

**WYROK**  
**z dnia 5 lutego 2019 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Monika Szymanowska**

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 lutego 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 stycznia 2019 r. przez wykonawcę „MEDLINE” Sp. z o. o. w Zielonej Górze w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Wojewódzką Stację Pogotowia Ratunkowego w Bydgoszczy przy udziale wykonawcy Paramedica Polska Sp. z o. o. Sp. K. w Warszawie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę „MEDLINE” Sp. z o. o. w Zielonej Górze i:

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę „MEDLINE” Sp. z o. o. w Zielonej Górze tytułem wpisu od odwołania.

2.2. zasądza od wykonawcy „MEDLINE” Sp. z o. o. w Zielonej Górze na rzecz zamawiającego Wojewódzkiej Stacji Pogotowia Ratunkowego w Bydgoszczy kwotę 4106 zł 50 gr (słownie: cztery tysiące sto sześć złotych pięćdziesiąt groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego strony poniesionych jako koszty związane z dojazdem na rozprawę oraz wynagrodzenie pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 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 Bydgoszczy.

**Przewodniczący:**

.....

**Uzasadnienie**

**do wyroku z dnia 5 lutego 2019 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 82/19**

Zamawiający – Wojewódzka Stacja Pogotowia Ratunkowego w Bydgoszczy, z siedzibą przy ul. ks. R. Markwarta 7 w Bydgoszczy, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Dostawa 20 defibrylatorów na potrzeby Wojewódzkiej Stacji Pogotowia Ratunkowego w Bydgoszczy”, o ogłoszeniu o zamówieniu publicznym opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 14 sierpnia 2018 r. pod numerem 2018/S 155-355020, o numerze nadanym przez zamawiającego DOZP.240.7.2018, zwane dalej jako „postępowanie”.

Izba ustaliła, że postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, o wartości powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.) dalej jako „p.z.p.”

W dniu 11 stycznia 2019 r. zamawiający przekazał wykonawcy „MEDLINE” Sp. z o. o. z siedzibą przy ul. Fabrycznej 17 w Zielonej Górze (dalej jako „odwołujący”) informację o wykluczeniu wykonawcy z udziału w postępowaniu, odrzuceniu oferty i unieważnieniu postępowania.

Od tej czynności zamawiającego odwołujący w dniu 21 stycznia 2019 r. wniósł środek zaskarżenia, w którym postawił zamawiającemu następujące zarzuty (pisownia oryginalna):

1. naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 17 pzp w zw. z art. 24 ust. 4 pzp, poprzez bezpodstawne wykluczenie Odwołującego i w konsekwencji odrzucenie jego oferty,

2. naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 4 pzp, poprzez bezpodstawne unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia, w konsekwencji naruszenia wskazanego w pkt 1.

Wobec powyższego odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności z dnia 11 stycznia 2019 r. dot. wykluczenia odwołującego i odrzucenia jego oferty, unieważnienia czynności z dnia 11 stycznia 2019 r. dot. unieważnienia postępowania, powtórzenia czynności oceny ofert i w jej konsekwencji wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej. Ponadto wniesiono o obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego i zasądzenie na rzecz odwołującego kosztów poniesionych z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

W uzasadnieniu wniesionego środka ochrony prawnej odwołujący wskazał co następuje.

Zamawiający prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na zakup m.in. 20 defibrylatorów (znak sprawy: DOZP.240.7.2018). W dniu 11 stycznia 2019 r. zamawiający przekazał wykonawcom informację o unieważnieniu postępowania. Unieważnienie postępowania było skutkiem tego, że zamawiający wykluczył odwołującego i odrzucił jego ofertę, w wyniku tego cena oferty najwyższej ocenionej przez zamawiającego przekraczała kwotę jaką zamawiający przeznaczył na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia, kiedy oferta odwołującego cenowo mieści się w kwocie którą zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia i jest ofertą najkorzystniejszą.

Zamawiający, dokonując wcześniej w postępowaniu oceny oferty odwołującego, nie przyznał jej dodatkowo 4 punktów w kryterium określonym w pkt 38 załącznika nr 2 do SIWZ, w wyniku czego także unieważnił postępowanie, co miało miejsce w dniu 25 października 2018 r. Od tej czynności zamawiającego odwołujący wniósł odwołanie.

Następnie odwołujący przytoczył zarzuty odwołania i podniósł, że wyrokiem sygn. akt KIO 2284/18, Izba w pkt 1

uwzględniła w części odwołanie i nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności badania i oceny ofert, unieważnienia czynności unieważnienia postępowania oraz nakazała dokonanie czynności ponownego badania i oceny oferty przy przyjęciu, iż oferta odwołującego winna uzyskać dodatkowo 4 punkty z tytułu spełniania wymagania nr 38 załącznika nr 2 do SIWZ, w pozostałym zaś zakresie zarzuty odwołania oddaliła.

W dalszej kolejności odwołujący wskazał, że w wyniku ww. wyroku Izby zamawiający dokonał ponownej oceny ofert, czego konsekwencją jest informacja z dnia 11 stycznia 2019 r. Odwołujący przytoczył treść zawiadomienia i stwierdził, że się z nim nie zgadza.

W ocenie odwołującego na zamawiającym ciąży obowiązek przygotowania SIWZ w sposób jasny i czytelny dla wszystkich wykonawców. W przedmiotowym postępowaniu tak się jednak nie stało, o czym świadczy duża liczba pytań od wykonawców, którzy za ich pomocą próbowali ustalić czego tak naprawdę oczekuje od nich zamawiający, zamawiający w postępowaniu udzielał licznych wyjaśnień SIWZ.

Odwołujący przytoczył fragment wyroku Izby z 28 stycznia 2015 r. sygn. akt KIO 110/15 i stwierdził, że Izba niejednokrotnie wyrażała opinię, że wyjaśnienia/modyfikacje treści SIWZ dokonane przez zamawiającego na skutek pytań zadanych przez wykonawców na etapie postępowania mają charakter wiążący i jako takie stanowią element SIWZ, co również potwierdzają wyroki z 8 marca 2011 r. sygn. akt KIO 368/11 i z 2 czerwca 2010 r. sygn. akt KIO 917/10, zaś w oparciu o wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 18 grudnia 2002 r. sygn. akt V Ca 1311/02, wyjaśnienia do siwz stanowią rodzaj wykładni autentycznej wiążącej zamawiającego i uczestników przetargu.

Z powyższego dla odwołującego wynika, że po pierwsze wykonawcy nie powinni pomijać treści udzielonych wyjaśnień, przygotowując swoje oferty. Natomiast po drugie wraz z podaniem wyjaśnień do publicznej wiadomości zamawiający jest związany treścią udzielonych wyjaśnień, i z tym momentem ustaje stan niepewności co do interpretacji określonych zapisów SIWZ, a w konsekwencji wykonawcy są związani SIWZ z uwzględnieniem modyfikacji wynikających z udzielonych przez zamawiającego odpowiedzi. Po trzecie odmienne rozumienie przez wykonawców tych samych postanowień SIWZ wobec braku nadania im znaczenia przez zamawiającego w dokumentacji postępowania nie może prowadzić do stwierdzenia, iż wykonawca w wyniku lekkomyślności czy niedbalstwa przedstawił informację wprowadzającą w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje zamawiającego podejmowane w toku postępowania. Wszelkie wątpliwości, niejasności czy też błędy wynikające z treści dokumentacji postępowania nie mogą być odczytywane na niekorzyść wykonawcy ubiegającego się o dane zamówienie publiczne, w tym wpływać na jego status w postępowaniu. (tak Izba w wyroku sygn. akt KIO 1468/18).

Ponadto, według odwołującego, w wyroku Izby z dnia 20 listopada 2018 r. (sygn. akt KIO 2284/18), jaki zapadł w postępowaniu pomiędzy zamawiającym i odwołującym się Izba potwierdziła wiążący dla zamawiającego charakter udzielanych odpowiedzi. We wspomnianym wyroku Izba oddaliła wprawdzie zarzut odwołania w zakresie wykazania spełniania przez odwołującego wymagań technicznych w zakresie pkt 40 mimo, że jak wskazano powołując się na treść pisma zamawiającego z dnia 12 października 2018 r. również w tym zakresie zostało zaoferowane urządzenie spełniające postawione wymagania techniczne. Podstawą oddalenia był fakt, że w tym zakresie aktualny w całości pozostał wymóg postawiony w SIWZ, gdyż zamawiający nie dokonał modyfikacji poprzez udzielane wyjaśnienia do SIWZ. Dopiero w wyniku w/w wyroku KIO, którego przedmiotem była w istocie analiza spełniania przez odwołującego warunków gwarantujących dodatkową punktację za spełnianie wymagań określonych przez zamawiającego w pkt 38 i 40 załącznika nr 2 do SIWZ zamawiający stwierdził, że odwołujący wprowadził go w błąd potwierdzając, że zaoferowany sprzęt spełnia parametry określone w pkt 40. Kiedy to odwołujący nie tylko nie wprowadził w błąd zamawiającego, ale sam został w ten błąd wprowadzony przez zamawiającego. Zaś mające miejsce powtórne wykluczenie odwołującego z postępowania można potraktować nawet jako próbę obejścia przez zamawiającego postanowień wskazanego wyżej rozstrzygnięcia Izby.

W dalszej części uzasadnienia odwołania odwołujący podniósł, że 20 września 2018 r. wykonawca Paramedica Polska Sp. z o.o. w piśmie do zamawiającego zarzuciła odwołującemu, że nie spełnia wymagań zawartych w punktach 18, 38, 40 załącznika nr 2 do SIWZ. W dniu 21 września 2018 r. odwołujący został wezwany do złożenia wyjaśnień w tym zakresie. Po wyjaśnieniach odwołującego z dnia 25 września 2018 r. zamawiający pismem z dnia 12 października 2018 r. pozytywnie rozpatrzył wyjaśnienia odwołującego, nie zgłaszając żadnych wątpliwości co do zasadności przyznania ofercie odwołującego maksymalnej oceny w zakresie parametrów opisanych w poz. 18, 38 i 40 załącznika nr 2 do SIWZ (Dowód: pismo firmy Paramedica z 20 września 2018 r., wezwanie odwołującego się do złożenia wyjaśnień z 21 września 2018 r., pismo wykonawcy z 25 września 2018 r., pismo zamawiającego z 12 października 2018 r.). Zamawiający ostatecznie jednak zmienił zdanie i nie przyznał odwołującemu punktów w parametrach technicznych w poz. 38 i 40, natomiast w wyniku rozstrzygnięcia Izby zamawiający przyznał odwołującemu punkty za parametr w poz. 38, nie przyznał ich jednak w poz. 40.

Z powyższego, w ocenie odwołującego, nie można, jak czyni to zamawiający, wywodzić, że odwołujący przedstawił mu informacje wprowadzające w błąd. Co więcej zamawiający w piśmie z dnia 12 października 2018 r. potwierdził odwołującemu, że złożone przez niego informacje i sposób rozumienia zapisów SIWZ są prawidłowe. Zamawiający powołując się na art. 24 ust. 1 pkt.17 p.z.p. zadziałał na zasadzie automatyzmu, co nie jest prawidłowe, skoro bowiem sam zamawiający w jednym i tym samym postępowaniu dwukrotnie odmiennie interpretuje ten sam zapis SIWZ, co do parametrów opisanych w pkt 40 załącznika nr 2 do SIWZ, to nie może zarzucać niedbalstwa w tym zakresie odwołującemu. Ponadto Krajowa Izba Odwoławcza, a nie zamawiający, dokonała ostatecznie interpretacji spornych zapisów SIWZ, określonych przez zamawiającego w pkt 38 i 40 załącznika nr 2 do SIWZ, co dobitnie świadczy o tym, że były one niejednoznaczne. W takich okolicznościach zarzucanie odwołującemu, że próbował wprowadzić w błąd zamawiającego nie ma jakichkolwiek podstaw.

Jak już wskazano wyżej wszelkie wątpliwości, niejasności czy też błędy wynikające z treści dokumentacji postępowania nie mogą być odczytywane na niekorzyść wykonawcy ubiegającego się o dane zamówienie publiczne, w tym wpływać na jego status w postępowaniu. Sam fakt powstania wątpliwości po stronie wykonawcy co do wymagań zamawiającego potwierdza niejednoznaczność tych wymagań.

Powoływanie się przez zamawiającego na art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p. można w tych okolicznościach uznać za nadużycie prawa w rozumieniu art. 5 kodeksu cywilnego, nie można bowiem czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony.

Zamawiający sam nie był pewien jak interpretować zapis poz. 40. Taką interpretację zrobiła dopiero Izba, co zauważyło, że wg. pisma zamawiającego z dnia 12 października 2018 r. oferowany produkt spełnia postawione wymagania techniczne. W tych okolicznościach to zamawiającemu można zarzucać niedbalstwo w niejednoznacznych formułowaniu zapisów SIWZ, skoro zamawiający sam nie potrafił ich jednoznacznie zinterpretować to nie może

wymagać aby uczynił to wykonawca (Dowód: pismo zamawiającego z 12 października 2018 r., wyrok KIO z 20 listopada 2018 r. sygn. akt KIO 2284/18).

Według odwołującego w wyroku Izby sygn. akt KIO 1417/18 wskazano, że art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p. uzależnia wykluczenie wykonawcy od tego, czy można mu przypisać winę we wprowadzeniu w błąd zamawiającego. Winę na gruncie prawa cywilnego dzieli się na umyślną, czyli polegającą na działaniu lub zaniechaniu, bądź winę nieumyślną, cechującą się niedołożeniem należytej staranności – niedbalstwem albo lekkomyślnością. Zaś w okolicznościach niniejszej sprawy odwołującemu nie można zarzucić ani niedbalstwa ani lekkomyślności, skoro problem z interpretacją zapisu miał sam zamawiający. W podanym wyroku sygn. akt KIO 1417/18 stwierdzono także, że zastosowanie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p. oznacza dla wykonawcy zastosowanie jednej z najbardziej dotkliwych sankcji – tj. sankcję wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia, stąd też powinno mieć miejsce w sytuacji, gdy niezgodność oświadczeń wykonawcy z rzeczywistym stanem rzeczy jest jednoznaczna.

Dalej, zdaniem odwołującego, w wyroku z 20.03.2017 r., sygn. akt KIO 382/17, Krajowa Izba Odwoławcza, odnosząc się do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p., zwróciła uwagę, że: na podstawie art. 14 Pzp do oceny czynności wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, a zgodnie z art. 355 § 1 k.c. dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Przypisanie określonej osobie niedbalstwa jest uzasadnione tylko wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności. Jeżeli ze stanu faktycznego wynika, że wykonawca w dniu składania ofert działał w dobrej wierze, to nie sposób uznać, iż jego celem było wprowadzenie zamawiającego w błąd. W wyroku sygn. akt IV Ca 683/12 Sąd Okręgowy uznał również, że nie każda informacja nieprawdziwa musi być przyczyną wykluczenia wykonawcy, dlatego konieczne jest badanie przez zamawiających, czy podanie niezgodnych z rzeczywistością informacji było świadomym działaniem wykonawcy.

Mając na uwadze powyższe, dla odwołującego, zarówno przepisy kodeksu cywilnego, jak i prawa zamówień publicznych, w przypadku wykluczenia z powodu „nieprawdziwych informacji” kierują zamawiającego do po pierwsze zbadania należytej staranności profesjonalisty, po drugie zbadania, czy wykonawca działał w sposób sprzeczny z prawem lub dobrymi obyczajami, a po trzecie co do wystąpienia winy we wprowadzeniu w błąd. Wszystkie powyżej cytowane przepisy wskazują na możliwość czy to wzruszenia wyniku przetargu, czy to wykluczenia z postępowania w przypadku braku należytej staranności, naruszenia dobrych obyczajów, czy to winy. Natomiast żaden z tych przepisów nie wskazuje na możliwość automatyzmu czynności zamawiającego, organizatora przetargu czy instytucji zamawiającej w przypadku „nieprawdziwej informacji”. Trudno z tych przepisów wywieść odpowiedzialność wykonawcy na zasadzie ryzyka niczym nie ograniczonego bez badania aktu staranności po stronie wykonawcy oraz wystąpienia winy.

Odwołujący stwierdził ponadto, że zamawiający zaniechał, podejmując swoją decyzję o wykluczeniu wykonawcy, ustalenia badania aktu staranności po stronie odwołującego się. Ponieważ zamawiający nie wykazał po stronie odwołującego się lekkomyślności lub niedbalstwa, nie można w tym przypadku zastosować sankcji z art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p., zaś sam fakt powołania się przez zamawiającego na okoliczność, że wykonawcy w przetargu wielokrotnie dopytywali się min. o parametr z poz. 40 nie jest tu dowodem, gdyż zamawiający nie wskazał na żadne konkretne pytania, ani swoją odpowiedź składaną wykonawcom, która podważałaby jako nieprawdziwe oświadczenie wykonawcy. Analiza pytań i odpowiedzi udzielanych w postępowaniu nie potwierdza, aby ich przedmiotem był pkt 40 w zakresie, w którym zamawiający zarzuca dziś odwołującemu wprowadzenia w błąd. Wręcz przeciwnie w piśmie z dnia 12 października 2018 r. upewnił on odwołującego, że jego oświadczenie było prawidłowe (Dowód: wyjaśnienia treści SIWZ z 5 września 2018 r., wyjaśnienia treści SIWZ z 11 września 2018 r., pismo zamawiającego z 12 października 2018 r.).

Zaistnienie w ofercie sprzeczności treści oświadczeń lub dokumentów i wynikające z nich wątpliwości nie mogą stanowić automatycznej podstawy do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p., a dokumenty zawierające wątpliwości, niepełne informacje, które nie potwierdzają warunku udziału w postępowaniu bądź też zawierają nieścisłości, podlegają wyjaśnieniu. Zamawiający skorzystał z procedury wyjaśnień czego wynikiem było jego pismo z dnia 12 października 2018 r. Odwołujący nadal podtrzymuje swoje wyjaśnienia dotyczące parametrów zawarte w piśmie z dnia 25 września 2018 r. dot. min. poz. 40 (Dowód: pismo odwołującego się z 25 września 2018 r. do zamawiającego).

Na zakończenie odwołujący zwrócił uwagę, że art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p. wskazuje na informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Tymczasem nawet, jeśli odwołujący hipotetycznie wprowadziłby w błąd zamawiającego w zakresie pkt 40 (co nie miało miejsca) to nie mogło to istotnie wpłynąć na decyzje zamawiającego, bo nawet bez punktów w tym zakresie za parametr z punktu 40 odwołujący i tak przedstawił najkorzystniejszą ofertę. Brak jest zatem istotności decyzji koniecznej do stwierdzenia zaistnienia podstaw do wykluczenia wykonawcy na podstawie w/w przepisu, ponieważ zamawiający niezależnie od tego czy przyznałby odwołującemu punktu za parametr z pkt 40 czy nie, wybrałby jego ofertę, gdyby nie wykluczyłby go z postępowania.

W konsekwencji powyższego, według odwołującego, nie było podstaw do wykluczenia odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p. i nie ziszcili się przesłanki do odrzucenia jego oferty na podstawie art. 24 ust. 4 p.z.p., co z kolei podważa zasadność czynności unieważnienia postępowania przez zamawiającego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 p.z.p.

Działając w imieniu i na rzecz zamawiającego odpowiedź na odwołanie w formie pisemnej wniósł pełnomocnik strony wskazując, iż zamawiający wnosi o oddalenie odwołania w całości, przeprowadzenie dowodów z dokumentacji postępowania oraz obciążenie odwołującego kosztami strony poniesionymi z tytułu postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Ponadto, wobec spełnienia przesłanek art. 185 ust. 2 i 3 p.z.p., Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę Paramedica Polska Sp. z o. o. Sp. K. z siedzibą przy ul. Żołąty 11 w Warszawie, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zwanego dalej jako „przystępujący”. Przystępujący przedłożył stanowisko pisemne.

Tak określone, na podstawie art. 180 ust. 3 p.z.p., zarzuty i stanowiska stron określiły zakres sporu objętego kognicją Krajowej Izby Odwoławczej w ramach przedmiotowego postępowania. Zgodnie bowiem z art. 192 ust. 7 p.z.p. Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie zostały podniesione w odwołaniu, a zatem *a contrario* musi orzec co do tych zarzutów, które w odwołaniu zostały zawarte.

**Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, konfrontując je z zebrany w sprawie materiałem dowodowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przedstawioną w kopii uwierzytelnionej przez zamawiającego, po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk stron**

**złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, gdzie odwołujący i zamawiający podtrzymali stanowiska złożone pisemnie, zaś przystępujący poparł twierdzenia zamawiającego, ustaliła i zważyła, co następuje:**

Izba ustaliła, iż niniejsza sprawa, w zakresie zarzutów podniesionych przez odwołującego, mieści się w zakresie przedmiotowym ustawy p.z.p. i że odwołanie, które ją zainicjowało zostało wniesione przez podmiot uprawniony i dotyczy materii określonej w art. 179 ust. 1 p.z.p. oraz art. 180 ust. 1 p.z.p., a więc podlega kognicji Krajowej Izby Odwoławczej. Ponadto Izba ustaliła, że odwołanie podlega rozpoznaniu na podstawie art. 187 ust. 1 p.z.p. i że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 p.z.p., a których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania *meritum* sprawy.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba zobowiązana była do oceny wypełnienia przesłanek materialnoprawnych wskazanych w art. 179 ust. 1 p.z.p., co warunkuje możliwość skorzystania ze środków ochrony prawnej przez odwołującego.

Jak podniósł odwołujący wskutek wykluczenia odwołującego i odrzucenia jego oferty, zamawiający unieważnił postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, ponieważ kolejna oferta nie mieściła się w kwocie jaką zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Jednakże brak jest podstaw do wykluczenia odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty, a uwzględnienie niniejszego odwołania doprowadziłoby do udzielenia zamówienia odwołującemu, ponieważ jego cena mieści się w środkach zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe Izba stwierdziła, że odwołujący wykazał, a zamawiający nie zakwestionował interesu odwołującego w uzyskaniu zamówienia, przejawiającego się możliwością poniesienia przez odwołującego szkody, w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów p.z.p.

