartości zamówienia (wartość ta była znikoma w stosunku do wartości towarów objętych zamówieniem i jej podanie nie było

wymagane przez zamawiającego). Odwołujący dostarczył towary wskazane w treści umów. W żadnym przypadku brak elementów zapasowych nie uniemożliwił ani nie ograniczył możliwości korzystania z przedmiotu zamówienia zgodnie z jego przeznaczeniem. Przy normalnym, średnim stopniu zużycia dostarczone towary były gotowe do wielomiesięcznego użytkowania. Ilość elementów zapasowych nie została jasno określone w SIWZ, a PZ doprecyzował swoje wymagania w tym zakresie już po podpisaniu umów. Odwołujący nie mógł przewidzieć konieczności dostawy w takim wymiarze, jako że wymagana przez zamawiającego ilość elementów zapasowych stanowiła zapas wielokrotnie większy niż zwyczajowy.

Odwołujący również wskazał na różnice w organizacji realizacji umów z PZ oraz zamówienia będącego przedmiotem tego postępowania. W przypadku umów z PZ odwołujący korzystał z usług podwykonawców i nie miał wystarczających narzędzi prawnych i organizacyjnych, aby zapewnić dostawę elementów zapasowych w ilości określonej przez PZ po zawarciu stosownych umów. W przypadku przedmiotowego zamówienia odwołujący jest bezpośrednim i wyłącznym dystrybutorem oferowanych towarów, co zapewnia większą elastyczność w realizacji zamówienia.

Dowody na stwierdzenie ww. okoliczności:

[9] Zaświadczenie z CAE z 18.10.2018 r.

Odwołujący wskazuje na powyższe okoliczności, aby wykazać, że nawet gdyby teoretycznie przyjąć, że odwołujący nienależycie wykonał część umów z PZ, naruszenie takie nie dotyczyło istotnego wymogu PZ, a z uwagi na różnice w organizacji realizacji zamówień, takie naruszenie nie powinno mieć istotnego wpływu na decyzję PZ w przedmiotowej sprawie.

Odwołujący deklaruje pełną transparentność i gotowość przedstawienia wszelkich okoliczności i wyjaśnienia wszelkich wątpliwości dotyczących umów z PZ.

Jednocześnie odwołujący wskazuje, powołując się na wcześniej cytowany wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 14 czerwca 2019 r., że mając na względzie wskazówki przedstawione w preambule do Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie zamówień publicznych, „instytucje zamawiające powinny mieć możliwość wykluczania tych oferentów, którzy przy wykonywaniu wcześniejszych zamówień publicznych wykazali poważne braki w odniesieniu do spełnienia istotnych wymogów, jak również, że drobne nieprawidłowości mogą prowadzić do wykluczenia wykonawcy jedynie w wyjątkowych okolicznościach. Stosując fakultatywne podstawy wykluczenia [jak to ma miejsce w przedmiotowej sprawie], instytucje zamawiające powinny zwracać szczególną uwagę na zasadę proporcjonalności”.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu 13.09.2019 r. (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom 16.09.2019 r. (art. 185 ust. 1 in initio Pzp).

20.09.2019 r. wykonawca złożył Prezesowi KIO pismo o zgłoszeniu przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania po stronie zamawiającego. Przystępujący przekazał kopie przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu (art. 185 ust. 2 Pzp).

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy 24.09.2019 r. (art. 186 ust. 1 Pzp). Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie jest zasadne.

Izba stwierdza, że nie zachodzą przesłanki określone w art. 189 ust. 2 Pzp, których zaistnienie skutkowałoby odrzuceniem odwołania.

W ocenie Izby odwołujący wypełnił łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest odwołujący wykazał posiadanie interesu w uzyskaniu rozpoznawanego zamówienia oraz odwołujący wykazał wystąpienie możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

Izba postanowiła dopuścić jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

Izba wzięła pod uwagę dowody złożone przez:

