Sygn. akt: KIO 2064/20

WYROK
z dnia 16 października 2020 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Katarzyna Prowadzisz
Protokolant:Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie, w Warszawie, w dniu 14 października 2020 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 sierpnia 2020 roku przez wykonawcę GE Medical System Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie
w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Górnośląskie Centrum Medyczne im. prof. Leszka Gieca Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach

orzeka:

1.Uwzględnia odwołanie.
Nakazuje Zamawiającemu - w postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego pod nazwą: *Usługi serwisowe aparatury medycznej,* w zakresie Pakietu nr 16 - *Usługi serwisowe aparatury medycznej firmy Datex-Ohmeda* unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej tj. oferty wykonawcy G. Ż. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą G. Ż. OXIVENT z siedzibą w Sosnowcu.
Nakazuje Zamawiającemu wezwanie wykonawcy G. Ż. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą G. Ż. OXIVENT z siedziba w Sosnowcu, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, do uzupełnienia dokumentów potwierdzających brak przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego tj. zaświadczenia właściwego naczelnika Urzędu Skarbowego oraz zaświadczenia właściwej terenowej jednostki organizacyjnej Zakładu Ubezpieczeń Społecznych.
W pozostałym zakresie zarzuty odwołania uznaje za niezasadne.

2.Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego Górnośląskie Centrum Medyczne im. prof. Leszka Gieca Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach i:

2.1zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę
GE Medical System Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą
w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,

2.2zasądza od Zamawiającego Górnośląskie Centrum Medyczne im. prof. Leszka Gieca Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach na rzecz wykonawcy GE Medical System Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący: ……

Sygn. akt: KIO 2064/20

U Z A S A D N I E N I E

Zamawiający – Górnośląskie Centrum Medyczne im. prof. Leszka Gieca Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą Usługi serwisowe aparatury medycznej.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2020/S 015-031230.

24 sierpnia 2020 roku działając na podstawie art. 179 ust. 1 w zw. z art. 180 ust. 1 oraz art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843; dalej: „Pzp" lub „ustawa") Odwołujący wniósł w zakresie pakietu nr 16 – Usługi serwisowe aparatury medycznej firmy Datex-Ohmeda odwołanie od czynności Zamawiającego z dnia 12 sierpnia 2020 roku polegającej na:

1)wyborze najkorzystniejszej oferty Wykonawcy G. Ż. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą G. Ż. OXIVENT z siedzibą w Sosnowcu („OXIVENT");

2)zaniechaniu czynności wykluczenia OXIVENT na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy z uwagi na to, że Wykonawca nie wykazał braku przesłanki wykluczenia, ewentualnie na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy na zaniechanie wezwania wykonawcy OXIVENT do złożenia aktualnego Zaświadczenia o niezaleganiu
z opłaceniem podatków („Zaświadczenie o niezaleganiu w podatkach") jak również aktualnego Zaświadczenia o niezaleganiu w opłacaniu składek na ubezpieczenie zdrowotne i społeczne („Zaświadczenie ZUS") celem potwierdzenia braku spełniania przesłanek wykluczenia;

3)zaniechaniu czynności odrzucenia oferty OXIVENT na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy jako zawierającej cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia;

4)zaniechaniu czynności wykluczenia OXIVENT na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy w związku z § 2 ust. 17 Projektu umowy wskazanego w Załączniku Nr 3a do SIWZ, jako Wykonawcę, który nie wykazał braku podstaw wykluczenia potwierdzając w ofercie, iż jest zdolny do należytej realizacji zamówienia mimo braku posiadania aktualnych certyfikatów imiennych potwierdzających odbycie szkoleń w zakresie obsługi urządzeń objętych przedmiotem zamówienia, wydanych przez podmioty zajmujące się szkoleniem serwisantów aparatury medycznej i udostępnienie ich na każde wezwanie Zamawiającego;

5)zaniechaniu czynności wykluczenia OXIVENT na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 17 ustawy, z uwagi na to, że OXIVENT wprowadził Zamawiającego w błąd udzielając wyjaśnień co do zaoferowanej ceny i przedstawił informację wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogący mieć wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1)art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy w związku z § 5 pkt. 2 i 3 Rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy
w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U.2020.1282 t.j. z dnia 2020.07.23) („Rozporządzenie w

sprawie rodzajów dokumentów") oraz pkt 6.3.3. SIWZ przez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy OXIVENT, który złożył
na wezwanie Zamawiającego nieaktualne Zaświadczenie o niezaleganiu
w podatkach z dnia 20 lutego 2020 r. oraz nieaktualne Zaświadczenie ZUS z dnia 20 lutego 2020 r., które są „starsze" niż 3 miesiące od daty otwarcia ofert to jest z dnia 15 czerwca 2020 r.;

2) art. 26 ust. 3 ustawy w związku z art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy w związku z § 5 pkt. 3 Rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, oraz pkt 6.3.3. SIWZ przez zaniechanie wezwania wykonawcy OXVENT do uzupełnienia dokumentów potwierdzających brak przesłanek wykluczenia z postępowania wykonawcy OXIVENT, który złożył na wezwanie Zamawiającego nieaktualne Zaświadczenie o niezaleganiu w podatkach oraz nieaktualne Zaświadczenie ZUS z dnia 20 lutego 2020 r., które są „starsze" niż 3 miesiące od daty otwarcia ofert to jest z dnia 15 czerwca 2020 r.;

3) art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy w związku z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy przez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty OXIVENT pomimo, iż jego oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia i przeprowadzanie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, skutkujący wyborem jako oferty najkorzystniejszej wykonawcy, niedającego gwarancji należytego wykonania zamówienia;

4) art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w zw. z art. 90 ust. 1 ustawy
w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy przez błędne przyjęcie, że Zamawiający dokonał wyboru oferty, która zawierała cenę rażąco niską, a z treści wyjaśnień Wykonawcy OXIVENT należy wywodzić, iż OXIVENT kalkulując ofertę nie dokonał należytego wyjaśnienia istotnych elementów oferty, co doprowadziło do wyboru oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą w rozumieniu ustawy, a zaistniały przesłania do odrzucenia oferty Wykonawcy OXIVENT;

5) art. 90 ust. 1 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy przez uznanie, iż wyjaśnienia OXIVENT dotyczące ceny rażąco niskiej są wyczerpujące, w sytuacji, gdy przedstawione przez OXIVENT wyjaśnienia odznaczają się dużą ogólnością i nie udowadniają okoliczności mających wpływ na zaoferowaną przez tego wykonawcę cenę,
w szczególności wobec faktu, iż OXIVENT nie przedłożył żadnych dowodów potwierdzających zasadność zaoferowanej ceny;

6) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty OXIVENT, podczas gdy jej treść nie odpowiada wymaganiom wskazanym w projekcie umowy stanowiącym zmieniony Załącznik Nr 3a do SIWZ z uwagi na okoliczność,
iż OXIVENT nie wykazał, iż dysponuje personelem posiadającym uprawnienia
i kwalifikacje niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia, ani nie posiada niezbędnego oprogramowania serwisowego;

7) art. 24 ust. 1 pkt. 17 ustawy przez jego niezastosowanie z uwagi na to, że OXIVENT wprowadził Zamawiającego w błąd przedstawiając niemożliwy do wykonania termin dostarczenia kosztorysu ofertowego, w okolicznościach, w których, w razie zaistnienia konieczności nabycia urządzeń należących do producenta urządzenia lub jego autoryzowanego przedstawiciela termin ten jest niemożliwy do zachowania;

8) art. 24 ust. 1 pkt. 17 ustawy przez jego niezastosowanie z uwagi na to, że OXIVENT wprowadził Zamawiającego w błąd udzielając wyjaśnień co do zaoferowanej ceny i przedstawił informację wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogący mieć wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia;

9) art. 24 ust. 1 pkt. 16 lub 17 ustawy przez jego niezastosowanie, w sytuacji gdy Wykonawca OXIVENT wprowadził Zamawiającego w błąd co do spełniania warunków udziału w postępowaniu określonych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości; unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 12 sierpnia 2020 r.; nakazanie Zamawiającemu przeprowadzenia ponownej oceny ofert; nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Wykonawcy OXIVENT;nakazanie Zamawiającemu wykluczenia oferty Wykonawcy OXIVENT; dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej spośród pozostałych ofert niepodlegających odrzuceniu; zasądzenie kosztów postępowania według norm przepisanych.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania, gdyż Odwołujący spełnia wszystkie przesłanki wskazane w art. 179 ust. 1 ustawy zwłaszcza legitymuje się interesem w uzyskaniu zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku wskazanych naruszeń. Zamawiający przez wybór jako najkorzystniejszej oferty OXIVENT, pozbawił Odwołującego możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia, czym doprowadził do zaistnienia szkody w majątku Odwołującego w postaci nieuzyskania wskazanego zamówienia i utraty przewidywanych korzyści o wartości odpowiadającej złożonej przez Odwołującego ofercie. Odwołujący posiada realną szansę na uzyskanie zamówienia na skutek uwzględnienia odwołania, co uprawdopodabnia fakt, że do Zamawiającego wpłynęły tylko dwie oferty dotyczące Zadania 16, w tym jedna od Odwołującego, którą sklasyfikowano na drugiej pozycji.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty

1.W zakresie zarzutu zaniechania wykluczenia wykonawcy z uwagi na nieaktualne zaświadczenie ZUS.

Zamawiający na wniosek Odwołującego przesłał w dniu 21 sierpnia 2020 kopie złożonej przez OXIVENT oferty wraz z załącznikami.

Zgodnie z treścią SIWZ postępowania, OXIVENT na wezwanie Zamawiającego przedłożył Zamawiającemu Zaświadczenie o niezaleganiu w podatkach oraz Zaświadczenie ZUS z dnia 20 lutego2020 r. Otwarcie ofert nastąpiło dnia 15 czerwca 2020 r. - termin wydania Zaświadczenie o niezaleganiu w podatkach oraz Zaświadczenia ZUS przekracza wymagane przez ustawodawcę 3 miesiące określone w przepisach Rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów.

Dowód: Zaświadczenie o niezaleganiu w podatkach ; Dowód: Zaświadczenie ZU

Otrzymując tego rodzaju dokument Zamawiający mógł albo wezwać Wykonawcę
do uzupełnienia dokumentów albo wykluczyć Wykonawcę z postępowania. Zamawiający mimo ewidentnego błędu w ofercie Wykonawcy zaniechał dokonania ww. czynności.