Stan faktyczny sprawy nie był sporny, strony różniły się jedynie jego oceną prawną. Postawione przez odwołującego zarzuty wniesionego środka ochrony prawnej sprowadzały problematykę sprawy do oceny prawidłowości czynności zamawiającego z dnia 11 stycznia 2019 r., polegającej na wykluczeniu odwołującego z postępowania i odrzuceniu jego oferty, a w konsekwencji unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba dokonała oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 192 ust. 2 p.z.p., który stanowi, że: "Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia".

Uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy przedłożony przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego, opisany w dalszej części uzasadnienia, a także ustalenia poczynione na podstawie dokumentacji postępowania, przedłożonej przez zamawiającego oraz zważając na okoliczności faktyczne podniesione w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż sformułowane przez odwołującego zarzuty nie mogą prowadzić do wniosku, iż w sprawie doszło do naruszenia prawa przez zamawiającego, a w konsekwencji uznania odwołania za uzasadnione. Przeciwnie, całość zebranego materiału dowodowego wskazuje, w sposób nie budzący wątpliwości, na prawidłowość zakwestionowanej przez odwołującego czynności wykluczenia go z postępowania i odrzucenia jego oferty przez zamawiającego, a zatem w ocenie składu orzekającego odwołanie należało oddalić.

Izba ustaliła, że zgodnie z informacją z 11 stycznia 2019 r., której podstawą prawną jest art. 24 ust. 1 pkt 17, art. 24 ust. 4 i art. 89 ust. 1 pkt 5 p.z.p., wskazano:

„Zamawiający stwierdza, że Wykonawca Medline Sp. z o. o. przedstawił informację co do spełniania przez niego wymagań określonych w pkt 40 jw. Prowadzone postępowanie z odwołania Medline Sp. z o. o. potwierdziło, że zaofiarowany przez tego Wykonawcę defibrylator Corpuls 3 nie spełnia parametrów wymaganych przywołanym punktem. Zadeklarowane i oświadczone przez Medline Sp. z o. o. sposoby ujawniania i wykonywania pomiaru (cyfrowa, rzeczywista wartość głębokości ucisku przy jednoczesnej graficznej wizualizacji stanu relaksacji klatki piersiowej) nie została potwierdzona.

W konsekwencji, biorąc w szczególności pod uwagę to, że Wykonawca Medline Sp. z o. o. jest profesjonalistą w obrocie defibrylatorami oraz okoliczność, że w toku zbierania ofert zainteresowani Wykonawcy wielokrotnie i szczegółowo dopytywali między innymi o te parametry z pkt 40 jw. Zamawiający uznaje, że składając ofertę Wykonawca Medline Sp. z o. o. działał świadomie i wprowadził Zamawiającego w błąd co do spełniania określonych pkt 40 wymagań, przez oferowany przez niego produkt Corpuls 3. Niewątpliwie okoliczności wskazane wyżej stanowią co najmniej o lekkomyślności lub niedbalstwie tego Wykonawcy, który przedstawił informacje niezgodne z rzeczywistością, a więc wprowadzające Zamawiającego w błąd.

Z uwagi zaś na fakt, iż te informacje wprost wiązały się z ewentualną punktacją jaką mógł Wykonawca uzyskać, nie budzi wątpliwości fakt, że sytuacja ta mogła mieć istotny wpływ na przebieg postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, gdyż bezpośrednio przekładało się to na kwestię punktacji jako kluczowego elementu w całym postępowaniu.

Następnie, przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 196 ust. 4 p.z.p., przepisy stanowiące podstawę prawną zapadłego rozstrzygnięcia, wskazać należy, iż art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p. stanowi, że „Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się 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;”

Natomiast, zgodnie z art. 24 ust. 4 p.z.p. ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą, co ma odzwierciedlenie w art. 89 ust. 1 pkt 5 p.z.p., na podstawie którego „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub niezaproszonego do składania ofert;”

Izba wskazuje, że dla zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p. muszą zostać kumulatywnie spełnione następujące przesłanki:

1. przedstawienie przez wykonawcę informacji niezgodnej z rzeczywistością, która wprowadziła zamawiającego w błąd,
2. przedstawienie informacji jest wynikiem lekkomyślności lub niedbalstwa,
3. informacja ma lub może mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu.

Pierwszą przesłanką stwierdzenia, że zastosowanie znajdzie sankcja połączona z wyczerpaniem hipotezy omawianej normy jest wprowadzenie zamawiającego w błąd, które polega na przedstawieniu przez wykonawcę nieprawdziwych informacji, czyli zaistnienia sprzeczności pomiędzy treścią dokumentu złożonego przez wykonawcę, a rzeczywistością. Stan ten zaistnieje, gdy przedstawione zostaną informacje niezgodne z rzeczywistym stanem rzeczy, który ma znaczenie dla danego postępowania. Na skutek podania takich informacji zamawiający zostaje wprowadzony w błąd, czyli nabiera mylnego wyobrażenia o stanie faktycznym lub też skutkuje to po jego stronie brakiem jakiegokolwiek wyobrażenia o nim.

W ocenianym stanie faktycznym stan taki powstał z powodu wprowadzenia zamawiającego przez odwołującego

w błąd co do pozycji 40 – opis parametru: informacja zwrotna na ekranie o prawidłowości uciśnięć klatki piersiowej: właściwego tempa i prawidłowej głębokości uciśnięć z prezentacją na ekranie cyfrowych wartości rzeczywistej częstości i głębokości uciśnięć i wskaźnika prawidłowej relaksacji klatki piersiowej – załącznika nr 2 do SIWZ.

Należy zaznaczyć, że parametry techniczne z załącznika nr 2 do SIWZ, zgodnie z rozdziałem XIII SIWZ, pkt 13.1.2 były przez zamawiającego oceniane w ramach kryterium „jakość”. Za spełnienie wymogów z poz. 40 wykonawca mógł uzyskać 4 punkty. W formularzu ofertowym, złożonym przez odwołującego, wykonawca ten oświadczył, że spełnia ww. wymóg. W opisie oferowanego parametru odwołujący wskazał „Tak, Informacja zwrotna na ekranie o prawidłowości uciśnięć klatki piersiowej: właściwego tempa i prawidłowej głębokości uciśnięć z prezentacją na ekranie cyfrowych wartości rzeczywistej częstości i głębokości uciśnięć i wskaźnika prawidłowej relaksacji klatki piersiowej” (kolumna 4 – parametry dodatkowo oceniane, poz. 40 z formularza parametrów technicznych z oferty odwołującego). Ponadto w ofercie odwołującego dla pozycji 40 w kolumnie 5 i 6 formularza odwołującego, wskazano, że wykonawca spełnia wymóg parametru dodatkowo ocenianego, wg wagi punktowej 4 pkt.

Nie było spornym między stronami, że urządzenie zaoferowane przez odwołującego nie spełnia przedmiotowego parametru, zatem oświadczenie z formularza ofertowego odwołującego, że należy mu przyznać 4 punkty, było sprzeczne z rzeczywistością i wprowadzało zamawiającego w błąd. Odwołujący nie wykazywał w odwołaniu okoliczności przeciwnych, tym niemniej i tak nie podlegałoby to rozpoznaniu przez skład rozpoznający odwołanie. Ocena zamawiającego, że urządzenie odwołującego nie spełnia dodatkowo punktowanego wymogu dla poz. 40 (*vide* zawiadomienie o unieważnieniu postępowania z 25.10.18 r. i informacja o szczegółowej punktacji w zakresie parametrów jakościowych z 31.10.18 r.), została zweryfikowana przez Krajową Izbę Odwoławczą, w ramach odwołania z 5.11.2018 r., gdzie wyrokiem z 20.11.2018 r. o sygn. akt: KIO 2284/18 Izba oddaliła w tym zakresie zarzuty odwołania co do poz. 40 parametrów technicznych, potwierdzając prawidłowość oceny zamawiającego. Zatem w tym zakresie zachodzi stan *res iudicata* i odwołanie podlegałoby odrzuceniu.

Natomiast spornym było wyczerpanie przez odwołującego kolejnych dwóch przesłanek art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p., tj. czy przedstawienie nieprawdziwych informacji było wynikiem lekkomyślności lub niedbalstwa, a także, ocena czy informacja ta ma lub może mieć wpływ na decyzje zamawiającego, podejmowane przez niego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

W ramach uwag natury ogólnej należy zaznaczyć, że art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p. stanowi o wykluczeniu wykonawcy kiedy informację wprowadzającą zamawiającego w błąd przedstawione zostaną w sposób zawiniony, przy czym wystarczające jest wykazanie winy nieumyślnej w postaci lekkomyślności – rozumianej jako brak zamiaru co do bezprawnego działania, jednak przy świadomości, że działanie może naruszać prawo, lub niedbalstwa – kiedy wykonawca wprost nie przewiduje skutku jakim jest wprowadzenie zamawiającego w błąd, podczas gdy skutek ten mógł i powinien był przewidzieć.

Izba przyjęła, na podstawie art. 14 p.z.p., że do oceny czynności wykonawcy w tym zakresie, stosuje się standard oceny staranności wynikający z art. 355 § 1 k.c., gdy przypisanie określonej osobie niedbalstwa jest uzasadnione tylko wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego miernika staranności, dodatkowo zaznaczając, że w stosunku do profesjonalistów miernik ten ulega podwyższeniu, gdyż k.c. precyzuje, że należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Zaś, co do zasady, za takiego profesjonalistę należy uznać wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego.

Należy również zauważyć, że dla wyczerpania hipotezy art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p. nie jest istotne ani to, czy informacje wprowadzające w błąd były możliwe – względnie jak łatwe były – do wykrycia, nie jest również relewantne to, czy zamawiający dał się w błąd wprowadzić z uwagi na własne niedbalstwo, lub przyczynił się do zaistnienia błędu po swojej stronie – istotny jest jedynie stopień zawinienia wykonawcy, który polega na nieprawdziwej informacji celem wywołania tego błędu. Ustawodawca w zakresie tej regulacji nie wprowadza bowiem cywilistycznej koncepcji „przyczynienia się” dla zróżnicowania skutków prawnych wprowadzenia w błąd, a przewiduje dla nich absolutną sankcję w postaci wykluczenia takiego wykonawcy.

Skład orzekający zweryfikował zgodność z prawem czynności zamawiającego z 11 stycznia 2019 r., w oparciu o okoliczności podniesione w odwołaniu i stwierdził, co następuje.

Odwołujący wskazywał, że nieprawidłowe sformułowanie treści SIWZ przez zamawiającego, w sposób niejasny i nieczytelny, o czym świadczy duża liczba pytań wykonawców i liczba udzielanych wyjaśnień, powoduje, że nie można wykonawcy przepisać działania w sposób niedbały czy lekkomyślny.

W ocenie składu orzekającego, na obecnym etapie postępowania, po upływie terminu na składanie ofert, nie ma już możliwości zmiany postanowień treści dokumentacji postępowania. Tym samym nie ma też podstaw do rewidowania jej treści – uczestnicy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również Krajowa Izba Odwoławcza są związani opisem przedmiotu zamówienia i sposobem spełniania wymagań zamawiającego zamieszczonym w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ.

Zatem w odniesieniu do ewentualnych – pozornych bądź rzeczywistych – wątpliwości co do treści bądź zakresu stawianych przez zamawiającego wymogów, wykonawcy mają prawo zwrócić się do zamawiającego w trybie art. 38 p.z.p. o ich wyjaśnienie. Doktryna i orzecznictwo stanęło przy tym na stanowisku, nie budzącym obecnie żadnych wątpliwości praktyków, że w przypadku podmiotu profesjonalnego, jakim jest przedsiębiorca działający na rynku, uprawnienie, o którym mowa w art. 38 ust. 1 p.z.p. przeraża się – przez pryzmat zasady zachowania należytej staranności w profesjonalnym obrocie – w obowiązek wykonawcy. Wykonawca, który wątpliwości co do treści SIWZ nie wyjaśni, utraci możliwość powoływania się z korzyścią dla siebie na te okoliczności niezależnie od tego, jak zostały by one rozstrzygnięte, gdyby faktycznie wystąpiły.

Wykonawca, który twierdzi, że treść dokumentacji jest niejasna i niejednoznaczna, uwzględniając zawodową staranność wymaganą od profesjonalisty (art. 355 § 2 k.c. w zw. z art. 14 p.z.p.) przy zachowaniu absolutnego minimum staranności wymaganej w takim przypadku od przedsiębiorcy – powinien co najmniej, przy wykorzystaniu możliwości wynikającej z art. 38 p.z.p., zadać w tym zakresie zamawiającemu pytania, celem uzyskania wyjaśnienia i doprecyzowania brzmienia wymogów, jakie mają spełniać urządzenia w kryterium jakości w pozycji 40 załącznika nr 2 do SIWZ (tu w zakresie w jakim odwołujący wprowadził zamawiającego w błąd – co do cyfrowej rzeczywistej wartości głębokości ucisku przy jednoczesnej graficznej wizualizacji stanu relaksacji klatki piersiowej). Ponadto, brak zadania pytań w razie niejasności treści dokumentacji postępowania może świadczyć o niedochowaniu należytej staranności przez wykonawcę (por. wyrok Sądu Najwyższego z 05.06.2014 r., sygn. akt IV CSK 626/13, wyrok Sądu Okręgowego w Szczecinie z 28.02.2018 r., sygn. akt VIII Ga 554/17).

Odwołujący pytań, w zakresie spornym parametru 40 nie zadał. Pytał jedynie o ten parametr, ale w kontekście czy

informacja zwrotna dotyczy pacjentów dorosłych czy też pediatrycznych (*vide* pytania odwołującego z 31.08.2018 r.). Zatem nie w zakresie objętym sporem – pytanie nie dotyczyło okoliczności, co do których odwołujący wprowadził zamawiającego w błąd.

W konsekwencji powyższego, w ocenie Izby działanie odwołującego, będącego profesjonalnym uczestnikiem rynku urządzeń medycznych, mając na uwadze stan rzeczy ustalony w postępowaniu, wypełniło hipotezę art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p., ponieważ było niedbale i mogło mieć wpływ na wynik postępowania, o czym szerzej w dalszej części uzasadnienia. Zachowanie odwołującego, dowodzi, w świetle zasad doświadczenia życiowego, że odwołujący – pomimo zawodowego charakteru swojej działalności, zaniechał dochowania już nawet nie wymaganej w profesjonalnym obrocie, a jakiegokolwiek staranności w zakresie zabezpieczenia spełniania spornego parametru 40 w kryterium oceny ofert przez jego urządzenie, na moment złożenia oferty i niedbale potwierdził okoliczność nierzeczywistą na moment składania oświadczenia w ofercie.

Natomiast okoliczność, że w postępowaniu zadano wiele pytań i wyjaśniano treść SIWZ nie może świadczyć na korzyść odwołującego, bowiem odwołujący nie wykazał, aby pytania i wątpliwości co do rozumienia treści SIWZ w ogóle w jakikolwiek sposób dotyczyły spełniania wymogów zamawiającego przez defibrylator Corpuls 3 zaoferowany przez odwołującego. Zatem nawet w sposób luźny odwołujący nie powiązał pytań innych wykonawców, którzy weryfikowali czy ich sprzęt spełnia wymagania zamawiającego, z urządzeniem odwołującego i jego parametrami, co do których wprowadził zamawiającego w błąd.

Skład orzekający ponadto stwierdził, że argumentacja odwołującego, że to nie zamawiający, a Izba dokonała interpretacji treści SIWZ w zakresie pkt 40 załącznika nr 2 do SIWZ daleko odbiega od rzeczywistej treści i zakresu przedmiotowego orzeczenia Izby i w stanie stwierdzonym w sprawie stanowi gołosłowne spekulacje strony, które ani nie znalazły odzwierciedlenia w materiale procesowym, ani nie mogą stanowić o naruszeniu prawa przez zamawiającego.

Stanowisko o rzekomych odmiennych interpretacjach SIWZ w trakcie badania i oceny ofert również się nie potwierdziło. Odwołujący pomija fakt, że właściwe zbadanie i dokonanie oceny złożonych w postępowaniu ofert jest ustawowym obowiązkiem zamawiającego, który – wykorzystując art. 26 ust. 3 i art. 87 ust. 1 p.z.p., jak miało miejsce w przedmiotowym postępowaniu – wyjaśnia i bada oświadczenia wykonawcy, zaś dopiero zakończenie oraz przekazanie wykonawcom tej oceny jest czynnością, z którą można wiązać jakikolwiek skutek prawny. Tutaj zamawiający stwierdził, w wyniku badania oferty, że odwołujący wbrew oświadczeniu z oferty nie może uzyskać punktów za pozycję 40 załącznika nr 2 do SIWZ, co zostało zweryfikowane przez Krajową Izbę Odwoławczą, która potwierdziła ocenę zamawiającego.

Zaś w zakresie naruszenia przez zamawiającego art. 5 k.c., zgodnie z którym „nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno – gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współzycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony”, Izba wskazuje, że art. 5 k.c. stanowi środek obrony przed nadużyciem prawa, przez osobę uprawnioną (np. wyrok Sądu Najwyższego z 05.03.2002 r. sygn. akt I KKN 934/00). Przepis ten nie stanowi natomiast narzędzia pozwalającego na modyfikację dyspozycji wynikających z bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa (por. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 17.10.2002 r. sygn. akt SK 5/99). Zatem sytuacja, w której zamawiający nie realizuje żadnego uprawnienia, a wykonuje swój obowiązek wynikający z ustawy, nie może zostać zakwalifikowana jako wykorzystanie prawa w rozumieniu tego przepisu, wobec czego zarzut w tym zakresie został przez Izbę oddalony. Jedynie na marginesie należy dodać, że odwołujący nie wykazał, aby w ustalonym stanie rzeczy doszło do naruszenia art. 5 k.c.

Następnie zaznaczyć należy, że odwołujący nie podjął nawet próby wykazania, że jego zachowanie nie było lekkomyślne czy niedbale. We wniesionym środku zaskarżenia szeroko opisano zadawanie pytań do SIWZ przez innych wykonawców i badanie ofert dokonane przez zamawiającego, zaś w odwołaniu nie znajdują się jakiegokolwiek okoliczności wskazujące, że wprowadzenie przez odwołującego zamawiającego w błąd nie było wynikiem jego lekkomyślności lub niedbalstwa. Odwołujący w ten sposób konstruując zarzuty odwołania *de facto* uniemożliwił Izbie pozytywne jego rozpoznanie.

Nie wykazano również, aby zamawiający wadliwie ocenił działanie odwołującego w ramach ostatniej z przesłanek koniecznej dla zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p., tj. informacja, która wprowadziła zamawiającego w błąd ma lub może mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu.

Izba podzieliła stanowisko zamawiającego, że wprowadzenie w błąd dotyczyło parametru ocenianego w kryterium „jakość” – co wskazano we wcześniejszej części uzasadnienia – zatem mogło mieć wpływ na decyzję zamawiającego co do wyboru oferty najkorzystniejszej. W ocenie składu orzekającego badanie możliwego wpływu na wynik postępowania następuje na moment przedstawienia przez wykonawcę nieprawdziwych informacji. W ustalonym stanie rzeczy rozpoznawanego odwołania, informacja nieprawdziwa o spełnieniu wymogu parametru 40, a co za tym idzie o przyznaniu dodatkowych punktów odwołującemu, niewątpliwie mogła mieć bezpośredni wpływ na wynik postępowania, ponieważ dotyczy wprost kryteriów oceny oferty, zatem czynności klasyfikacji wykonawcy w rankingu i wyboru oferty najkorzystniejszej. Przy czym nie jest dopuszczalne zastosowanie jakiegokolwiek innej sankcji (w tym brak przyznania wykonawcy punktów w ramach oceny ofert, na co wskazywał odwołujący), niż ta którą wskazał ustawodawca, czyli wykluczenie takiego wykonawcy. Jak również nie jest możliwe zastąpienie informacji nieprawdziwej informacją prawdziwą – tu, że punktowany wymogu poz. 40 urządzenie Corpuls 3 nie spełnia (por. wyroki Izby z 04.05.2017 r. sygn. akt: KIO 734/17, z 07.06.2017 r. sygn. akt KIO: 1004/17, z 19.06.2017 r. sygn. akt: KIO 1058/17, z 04.10.2017 r. sygn. akt: 1987/17, z 10.10.2017 r. sygn. akt: KIO 2003/17, z 31.07.2018 r. sygn. akt KIO 1401/18).

Ponadto Izba stwierdziła, że dowody przedłożone przez przystępującego, co zostało poparte przez zamawiającego, w postaci wyciągu z treści SIWZ z załącznikiem nr 3 (poz. 18) z postępowania 1/ZP/2018 Szpitala Powiatowego w Złotowie i pytania nr 1 odwołującego w ww. postępowaniu, były przydatne dla wykazania stanu wiedzy odwołującego w zakresie wymogu spełniania przez oferowane przez niego urządzenie wymogu rzeczywistej głębokości uciśnięć. Dowody te potwierdzają również, że odwołujący jest profesjonalnym uczestnikiem rynku urządzeń medycznych w zakresie defibrylatorów.

Mając na uwadze powyższe Izba stwierdziła, że odwołujący nie wykazał, aby czynność zamawiającego z dnia 11 stycznia 2019 r. wykluczenia wykonawcy i odrzucenia jego oferty z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego była czynnością sprzeczną z prawem. W konsekwencji Izba nie znalazła również podstaw, aby podważyć czynności unieważnienia postępowania, w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 4 p.z.p., ponieważ nie podważono w sposób skuteczny wyboru przez zamawiającego oferty przystępującego, której cena przekracza środki zamawiającego, przeznaczone na realizację zamówienia.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 p.z.p. Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy,

które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Brak potwierdzenia zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 p.z.p., zatem mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego wydano na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 p.z.p., tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem § 3 pkt 1 lit. a i pkt 2 lit. a i b oraz § 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. z 2018 r. poz. 972), obciążając odwołującego kosztami postępowania odwoławczego w postaci wpisu oraz uzasadnionymi kosztami zamawiającego, będącymi kosztem dojazdu na wyznaczoną rozprawę i kosztem wynagrodzenia pełnomocnika, zgodnie ze złożoną fakturą VAT.

**Przewodniczący:**

.....