- A) odwołującego:
- 1) dowód O1 – pismo PZ z 26.07.2019 r. na wykazanie, że PZ nie udziela informacji o poprzednim zamówieniu;
 - 2) dowód O2 – korespondencja e-mailowa z PZ, który to dowód wskazuje na częściowy odbiór fantomów przez PZ;
- B) zamawiającego:
- 3) dowód Z1 – sporządzony przez zamawiającego wykaz zakresu niezrealizowanych umów odwołującego z PZ;
- C) przystępującego:
- 4 i 5) dowód P1 – załącznik A do oferty odwołującego oraz dowód P2 – pismo „Equipment overview”, gdzie na str. 4 dowodu P1 odwołujący wystąpił o przyznanie odwołującemu dodatkowych 10 punktów za specjalne cechy, których urządzenie odwołującego nie posiada – możliwości dokonywania pomiarów bez odrywania rąk od sondy (pedał nożny);
 - 6) dowód P3 – pismo dotyczące fantomu zaoferowanego przez odwołującego dla UM Wrocław, gdzie odwołujący złożył ofertę z funkcjonalnością sinienia ust fantomu rodzącej, przez co fantom ten stracił gwarancję, gdyż odwołujący wprowadził bez zgody producenta taką funkcjonalność i jest to dowód na nierzetelność odwołującego, nie tylko w stosunkach z PZ.

Izba nie wzięła pod uwagę dowodów P2 i P3 złożonych przez przystępującego, gdyż dowody te były sporządzone w języku obcym, a przystępujący nie złożył do nich (ani nawet do ich fragmentów) tłumaczeń. Ponadto nie miał znaczenia dowód Z1 złożony przez zamawiającego, gdyż zamawiający sporządził tabelarycznie wykaz niewłaściwie zrealizowanych umów przez odwołującego w stosunkach z PZ, ale zamawiający nie wykazał na podstawie jakich dokumentów sporządził ten wykaz.

W ocenie Izby, zarzut pierwszy naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp – przez jego zastosowanie jako podstawy wykluczenia odwołującego z postępowania, podczas gdy nie zachodzą okoliczności wskazane w przepisie, co nie pozwala na wykluczenie odwołującego, zarzut drugi naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp – przez jego zastosowanie jako podstawy wykluczenia odwołującego z postępowania, podczas gdy nie zachodzą okoliczności wskazane w przepisie, co nie pozwala na wykluczenie odwołującego oraz zarzut trzeci naruszenia art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp – przez jego zastosowanie jako podstawy wykluczenia odwołującego z postępowania, podczas gdy nie zachodzą okoliczności wskazane w przepisie, co nie pozwala na wykluczenie odwołującego – nie zasługują na uwzględnienie.

Izba stwierdza, że »między Uniwersytetem Medycznym w Łodzi [PZ] a Reago Training Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie [odwołującym] istnieje konflikt wynikający z odstąpienia przez uczelnię w części od umów [...]« – cytata ze złożonego przez odwołującego dowodu O1 akapit 2 wiersz 1-3 od góry. Ponadto zamawiający na str. 5 w ust. 3 lit. b SIWZ przewidział dodatkowe podstawy wykluczenia wykonawców, o których mowa w art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp. Przepis art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp brzmi »Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę [...] który, z przyczyn leżących po jego stronie, nie wykonał albo nienależycie wykonał w istotnym stopniu wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego lub umowę koncesji, zawartą z zamawiającym, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-4, co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania«. Dlatego zamawiający musiał zareagować na informacje o konfliktach z poprzednimi zamawiającymi powstałych ze względu na wykonanie poprzednich umów. W postępowaniu także było wymagane złożenie przez wykonawców JEDZ, gdzie odwołujący na str. 12 w zagadnieniu »rozwiązanie umowy przed czasem, odszkodowania lub inne porównywalne sankcje« na pytanie »Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową?« udzielił odpowiedzi przeczącej, ale – co choćby wynika z części IV odwołania – PZ złożył odwołującemu oświadczenie o odstąpieniu od części zamówienia i naliczył kary umowne, które są surogatem zasądzenia odszkodowania. Wynika z tego, że odwołujący podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp, które to przepisy brzmią: »Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się [...] (16) wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej „kryteriami selekcji”, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów; (17) wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia«.

Należy także podnieść, że odwołujący nie skorzystał z możliwości tzw. samooczyszczenia czyli wskazaniu zamawiającemu o podstawach do wykluczenia bądź ewentualnego wykluczenia, ale również wskazaniu jakie środki podjął wykonawca aby w przyszłości nie mogły zaistnieć podobne sytuacje. Jako że deklaracje o samooczyszczeniu nie są sformalizowane to odwołujący mógł w sposób nieograniczony opisać konfliktową sytuację z PZ i wykazać wszelkie czynności jakie mają zabezpieczyć odwołującego przed

zaistnieniem podobnego sporu w przyszłości. W opisie działań samooczyszczających wykonawca nie musi oświadczać o swoim zawinieniu, a nawet może wykazać wyłączne zawinienie drugiej strony sporu, oczywiście jeżeli jest to zgodne z prawdą. W ocenie działań odwołującego musi się brać pod uwagę, że zaistnienie konfliktu między PZ a odwołującym miało miejsce już półtora roku temu, a odwołujący jeszcze nie wykonał żadnych znaczących kroków prawnych przez np. wniesienie sprawy do sądu, co daje możliwość obecnemu zamawiającemu poczytywania, że odwołujący godzi się z nałożeniem na odwołującego kar umownych i odstąpienia od umowy przez PZ.

W związku z tym Izba nie może przychylić się do zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 oraz art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp.

W ocenie Izby, zarzut czwarty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp – przez odrzucenie oferty odwołującego, mimo że nie zachodzi przesłanka jej odrzucenia – nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdza, że odwołujący nie wykazał, aby zamawiający dokonał odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp. Zamawiający wykluczył odwołującego i na podstawie art. 24 ust. 4 Pzp uznał ofertę odwołującego za odrzuconą, ale nigdzie nie powoływał się na przepis art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp. Dlatego, zdaniem Izby, zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp nie może zasługiwać na uwzględnienie.

W ocenie Izby, zarzut piąty naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 2 i 3 Pzp – przez niedopełnienie obowiązku uzasadnienia prawnego i faktycznego decyzji o wykluczeniu odwołującego – nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdza, że 4.09.2019 r. zamawiający poinformował wykonawców o wykluczeniu wykonawcy [odwołującego] oraz o uznaniu tej oferty [oferty odwołującego] za odrzuconą. Na początku pisma zamawiający powołał się na art. 92 ust. 2 i 3 Pzp, które to przepisy brzmią »Zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o [...] (2) wykonawcach, którzy zostali wykluczeni, (3) wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, powodach odrzucenia oferty, a w przypadkach, o których mowa w art. 89 ust. 4 i 5, braku równoważności lub braku spełniania wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności – podając uzasadnienie faktyczne i prawne«. Ponadto zamawiający poinformował, że cyt. »zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy PZP ofertę Wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą«, a powołany przepis art. 24 ust. 4 Pzp brzmi »Ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą«.

Zamawiający w uzasadnieniu prawnym przywołał trzy przepisy będące dla zamawiającego podstawą do wykluczenia odwołującego cyt. w zapisie oryginalnym »art. 24 ust. 1 pkt. 16) i pkt. 17) oraz art. 24 ust. 5 pkt. 4) ustawy PZP«.

Izba wskazuje, że brak jest unormowania wskazującego jak zamawiający powinien sporządzać uzasadnienie prawne i jak powoływać się na odpowiednie przepisy. Izba stwierdza, że powołanie się w uzasadnieniu prawnym na odpowiednie przepisy jest wystarczające, tak jak tego dokonał zamawiający. Jedynie o powoływaniu się na przepisy stanowią uregulowania »Zasad techniki prawodawczej« stanowiącej załącznik do rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 czerwca 2002 r. w sprawie „zasad techniki prawodawczej” (Dz. U. z 2016 r. poz. 283), ale zasady te obowiązują tylko sporządzających projekty aktów prawodawczych i tylko podczas sporządzania projektów tych aktów. Dlatego nie można kategorycznie stwierdzić, że wskazanie przepisów z nieznacznym odstępniem od kanonu zawartego w § 57 ust. 3 zasad techniki prawodawczej mogło wprowadzić w błąd odwołującego do tego stopnia, że uprawniałoby odwołującego do stwierdzenia, że zamawiający nie dopełnił obowiązku zawarcia uzasadnienia prawnego w informacji o decyzji o wykluczenia odwołującego. § 57 ust. 3 zasad techniki prawodawczej brzmi »Punkt oznacza się cyframi arabskimi z nawiasem z prawej strony, z zachowaniem ciągłości numeracji w obrębie danego artykułu albo ustępu, a przy powoływaniu – skrótem „pkt” bez względu na liczbę i przypadek oraz cyframi arabskimi bez nawiasu«.

Ponadto zamawiający w dalszej części pisma na prawie 5 stronach maszynopisu zawarł uzasadnienie faktyczne wykluczenia odwołującego z postępowania. Zamawiający wskazał tam czego wymagał na podstawie przepisów prawnych i postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a także zamawiający przytoczył orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej i komentarze oraz zamawiający wskazał na treści oferty wykonawcy [odwołującego], które spowodowały, że zamawiający odrzucił tę ofertę.

Dlatego Izba musi stwierdzić, że zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 2 i 3 Pzp nie może zasługiwać na uwzględnienie.

Zamawiający – podczas prowadzenia postępowania – nie naruszył wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Z powyższych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący: