

WYROK
z dnia 27 marca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 marca 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 marca 2019 r. przez **Wykonawcę – Grifols Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Warszawie przy ul. Grzybowskiej 87 (00-844 Warszawa) w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego – Szpital Miejski w Rudzie Śląskiej Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** w Rudzie Śląskiej, ul. W. Lipa 2 (41-703 Ruda Śląska)

przy udziale

Wykonawcy – DiaHem AG Diagnostics Products z siedzibą w Bulach (Szwajcaria) Schlosserstrasse 4 (CH-8180) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1 Uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnić czynność z dnia 7 marca 2019 r. polegającą na wyborze oferty najkorzystniejszej dla pakietu nr III oraz wykluczeniu z postępowania Wykonawcy Grifols Polska Sp. z o.o. i nakazuje powtórzyć czynność oceny ofert złożonych dla pakietu nr III z uwzględnieniem oferty Grifols Polska Sp. z o.o.

2 Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego – Szpital Miejski w Rudzie Śląskiej Sp. z o.o. i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500 zł 00 gr. (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych, zero groszy) uiszczoną przez Wykonawcę Grifols Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania;

2.2 zasądza od Zamawiającego – Szpitala Miejskiego w Rudzie Śląskiej Sp. z o.o. na rzecz Wykonawcy – Grifols Polska Sp. z o.o. kwotę 11.100 zł 00 gr. (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wpisem od odwołania oraz wynagrodzeniem 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 Gliwicach**.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt: KIO 439/19

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Zamawiającego Szpital Miejski w Rudzie Śląskiej Sp. z o.o., na dostawę *odczynników wraz z dzierżawą sprzętu do wykonywania badań krwi i przeciwciał metodą klasyczną i mikrometodą kolumnową* (nr postępowania: 39/PN/18), ogłoszonym w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 25.09.2018 r., nr 620707-N-2018, wobec czynności wykluczenia z postępowania w zakresie części nr 3 (pakiet III) Wykonawca Grifols Polska Sp. z o.o. z/s w Warszawie (dalej jako Odwołujący), wniósł w dniu 12 marca 2019 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 439/19).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

- 1) art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp poprzez bezprzedmiotowe przyjęcie, że Odwołujący nienależycie wykonał z przyczyn leżących po jego stronie wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego;
- 2) art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp poprzez nieuprawnione wykluczenie Odwołującego z postępowania w związku z bezpodstawnym przyjęciem, iż Odwołujący w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu z postępowania;

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności polegającej na wykluczeniu Odwołującego z postępowania i dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej (DiaHem AG Diagnostic Products) oraz nakazanie powtórzenia czynności badania i oceny oraz wyboru najkorzystniejszej oferty.

Zamawiający poinformował Odwołującego o wyniku postępowania, w tym o wykluczeniu z postępowania w dniu 7 marca 2019 r. drogą mailową.

Uzasadnienie faktyczne i prawne.

Odwołujący w uzasadnieniu wskazał na ustalone w postępowaniu warunki udziału w postępowaniu i wprowadzone fakultatywne przesłanki wykluczenia przewidziane w art. 24 ust. 5 Ustawy. Zamawiający z notatki służbowej spółki DiaHem AG Diagnostics Products z siedzibą w Bulach, która złożyła ofertę, powziął informację o wystąpieniu podstawy do wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt oraz art. 24 ust. 1 pkt 16 Ustawy. Odwołujący miał nie wykonać umowy zawartej z Regionalnym Centrum Krwiodawstwa w Olsztynie zawartej w dniu 17.05.2018 r. po rozstrzygnięciu przetargu nieograniczonego (znak postępowania NA-26/4/P-4).

Zamawiający na tej podstawie, pismem z dnia 7.12.2018 r. wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień wraz z dowodami wskazującymi na podjęte środki naprawcze, zgodnie z art. 24 ust. 8 Ustawy Pzp. Odwołujący pismem z dnia 11.12.2018 r. szczegółowo wyjaśnił dlaczego nie zachodzi podstawa do wykluczenia go z postępowania.