Wskazana czynność należy do obowiązków Zamawiającego wynikających wprost z ustawy. Wezwanie Wykonawcy do przedłożenia , dokumentów jest konieczne do potwierdzenia,
że wybrany Wykonawca spełnił warunki udziału w postępowaniu. Zaniechanie tej czynności może doprowadzić do wyboru Wykonawcy niespełniającego tych warunków, a ty samym podlegającego wykluczeniu. Zaniechanie wezwania OXIVENT do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy jest więc daleko idącym naruszeniem przepisów ustawy ze strony Zamawiającego. W tym kontekście, uprzedzając ewentualne argumenty OXIVENT jakoby niemożliwym

byłoby pozyskanie Zaświadczenie o niezaleganiu w podatkach jak również Zaświadczenia ZUS z uwagi na pandemię wywołaną wirusem COVID19Odwołujący podał, że 15 czerwca 2020 r. ZUS w Sosnowcu nie był już objęty żadnymi ograniczeniami
w funkcjonowaniu, a Sosnowiec nie został zakwalifikowany jako powiat, w którym obowiązują nowe zasady bezpieczeństwa.
Dowód: Dane ze strony internetowej https: //www. Gov.pl/web /koronawirus /powiaty-z-restrykcjami
Odwołujący wskazał na treść aktualnej opinii Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych dotyczącą Braku możliwości uzyskania dokumentu dotyczącego podstaw wykluczenia
z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w związku z okolicznościami wywołanymi epidemią COVID19 z dnia 4 maja 2020 r. zgodnie z którą: Należy jednak wyraźnie podkreślić, że w celu skorzystania z możliwości zastąpienia dokumentu oświadczeniem wykonawcy, na zasadach wskazanych powyżej, wymagane jest ustalenie przez zamawiającego i wykazanie przez wykonawcę, że zaistniałe w związku z pandemią COVID-19 okoliczności skutkują obiektywnie brakiem możliwości uzyskania wymaganego dokumentu przez wykonawcę. Pomimo, iż powszechnie wiadomo, że w związku z pandemią C0VJD-19 działanie organów państwowych i instytucji jest ograniczone, a w niektórych przypadkach nawet czasowo wyłączone, nie można automatycznie przyjmować, że
w każdym przypadku uzyskanie wymaganego dokumentu jest niemożliwe i że dokumentów tych nie wydaje się. Należy mieć ponadto na uwadze, że sytuacja związana z pandemią COVID-19 zmienia się, w szczególności, że w najbliższym czasie planowane jest stopniowe przywracanie działania urzędów i instytucji w kraju. Dlatego w każdym przypadku należy zbadać, czy wykonawca rzeczywiście nie mógł uzyskać konkretnego dokumentu w danym urzędzie lub instytucji z tego powodu, że dokumentów z przyczyn wywołanych przez pandemię COVID-19 nie wydawano ().
Ponadto możliwe było uzyskanie dokumentów sporządzonych w formie elektronicznym
z kwalifikowanym podpisem Wystawcy dokumentu. Tymczasem, zgodnie z pkt 14 Protokołu niniejszego postępowania Zamawiający w ogóle nie wezwał wykonawców do złożenia, uzupełnienia, poprawienia lub wyjaśnienia dokumentów. Zgodnie z pkt 15 Protokołu nie wykluczył żadnego z wykonawców.
Dowód: *Protokół postępowania o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego oznaczenie sprawy DZ.3321.2.2020*
Tym samym Zamawiający uchybił przepisom postępowania wskazanym w *petitum* odwołania.
2.W zakresie zarzutu zaoferowania ceny rażąco niskiej
Cena zaproponowana przez OXIVENT jest rażąco niska, a OXIVENT nie udowodnił, iż jest zdolny wykonać zamówienie za zaoferowaną w postępowaniu cenę.
Zgodnie z informacją udzieloną przez Zamawiającego przed otwarciem ofert, kwota jaką zamierzał on przeznaczyć na sfinansowanie pakietu Nr 16 zamówienia wynosiła - 499 379,80 zł brutto.
Cena zaproponowana przez OXIVENT wynosiła 476 994,00 zł, a przez GE Medical 506 760,00 zł.
O ile cena za wykonanie całości przedmiotu zamówienia nie stanowi ceny rażąco niskiej
w rozumieniu art. 90 ustawy to za taką należy uznać cenę jednostkową roboczogodziny zaproponowaną przez OXIVENT, czyli 123 zł podczas gdy stawka roboczogodziny GE wyniosła 329,64 zł.
Zgodnie z aktualnym orzecznictwem Krajowa Izba Odwoławcza („Izba") dopuszcza możliwość badania oceny ofert na podstawie cen jednostkowych (Odwołujący wskazał orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt KIO 1097/20; sygn. akt KIO 51/20).
W tym kontekście wskazać należy na istotną różnicę pomiędzy ceną zaoferowaną przez Odwołującą a ceną OXIVENT. Stawka roboczogodziny za naprawę stanowi 37% stawki Odwołującej. W tych okolicznościach podkreślenia wymaga fakt, że w przypadku świadczenia usługi serwisowej czynnik ludzki obok wymaganego sprzętu ma znaczenie kluczowe. Z tego względu koniecznym jest przeanalizowanie głównego elementu cenotwórczego to jest roboczogodziny za naprawę w kontekście ceny rażąco niskiej jako mającym Wpływ na realizację przedmiotu zamówienia.
Zgodnie z § 2 pkt 9 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 3a do SIWZ czynności naprawy sprzętu zostały bardzo dokładnie sprecyzowane i wyspecyfikowane. Mianowicie:
9.Wizy ta serwisu w siedzibie Zamawiającego mająca na celu naprawę
urządzenia obejmuje następujące czynności:
a)jeżeli nie jest konieczna wymiana części/zespołów/ podzespołów/ elementów niezbędnych do prawidłowego (należytego) funkcjonowania urządzenia - Wykonawca dokonuje naprawy podczas wizyty serwisu. Po zakończeniu naprawy Wykonawca zobowiązany jest przedłożyć Zamawiającemu do akceptacji Kartę Pracy określającą liczbę godzin pracy serwisu o zakres wykonanych prac;
b)jeżeli jest konieczna wymiana części/zespołów/ podzespołów/ elementów niezbędnych do prawidłowego (należytego) funkcjonowania urządzenia - Wykonawca ustala przyczynę awarii urządzenia oraz sporządza i przekazuje Zamawiającemu kosztorys naprawy w formie elektronicznej
na adres poczty elektronicznej:……..
w terminie do…….. godzin od momentu zgłoszenia przez Zamawiającego konieczności dokonania naprawy urządzenia, o którym mowa w ust. 8. Kosztorys naprawy obejmuje liczbę roboczogodzin realizacji usługi naprawy (w tym liczbę godzin pracy serwisu, która była niezbędna dla zdiagnozowania przyczyny awarii), rodzaj i cenę materiałów niezbędnych do wykonania naprawy, w szczególności nazwę oraz numer katalogowy producenta wymienianych części/ zespołów/ podzespołów/elementów niezbędnych
do należytego funkcjonowania urządzenia, określenie czy części są fabrycznie nowe lub rekondycjonowane lub używane lub stanowią zamienniki. Uszkodzone części/ zespoły/ podzespoły/ elementy wymontowane przez Wykonawcę w ramach świadczenia usługi naprawy są odbierane przez Wykonawcę po dokonaniu naprawy \ urządzenia w celu utylizacji.
Wykonawca może przystąpić do wykonania usługi naprawy wyłącznie po akceptacji kosztorysu przez Zamawiającego.
Oświadczenie o akceptacji kosztorysu składane będzie przez - Zamawiającego w formie elektronicznej na adres poczty elektronicznej Wykonawcy:
……..
W przypadku, gdy po przystąpieniu do naprawy Wykonawca stwierdzi konieczność wykonania dodatkowych prac, których nie można było przewidzieć przy sporządzaniu kosztorysu naprawy, które zwiększą wynagrodzenie za wykonaną usługę naprawy, postanowienia ust. 9pkt b) stosuje się odpowiednio.
10.Wykonawca zobowiązany jest dokonać naprawy urządzenia w terminie nie dłuższym niż:
a)24 godziny od dokonania zgłoszenia przez Zamawiającego - w sytuacji określonej
w ust. 9 pkt a);
b)3 dni robocze (tj. od poniedziałku do piątku) od złożenia przez Zamawiającego oświadczenia o akceptacji kosztorysu

naprawy - w sytuacji określonej w ust. 9 pkt b),
z zastrzeżeniem ust. 10 pkt c) poniżej;
c)5 dni roboczych (tj. od poniedziałku do piątku) od złożenia przez Zamawiającego oświadczenia o akceptacji kosztorysu naprawy - w sytuacji określonej w ust. 9 pkt b), jeżeli dokonanie naprawy wymaga sprowadzenia części zamiennych z zagranicy.
11.W przypadku stwierdzenia przez Zamawiającego nieopłacalności naprawy, Zamawiający może zrezygnować z wykonania usługi naprawy, a Wykonawca wystawi
w zakresie wynagrodzenia, o którym mowa w § 3 Orzeczenie Techniczne będące podstawą do kasacji urządzenia.
12.Wykonawca jest zobowiązany zrealizować dostawę części! zespołów / podzespołów/ elementów niezbędnych do funkcjonowania urządzenia, których wymiana dokonywana będzie przez Zamawiającego bez udziału Wykonawcy, do Magazynu Elektroniki Medycznej Zamawiającego w terminie do 3 dni roboczych (tj. od poniedziałku do piątku w godzinach od 7:00 do 14:30), od daty złożenia zamówienia przez Zamawiającego.
Wykonawca w swoich wyjaśnieniach kalkulacji kosztów z dnia 4 sierpnia 2020 r. w żaden sposób nie poruszył kwestii napraw, które dotyczą konieczności wymiany części, czyli okoliczności wskazanych w § 2 ustęp 9 pkt. b) umowy.
Dowód: Wyjaśnienia kalkulacji kosztów z dnia 4 sierpnia 2020r.
W ocenie Odwołującego, mając na uwadze literalne brzmienie Wyjaśnień kalkulacji kosztów z dnia 4 sierpnia 2020 r. dotyczą one wyłącznie przeglądów, a nie napraw. Tym samym Zamawiający winien był uznać, że Wykonawca w ogóle nie udzielił wyjaśnień w tym zakresie. Przegląd stanowi odrębną od napraw czynność. Co do zasady przegląd jest obowiązkiem Zamawiającego zmierzającym do zweryfikowania prawidłowości działania urządzenia medycznego. Wykonuje się go zgodnie z zaleceniami producenta w określonym odstępach czasu, uwzględnionych przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu
w SIWZ. Naprawa sprzętu ma natomiast miejsce, w sytuacji w której zostaną zidentyfikowane nieprawidłowości w funkcjonowaniu sprzętu bądź jego podzespołów
i wymagana jest ich wymiana.
Oczywiście istnieją sytuacje, gdy można dokonać napraw w trakcie czynności przeglądu. Niemniej jednak w tym postępowaniu w załączniku nr 3a do SIWZ - wzór umowy Zamawiający wyraźnie zdefiniował różnice między czynnością naprawy w ramach przeglądu ust. 9 pkt a) wzoru umowy a czynnością naprawy zdefiniowaną w ust. 9 pkt b) wzoru umowy.
Czynności wskazane w ust. 9 pkt b) wzoru umowy obejmują:
1. Ustalenie przyczyny awarii urządzenia oraz sporządzenie i przekazanie Zamawiającemu kosztorysu naprawy w formie elektronicznej
Zgodnie z ofertą OXIVENT czynność identyfikacji awarii i sporządzenie kosztorysu trwa 1 godzinę od momentu zgłoszenia przez Zamawiającego konieczności dokonania naprawy urządzenia, *Dowód: Informacja z otwarcia ofert z dnia 15 czerwca 2020 r.*
2. Wykonawca może przystąpić do wykonania usługi naprawy wyłącznie po akceptacji kosztorysu przez Zamawiającego.
3. W przypadku stwierdzenia przez Zamawiającego nieopłacalności naprawy, Zamawiający może zrezygnować z wykonania usługi naprawy, a Wykonawca wystawi w zakresie wynagrodzenia, o którym mowa w § 3 Orzeczenie Techniczne będące podstawą do kasacji urządzenia.
4. Wykonawca jest zobowiązany zrealizować dostawę części/ zespołów /podzespołów/ elementów niezbędnych do funkcjonowania urządzenia, których wymiana dokonywana będzie przez Zamawiającego bez udziału Wykonawcy, do Magazynu Elektroniki Medycznej Zamawiającego w terminie do 3 dni roboczych (tj. od poniedziałku do piątku w godzinach od 7:00 do 14:30), od daty złożenia zamówienia przez Zamawiającego.
5. Należyte wykonanie usługi przeglądu będzie każdorazowo potwierdzane przez Zamawiającego w protokole odbioru usługi przeglądu.
6. Zamawiający wymaga od Wykonawcy posiadania stosownych kodów i kluczy serwisowych, niezbędnych do wykonania przeglądu danego urządzenia (jeżeli dotyczy).
7 . Zamawiający wymaga, aby osoby wykonujące przedmiot zamówienia posiadały aktualne certyfikaty imienne potwierdzające odbycie szkoleń w zakresie obsługi urządzeń objętych przedmiotem Zamówienia, wydane przez podmioty zajmujące się szkoleniem serwisantów aparatury medycznej i udostępnienie ich na każde wezwanie Zamawiającego.
Wszystkie wyżej wymienione czynności stanowią pewną sekwencję zdarzeń, która winna być wykonana w ściśle określonym terminie. Zgodnie z § 2 ust. 10 Umowy Wykonawca zobowiązany jest dokonać naprawy urządzenia w terminie nie dłuższym niż:

a) 24 godziny od dokonania zgłoszenia przez Zamawiającego - w sytuacji określonej w ust. 9 pkt a),
b) 3 dni robocze (tj. od poniedziałku do piątku) od złożenia przez Zamawiającego oświadczenia o akceptacji kosztorysu naprawy - w sytuacji określonej w ust. 9 pkt b), z zastrzeżeniem ust. 10 pkt c) poniżej;
c) 5 dni roboczych (tj. od poniedziałku do piątku) od złożenia przez Zamawiającego oświadczenia o akceptacji kosztorysu naprawy - w sytuacji określonej w ust. 9 pkt b), jeżeli dokonanie naprawy wymaga sprowadzenia części zamiennych z zagranicy.

Natomiast zgodnie z Wyjaśnieniami kalkulacji kosztów z dnia 4 sierpnia 2020 r. wykonawcy OXIVENT wkalkulował on do swojej oferty jedynie 3 roboczogodziny przeglądu: *Szacunkowa ilość roboczogodzin konieczna do wykonania przeglądu to około 3 Rh (przegląd aparatu wraz z kardiomonitorem).*
Powyższe stanowi dowód na to, że Wykonawca w ogóle nie uwzględnił w swojej ofercie czynności napraw, o których mowa w SIWZ oraz w § 2. ust. 9 b) lub pod pojęciem przeglądu uznał również naprawy, niemniej jednak nie wkalkulował do oferty całości czasu niezbędnego do wykonania usługi - ponad 3 godziny aż do 5 dni roboczych.
O ile Zamawiający dokonał wezwania do wyjaśnienia przez OXIVENT ceny rażąco niskiej,
o tyle wyjaśnienia Wykonawcy nie zasługiwały na uwzględnienie. Zamawiający zaakceptował wyjaśnienia Wykonawcy dotyczące rażąco niskiej ceny, zawarte w piśmie
z dniach 4 sierpnia 2020 r. mimo, że wyjaśnienia te były zbyt ogólnikowe i nie poparte żadnymi dowodami. Prawo zamówień publicznych daje wytyczne, jakie okoliczności wykonawca winień udowodnić przy argumentowaniu, że cena przez niego zaoferowana nie jest ceną rażąco niską.
Okoliczności te nie zostały w ogóle poruszone w treści wyjaśnień OXIVENT z dnia 4 sierpnia 2020 r., a winny one dotyczyć:

1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę

albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2017 r. poz. 847).

W odniesieniu do tej przesłanki zgodnie z najlepszą wiedzą Odwołujący stwierdził, że wykonawca OXIVENT nie dysponuje żadnymi innowacyjnymi rozwiązaniami mającymi wpływ na wykonanie przedmiotu zamówienia w zaproponowanej cenie. Zwłaszcza wynagrodzenia osób, które będą wykonywać przedmiotowe zamówienie nie odbiegają od wynagrodzeń rynkowych, które w tej branży są dość wysokie. Natomiast jak wynika z kalkulacji wskazanych w treści tego pisma można domniemywać, że oferta wykonawcy OXIVENT zmierza do naruszenia przepisów o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, gdyż nie uwzględnia liczby godzin niezbędnej do dokonania naprawy zgodnie z umową - to jest aż 5 dni roboczych, w miejsce deklarowanych 3 godzin;

2)pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów – zgodnie z publicznie dostępnym rejestrem uzyskanej pomocy publicznej - baza SUDOP, na liście beneficjentów pomocy publicznej nie figuruje beneficjent OXIVENT.

Dowód: Wyciąg z bazy SUD
https://sudopMokik,aov.pl/search/clidBeneficiary:isessionid=iiOq az7MImrdz2q+QsLrR UąA. undefined

3)wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie.

Zgodnie z wiedzą Odwołującego OXIVENT nie korzysta z żadnych szczególnych uprawnień wynikających z przepisów prawa pracy i ubezpieczeń społecznych, umożliwiających oferowanie niskich cen.

4)wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska.

W okolicznościach tej sprawy kwestia ta nie jest kwestią zasadniczą, niemniej jednak OXIVENT nie dysponuje żadnymi szczególnym systemami umożliwiającymi stosowanie niskich cen.

5)powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy

W przedmiotowym zamówieniu Wykonawca nie będzie korzystał z podwykonawców - zgodnie z deklaracją w treści oferty.

Wykonawca nie wskazał natomiast czy dysponuje sprzętem do przeglądów i napraw czy zamierza je dopiero nabyć. Nie wskazał, czy dysponuje własnym magazynem. Nie potwierdza czy dysponuje zespołem odpowiednio przeszkolonych pracowników, o których mowa w § 2 ust. 17 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 3a do SIWZ posiadających aktualne certyfikaty imienne potwierdzające odbycie szkoleń w zakresie obsługi urządzeń objętych przedmiotem Zamówienia, wydane przez podmioty zajmujące się szkoleniem serwisantów aparatury medycznej i udostępnienie ich na każde wezwanie Zamawiającego. Ogólnikowość i brak wartości dowodowej Wyjaśnień kalkulacji kosztów z dnia 4 sierpnia 2020 r. powinny budzić wątpliwości. W odniesieniu do tego typu wyjaśnień Izba zajmowała już stanowisko w postępowaniu toczącym się pod sygnaturą KIO 1100/18. Niezależnie od powyższego uprzedzając ewentualne argumenty Zamawiającego lub ewentualnego przystępującego – OXIVENT, żełzba powinna w toku niniejszego postępowania nakazać powtórne wezwanie do wyjaśnień, podkreślić trzeba, że nawet gdyby Izba nakazała dokonanie powtórnej oceny ofert to brak jest podstaw do kolejnego wezwania wykonawcy OXIVENT do wyjaśnienia wskazanych wyżej niespójności i wątpliwości.

Odwołujący wskazał, że wobec ustalenia, że wyjaśnienia złożone przez OXIVENT były ogólnikowe i niepoparte dowodami, a wręcz dotyczą wyłącznie jednej części zakresu zamówienia - to jest wyłącznie przeglądów a nie napraw, nieuprawnione jest twierdzenie o konieczności ponowienia procedury wyjaśniającej. Nie zmienia tego fakt, że Zamawiający w wezwaniu wyjaśnień nie sformułował szczegółowych pytań, na które Wykonawca miał udzielić odpowiedzi. Nawet wezwanie bez takich precyzyjnych wskazań, z przytoczeniem jedynie ustawowych wytycznych, obliguje wykonawcę do złożenia kompletnych, rzetelnych i popartych dowodami wyjaśnień potwierdzających prawidłowość kalkulacji ceny, a ewentualne szczegółowe pytania mogą określać oczekiwane przez Zamawiającego rozłożenie akcentów i obligować do pogłębionej szczegółowości wyjaśnień w wybranych aspektach. Brak takich szczegółowych pytań nie zwalnia jednak z należytego wyjaśnienia wszystkich składników cenotwórczych, na poziomie szczegółowości właściwym dla profesjonalnego wykonawcy, czego OXIVENT nie uczynił.

Podsumowując powyższe wskazujemy, że OXIVENT nie wykazał, że dokonał należytej kalkulacji ceny ofertowej i uwzględnił w swojej ofercie jedynie przeglądy określone w pkt § 2 ust. 9 a) Wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 3a do SIWZ, a tym samym jego oferta jest niedoszacowana o co najmniej 2/3.

3.Zarzut niezastosowania przepisów o wykluczeniu wykonawcy z udziału w postępowaniu.

Jednym z istotnych kryteriów oceny ofert w niniejszym postępowaniu był termin dostarczenia kosztorysu.

Zgodnie z § 2 ust. 9 b) wzoru Umowy stanowiącego załącznik nr 3a do *SIWZ kosztorys naprawy obejmuje liczbę roboczogodzin realizacji usługi naprawy (w tym liczbę godzin pracy serwisu, która była niezbędna dla zdiagnozowania przyczyny awarii), rodzaj i cenę materiałów katalogowy producenta wymienianych części/ zespołów/ podzespołów/ elementów niezbędnych do należytego funkcjonowania urządzenia, określenie czy części są fabrycznie nowe lub rekondycjonowane lub używane lub stanowią zamienniki. Uszkodzone części/ zespoły/ podzespoły/ elementy wymontowane przez Wykonawcę w ramach świadczenia usługi naprawy są odbierane przez Wykonawcę po dokonaniu naprawy urządzenia w celu utylizacji.*

OXIVENT w Wyjaśnieniach kalkulacji kosztów z dnia 4 sierpnia 2020 r. wskazuje, że:*Części oferowane do wykonania przeglądów są częściami oryginalnymi; Oferowane części są fabrycznie nowe; Oferta obejmuje wykonanie całości przedmiotu zamówienia, w tym wszystkie koszty niezbędne do wykonania przeglądów urządzeń - zgodnie z wymogami techniczno - eksploatacyjnymi producenta.*

Powyższe stwierdzenia stanowią jedynie lakoniczną i niepopartą żadnymi dowodami kopię wymagań Zamawiającego z SIWZ. Przede wszystkim, jak wskazano w uzasadnieniu zarzutu nr 2 powyżej w zakresie ceny rażąco niskiej czynności przeglądu i naprawy są czynnościami odrębnymi i profesjonalny podmiot zajmujący się serwisowaniem urządzeń medycznych winien w swych wyjaśnieniach rozróżniać części wymagane do przeglądów od tych wymaganych do napraw.

OXIVENT w swoich wyjaśnieniach w ogóle nie poruszył kwestii części niezbędnych do napraw urządzenia.

Według najlepszej wiedzy autoryzowanego serwisu przedstawiciela producenta, OXIVENT nie zwracał się do autoryzowanego przedstawiciela serwisu producenta w Polsce z prośbą o przedstawienie oferty na części do sprzętu objętego SIWZ oraz jednoznacznie wyspecyfikowanego, zgodnie z odpowiedziami na pytania wykonawców do SIWZ z dnia 15 maja 2020 r.

Dowód: Zawiadomienie o wyjaśnieniach i zmianie treści SIWZ Z DNIA 15 maja 2020 r.
W ocenie autoryzowanego serwisu przedstawiciela producenta, niemożliwym jest sporządzenie kalkulacji kosztorysu w sytuacji, gdy np. konieczne jest podjęcie czynności zmierzających do pozyskania odpowiednich części z zagranicy. Odwołujący wskazał wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku sygn. akt XII Ga 206/19. Wykonawca OXIVENT podał informacje budzące istotne wątpliwości co do ich rzetelności, w szczególności w zakresie wysokości stawki roboczogodziny (zgodnie z argumentacją z pkt 2), terminu na opracowanie kosztorysu oraz zaakceptował wymogi SIWZ i wzoru umowy, których wedle najlepszej wiedzy Odwołującego może nie być w stanie spełnić. Powyższe informacje mają wpływ
na wynik postępowania, gdyż Zamawiający na podstawie przekazanych oświadczeń
i informacji dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty tego Wykonawcy. Przedstawienie informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego, które dotyczą okoliczności podlegających punktacji w ustalonych kryteriach oceny ofert, w niniejszym postępowaniu miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego. Od Wykonawcy, profesjonalnego uczestnika obrotu gospodarczego, składającego ofertę w postępowaniu
o udzielenie zamówienia publicznego wymagane jest zachowanie należytej staranności. Odwołujący wskazał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt KIO 444/20, KIO 708/2 oraz wyrok KIO 227/20.

4. Zarzut zaniechania wykluczenia z uwagi na brak spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Zgodnie z wyjaśnieniami do treści SIWZ Zamawiający wymagał, aby w części
16 Wykonawca wziął pod uwagę, iż czynności wskazane w umowie ma wykonywać osoba posiadająca stosowne przeszkolenie.
W ocenie Odwołującego Wykonawca nie udowodnił Zamawiającemu, iż jest w stanie należycie wykonać zamówienie, w szczególności czy jego zespół posiada stosowne certyfikaty. Nie poruszył bowiem tego tematu w Wyjaśnieniach kalkulacji kosztów z dnia
4 sierpnia 2020 r. przez wskazanie kosztu przeszkolenia serwisantów w zaoferowanej cenie. Jest to działanie nielogiczne i może potwierdzać brak tychże, gdyż zarówno kody serwisowe jak i przeszkolenie stanowią istotny czynnik kosztotwórczy. Ostatecznie OXIVENT zapewnił Zamawiającego, że jest w stanie prawidłowo wykonać przedmiot zamówienia, pomimo faktu, iż nie wykazał też w żaden sposób, iż pracownicy, mają odpowiednie przeszkolenie co było wymogiem wskazanym w SIWZ. Wskazane wyżej zachowanie Wykonawcy z całą pewnością wypełnia definicję rażącego niedbalstwa i jako takie stanowi podstawę do wykluczenia Wykonawcy, który się go dopuścił.

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

I.

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843; dalej: „Pzp" lub „ustawa"), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 24 sierpnia 2020 roku oraz została przekazana
w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co zostało potwierdzone przez Odwołującego na posiedzeniu oraz wynika z akt sprawy odwoławczej.

II.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy – Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.
W tym zakresie Izba nie podzieliła stanowiska prezentowanego przez Zamawiającego
w piśmie procesowym oraz w trakcie rozprawy, a odnoszącego się do braku interesu
po stronie Odwołującego z uwagi na upływ terminu związania ofertą z dniem 14 sierpnia 2020 roku. Odwołujący wniósł odwołanie w dniu 24 sierpnia 2020 roku, co w ocenie Zamawiającego, mając na uwadze upływ terminu związania ofertą, nie uprawnia
go korzystania ze środków ochrony prawnej w celu kwestionowania decyzji Zamawiającego. Izba podzieliła natomiast argumentację i stanowisko prezentowane przez Odwołującego zarówno w piśmie procesowym jak i na rozprawie.
Izba wskazuje – zgodnie z przeważającym kierunkiem orzeczniczym zaznaczając,
że stanowiska odmienne są jednostkowe i marginalne – że ustawa Prawo zamówień publicznych nie wiąże upływu terminu związania z ofertą z popadnięciem oferty w niebyt (wygaśnięciem). Orzecznictwo sądów powszechnych, które na przestrzeni lat uległo zmianie, jak również orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Uni Europejskiej (dalej: TSUE) uznaje, że sankcja w postaci odrzucenia oferty z uwagi na brak przedłużenia terminu związania ofertą bez wezwania Zamawiającego stoi w sprzeczności z zasadami prawa zamówień publicznych z art. 7 ust. 1 ustawy. Sankcja odrzucenia oferty wykonawcy określona w art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy związana jest jedynie z sytuacją, gdy wykonawca zgody na przedłużenie terminu związania ofertą nie wyrazi w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego – i to jest przepis, który zgodnie z orzeczeniem TSUE w sprawie C-35/17 można uznać za „wyraźny przepis ustawy krajowej" pozwalający na odrzucenie oferty z postępowania. W pozostałych przypadkach jakie mogą się pojawić w poszczególnych stanach faktycznych nie można odwołać się do żadnego innego przepisu ustawy, który w sposób wyraźny określałby sankcję odrzucenia z postępowania oferty. Mając powyższe na uwadze, jak również orzecznictwo TSUE odnoszące się do interesu wykonawców ubiegających się o udzielnie zamówienia
i konieczności jego jak najszerszego pojmowania, Odwołujący w przedmiotowej sprawie
ma interes w uzyskaniu tego zamówienia, ponieważ w przypadku dowiedzenia swoich racji opartych w zarzutach odwołania mógłby starać się zamówienie uzyskać.

III.

Na podstawie art. 191 ust. 2 ustawy wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania.

Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy – Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać
aż do zamknięcia rozprawy. Przepis ten nakłada na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem

Stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne. Podkreślenia wymaga w tym miejscu, że postępowanie przed Izbą stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne, a z istoty tego postępowania wynika, że spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne.

Mając na uwadze, że stosunki z zakresu prawa zamówień publicznych mają charakter cywilnoprawny, powołując w tym miejscu na regulację art. 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, zgodnie z którym kodeks reguluje stosunki cywilnoprawne między osobami fizycznymi i osobami prawnymi, przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego, który stanowi, że ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne należy wskazać, że właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; ei incubit probatio qui dicit non qui negat (na tym ciąży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza).

Izba wskazuje, że postępowanie odwoławcze jest odrębnym od postępowania o udzielenie zamówienia publicznego postępowaniem, które ma na celu rozstrzygnięcie powstałego pomiędzy Stronami sporu. W trakcie postępowania odwoławczego to Odwołujący kwestionuje podjęte przez Zamawiającego decyzje w zakresie oceny ofert i wykonawców w postępowaniu, nie zgadza się z podjętymi czynnościami lub zaniechaniem określonych działań, tak więc zgodnie z regułą płynącą z art. 190 ustawy to na Odwołującym ciąży ciężar dowiedzenia, że stanowisko Zamawiającego jest nieprawidłowe.

Izba wskazuje w tym miejscu na wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 19 marca 2009 roku sygn. akt X Ga 32/09, w którym to orzeczeniu Sąd wskazał między innymi Ciężar udowodnienia takiego twierdzenia spoczywa na tym uczestniku postępowania, który przytacza twierdzenie o istnieniu danego faktu, a nie na uczestniku, który twierdzeniu temu zaprzecza (…). Za wyrokiem z dnia 21 stycznia 2012 roku Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt KIO 54/12: *Zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy p.z.p. strony są obowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ciężar dowodu, zgodnie z art. 6 k.c. w zw. z art. 14 ustawy p.z.p. spoczywa na osobie, która z danego faktu wywodzi skutki prawne. Ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu (w tym przypadku Krajowej Izby Odwoławczej) dowodami o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności, zaś tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07). Postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą toczy się z uwzględnieniem zasady kontradyktoryjności, zatem to strony obowiązane są przedstawiać dowody a Krajowa Izba Odwoławcza nie ma obowiązku wymuszania ani zastępowania stron w jego wypełnianiu (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 grudnia 1997 r., sygn. akt II UKN 406/97, wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 27 maja 2008 r., sygn. akt V ACa 175/08, wyrok KIO 1639/11).*

IV.

Skład orzekający Izby rozpoznając sprawę uwzględnił akta sprawy odwoławczej, w skład których zgodnie z par. 8 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2018 roku w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2018 r. poz. 1092) wchodzą odwołanie wraz z załącznikami oraz kopia dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma przekazywane przez Izbę w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła także stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie do protokołu.

Izba uwzględniała stanowisko Zamawiającego zaprezentowane w piśmie z dnia 9 października 2020 roku „Odpowiedź Zamawiającego na odwołanie", w którym Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Izba uwzględniała stanowisko zaprezentowane przez Odwołującego w piśmie z dnia 13 października „Replika odpowiedzi zamawiającego na odwołanie".

Izba dopuściła dowody zawnioskowane i złożone przez Odwołującego:

- Dowód nr 1 – wydruk korespondencji mailowej z dnia 28 lipca 2020 roku wraz z Informacją o akceptacji wyceny nr 1-3P7URO2,
- Dowód nr 2 – wydruk korespondencji mailowej z dnia 1 lipca 2020 roku wraz z Informacją o akceptacji wyceny nr 1-3NVYWOD,
- Dowód nr 3 – wycena nr 1-3P7URO2 z dnia 28 lipca 2020 roku wraz z Informacją o akceptacji wyceny nr 1-3P7URO2,
- Dowód nr 4 - wycena nr 1-3NVYWOD z dnia 1 lipca 2020 roku wraz z Informacją o akceptacji wyceny nr 1-3NVYWOD.

V.

W zakresie zarzutów odwołania:

W zakresie zarzutu nr 2 – naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy w związku z art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy w związku z § 5 pkt 3 Rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, oraz pkt 6.3.3. SIWZ przez zaniechanie wezwania wykonawcy OXVENT do uzupełnienia dokumentów potwierdzających brak przesłanek wykluczenia z postępowania wykonawcy OXIVENT, który złożył na wezwanie Zamawiającego nieaktualne Zaświadczenie o niezaleganiu w podatkach oraz nieaktualne Zaświadczenie ZUS z dnia 20 lutego 2020 r., które są „starsze" niż 3 miesiące od daty otwarcia ofert to jest z dnia 15 czerwca 2020 r.;– Izba zarzut uznała za zasadny.

Izba ustaliła, termin składania ofert został wyznaczony na dzień 15 czerwca 2020 roku co wynika z Protokołu ZP-PN pkt 10 ppkt 3.

Zgodnie ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) Zamawiający w Rozdziale 6 – *Wykaz oświadczeń lub dokumentów, potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia oraz dokumentów lub oświadczeń potwierdzających, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego* wskazał:

- w punkcie 6.3. *Zamawiający przed udzieleniem zamówienia, wezwie wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, aktualnych na dzień złożenia następujących oświadczeń lub dokumentów:* w tabeli między innymi podał:

3. Aktualne zaświadczenie właściwego naczelnika urzędu skarbowego (…),

4. Aktualne zaświadczenie właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia

Społecznego (…).
Zamawiający pod tabelą w punkcie 6.3 SIWZ zamieścił następującą informację:
Pożądane jest (ale nie jest obowiązkowe) aby dokumenty, o których mowa w niniejszym rozdziale Wykonawca złożył wraz z ofertą.
W Rozdziale 5 – *Podstawy wykluczenia oraz warunki udziału w postępowaniu* Zamawiający podał w punkcie 5.1.1. *Wykonawcy ubiegający się o udzielenie przedmiotowego zamówienia nie mogą podlegać wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego*
na podstawie art. 24 ust. 1, art. 24 ust. 5 pkt 1 oraz art. 24 ust. 5 pkt 8 Pzp.
Wykonawca, który podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 13 i 14 oraz 16-20 Pzp, art. 24 ust.5 pkt 1 lub art. 24 ust. 5 pkt 8 może przedstawić dowody na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności, w szczególności udowodnić naprawienie szkody wyrządzonej przestępstwem lub przestępstwem skarbowym, zadośćuczynienie pieniężne za doznaną krzywdę lub naprawienie szkody, wyczerpujące wyjaśnienie 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, jeżeli wobec wykonawcy, będącego podmiotem zbiorowym, orzeczono prawomocnym wyrokiem sądu zakaz ubiegania się o udzielenie zamówienia oraz nie upłynął określony w tym wyroku okres obowiązywania tego zakazu.
Izba ustaliła, że wykonawca G. Ż. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą G. Ż. OXIVENT z siedziba w Sosnowcu (dalej: OXIVENT) przedstawił, wraz z ofertą Zaświadczenie o niezaleganiu w podatkach oraz Zaświadczenie o niezaleganiu w opłacaniu składek – każde z tych zaświadczeń wystawione w dniu 20 lutego 2020 roku.

Zgodnie z § 5 pkt 3 Rozporządzenia *w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia* (Dz. U. z 2020 r. poz. 1282) w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia wykonawcy z udziału
w postępowaniu zamawiający może żądać następujących dokumentów: zaświadczenia właściwej terenowej jednostki organizacyjnej Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego albo innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, lub innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca zawarł porozumienie z właściwym organem w sprawie spłat tych należności wraz z ewentualnymi odsetkami lub grzywnami, w szczególności uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu.
Izba zaznacza w tym miejscu, że Zamawiający w piśmie procesowym zawarł informację,
ż e *nie uwzględnia odwołania w odniesieniu do zarzutów określonych w punkcie 1,2,3,4,5,6,7,8,9* i wniósł o oddalenie odwołania w całości. Jednocześnie Zamawiający
w złożonym piśmie wskazał, że OXIVENT złożył nieaktualne Zaświadczenie o niezaleganiu w podatkach oraz Zaświadczenie o niezaleganiu w opłacaniu składek, podając,
że dokumenty te zostały wystawione wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert. Zamawiający podał, że zobowiązany był do wezwania wykonawcy zgodne
z art. 26 ust. 1 ustawy do złożenia dokumentów potwierdzających okoliczności określone
w art. 25 ust. 1 ustawy. Zamawiający wskazał, ze nie wzywał OXIVENT do złożenia żądanych dokumentów, wbrew temu co twierdzi Odwołujący i dlatego nie może wykluczyć wykonawcy i odrzucić jego oferty z postępowania.
Izba mając na uwadze ustalony stan faktyczny sprawy na podstawie postanowień SIWZ jak również faktu złożonych wraz z ofertą dokumentów - Zaświadczenie o niezaleganiu w podatkach oraz Zaświadczenie o niezaleganiu w opłacaniu składek przez OXIVENT uznała, że zarzut odwołania odnoszący się do zaniechania wezwania wykonawcy
do złożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy jest zasadny i dlatego nakazała Zamawiającemu - w postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego pod nazwą: Usługi serwisowe aparatury medycznej, w zakresie Pakietu nr 16 - Usługi serwisowe aparatury medycznej firmy Datex-Ohmeda unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej OXIVENT oraz wezwanie tego wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 ustawy do uzupełnienia dokumentów potwierdzających brak przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego tj. zaświadczenia właściwego naczelnika Urzędu Skarbowego oraz zaświadczenia właściwej terenowej jednostki organizacyjnej Zakładu Ubezpieczeń Społecznych.
Na wstępie Izba wskazuje, że za niezasadne uznaje podniesienie w zarzucie odwołania naruszenie art. 24 ust 5 pkt 8 ustawy, bowiem Odwołujący w żaden sposób nie wykazał,
że wykonawca OXIVENT naruszył obowiązki dotyczące płatności podatków, opłat lub składek na ubezpieczenie społeczne co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych, z wyjątkiem przypadku, o którym mowa w ust. 1 pkt 15, chyba że wykonawca dokonał płatności należnych podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne wraz z odsetkami lub grzywnami lub zawarł wiążące porozumienie w sprawie spłaty tych należności. Izba dostrzegła również, że Odwołujący
w zupełności pomiął kwestię dowodów które może przedstawić wykonawca na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności, w szczególności udowodnić naprawienie szkody wyrządzonej przestępstwem lub przestępstwem skarbowym, zadośćuczynienie pieniężne za doznaną krzywdę lub naprawienie szkody, wyczerpujące wyjaśnienie 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 (art. 24 ust. 8 ustawy). W ocenie Izby Odwołujący w sposób niezasadny i niezrozumiały wskazał na podstawę wykluczenia z art. 24 ust 5 pkt 8 ustawy nie podając żadnego uzasadnienia faktycznego w odniesieniu do podniesionej podstawy prawnej. W ocenie Izby, mając na uwadze treść uzasadnienia faktycznego jaką Odwołujący podniósł, brak argumentacji wynika z niezrozumienia tej fakultatywnej podstawy prawnej wykluczenia wykonawcy z postępowania, którą przewidział Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu. Samo powiązanie tej podstawy prawnej z art. 26 ust. 3 ustawy nie daje możliwości oceny przesłanki bowiem Odwołujący w żaden sposób jej nie uargumentował.
Izba uznała zarzut w odniesieniu do zaniechania wezwania wykonawcy OXIVENTzaświadczenia właściwego naczelnika Urzędu Skarbowego oraz zaświadczenia właściwej terenowej jednostki organizacyjnej Zakładu Ubezpieczeń

Społecznych za zasadny, bowiem wykonawca ten nie przedstawił dokumentów, które zgodnie z § 5 pkt 3 Rozporządzenia
w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy
w postępowaniu o udzielenie zamówienia można uznać za prawidłowo przedstawione.
Izba stwierdziła, że Zamawiający w swojej argumentacji pominął w zupełności kwestię wskazaną w dokumentacji postępowania tj. w SIWZ, a nawołującą wykonawców do złożenia dokumentów wraz z ofertą. Zamawiający jednoznacznie wskazał w dokumentacji postępowania, że p*ożądane jest (ale nie jest obowiązkowe) aby dokumenty, o których mowa w niniejszym rozdziale Wykonawca złożył wraz z ofertą.* Tym samym Zamawiający przesądził jednoznacznie, że dokumenty jakich wymaga od wykonawców w celu wykazania, że nie podlegają oni wykluczeniu składają wraz z ofertą. Nie jest to zabieg wynikający
z regulacji ustawowej, jednakże nie jest to również działanie jakie zostało ustawą zakazane. Niemniej, czynności Zamawiającego nie mogą zgodnie z ustawą naruszać zasad jakie zostają określone tą ustawą. Skoro Zamawiający „wezwał" do złożenia dokumentów wraz
z ofertą to wykorzystał on już procedurę wezwania w przypadku gdy wykonawca dokumenty przedstawił wraz z ofertą. W innym przypadku doszłoby do naruszenia zasad i dopuszczenia do sytuacji, w której wykonawca działając zgodnie z postanowieniami SIWZ byłby inaczej traktowany niż ten który nie złożył dokumentów i dopiero był wzywany. Wykonawca działający zgodnie z postanowieniami SIWZ w rozpoznawanej sprawie składając ofertę jednocześnie skonsumował wezwanie do złożenia dokumentów do wezwania złożenia jakich obowiązany jest Zamawiający. Zamawiający wezwanie skierował już samej treści SIWZ i choć nie reguluje go ustawa, to odnoszenie na etapie postępowania odwoławczego przez Zamawiającego do tego, że Zamawiający zobowiązany jest do wezwania z art. 26 ust. 1 ustawy w ocenie Izby w tym przypadku nie jest zasadne i stanowi swoistą próbę obejścia postanowień SIWZ i przepisów. Należy jednocześnie zaznaczyć, że Zamawiający wybrał wykonawcę OXIVENT, co oznacza, że prowadząc procedurę odwróconą poddał dokumenty złożone przez OXIVENT pod badanie. Fakt, że w sposób nieprawidłowy dokonał oceny przedstawionych dokumentów jest niezaprzeczalny i tego nie kwestionuje żądana ze stron postępowania. Mając na uwadze cały stan faktyczny tej sprawy, postanowienia SIWZ oraz podejmowane czynności przez wykonawcę OXIVENT Izba stanęła na stanowisku, że Zamawiający skorzystał już z procedury wezwania do złożenia dokumentów, natomiast uznanie, że ma prawo skorzystać z tej procedury w tym momencie skutkowałoby naruszeniem zasad prawa zamówień publicznych, które należy odnosić w postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego do wszystkich podmiotów biorących udział w danej procedurze zamówieniowej. W tym stanie rzeczy wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 ustawy należałoby poczytywać za kolejne wezwanie do przedstawienia tych samych dokumentów co jest niedopuszczalne. Dlatego też Izba uznała, że zasadnym jest skierowanie wezwania do złożenia dokumentów tj. zaświadczenia właściwego naczelnika Urzędu Skarbowego oraz zaświadczenia właściwej terenowej jednostki organizacyjnej Zakładu Ubezpieczeń Społecznych przez OXIVENT na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy, co też nakazała.
Izba podkreśla, że postępowanie o udzielnie zamówienia publicznego nie jest dowolnym, nieskodyfikowanym, luźnym postępowaniem, stanowi ono szczególną formę prowadzącą do zawarcia umowy w sprawie realizacji danego zamówienia, kreowane jest przez obowiązujące przepisy prawa dla tej dyscypliny i zobowiązuje tymi przepisami wszystkich uczestników tego systemu – obowiązujące regulacje prawne są bardzo szczegółowe i nakładają na podmioty starające się o udzielenie zamówienia publicznego sztywną regulację postępowania, w zamian natomiast pozwalającą zawrzeć kontrakt z podmiotem publicznym, czyli podmiotem istniejącym i gwarantującym wypłatę środków finansowych. natomiast
w przypadkach odmiennych, kreowanych przez Zamawiającego koniecznym jest takie rozstrzygnięcie zarzutów odwołania, które nie narusza zasad określonych ustawą. Każdy z wykonawców składających ofertę w postępowaniu chce wygrać zamówienie, chce zawrzeć kontrakt ale nie jest to wystarczającym uzasadnieniem dla sanowania błędów w ofercie jednego wykonawcy kosztem możliwości uzyskania zamówienia przez innego wykonawcę, bowiem naruszenie zasad (w tym art. 7 ust. 1 ustawy) określonych w ustawie zawsze należy odnosić do wszystkich podmiotów będących uczestnikami postępowania, bowiem wszystkich zasady te obowiązują.

W zakresie zarzutu nr 1 – art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy w związku z § 5 pkt. 2 i 3 Rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz pkt 6.3.3. SIWZ przez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy OXIVENT, który złożył na wezwanie Zamawiającego nieaktualne Zaświadczenie o niezaleganiu w podatkach z dnia 20 lutego 2020 r. oraz nieaktualne Zaświadczenie ZUS z dnia 20 lutego 2020 r., które są „starsze" niż 3 miesiące od daty otwarcia ofert to jest z dnia 15 czerwca 2020 r. – Izba uznała zarzut za niezasadny.

W ocenie Izby zarzut wykluczenia wykonawcy oparty na tych podstawach prawnych
i w świetle zawartego w zarzucie odwołania stanowiska jest niezasadny.
Podobnie jak w zakresie powyżej rozpoznanego przez Izbę zarzutu 2, Izba podkreśla,
że Odwołujący w tym zakresie nie przedstawił żadnej faktycznej argumentacji. Izba wskazuje, że w ramach środków ochrony prawnej - w zakresie wyznaczonym treścią zarzutów odwołania – następuje kontrola poprawności działania bądź bezprawnego zaniechania Zamawiającego pod względem zgodności z przepisami ustawy. Zakres rozstrzygnięcia, zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy wyznacza treść odwołania oraz kwestionowana w nim czynność i przede wszystkim podniesione zarzuty. Zgodnie z treścią tego przepisu, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Zgodnie z treścią art. 180 ust. 3 ustawy (analogicznie stanowi § 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań), odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności Zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Tym samym należy podkreślić, że właśnie określone
w ww. przepisie wymogi konstrukcyjne odwołania przesądzają, że treść zarzutu nie jest ograniczona wyłącznie do twierdzeń zawartych we wstępnej części odwołania (petitum)
i nie ogranicza się jedynie do podania podstawy prawnej oraz wskazania stanu faktycznego, a dotyczy również okoliczności faktycznych zawartych w sformułowanej przez Odwołującego argumentacji będącej uzasadnieniem stanowiska Odwołującego. Odwołanie powinno wyrażać zastrzeżenia wobec dokonanych przez Zamawiającego czynności lub zaniechań,
co oznacza obowiązek zaprezentowania przez Odwołującego nie tylko podstawy prawnej takich zastrzeżeń, ale przede wszystkim argumentacji odnoszącej się postulowanej oceny. Oznacza to zatem konieczność odniesienia się do elementów stanu faktycznego, jak również podjętych czynności lub zaniechań Zamawiającego w taki sposób, który pozwoli na uznanie, że podniesione zostały konkretne zarzuty wobec tych czynności lub zaniechań przypisanych

Zamawiającemu. O treści zarzutu decyduje w szczególności przytoczona podstawa faktyczna, wskazane przez danego Odwołującego okoliczności faktyczne, wskazywane uzasadnienie, oraz przypisana im kwalifikacja prawna, podkreślić należy, że ta kwalifikacja prawna decyduje o uwzględnieniu żądania odwołania.
Natomiast brak tej argumentacji w odniesieniu do przesłanek z art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy
w uzasadnieniu zarzutów odwołania zawartych w odwołaniu jest ewidentny i jednoznaczny. W ocenie Izby, dodatkowo należy wskazać, że Odwołujący myli instytucje obligatoryjnego wykluczenia wykonawcy z postępowania z uwagi na niewykazanie braku podstaw wykluczenia z postępowania (art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy) z instytucją fakultatywną, aczkolwiek przewidzianą przez Zamawiającego w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, dotyczącą naruszenia obowiązków płatności podatków, opłat lub składek na ubezpieczenie zdrowotne lub społeczne (art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy).
Izba zaznacza, że orzecznictwo sądów powszechnych jak również Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje na potrzebę ścisłego odczytywania treści zarzutu, w tym przede wszystkim niedopuszczalność wykraczania poza jego treść. Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29 czerwca 2009 r. w spr. X Ga 110/09, „O tym jakie twierdzenia lub zarzuty podnosi strona w postępowaniu nie przesądza bowiem proponowana przez nią kwalifikacja prawna ale okoliczności faktyczne wskazane przez tę stronę. Jeśli więc strona nie odwołuje się do konkretnych okoliczności faktycznych to skład orzekający nie może samodzielnie ich wprowadzić do postępowania tylko dlatego, że można je przyporządkować określonej, wskazanej w odwołaniu kwalifikacji prawnej.” Na potrzebę ścisłego traktowania pojęcia zarzutu wskazał również Sąd Okręgowy w Rzeszowie w uzasadnieniu wyroku z dnia 18 kwietnia 2012 r. w spr. o sygn. I Ca 117/12: „W zakresie postępowania odwoławczego art. 180 ust. 1 i 3 pzp stanowi, że odwołanie które powinno zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której jest zobowiązany na podstawie ustawy. Natomiast w myśl art. 192 ust. 7 pzp KIO nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Z jednej strony zostało więc wprowadzone przedmiotowe ograniczenie dla odwołującego się w postaci niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego, a z drugiej strony dla KIO, które nie może orzekać co do zarzutów niezwartych w odwołaniu. (…) Z analizy powyższych przepisów można wyciągnąć dwa zasadnicze wnioski dla niniejszej sprawy. Po pierwsze, zarówno granice rozpoznania sprawy przez KIO jak i Sąd są ściśle określone przez zarzuty odwołania, oparte na konkretnej i precyzyjnej podstawie faktycznej. Sąd w postępowaniu toczącym się na skutek wniesienia skargi jest związany podniesionymi w odwołaniu zarzutami i wyznaczonymi przez nie granicami zaskarżenia.”
Zauważyć należy, że zgodnie z orzeczeniami Sadu Najwyższego to nie podanie podstawy prawnej, a uzasadnienie faktyczne jest niezbędne do skutecznego złożenia środka zaskarżenia, w uzasadnieniu wyroku Sądu Najwyższego z 24 marca 2014 roku, sygn. akt III CSK 156/14 czytamy: Oznacza to, że nawet wskazanie jej przez powoda nie jest wiążące dla sądu, który w ramach dokonywanej subsumcji jest zobowiązany do oceny roszczenia w aspekcie wszystkich przepisów prawnych, które powinny być zastosowane jako mające oparcie w ustalonych faktach (por. orzeczenia Sądu Najwyższego z dnia 13 czerwca 1947 r., C III 137/47, OSNC 1948, nr 1, poz. 20, z dnia 2 maja 1957 r., II CR 305/57 OSNC 1958, nr 3, poz. 72; wyrok z dnia 15 września 2004 r., III CK 352/03, niepubl.). Podanie błędnej podstawy prawnej nie może wywołać negatywnych skutków dla powoda. Zwrócono również uwagę w orzecznictwie na to, że wskazanie w pozwie przez profesjonalnego pełnomocnika powoda podstawy prawnej żądania, mimo braku takiego obowiązku, może spowodować ukierunkowanie postępowania, przez pośrednie określenie okoliczności faktycznych uzasadniających żądanie (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 23 lutego 1999 r., I CKN 252/98, OSNC 1999, nr 9, poz. 152). Ukierunkowanie to nie może jednak oznaczać formalnego związania sądu podaną podstawą prawną zwłaszcza, gdy okoliczności faktyczne mogą stanowić oparcie dla innej, adekwatnej podstawy prawnej (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 28 lutego 2002 r., III CKN 182/01, niepubl.). (…) Niedopuszczalne byłoby zasądzenie przez sąd czegokolwiek na podstawie innego stanu faktycznego niż ten, który jest podstawą powództwa. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej również ugruntowany jest pogląd, że o prawidłowości konstrukcji zarzutu odwołania nie może przesądzać kwalifikacja prawna zaskarżonej czynności, ponieważ ostatecznie to do Izby należy subsumcja stanu faktycznego pod określoną normę prawną, natomiast kluczowe znaczenie ma podanie w treści odwołania uzasadnienia faktycznego, wyczerpującego
i zawierającego argumentację pozwalającą na ocenę poprawności zachowań (czynności, zaniechań) Zamawiającego, które kwestionuje we wniesionym odwołaniu Odwołujący.
Przenosząc powyższe twierdzenia Sądu Najwyższego na realia rozpoznawanej sprawy Izba wskazuje, że brak jest argumentacji faktycznej w uzasadnieniu odwołania w odniesieniu
do wskazanego braku jakiejkolwiek argumentacji w zakresie konieczności wykluczenia wykonawcy z postępowania, a uzasadnienie odwołania sprowadza się do argumentacji zaniechania wezwania do złożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy.

W zakresie zarzutów odwołania 3, 4, 5 – (3) naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy
w związku z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy przez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty OXIVENT pomimo, iż jego oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia i przeprowadzanie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, skutkujący wyborem jako oferty najkorzystniejszej wykonawcy, niedającego gwarancji należytego wykonania zamówienia oraz (4) naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w zw. z art. 90 ust. 1 ustawy w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy przez błędne przyjęcie, że Zamawiający dokonał wyboru oferty, która zawierała cenę rażąco niską, a z treści wyjaśnień Wykonawcy OXIVENT należy wywodzić, iż OXIVENT kalkulując ofertę nie dokonał należytego wyjaśnienia istotnych elementów oferty, co doprowadziło do wyboru oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą w rozumieniu ustawy, a zaistniały przesłania do odrzucenia oferty Wykonawcy OXIVENT oraz (5) naruszenia art. 90 ust. 1 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy przez uznanie, iż wyjaśnienia OXIVENT dotyczące ceny rażąco niskiej są wyczerpujące, w sytuacji, gdy przedstawione przez OXIVENT wyjaśnienia odznaczają się dużą ogólnością i nie udowadniają okoliczności mających wpływ na zaoferowaną przez tego wykonawcę cenę, w szczególności wobec faktu, iż OXIVENT nie przedłożył żadnych dowodów potwierdzających zasadność zaoferowanej ceny – Izba uznała zarzuty za niezasadne.
Izba ustaliła, że w ramach przedmiotowego postepowania o udzielnie zamówienia publicznego Zamawiający nie skierował do wykonawcy wezwania w trybie art. 90 ust. 1 ustawy odnoszącego się do wyjaśnienia, w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu oferty.
Izba ustaliła, że Zamawiający *działając na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy* za pismem z dnia 28 lipca 2020 roku wezwał wykonawcę OXIVENT*do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, tj. do złożenia wyjaśnień dotyczących informacji zawartych w formularzu cenowym dla Zadania nr 16.*
Zamawiający konstruując wezwanie sprecyzował pytania na jakie miał odpowiedzieć wykonawca, w szczególności

odnosząc się do:
- wykazu części przeznaczonych (użytych) do wykonania przeglądów poszczególnych urządzeń w każdym roku obowiązywania umowy,
- ceny wykazanych części,
- szacowaną liczbę roboczogodzin niezbędnych do wykonania poszczególnych przeglądów,
- szacowany koszt dojazdu do siedziby Zamawiającego,
- czy części oferowane do wykonania przeglądów są częściami oryginalnymi czy zamiennikami,
- czy oferowane części są fabrycznie nowe,
- czy oferta obejmuje wykonanie całości przedmiotu zamówienia, w tym wszystkie koszty niezbędne do wykonania przeglądów urządzeń – zgodnie z wymogami techniczno – eksploatacyjnymi producenta (poz. 1-12 formularza cenowego).
Wyjaśnienia dotyczące treści złożonej oferty Wykonawca jest zobowiązany złożyć
w oryginale w postaci dokumentu elektronicznego lub w elektronicznej kopii dokumentu lub oświadczenia poświadczonej za zgodność z oryginałem;
Mając na uwadze ustalony przez Izbę stan faktyczny sprawy, Izba wskazuje, że inne
są przesłanki wezwania z art. 90 ust. 1 ustawy, a inne są przesłanki wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy. Poza przesłankami leżącymi u podstaw wezwania do złożenia wyjaśnień odnotować należy również skutki jakie są powiązane
z każdym z wezwań, co ma również poza przesłankami kluczowe znaczenie także dla niemożliwości przypisywania znaczenia jednego wezwania drugiemu.
Wymaga wskazania, że w myśl art. 87 ust. 1 ustawy zostało ukształtowane prawo Zamawiającego do żądania w trakcie badania i oceny ofert od wykonawcy wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. Biorąc pod uwagę, że ustawodawca nie wiąże skutku w postaci konieczności odrzucenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oferty wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień – jest to odmienna sytuacja w stosunku do wezwania w trybie art. 90 ust. 1, gdzie w przypadku zaniechania udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu- nie można mówić o bezwzględnym obowiązku wzywania wykonawców do składania wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. Jednakże nie można pominąć w tym miejscu obowiązku, jaki ciąży na Zamawiającym, czyli rzetelnego przeprowadzenia postępowania o udzielnie zamówienia. Dokonując zestawienia uprawnienia wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie treści złożonej oferty oraz należytej oceny ofert wydaje się słusznym, że regulacja art. 87 ust. 1 powinna być rozpatrywana w kategoriach kompetencji Zamawiającego – czyli prawa Zamawiającego do żądania wyjaśnień jednakże połączonego z obowiązkiem zażądania tychże wyjaśnień celem wypełnienia obowiązku przeprowadzenia oceny ofert w sposób staranny i należyty. Podkreślenia wymaga w tym miejscu, że Zamawiający korzystając z tego uprawnienia wyjaśnia złożone przez wykonawcę oświadczenie woli – czyli treść oferty, czyli to, co było w niej zawarte na moment otwarcia ofert. Sama instytucja wyjaśnienia treści oferty stanowi swoiste ,,narzędzie'' Zamawiającego, dzięki któremu ma możliwość pozyskania dodatkowych informacji, co w przypadkach wątpliwości pozwala mu na należytą ocenę sytuacji (oferty). Uprawnienie Zamawiającego żądania od wykonawcy wyjaśnień nie może prowadzić do żadnych negocjacji z wykonawcą, którego to treść oferty podlega wyjaśnieniu, a także dokonania jakiejkolwiek zmiany w treści złożonej oferty, z wyłączeniem przypadków uregulowanych w art. 87 ust. 2. Istotnym i znamiennym jest również fakt, że wyjaśnienia treści złożonej oferty nie mogą prowadzić do zmiany treści oferty, a ograniczać się mogą jedynie do wskazania sposobu rozumienia treści jakie zawiera złożona oferta. Zamawiający nie może więc na podstawie wyjaśnień złożonych przez Odwołującego dokonywać zmian w treści pierwotnie złożonego przez wykonawcę oświadczenia woli (oferty). Ustawodawca nie zakazał również takiego wezwania do złożenia wyjaśnień, w którym zawarte są pytania odnośnie ceny części czy kosztu dojazdu o ile odnoszą się one do treści złożonej oferty.
W wyniku pozyskania określonych informacji w czasie wyjaśniania treści oferty Zamawiający może powziąć wątpliwości, które staną się podstawą do dalszych czynności np. wezwania w trybie art. 90 ust. 1 ustawy.
Natomiast w rozpoznawanej sprawie za kluczowy należy uznać fakt, przy rozpoznaniu zarzutów nr 3, 4, i 5 odwołania, że Zamawiający nie wzywał wykonawcy OXIVENT
do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ustawy.
Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Zamawiający jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia
i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie:
1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r.
o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2018 r. poz. 2177);
2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;
3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu,
w którym realizowane jest zamówienie;
4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;
5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.
Natomiast w art. 90 ust. 1 a ustawodawca określił po stronie Zamawiającego obowiązek
w przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od:
1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;
2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.
Izba podkreśla w tym miejscu, że zarzut niewezwania wykonawców do złożenia wyjaśnień
w postępowaniu w trybie art. 90 (ust. 1 lub 1a) ustawy jest innym zarzutem niż zaniechanie odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy. Izba wskazuje, że ustawa zobowiązując Zamawiających w art. 89 ust. 1 pkt 4

ustawy (Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (…) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia) oraz w art. 90 ust. 3 ustawy (Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia) do odrzucenia oferty, gdy ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia lub wykonawca nie złożył wyjaśnień, jednakże sankcja odrzucenia oferty z powodu rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia musi być zawsze poprzedzona przez Zamawiającego wezwaniem wykonawcy do złożenia wyjaśnień, których celem jest ustalenie poszczególnych elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny – art. 90 ustawy. (wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z 8 kwietnia 2009 roku, sygn. akt XII Ga 59/09 Skorzystanie z określonej w art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p. sankcji musi zostać poprzedzone żądaniem wyjaśnień od oferenta w trybie art. 90 p.z.p.). Stanowisko to jest od lat niezmiennie prezentowane w orzecznictwie Izby oraz sądów powszechnych.
W rozpoznawanej sprawie odwoławczej, mimo podniesienia w zarzucie 5 podstawy z art. 90 ust. 1 ustawy, Odwołujący nie ukształtował zarzutu i argumentacji dotyczącej zaniechania wezwania do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 (lub ust. 1a) ustawy. Brak jest również podniesienia jakiejkolwiek argumentacji faktycznej zmierzające w kierunku wykazania braku wezwania do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu oferty. W ocenie Izby wezwanie Zamawiającego do złożenia wyjaśnień treści oferty było jednoznaczne i nie dawało żadnej podstawy do uznania, że jest to wezwanie inne niż
w trybie art. 87 ust. 1 ustawy. Zamawiający w skierowanym wezwaniu nie wymagał
od wykonawcy informacji o sposobie kalkulacji ceny, o podstawach wyceny ewentualnie
o korzystnych warunkach wyceny czy też dookolnych okolicznościach wyceny – Zamawiający żądając wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy zapytał jedynie o cenę części czy koszt dojazdu. Brak udzielnie wyjaśnień przez wykonawcę w tym zakresie, w odpowiedzi na powyższe wezwanie, nie mogłaby rodzić również żadnych skutków po stronie wykonawcy, o ile Zamawiający nie podjąłby innych czynności.
Reasumując Izba uznała za niezasadne zarzuty nr 3, 4 i 5 bowiem ich podniesienie
i argumentacja im przypisana dotyczyły faktycznie nieistniejącego stanu faktycznego, żądania odrzucenia oferty na wskazanych w zarzutach podstawach nie zostały poprzedzone niezbędną i konieczna procedurą z art. 90 ust. 1 ustawy. Natomiast Odwołujący nie podniósł zarzutu naruszenia art. 90 ust.1 lub 1a ustawy i nie przedstawił argumentacji faktycznej
w tym zakresie.

W zakresie zarzutu 6 – naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty OXIVENT, podczas gdy jej treść nie odpowiada wymaganiom wskazanym w projekcie umowy stanowiącym zmieniony Załącznik Nr 3a do SIWZ z uwagi
na okoliczność, iż OXIVENT nie wykazał, iż dysponuje personelem posiadającym uprawnienia i kwalifikacje niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia, ani nie posiada niezbędnego oprogramowania serwisowego – Izba uznała zarzut za niezasadny.

Izba dostrzegła również w ramach tego zarzutu, że Odwołujący myli kluczowe instytucje Prawa zamówień publicznych takie jak „odrzucenie oferty" i „wykluczenie wykonawcy". Zarzut odwołania referuje do konieczności odrzucenia oferty wykonawcy z uwagi na niezgodność treści oferty z projektem umowy, natomiast w uzasadnieniu zarzutu odwołania Odwołujący referuje do konieczności wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielnie zamówienia publicznego. Izba zaznacza, że odrzucenie oferty i wykluczenie wykonawcy
to różne instytucje, które mają odmienne uregulowania w przepisach ustawy odpowiednio art. 89 oraz w zakresie wykluczenia art. 24 ustawy.
W uzasadnieniu zarzutów odwołania brak jest jakiejkolwiek argumentacji odnoszącej się do konieczności odrzucenia oferty wykonawcy OXIVENT na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Sam fakt podniesienia zarzutu odwołania i przytoczonej tam okoliczności wymaga uzasadnienia w treści odwołania chociażby przez odniesienie do wskazania treści oferty, która nie odpowiada wymaganiom Zamawiającego. Odwołujący nie wskazał w jakim miejscu treść złożonej oferty – która była mu dostępna – nie jest zgodna z dokumentacją postępowania. Nie wskazał żadnej okoliczności, która na etapie składania ofert wymagałaby od wykonawcy wykazywaniem się w ofercie dysponowania personelem posiadającym uprawnienia i kwalifikacje niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia oraz posiadaniem niezbędnego oprogramowania serwisowego, którego brak wykazania skutkowałby niezgodnością treści oferty z treścią SIWZ. Odwołujący również nie wykazał
w żaden sposób, że wykonawca obowiązany był do jakiegokolwiek wykazania spełnienia warunku w zakresie dysponowania personelem posiadającym uprawnienia i kwalifikacje niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia oraz posiadaniem niezbędnego oprogramowania serwisowego. Izba w wyniku analizy dokumentacji postępowania stwierdziła, że Odwołujący takich okoliczności nie wykazał bowiem nie były one w żaden sposób wymagane i określone przez Zamawiającego zarówno co do treści oferty jak i co do warunków udziału w postępowaniu. Jednocześnie aktualna pozostaje w zakresie tego zarzutu w całości argumentacja odnosząca się do konstrukcji zarzutów odwołania i ich uzasadnienia zawierającego argumentację faktyczną jaka Izba zawarła przy rozpoznaniu zarzutu 1.
Mając na uwadze powyższe Izba uznała zarzut 6 za niewykazany i niezasadny.

W zakresie zarzutu 7 – naruszenia art. 24 ust. 1 pkt. 17 ustawy przez jego niezastosowanie z uwagi na to, że OXIVENT wprowadził Zamawiającego w błąd przedstawiając niemożliwy do wykonania termin dostarczenia kosztorysu ofertowego,
w okolicznościach, w których, w razie zaistnienia konieczności nabycia urządzeń należących do producenta urządzenia lub jego autoryzowanego przedstawiciela termin ten jest niemożliwy do zachowania – Izba uznała zarzut za niezasadny.

Na wstępie, co ma kluczowe znaczenie dla rozpoznania zarzutu, Izba podaje, że regulację art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy można skutecznie zastosować, gdy wypełnione zostaną kumulatywnie następujące przesłanki, a mianowicie doszło do: (1) przedstawienie informacji przez wykonawcę niezgodnej z rzeczywistością, (2) informacja ma mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego, (3) informacja ta wprowadziła w błąd Zamawiającego, a (4) przedstawienie informacji musi być wynikiem lekkomyślności lub niedbalstwa. Wskazane przesłanki muszą być stosowane łącznie, a niewykazanie zaistnienia jednej z nich jest wystarczające do stwierdzenia, że Zamawiający nie stosując art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy nie naruszył tej ustawy. (podobnie: wyrok KIO 348/17, wyrok KIO 2736/17, Wyrok KIO 836/17, wyrok KIO 1058/17, wyrok KIO 1257/17, wyrok KIO 272/19).
Przedstawienie przez wykonawcę informacji niezgodnej z rzeczywistością stanowi pierwszą z przesłanek podstawy wykluczenia wykonawcy w oparciu o punkt 17 ww. artykułu ustawy. Informacja niezgodna z rzeczywistością, informacja nieprawdziwa (informacja wprowadzająca w błąd) to złożone przez wykonawcę oświadczenie wiedzy (lub przedstawienie oświadczenia wiedzy podmiotu trzeciego, którego treść pozostaje

w sprzeczności z rzeczywistym stanem rzeczy (tak też wyrok KIO 576/17).W orzecznictwie Izby ugruntowane jest stanowisko w zakresie tego co powinno być traktowane jako informacja nieprawdziwa, niezgodna z rzeczywistością (porównaj wyrok KIO 1633/11). Dla oceny czy mamy do czynienie z informacją niezgodną z rzeczywistością, która to, jak przed nowelizacją ustawy z 22 czerwca 2016 roku, „informacja nieprawdziwa" (w przepisie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy sprzed nowelizacji) nie ma definicji legalnej zawartej w ustawie pomocne jest orzecznictwo sądowe. W wyroku Sądu Najwyższego z dnia 5 kwietnia 2002 r. II CKN 1095/99 (za sądem apelacyjnym), czytamy, iż pojęcie "prawda", "prawdziwy", bądź ich zaprzeczenie występują wielokrotnie w aktach normatywnych, a wśród nich w kodeksie cywilnym (np. art. 780 § 1, art. 834, art. 815 § 3), w kodeksie postępowania cywilnego
(np. art. 3, art. 103 § 2, art. 252, 253, 254 § 1 i 2), w kodeksie karnym (np. art. 132, 213 § 1, 2 i 3, art. 297 § 1, art. 313 §) oraz w kodeksie postępowania karnego (np. art. 2 § 2, art. 188 § 1 i art. 312). Zdaniem Sądu Najwyższego, we wszystkich tych przypadkach pojęcie "prawda" rozumiane jest tak, jak w języku potocznym, a więc jako zgodność (adekwatność) myśli (wypowiedzi - w znaczeniu logicznym) z rzeczywistością (z "faktami" i "danymi"),
co odpowiada - na gruncie filozoficznym - tzw. klasycznej koncepcji prawdy i w tym sensie - zdaniem Sądu Najwyższego - wypowiedź o rzeczywistości jest prawdziwa tylko wtedy, gdy głosi tak, jak jest w rzeczywistości.
Zaznaczenia wymaga, że podanie informacji niezgodnych z rzeczywistością odpowiada podaniu informacji nieprawdziwych, chodzi tym samym o obiektywną niezgodność treści podanego oświadczenia z rzeczywistością. Informacje podawane w postępowaniu
o udzielenie zamówienie publicznego stanowią oświadczenia wiedzy składane w sposób celowy, stanowią odpowiedź na ukształtowane w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SWIZ wymagania, dlatego też muszą być rozpatrywane w pryzmacie staranności wymaganej
w danych okolicznościach, z uwzględnieniem profesjonalnego charakteru postępowania
o zamówienie oraz zawodowego charakteru powadzonej działalności przez wykonawców.
Do czynności Zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zgodnie z art. 14 ustawy, mają zastosowanie przepisy Kodeksu cywilnego. Tym samym czynność wykonawcy polegająca na przedstawieniu informacji wprowadzających
w błąd Zamawiającego należy oceniać w pryzmacie cywilistycznym, a więc dokonując oceny dochowania przez wykonawcę należytej staranności wymaganej od uczestnika postępowania (tak Sad Najwyższy w wyroku z dnia 23 października 2003 roku sygn. akt V CK 311/02). Jak wskazuje się w orzecznictwie, należyta staranność dłużnika określana przy uwzględnieniu zawodowego charakteru prowadzonej działalności gospodarczej uzasadnia zwiększone oczekiwanie, co do umiejętności, wiedzy, skrupulatności i rzetelności, zapobiegliwości i zdolności przewidywania. Obejmuje także znajomość obowiązującego prawa oraz następstw z niego wynikających w zakresie prowadzonej działalności.
Uwzględniając cywilistyczny kontekst oceny czynności wykonawcy w postępowaniu
o udzielenie zamówienia publicznego, powyższa argumentacja musi być uwzględniona przy ocenie spełnienia kolejnej z przesłanek z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy. Izba wskazuje,
że stwierdzenie niedbalstwa danej osoby jest uzasadnione tylko wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności (tak wyrok Sąd Najwyższego z 10 marca 2004 r., sygn. akt IV CK 151/03). Dodatkowo w stosunku do profesjonalistów miernik ten ulega podwyższeniu, gdyż art. 355 § 2 ustawy Kodeks cywilny precyzuje, że należytą staranność dłużnika
w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Za takiego profesjonalistę należy również uznać, co do zasady, wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego.
Izba dostrzegła w pierwszej kolejności, że w zarzucie odwołania Odwołujący odnosi się
do „kosztorysu ofertowego", jednocześnie w części uzasadnienia zarzutów odwołania Odwołujący odnosił się jedynie do „kosztorysu". Dodatkowo brak jest wskazania
w odwołaniu, zarówno w treści zarzutu podniesionego w petitum odwołania jak i w samy uzasadnieniu zarzutów odwołania, o jaki termin co do faktycznej jego wartości (godziny, dnia, miesiąca) chodzi Odwołującemu. Dodatkowo, co należy szczególnie podkreślić w treści zarzutu wskazanego w petitum odwołania Odwołujący odnosi się do *konieczności nabycia urządzeń należących do producenta urządzenia lub jego autoryzowanego przedstawiciela.*
Izba ustaliła, że w Formularzu cenowym do pakietu nr 16 (załącznik nr 2b do SIWZ) wykonawcaOXIVENT podał: *TERMIN DOSTARCZENIA KOSZTORYSU: 1 h (wpisać liczbę godzin).*
Izba ustaliła, że w SIWZ w załączniku nr 3a – Umowa, po zmianach z dnia 29 maja 2020 roku Zamawiający wprowadził następujące wymaganie w § 2:
9. Wizyta serwisu w siedzibie Zamawiającego mająca na celu naprawę urządzenia obejmuje następujące czynności:
a)jeżeli nie jest konieczna wymiana części/zespołów/ podzespołów/ elementów niezbędnych do prawidłowego (należytego) funkcjonowania urządzenia – Wykonawca dokonuje naprawy podczas wizyty serwisu. Po zakończeniu naprawy Wykonawca zobowiązany jest przedłożyć Zamawiającemu do akceptacji Kartę Pracy określającą liczbę godzin pracy serwisu o zakres wykonanych prac;
b)jeżeli jest konieczna wymiana części/zespołów/ podzespołów/ elementów niezbędnych do prawidłowego (należytego) funkcjonowania urządzenia – Wykonawca ustala przyczynę awarii urządzenia oraz sporządza i przekazuje Zamawiającemu kosztorys naprawy w formie elektronicznej
na adres poczty elektronicznej: ……...
w terminie do ……. godzin od momentu zgłoszenia przez Zamawiającego konieczności dokonania naprawy urządzenia, o którym mowa w ust. 8. Kosztorys naprawy obejmuje liczbę roboczogodzin realizacji usługi naprawy (w tym liczbę godzin pracy serwisu, która była niezbędna dla zdiagnozowania przyczyny awarii), rodzaj i cenę materiałów niezbędnych do wykonania naprawy, w szczególności nazwę oraz numer katalogowy producenta wymienianych części/ zespołów/ podzespołów/ elementów niezbędnych do należytego funkcjonowania urządzenia, określenie czy części są fabrycznie nowe lub rekondycjonowane lub używane lub stanowią zamienniki. Uszkodzone części/ zespoły/ podzespoły/ elementy wymontowane przez Wykonawcę w ramach świadczenia usługi naprawy są odbierane przez Wykonawcę po dokonaniu naprawy urządzenia w celu utylizacji.
Wykonawca może przystąpić do wykonania usługi naprawy wyłącznie po akceptacji kosztorysu przez Zamawiającego.
W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał kumulatywnego spełnienia przesłanek z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy. Izba podkreśla, że treść wezwania do złożenia wyjaśnień treści oferty jak również treść przedstawionych przez wykonawcę wyjaśnień z dnia 4 sierpnia 2020 roku – a do którego to dokumentu w swojej argumentacji referuje Odwołujący – odnoszą się do „kosztów przeglądów poszczególnych urządzeń", „części oferowane do wykonania przeglądów są częściami

oryginalnymi”.
Izba dostrzegła również, że Odwołujący w przedstawionym uzasadnieniu odwołania sam wskazał, że „czynności przeglądu i naprawy są czynnościami odrębnymi i profesjonalny podmiot zajmujący się serwisowaniem urządzeń medycznych winien w swoich wyjaśnieniach rozróżnić części wymagane do przeglądów od tych wymaganych do napraw”. Dodatkowo Odwołujący jednoznacznie podał w uzasadnieniu odwołania, nawiązując do wyjaśnień OXIVENT z dnia 4 sierpnia 2020 roku, że „OXIVENT w swoich wyjaśnieniach w ogóle
nie poruszył kwestii części niezbędnych do naprawy urządzenia”.
Izba wskazuje, że Odwołujący sam rozróżnił części wymagane do przeglądów od tych wymaganych do napraw. Należy w tym miejscu odnotować, że wyjaśnienia wykonawcy OXIVENT z dnia 4 sierpnia 2020 roku odnoszą się jedynie do części dotyczących przeglądów, co również dostrzegł sam Odwołujący. Tym samym skoro wyjaśnienia z dnia 4 sierpnia 2020 roku odnoszą się tylko do części do przeglądów, to nie sposób przenosić przedstawionych tam informacji na części niezbędne do napraw. Charakterystykę części, zespołów, podzespołów, elementów niezbędnych do prawidłowego funkcjonowania urządzenia Zamawiający wprowadził w § 2 pkt. 9 lit. b umowy, w którym wskazał, że „kosztorys naprawy” - a nie jak pisał w zarzucie odwołania Odwołujący „kosztorys ofertowy” – musi zawierać informację dotyczące*: rodzaj i cenę materiałów niezbędnych do wykonania naprawy, w szczególności nazwę oraz numer katalogowy producenta wymienianych części/ zespołów/ podzespołów/ elementów niezbędnych do należytego funkcjonowania urządzenia, określenie czy części są fabrycznie nowe lub rekondycjonowane lub używane lub stanowią zamienniki.*
Odwołujący błędnie założył, a czemu dał wyraz szczególnie w trakcie rozprawy, że zgodnie
z wyjaśnieniami z dnia 4 sierpnia 2020 roku złożonymi przez OXIVENT, że części do napraw będą „częściami oryginalnymi”. Jednakże ta informacja z wyjaśnień treści SIWZ nie odnosiła się do części do napraw lecz do części do przeglądów. Izba wskazuje, że Odwołujący
nie wykazał, ze OXIVENT do napraw sprzętu z pakietu 16 będzie używał części oryginalnych pochodzących od producenta autoryzowanego serwisu. Sam Zamawiający dopuścił natomiast możliwość stosowania części do napraw rekondycjonowanych, używanych lub będących zamiennikami.
Mając powyższe na uwadze Izba wskazuje, że Odwołujący nie wykazał, że nie jest możliwe przygotowanie kosztorysu naprawy zgodnie z wymaganiami Zamawiającego określonymi
w postanowieniach umowy (§ 2 pkt. 9 lit. b umowy) w ciągu 1 godziny zaoferowanej przez OXIVENT. Odwołujący wykazał natomiast w ocenie Izby, co potwierdzają również dowody przedstawione przez Odwołującego, że pozyskiwanie część przez podmioty zewnętrzne u GE jest długotrwałe - kilkugodzinne, ale nie dowodzi to w żaden sposób nierealności oświadczenia złożonego przez OXIVENT, jak również nie dowodzi spełnienia jakiejkolwiek przesłanki z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy. Przedstawione dowody potwierdzają pewne fakty jakie miały miejsce w przeszłości ale w żaden sposób Odwołujący nie uprawdopodobnił,
że te same okoliczności będą występowały w trakcie realizacji przedmiotowego kontraktu. Odwołujący nie wykazał w żaden sposób, że nie istnieją zamienniki, czy tez niemożliwe jest użycie przez OXIVENT części używanych czy rekonycjonowanych. Nadmienić należy
w tym miejscu, że wyjaśnienia wykonawcy OXIVENT skupiają się na częściach
do przeglądów co stanowi efekt pytań jakie skierował Zamawiający do wykonawcy, dlatego też w ocenie Izby informację z wyjaśnień treści oferty, że „części są fabrycznie nowe”
nie sposób odnosić do części do napraw, do których jak słusznie wskazał sam Odwołujący wykonawca OXIVENT w złożonych wyjaśnienia w ogóle się nie odniósł. Również wyjaśnienia jakie przedstawia w ramach wezwania do wyjaśnień treści oferty OXIVENT w zakresie cen odnoszą się do cen części przeglądów – co ponownie potwierdza, że części napraw pozostawały poza zainteresowaniem Zamawiającego w kierowanym wezwaniu do złożenia wyjaśnień treści oferty.
Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że Odwołujący nie wykazał kumulatywnego spełnienia przesłanek z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy, nie wykazał w żaden sposób,
że OXIVENT wprowadził Zamawiającego w błąd oferując termin – 1 godzina sporządzenia
i przekazania Zamawiającemu kosztorysu naprawy jest niemożliwy do wykonania; Odwołujący nie wykazał, że części do napraw wykonawca będzie nabywał u producenta urządzenia lub jego autoryzowanego przedstawiciela.

W zakresie zarzutu 8 – naruszenia art. 24 ust. 1 pkt. 17 ustawy przez jego niezastosowanie z uwagi na to, że OXIVENT wprowadził Zamawiającego w błąd udzielając wyjaśnień co do zaoferowanej ceny i przedstawił informację wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogący mieć wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego
w postępowaniu o udzielenie zamówienia – Izba uznała zarzut za niezasadny.

Izba mając na uwadze całość argumentacji Izby poczynioną w zakresie rozpoznania zarzutów 3, 4 i 5 jak również zarzutu 7 wskazuje, że nie było możliwe wprowadzenie Zamawiającego przez OXIVENT przy udzielaniu wyjaśnień odnoszących się
do zaoferowanej ceny ponieważ w ramach postępowania o udzielnie zamówienia publicznego Zamawiający nie wzywał do wyjaśnienia, w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu oferty.
W odniesieniu do tego zarzutu odwołania podniesionego w petitum odwołania aktualna pozostaje również argumentacja zawarta w rozpoznaniu zarzutu 1, a odnosząca się do braku przedstawienia faktycznej argumentacji pozwalającej na dokonanie oceny podniesionego naruszenia prawa w kontekście przesłanek wynikających z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy. Brak jest w tym zakresie w uzasadnieniu odwołania jakiejkolwiek argumentacji faktycznej,
co oznacza, że nie ma możliwości dokonania oceny stanowiska Odwołującego wyrażonego w petitum odwołania.

W zakresie zarzutu 9 – naruszenia art. 24 ust. 1 pkt. 16 lub 17 ustawy przez jego niezastosowanie, w sytuacji gdy Wykonawca OXIVENT wprowadził Zamawiającego w błąd co do spełniania warunków udziału w postępowaniu określonych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia – Izba uznała zarzut za niezasadny.

W zakresie rozpoznania tego zarzutu aktualna pozostaje cała argumentacja prawna zawarta w rozpoznaniu zarzutu 7. Izba dodaje w tym miejscu, że dla zastosowania normy art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy muszą zajść następujące przesłanki, a mianowicie (1) przedstawienie informacji przez wykonawcę niezgodnej z rzeczywistością (2) informacja ta wprowadziła
w błąd Zamawiającego, (3) błąd ten polegał na przyjęciu przez Zamawiającego,
że wykonawca nie podlega wykluczeniu, a (4) przedstawienie informacji musi być wynikiem zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa – co istotne przesłanki te również muszą zostać spełnione kumulatywnie.
Izba wskazuje, że w zakresie tego zarzutu aktualna pozostaje również argumentacja prawna zawarta w rozpoznaniu zarzutu 6 odwołania. Izba dodaje w tym miejscu, że Odwołujący
w zarzucie wskazanym w petitum odwołania nie wyjaśnił o jakie warunki udziału

w postępowaniu chodzi. Wydaje się, choć czym innym jest brak spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a czym innych wprowadzenie Zamawiającego w błąd, że argumentacja faktyczna w tym zakresie została ujęta w punkcie 4 uzasadnienia odwołania. Izba wskazuje, że Odwołujący przypisał wymaganiom Zamawiającego określonym w umowie (w załączniku nr 3a do SIWZ – Umowa) znaczenie jakiego Zamawiający nie nadał w trakcie procedury o udzielnie zamówienia publicznego. Izba jednoznacznie stwierdza w tym miejscu, że w ramach SIWZ i warunków udziału w postępowaniu Zamawiający nie postawił żadnego wymagania w odniesieniu do konieczności wykazania, że pracownicy realizujący zamówienie posiadają stosowne certyfikaty oraz przeszkolenia. Skoro nie było warunku to wykonawca takiego warunku na etapie składania ofert nie wykazywał. Tym samym nie można przypisać wykonawcy – jak twierdzi w odwołaniu Odwołujący – rażącego niedbalstwa stanowiącego podstawę do wykluczenia wykonawcy z postępowania. Kolejny raz Odwołujący wykazał nieznajomość i niezrozumienie podstawowych instytucji Prawa zamówień publicznych w konsekwencji stawiając zarzut odwołania w odniesieniu do nieistniejącego (brak warunków udziału w postępowaniu w tym zakresie) wymagania Zamawiającego.

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 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 (t.j. Dz. U poz. 972 ze zm.).

Przewodniczący: ……