W dniu 7.03.2019 r. Zamawiający wykluczył Odwołującego z postępowania i dokonał wyboru oferty w ramach pakietu III złożonej przez spółkę DiaHem.

W opinii Odwołującego informacje przekazane przez spółkę DiaHem nie były pełne i wprowadzały Zamawiającego w błąd, a Zamawiający nie podjął kroków w celu zapoznania się z kompletnym stanem sprawy. Wskazał, iż pomiędzy RCKiK, a Odwołującym zawarte zostało w dniu 25.09.2018 r. porozumienie w przedmiocie realizacji umowy (stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa). Dalsza argumentacja zawarta na stronach 10-11 odwołania dotyczy tajemnicy przedsiębiorstwa. W świetle przedstawionych okoliczności wskazanych w porozumieniu, przyczyną sporu zaistniałego pomiędzy RCKiK Olsztyn a Grifols była niemożliwość wykonania zobowiązania wynikającego z umowy wynikająca z przyczyn leżących po stronie podmiotu trzeciego.

Nie było zatem podstaw do uznania, że z przyczyn leżących po stronie Odwołującego doszło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania. Do wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 Ustawy Pzp konieczne jest kumulatywne spełnienie wszystkich określonych w tym przepisie przesłanek. Zamawiający nie może opierać decyzji wyłącznie na fakcie, że doszło do rozwiązania wcześniejszej umowy. Zamawiający musi ponadto wykazać, że do rozwiązania umowy (zasądzenie odszkodowania) doszło z powodu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy przez wykonawcę, jak również że niewykonanie umowy lub nienależyte wykonanie umowy wystąpiło w stopniu znaczącym. Zgodnie z literaturą i piśmiennictwem „rozwiązanie umowy”, w kontekście art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp obejmuje wypowiedzenie lub odstąpienie na podstawie postanowień umownych lub z przyczyn ustawowych, co zostało spowodowane przyczynami leżącymi po stronie wykonawcy. Jest to oświadczenie prawno-kształtujące, jednostronne o charakterze sankcyjnym (por. z wyrokiem TSUE z dnia 13.12.2012 r. w sprawie C-465/11 Forposta S.A. i ABC Direct Connect Sp. z o.o. przeciwko Poczcie Polskiej S.A.). W związku z powyższym „rozwiązanie umowy” nie dotyczy sytuacji, w których zakończenie realizacji umowy następuje w formule dobrowolnego porozumienia stron, przy którym działanie zamawiającego nie ma charakteru sankcyjnego, nie jest uprawnieniem prawno-kształtującym jednej strony, nie stanowi wypowiedzenia umowy ani odstąpienia od umowy. Odwołujący wskazał na instrukcję wypełnienia formularza JEDZ zamieszczoną przez Urząd Zamówień Publicznych, dotyczącą również podjęcia środków naprawczych, o których mowa w art. 24 ust. 8 ustawy Pzp, która dotyczy wykonawców podlegających wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 13 i 14 oraz 16-20 oraz ust. 5 ustawy Pzp. Wobec Odwołującego nie zachodziły podstawy do wykluczenia, wobec czego niecelowym oraz niezasadnym było składanie przez Odwołującego dodatkowych wyjaśnień oraz dowodów w tym zakresie.

Zamawiający w piśmie z dnia 25.03.2019 r. złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości. Zamawiający wskazał, iż przepis art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp nie stanowił podstawy decyzji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania, a tym samym Zamawiający nie mógł go naruszyć. Zamawiający wykluczył Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp, a ocena dotyczące przesłanek z art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy była efektem zastosowania wnioskowania z przepisu pozostającego w zbiegu z przepisem art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy. Zamawiający został wprowadzony w błąd poprzez przedstawienie nieprawdziwych informacji mających znaczenie dla postępowania, czyli zaistnienie sprzeczności pomiędzy treścią dokumentu złożonego przez wykonawcę, a rzeczywistością. Na skutek podania takich informacji Zamawiający nabrał mylnego wyobrażenia o stanie faktycznym – czyli przyjął, że Wykonawca nie podlega wykluczeniu. Odwołujący złożył oświadczenie o tym, iż nie podlega wykluczeniu, w szczególności, że nie zachodzą w stosunku do niego przesłanki fakultatywne z art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp. Zamawiający w toku postępowania uzyskał informacje dotyczące umowy z dnia 17 maja 2018 r. zawartej w trybie zamówienia publicznego (nr NA-989), od której zamawiający odstąpił w dniu 27 czerwca 2018 r. z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, a Odwołujący musiał zapłacić karę umowną w wysokości 10% zamówienia. Okolicznościom tym Odwołujący nie zaprzeczył, a jedynie wskazywał na brak zaistnienia przesłanek z art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy do wykluczenia z postępowania. Zamawiający uznał, iż z inicjatywą samooczyszczenia (art. 24 ust. 8) powinien wystąpić sam wykonawca i przedstawić dokumenty dające podstawę do odstąpienia od obowiązku wykluczenia z postępowania. Wykonawca winny wprowadzenia w błąd musi się do tego przyznać, zanim ten fakt uświadomi sobie zamawiający. Odwołujący powinien zatem poinformować Zamawiającego na początku postępowania o okolicznościach rozwiązania umowy, tak aby mógł on zbadać wystąpienie przesłanek z art. 24 ust. 5 pkt 4.

W ocenie Zamawiającego oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia zostało złożone celów w sposób zamierzony, co wypełnia ocenę tego działania, jako podjętego w zamiarze bezpośrednim. Podanie informacji o stanie faktycznym rozwiązania wcześniejszej umowy, zawarcia porozumienia, uregulowania kosztów, itp., dałoby możliwość Zamawiającemu do zweryfikowania czy zachodzą przesłanki z art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy, czy doszło do procedury samooczyszczenia. Odwołujący celowo przemilczał okoliczności, które zbiegły się ze wszczęciem postępowania, co świadczyć ma o celowym, zamierzonym, umyślnym działaniem prowadzącym w błąd co do rzeczywistych podstaw wykluczenia z postępowania.

W dniu 18.03.2019 r. do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił Wykonawca DiaHem AG Diagnostics Products z siedzibą w Bulach (Szwajcaria). Na posiedzeniu niejawnym prowadzonym z udziałem stron Izba dopuściła Wykonawcę do udziału w postępowaniu w charakterze uczestnika po stronie Zamawiającego.

Stanowisko Izby

Do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 z późn. zm.), w brzmieniu po nowelizacji dokonanej ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.2016.1020), zwanej dalej „Ustawą”.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do weryfikacji spełnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 Ustawy, tj. istnienia po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku kwestionowanej czynności Zamawiającego. Ponieważ następstwem decyzji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania była utrata możliwości uzyskania zamówienia, które udzielone zostało innemu Wykonawcy, wniesienie odwołania stanowiło jedyną drogę do wzruszenia niekorzystnego wyniku postępowania, co wypełnia przesłanki określone w Ustawie.

Na podstawie dokumentacji postępowania, w tym treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz), oferty Odwołującego, a także wyjaśnień i dokumentów złożonych w toku postępowania, Izba dokonała ustaleń faktycznych stanowiących podstawę do wydania rozstrzygnięcia w przedmiocie podniesionych zarzutów.

Przedmiotem zamówienia jest zawarcie umowy na dostawę odczynników wraz z dzierżawą sprzętu do wykonywania badań krwi i przeciwciał metodą klasyczną i mikrometodą kolumnową dla Szpitala Miejskiego w Rudzie Śląskiej Sp. z o.o.

Przedmiot zamówienia podzielony został na trzy pakiety, na które można było składać oferty częściowe. Zamawiający w rozdziale IX pkt 2 siwz wprowadził przesłanki fakultatywne z art. 24 ust. 5 Ustawy do wykluczenia z postępowania wykonawcy:

- 2.2.1który w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności gdy Wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co Zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych;
- 2.2.2który, 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 ustawy, co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania.

Zgodnie z rozdziałem IX pkt 3.1 siwz *W celu wykazania braku podstaw wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia do oferty należy dołączyć aktualne na dzień składania ofert Oświadczenie, zgodne ze wzorem stanowiącym załącznik nr 4 (oświadczenie z art. 25a ustawy). Informacje zawarte w Oświadczeniu stanowią wstępne potwierdzenie, że Wykonawca nie podlega wykluczeniu z postępowania oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu.*

Zamawiający w rozdziale X siwz zamieścił opis procedury sanacyjnej – samooczyszczenia, stosowanej wobec wykonawców podlegających wykluczeniu między innymi na podstawie art. 24 ust. 5 (wskazane w pkt 2.2.1 i 2.2.2 podstawy fakultatywne). Wykonawca zgodnie z tym opisem może przedstawić dowody na to, że podjęte przez niego środki wystarczają do wykazania jego rzetelności, w szczególności udowodnić naprawienie szkody wyrządzonej przestępstwem lub przestępstwem skarbowym, zadośćuczynienie pieniężne za doznaną krzywdę lub naprawienie szkody, wyczerpujące wyjaśnienia stanu faktycznego oraz współpracę z organami ścigania oraz podjęcie konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, które są odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom lub przestępstwom skarbowym lub nieprawidłowemu postępowaniu Wykonawcy. Przepisu zdania pierwszego nie stosuje się, jeśli wobec Wykonawcy, będącego podmiotem zbiorowym, orzeczono prawomocnym wyrokiem sądu zakaz ubiegania się o zamówienie oraz upłynął określony w tym wyroku okres obowiązywania tego zakazu. Wykonawca nie podlega wykluczeniu, jeżeli Zamawiający, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu Wykonawcy, uzna za wystarczające dowody, o których mowa w pkt 1.

Wypełniając wzór oświadczenia (załącznik nr 4 do siwz) wykonawca potwierdzał, iż nie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12-23 ustawy Pzp (pkt 1) oraz na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 ustawy Pzp (pkt 2). Mógł również wypełnić oświadczenie o tym, iż zachodzą w stosunku do niego podstawy wykluczenia z postępowania (wskazując przepis Ustawy spośród wymienionych w art. 24 ust. 1 pkt 13-14, 16-20 lub art. 24 ust. 5). W takim przypadku wykonawca zobowiązany był wypełnić dalszą treść, w której należało wskazać na podjęte środki naprawcze (procedura sanacyjna – samooczyszczenia).

Odwołujący złożył oświadczenie sporządzone na formularzu przygotowanym przez Zamawiającego, w którym wypełnił pierwszą część składając podpis pod treścią oświadczeń, w których potwierdził, iż nie podlega wykluczeniu z postępowania, w tym na podstawie przesłanek fakultatywnych (art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 Ustawy). Wykonawca przekreślił dalszą część formularza, odnoszącego się do istniejących podstaw wykluczenia z postępowania oraz procedury sanacyjnej.

W postępowaniu na pakiet nr III złożone zostały trzy oferty.

W dniu 26.11.2018 r. do Zamawiającego wpłynął wniosek od Wykonawcy DiaHem Diagnostics Products Sp. z o.o. o wykluczenie Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 oraz ust. 1 pkt 16 Ustawy. We wniosku wskazano na umowę zawartą przez Odwołującego z Regionalny Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa w Olsztynie w dniu 17.05.2018 r., która nie została wykonana, a zamawiający odstąpił od umowy powołując się na § 3 ust. 4 umowy (załączonej do pisma). Umowa nie została wykonana w całości. Brak kwalifikacji procesowej analizatora skutkowało uniemożliwieniem rozpoczęcia wykonywania badań przez laboratorium. W uzasadnieniu odstąpienia wskazano wprost, iż Wykonawca nie spełnił wymogów określonych w postępowaniu o zamówienie publiczne, co oznacza, iż nie wykonał zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia. Wykonawca składając oświadczenie o tym, że nie podlega wykluczeniu wprowadził Zamawiającego w błąd, co stanowi obligatoryjną podstawę do wykluczenia z postępowania, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 16 Ustawy. Do wniosku załączona została kopia umowy NA-989 z 17 maja 2018 r., oświadczenie RCKiK w Olsztynie o rozwiązaniu umowy, protokół końcowy z kwalifikacji Instalacyjnej (IQ), Operacyjnej (OQ) i procesowej (PQ) dla urządzenia: analizator immunohematologiczny Erytra NF:590001310 oraz formularz JEDZ złożony przez Grifols Polska Sp. z o.o. w postępowaniu prowadzonym przez Wojewódzki Szpital Zespolony w Elblągu. W oświadczeniu o rozwiązaniu umowy RCKiK wskazał na przeprowadzoną kwalifikację aparatury dostarczonej w wykonaniu umowy NA-989 z dnia 15.05.2018 r. i jej wyniki, które wskazują na niespełnienie wymogów zamawiającego określonych w postępowaniu, w szczególności nie został spełniony warunek kwalifikacji procesowej analizatora immunohematologicznego Erytra NF 590001310. Mając powyższe na uwadze, a przede wszystkim bezpieczeństwo dawców krwi, rozwiązanie umowy stało się konieczne i uzasadnione.

Pismem z dnia 7.12.2018 r. Zamawiający zwrócił się do Odwołującego o złożenie wyjaśnień dotyczących przesłanych Zamawiającemu informacji o umowie NA-989 wraz z dowodami potwierdzającymi podjęcie środków naprawczych zgodnie z art. 24 ust. 8 Ustawy.

Pismem z dnia 11.12.2018 r. Odwołujący odniósł się do przekazanych niepełnych informacji wskazując, iż nie zachodzą w stosunku do niego podstawy wykluczenia z postępowania. Wykonawca wskazał na zawarte porozumienie z dnia 25.09.2018 r., którego kopię przekazał wraz z pismem (stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa). W dalszej treści Odwołujący przedstawił, w jaki sposób należy interpretować przesłankę z art. 24 ust. 5 pkt 4 Ustawy, co zostało powielone w uzasadnieniu wniesionego odwołania.

Pismem z dnia 7.03.2019 r. Zamawiający poinformował Wykonawców o wyniku postępowania, w którym jako najkorzystniejszą dla pakietu III wskazał ofertę DiaHem AG Diagnostic Products. Odwołujący został wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 Ustawy. Zamawiający uznał, iż Wykonawca wprowadził go w błąd oświadczając, że nie podlega wskazanej w ogłoszeniu o zamówieniu oraz Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia fakultatywnej przesłanki dotyczącej wykluczenia z postępowania. W oparciu o przekazaną informację o odstąpieniu od umowy NA-989 Zamawiający uznał, iż Wykonawca poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności gdy Wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie

wykonał zamówienie, co Zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych.

W oparciu o poczynione ustalenia Izba uznała, iż odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Uwzględniając odwołanie Izba miała na uwadze stan faktyczny wynikający z przeprowadzonych dowodów z dokumentów – w tym zawiadomienia o wykluczeniu Odwołującego z postępowania oraz porozumienia o rozwiązaniu umowy NA - 989 z 17.05.2018 r. zawartej przez Odwołującego z Regionalnym Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa w Olsztynie (RCKiK).

Na wstępie należy zauważyć, iż podstawą wykluczenia Wykonawcy z postępowania był art. 24 ust. 1 pkt 16 w zbiegu z art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 Ustawy. Izba uznała, iż obie przesłanki fakultatywne mieściły się w zakresie badania zasadności decyzji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania. Zamawiający wprowadził wprost, jako podstawę decyzji wskazał wyłącznie przepis art. 24 ust. 1 pkt 16 Ustawy, to jednak przywołane okoliczności faktyczne dotyczyły tak kwestii związanej z rozwiązaniem umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, jak i poważnym naruszeniem obowiązków zawodowych. Powyższe prowadziło do uznania przez Zamawiającego, iż złożone w trybie art. 25a Ustawy oświadczenie, w którym Wykonawca wskazał, iż nie podlega wykluczeniu z postępowania w związku z fakultatywnymi przesłankami określonymi w art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 Ustawy, wprowadzało w błąd. Tym samym oceniając czynność wykluczenia Wykonawcy z postępowania będącą w zbiegu z oceną przesłanek fakultatywnych opisanych przepisem art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 Ustawy Izba odniosła się do okoliczności faktycznych podniesionych w odwołaniu i odnoszących się do rozwiązanej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Brak wskazania w odwołaniu na naruszenie art. 24 ust. 5 pkt 2 Ustawy, w ocenie Izby nie ograniczało oceny prawidłowości kwestionowanej czynności wykluczenia Wykonawcy z postępowania, której podstawa faktyczna miała wypełniać obie wskazane w siwz przesłanki fakultatywne. Zamawiający prezentował odmienne stanowisko, gdyż w jego ocenie jedyną podstawą wykluczenia Wykonawcy z postępowania był przepis art. 24 ust. 1 pkt 16 Ustawy, chociaż jednocześnie wskazywał, iż złożonym oświadczeniem, w którym Wykonawca potwierdził, iż nie zachodzą wobec niego przesłanki fakultatywne wykluczenia wskazane w art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 Ustawy, został wprowadzony w błąd. Ponieważ wprowadzenie w błąd miało dotyczyć oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia z postępowania, bez odniesienia się do okoliczności związanych z rozwiązaniem umowy o zamówienie publiczne, nie było możliwym stwierdzenie, czy Zamawiający został wprowadzony w błąd, co do faktu istnienia podstaw do wykluczenia Odwołującego z postępowania.

W świetle powyższego koniecznym stało się odniesienie do umowy w sprawie zamówienia publicznego, której rozwiązanie legło u podstaw wątpliwości Zamawiającego, a ostatecznie doprowadziło do uznania, iż wykonawca w swoim oświadczeniu nie uwzględnił faktu nie wykonania umowy, a zatem wprowadził Zamawiającego w błąd. Na wstępie koniecznym jest poczynienie ogólnego założenia, które wyznacza właściwy sposób oceny sytuacji, jaka zaistniała w niniejszej sprawie. Jedynie w sytuacji, gdy okoliczności związane z niewykonaną umową wyzerpałyby jedną z przesłanek fakultatywnych wykluczenia Wykonawcy z postępowania, dopuszczalne byłoby stwierdzenie, iż ogólne oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia z postępowania mogło wprowadzać Zamawiającego w błąd. W takiej sytuacji Wykonawca zobowiązany byłby bowiem do wypełnienia drugiej części oświadczenia, wskazując, która z przesłanek wskazanych w art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 Ustawy ziściła się i ewentualnie wskazać na podjęte działania w ramach samooczystczenia. Tym samym w pierwszej kolejności należało ustalić, czy okoliczności, w jakich doszło do rozwiązania umowy w sprawie zamówienia publicznego, pozwalały uznać, że doszło do niewykonania należytego umowy z przyczyn za, które odpowiada wykonawca, co prowadziło do nałożenia kary umownej, ewentualnie czy wskazywały one na poważne naruszenie obowiązków zawodowych wywołane zamierzonym działaniem lub rażącym niedbalstwem.

W ocenie Izba, żadna z przesłanek fakultatywnych nie została spełniona, na co wskazuje przedłożone w toku wyjaśnień złożonych Zamawiającemu, oraz załączone do odwołania – porozumienie zawarte w dniu 25.09.2018 r. Ponieważ Odwołujący jedynie w części odtajnił treść porozumienia, jakie zawarł z RCKiK w Olsztynie, tylko te fragmenty zostały poniżej przywołane. Porozumienie to zostało zawarte w związku ze złożonym wcześniej oświadczeniem zamawiającego o rozwiązaniu umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, określając odmienny sposób rozwiązania umowy, tj. za porozumieniem stron. Wskazuje na to wprost § 2 ust. 2, 3 i 4, w których Strony stwierdziły zgodnie: *Wobec powyższego Zamawiający cofa złożone przez siebie oświadczenie w postaci Oświadczenia o rozwiązaniu, na co Wykonawca wyraża zgodę. Jednocześnie Strony postanawiają – z przyczyn niezależnych od Stron – rozwiązać Umowę za porozumieniem Stron, ze skutkiem na dzień 27 czerwca 2018 r. Strony potwierdzają, że analizator immunohematologiczny Erytra NR 590001310 oraz inne produkty dostarczone do Pracowni Zamawiającego przez Wykonawcę, zostały wydane przez Zamawiającego i zabrane przez Wykonawcę przed dniem zawarcia niniejszego Porozumienia.*

W ocenie Izby, stwierdzone Porozumieniem okoliczności pozbawiały doniosłości informacji przekazanych Zamawiającemu przez DiaHem, które nie były pełne i dotyczyły pierwszego oświadczenia RCKiK, od którego skutków wycofał się ostatecznie zawartym Porozumieniem. Zamawiający nie odniósł się do tego Porozumienia w uzasadnieniu decyzji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania, co czyniło jego argumentację nieadekwatną do stanu faktycznego, jaki wynikał z faktu rozwiązania umowy za porozumieniem Stron. Samo stwierdzenie, iż umowa została rozwiązana nie byłoby wystarczające do przypisania Wykonawcy odpowiedzialności za zaistniałą sytuację, czy też jak wskazał Zamawiający, że doprowadziło do tego zamierzone działanie Wykonawcy lub jego rażące niedbalstwo. Wiązanym pozostawały w tym zakresie wzajemne ustalenia Stron, w tym wskazanie w porozumieniu na brak winy którejkolwiek ze Stron umowy. Zamawiający nie miał zatem podstaw do stwierdzenia, że wobec Wykonawcy zachodziła któraś z przesłanek fakultatywnych, co sam po części przyznał wskazując, iż nie był podstawą wykluczenia Odwołującego z postępowania przepis art. 24 ust. 5 pkt 4 Ustawy. W takiej sytuacji oświadczenie złożone w ofercie w celu potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia z postępowania, nie mogło wprowadzać Zamawiającego w błąd. Prezentowane w odpowiedzi na odwołanie argumenty dotyczące sposobu wypełnienia oświadczenia w JEDZ nie miały znaczenia, gdyż w postępowaniu składane było oświadczenie na formularzu przygotowanym przez Zamawiającego, w którym nie było miejsca na wskazanie wszystkich niezrealizowanych umów. Jedynie w przypadku, gdy rozwiązanie umowy byłoby spowodowane okolicznościami, za jakie odpowiadał wykonawca (niewykonanie zamówienia, nienależyte jego wykonanie), wypełniającymi pozostałe przesłanki opisane w art. 24 ust. 5 Ustawy, zachodziłby obowiązek wypełnienia drugiej części oświadczenia. Dopiero w takiej sytuacji, nie złożenie oświadczenia o wystąpieniu podstaw do wykluczenia z postępowania, mógłby być oceniony pod kątem wprowadzenia Zamawiającego w błąd.

W świetle powyższego odwołanie podlegało uwzględnieniu w całości. Izba nakazała unieważnić czynność wykluczenia

Odwołującego z postępowania, jak również sam wynik oceny ofert złożonych na pakiet nr III oraz wybór oferty najkorzystniejszej.

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. 2 pkt 1). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis wniesiony przez Odwołującego w kwocie 7.500,00 zł. oraz uzasadnione koszty Odwołującego stwierdzone rachunkiem przedłożonym przed zamknięciem rozprawy w wysokości 3.600 zł, uwzględniające wynagrodzenie pełnomocnika.

Przewodniczący: