Sygn. akt: KIO 1349/23

WYROK
z dnia 30 maja 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca:Beata Pakulska-Banach

Protokolant:Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 maja 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 maja 2023 r. przez wykonawcę: **Medikol Systems Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Warszawa – Ursynów w Warszawie**

przy udziale: wykonawcy **SK-MED Systems Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu**zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu z punktu I odwołania,
2. oddala odwołanie w pozostałym zakresie,
3. kosztami postępowania obciąża odwołującego Medikol Systems Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu izalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:……

Sygn. akt: KIO 1349/23

UZASADNIENIE

Zamawiający – Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Warszawa –Ursynów w Warszawię prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp" lub „Pzp",którego przedmiotem są: *Usługi w zakresie wykonywania przeglądów technicznych aparatury medycznej i laboratoryjnej*, numer referencyjny: SPZOZ.U.ZAP.919.2023. Zamówienie zostało podzielone na części.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznychw dniu 9.03.2023 r., nr 2023/BZP 00128518. Wartość zamówienia nie przekracza progów unijnych.

Pismem z dnia 8.05.2023 r. zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu w częściach 1, 27, 45, 47, 60, 61, przy czym w zakresie Pakietu nr 1, 47, 60 i 61 za najkorzystniejszą została uznana oferta złożona przez wykonawcę SK-MED Systems Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu.

W dniu 15 maja 2023 roku wykonawca Medikol Systems Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu zwany dalej: „odwołującym", wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie w zakresie części nr 1, 47, 60, 61 postępowania zarzucając zamawiającemu naruszenie:

I. art. 18 ust. 1 i 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16.08.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2019 r. poz. 1010), dalej jako „Uznk" w zw. z art. 74 ust. 1 i 2 w zw. z 73 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 Pzp w zw. z art. 239 ust. 1 Pzp — poprzez:

a) zaniechanie udostępnienia odwołującemu przekazanego przez wykonawcę SK-MED „uzasadnienia" zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa pełnej korespondencji z wykonawcą SK-MED dotyczącej złożonych przez tego wykonawcę podmiotowych środków dowodowych, w tym samych podmiotowych środków dowodowych złożonych przez wykonawcę, wezwań zamawiającego oraz odpowiedzi wykonawcy w zakresie podmiotowych środków dowodowych (tj. informacji i dokumentów wykazujących, że zastrzegane wyjaśnienia zawierają tajemnicę przedsiębiorstwa), podczas gdy takie uzasadnienie nie zawiera tajemnicy przedsiębiorstwa (nie posiada wartości gospodarczej) i jak wynika z ugruntowanego orzecznictwa ze swej istoty nie może być utajniane, a nadto SK-MED nie wykazał, aby samo uzasadnienie zastrzeżenia zawierało tajemnicę przedsiębiorstwa,

z ostrożności, na wypadek nieuwzględnienia zarzutu podniesionego w pkt a) lub uznania, że uwzględnienie tego zarzutu nie jest wystarczające do uwzględnienia odwołania w zakresie nakazania zamawiającemu unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty,

b) uznanie za skuteczne zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa pełnej korespondencji z wykonawcą SK-MED dotyczącej złożonych przez tego wykonawcę podmiotowych środków dowodowych, w tym samych podmiotowych środków dowodowych złożonych przez wykonawcę, wezwań zamawiającego oraz odpowiedzi wykonawcy w zakresie podmiotowych środków dowodowych, a także uzasadnienia objęcia ww. informacji tajemnicą (o ile takie uzasadnienie zostało sporządzone — o czym odwołujący nie ma wiedzy) i tym samym zaniechanie ich ujawnienia odwołującemu pomimo, iż SK-MED nie wykazał zasadności uznania tych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa,

c) bezpodstawne uznanie za tajemnicę przedsiębiorstwa treści wezwań, których autorem jest zamawiający,

d) zaniechanie udostępnienia korespondencji i przekazania informacji na temat przyczyn nieudostępnienia korespondencji w szczególności wbrew zasadzie przejrzystości;

II. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp i art. 111 pkt 5 Pzp — poprzez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawcy SK-MED w częściach nr 1, 47, 60, 61 — pomimo, że wykonawca SK-MED - we wcześniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Szpital w Białymstoku w warunkach zamiaru lub rażącego niedbalstwa złożył nieprawdziwe oświadczenie, że posiada upoważnienie producenta sprzętu/autoryzowanego przedstawiciela do wykonywania usług przeglądów technicznych, konserwacji oraz napraw aparatury zdając sobie sprawę z tego, że nie jest upoważniony przez producenta sprzętu do wykonywania usług przeglądów technicznych, konserwacji oraz napraw aparatury — czym wprowadził zamawiającego w błąd i wpłynął na wynik tamtego postępowania;

alternatywnie — w przypadku nieuwzględnienia powyższego zarzutu:

naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp i art. 111 pkt 6 Pzp — poprzez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawcy SK-MED w częściach nr 42, 85, 102, 127, 129 (przyp.: odwołujący na posiedzeniu z udziałem stron sprostował, że chodzi tu o części: 1, 47, 60 i 61) - pomimo, że wykonawca SK-MED - we wcześniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Szpital w Białymstoku złożył nieprawdziwe oświadczenie, że posiada upoważnienie producenta sprzętu/autoryzowanego przedstawiciela do wykonywania usług przeglądów technicznych, konserwacji oraz napraw aparatury zdając sobie sprawę z tego, że nie jest upoważniony przez producenta sprzętu do wykonywania usług przeglądów technicznych, konserwacji oraz napraw aparatury — czym wprowadził zamawiającego w błąd i wpłynął na wynik tamtego postępowania;

III. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp i art. 111 pkt 6 Pzp — poprzez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawcy SK-MED w częściach nr 42, 85, 102, 127, 129(przyp.: odwołujący na posiedzeniu z udziałem stron sprostował, że chodzi tu o części: 1, 47, 60 i 61) — pomimo, że wykonawca SK-MED — w niniejszym postępowaniu nie poinformował zamawiającego o sytuacji złożenia nieprawdziwego oświadczenia w Szpitalu w Białymstoku oraz o wypowiedzeniu umowy przez Szpital w Białymstoku, względnie nieprawdziwie informował obecnego zamawiającego o okolicznościach w postępowaniu w Szpitalu w Białymstoku, co powoduje, że wykonawca SK-MED — w zamiarze wprowadzenia zamawiającego w błąd, względnie — w wyniku rażącego niedbalstwa, ewentualnie — lekkomyślności lub zwykłego niedbalstwa - przedstawił w niniejszym postępowaniu informacje wprowadzające zamawiającego w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia;

IV. art. 239 ust. 1 Pzp - poprzez wybór ofert złożonych przez wykonawcę SK-MED jako najkorzystniejszych w częściach nr 1, 47, 60, 61 oraz poprzez zaniechanie wyboru ofert złożonych przez odwołującego jako najkorzystniejszych w częściach nr 1, 47, 60, 61 postępowania, mimo iż oferty odwołującego złożone we wskazanych częściach nie podlegają odrzuceniu oraz przedstawiają najkorzystniejsze warunki realizacji zamówienia.

W oparciu o powyższe zarzuty odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:
1. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 8.05.2023 r. w częściach nr 1, 47, 60, 61 postępowania,
2. wykluczenia wykonawcy SK-MED w częściach nr 1, 47, 60, 61 z postępowania i odrzucenia złożonych przez tego wykonawcę ofert,
3. powtórzenia czynności badania i oceny ofert w częściach nr 1, 47, 60, 61,
4. wyboru oferty odwołującego w częściach nr 1, 47, 60, 61 postępowania jako oferty najkorzystniejszej.

Ponadto wnosił o zasądzenie na rzecz odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa według spisu, który przedłożony zostanie na rozprawie.

Odwołujący pismem z dnia 25 maja 2023 r. złożył oświadczenie w przedmiocie wycofania zarzutu opisanego w pkt I odwołania, w związku z czym postępowanie odwoławcze w tym zakresie podlegało umorzeniu.

W zakresie pozostałych zarzutów odwołania, które zostały przez niego podtrzymane, odwołujący podnosił co następuje.

W rozdziale VI SWZ „Podstawy wykluczenia" — zamawiający określił jako stosowane w postępowaniu fakultatywne podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp.

W przedmiotowym postępowaniu w dniu 20.03.2023 r. (termin składania ofert) SK-MED złożył wraz z ofertą oświadczenie, iż nie podlega wykluczeniu z postępowania, w tym nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp.

Tymczasem w dniu 7.04.2022 r. — w postępowaniu w Białymstoku - wykonawca SK-MED złożył nieprawdziwe oświadczenie, że posiada upoważnienie producenta sprzętu/autoryzowanego przedstawiciela do wykonywania usług przeglądów technicznych, konserwacji oraz napraw aparatury.

W postępowaniu o udzielenie zamówienia pn. „Usługa przeglądów, konserwacji oraz napraw aparatury i sprzętu medycznego (DA.ZP.242.12.2022)" prowadzonym przez Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Wojewódzki Szpital Zespolony im. Jędrzeja Śniadeckiego w Białymstoku (dalej zwany jako: „Szpital w Białymstoku") wykonawca SK-MED wprowadził zamawiającego w błąd, iż posiada upoważnienie od producenta lub autoryzowanego przedstawiciela aparatury / sprzętu do wykonania usług przeglądów technicznych, konserwacji oraz napraw aparatury / sprzętu tego wytwórcy Wykonawca SK-MED miał świadomość, że nie posiada takiego upoważnienia, mimo to złożył oświadczenie nieodpowiadające prawdzie, przez co wprowadził zamawiającego w błąd i uzyskał zamówienie. Szpital w Białymstoku zweryfikował oświadczenie SK-MED w trakcie obowiązywania umowy i stwierdził, że złożone przez wykonawcę oświadczenie było nieprawdziwe. W konsekwencji tego Szpital odstąpił od umowy z wykonawcą, wskazując m.in., że: *„Wykonawca SK-MED SYSTEMS Sp. z o.o. wezwany do złożenia wyjaśnień nie sprostał wymogowi udowodnienia potwierdzenia prawdziwości złożonego w postępowaniu oświadczenia.".* Wykonawca SK-MED utajnił złożone wyjaśnienia oraz pozostałą część korespondencji dotyczącą podmiotowych środków dowodowych wskazując, iż stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa. W dniu 18.04.2023 r. zamawiający dokonał pierwszego wyboru ofert SK-MED w częściach 1, 47, 60, 61, którą to czynność następnie unieważnił w dniu 24.04.2023 r. W dniu 8.05.2023 r. w wyniku ponownego badania i oceny ofert za najkorzystniejszą w ww. częściach ponownie została uznana oferta wykonawcy SK-MED.

Odwołujący zauważył, że Szpital w Białymstoku w wyniku przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia zawarł umowę w 2022 r. z wykonawcą SK-MED, której przedmiotem była *„Usługa przeglądów, konserwacji oraz napraw aparatury i sprzętu medycznego".* Wykonawca ten realizował umowę w zakresie zadania nr 10, tj. w zakresie obsługi serwisowej aparatów marki Samsung.

Odwołujący wskazał, że Szpital w Białymstoku wymagał w dokumentach zamówienia, żeby wykonawca posiadał *„upoważnienie od producenta lub autoryzowanego przedstawiciela aparatury / sprzętu do wykonania usług przeglądów technicznych, konserwacji oraz napraw aparatury / sprzętu tego wytwórcy".* Wykonawca SK-MED złożył wraz z ofertą oświadczenie potwierdzające ww. wymóg, a które wedle odwołującego, wprowadzało w błąd Szpital w Białymstoku. Było to oświadczenie o treści następującej :

„Oświadczenie o posiadaniu uprawnień

Na potrzeby postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na usługę przeglądów, konserwacji oraz napraw aparatury i sprzętu medycznego, oznaczenie postępowania: DA.ZP.242.12.2022. prowadzonego przez Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Wojewódzki Szpital Zespolony im. Jędrzeja Śniadeckiego w Białymstoku. oświadczam(y), że: Jesteśmy upoważnieni przez producenta lub autoryzowanego przedstawiciela aparatury / sprzętu do wykonywania usług przeglądów technicznych, konserwacji oraz napraw aparatury / sprzętu tego wytwórcy - w zakresie Pakietu nr 10".

Według odwołującego wykonawca SK-MED nie jest i nigdy nie był autoryzowanym przedstawicielem producenta

aparatów RTG marki SAMSUNG w zakresie obsługi serwisowej, nigdy nie posiadał i nie posiada upoważnienia od autoryzowanego przedstawiciela marki SAMSUNG w zakresie obsługi serwisowej. Odwołujący podał, iż Szpital w Białymstoku — już po podpisaniu umowy - przeprowadził w tym zakresie postępowanie wyjaśniające, na podstawie którego stwierdził, że SK-MED w momencie złożenia oferty i oświadczenia — nie posiadał wymaganego upoważnienia. W konsekwencji powyższego Szpital w Białymstoku w dniu 7.04.2023 r. złożył oświadczenie o odstąpieniu od umowy z wykonawcą SK-MED. Powodem odstąpienia od umowy było *„złożenie nieprawdziwego oświadczenia o posiadaniu uprawnień”.*

W ocenie odwołującego wykonawca SK-MED działał z zamiarem wprowadzenia zamawiającego w błąd. Miał on pełną świadomość, że składając oświadczenie o posiadaniu upoważnienia wydanego przez producenta lub autoryzowanego przedstawiciela producenta do wykonywania usług przeglądów technicznych, konserwacji oraz napraw aparatury / sprzętu tego wytwórcy — wprowadza zamawiającego w błąd. Podkreślił, że wspólnicy wykonawcy SK-MED są osobami z kilkuletnim doświadczeniem w branży, a sam wykonawca jest podmiotem profesjonalnym działającym w branży medycznej i jest świadomy, iż upoważnienie producenta lub autoryzowanego przedstawiciela aparatury / sprzętu do wykonywania usług przeglądów technicznych, konserwacji oraz napraw aparatury / sprzętu, którego wymagał od wykonawcy Szpital w Białymstoku — to w istocie dokument — certyfikat wydawany konkretnemu przedsiębiorcy do wykonywania określonego rodzaju usług serwisowych aparatów medycznych, do określonych aparatów medycznych. Nadmienił też, że na terenie Polski są jedynie dwa upoważnione podmioty, w tym odwołujący, które są upoważnione do wykonywania usług przeglądów technicznych, konserwacji oraz napraw aparatów RTG produkcji SAMSUNG przez producenta SAMSUNG KOREA. Natomiast wykonawca SK-MED nigdy nie posiadał takiego upoważnienia wydanego przez producenta, czy też jego autoryzowanego przedstawiciela. Odwołujący podkreślił też, że dokument upoważnienia producenta wydawany jest okresowo na rzecz podmiotu — osoby prawnej, nie zaś na rzecz konkretnej osoby np. inżyniera serwisu. A zatem, sama okoliczność, że któryś z pracowników, współpracowników czy wspólników wykonawcy — nabył i posiada samodzielnie określone uprawnienia, nie oznacza, że to wykonawca takie uprawnienia posiada, nie oznacza to również, że wykonawca może się powoływać na takie uprawnienia jako własne. Odwołujący podniósł, iż w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego istotne jest rozdzielenie wymagań podmiotowych stawianych samemu wykonawcy od wymagań stawianych personelowi wykonawcy. W przypadku postępowania prowadzonego przez Szpital w Białymstoku adresatem wymogu posiadania upoważnienia wydanego przez producenta lub autoryzowanego przedstawiciela producenta — był wykonawca, a nie personel wykonawcy. Odwołujący zauważył, że Szpital w Białymstoku wymagał, żeby to wykonawca jako samodzielny podmiot praw i obowiązków — posiadał upoważnienie o określonym zakresie i wydane przez producenta lub autoryzowanego przedstawiciela producenta serwisowanego sprzętu. To bowiem wykonawca ma gwarantować wykonanie usługi zgodnie z wymaganiami przedmiotowymi i podmiotowymi ustanowionymi w postępowaniu. To na wykonawcy ciąży obowiązek należytego zrealizowania usługi, a do tego konieczne było posiadanie określonych uprawnień.

Reasumując odwołujący stwierdził, że wykonawca SK-MED składając oświadczenie o posiadaniu wymaganego w postępowaniu upoważnienia wydanego przez producenta sprzętu lub jego autoryzowanego przedstawiciela — w sytuacji, gdy miał świadomość, że jako wykonawca takiego upoważnienia nie posiada — działał z bezpośrednim zamiarem wprowadzenia zamawiającego w błąd w celu potwierdzenia, iż spełnia wymóg określony w postępowaniu.

Niezależnie od powyższego – w ocenie odwołującego – wykonawca SK-MED podlega także wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, gdyż swoim działaniem wypełnił wszystkie okoliczności, o których mowa w tym przepisie.

Wykonawca SK-MED wprowadził zamawiającego w błąd, gdyż oświadczył nieprawdę, iż posiada uprawnienia nadane mu przez producenta lub autoryzowanego przedstawiciela producenta. Odwołujący dodał, że dowodem na to, iż SK-MED takich uprawnień nie posiada jest przeprowadzona przez Szpital w Białymstoku weryfikacja w toku której wykonawca ten nie potrafił wykazać, że jego oświadczenie było prawdziwie, w konsekwencji czego Szpital odstąpił od umowy. Kolejnym dowodem - wedle odwołującego - jest zaświadczenie — oficjalne stanowisko wydane przez umocowanego przedstawiciela SAMSUNG Korea (dowód złożony przez odwołującego), które potwierdza, że SAMSUNG nigdy nie zawarł umowy z SK-MED, zatem nie jest możliwe żeby wykonawca był przez ten podmiot uprawniony do wykonywania usług serwisowych na wyprodukowanym przez niego sprzęcie.

Odwołujący podkreślił, że oświadczenie dotyczące uprawnień, którego złożenia wymagał Szpital w Białymstoku w istocie dotyczyło sytuacji podmiotowej wykonawcy, dotyczyło spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Uprawnienia

posiadane przez wykonawcę wskazują na jego zdolności podmiotowe do należytego wykonania przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wskazał, że została spełniona kolejna przesłanka z tego przepisu, tj. wprowadzenie w błąd było wynikiem zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa. Nie jest bowiem możliwe, żeby SK-MED nie wiedział, nie miał świadomości, iż nie posiada uprawnień nadanych przez SAMSUNG lub jego autoryzowanego przedstawiciela. Takie uprawnienia zawsze potwierdzane są stosownym dokumentem i wymagają od wykonawcy spełnienia określonych wymogów i podpisania umowy z producentem lub jego autoryzowanym przedstawicielem, lub złożeniem stosownego zobowiązania przez wykonawcę.

Ponadto, działanie wykonawcy SK-MED miało wpływ na wynik postępowania, bowiemw jego konsekwencji oferta SK-MED została wybrana jako najkorzystniejsza w postępowaniu. Gdyby wykonawca nie złożył nieprawdziwego oświadczenia — nie mógłby uzyskać zamówienia, a jego oferta zostałaby odrzucona.

Odwołujący stwierdził, też że zgodnie z art. 111 pkt 5 Pzp wykluczenie wykonawcy następuje w przypadku, o którym mowa w art. 109 ust. 1 pkt 8, na okres 2 lat od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia, a skoro wprowadzenie zamawiającego - Szpitala w Białymstoku w błąd miało miejsce 8.04.2022 r., to oznacza, że nie upłynął jeszcze okres podlegania wykluczeniu przez wykonawcę w związku z wystąpieniem tego zdarzenia.

Dalej odwołujący stwierdził, że w tym stanie rzeczy wykonawca SK-MED składając w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia — oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu z postępowania, które swoim zakresem obejmowało przesłankę wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp — miał pełną świadomość złożenia nieprawdziwego oświadczenia Szpitalowi w Białymstoku, które wprowadzało zamawiającego w błąd odnośnie do uprawnień posiadanych przez wykonawcę. Tym samym jest też wykonawcą, który wprowadził Zamawiającego w błąd w przedmiotowym postępowaniu poprzez złożenie oświadczenia z art. 125 ust. 1 Pzp (załącznik nr 3 do SWZ) o braku podstaw do wykluczenia z postępowania, w tym na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8-10 ustawy Pzp.

Odwołujący zauważył, że wykonawca złożył przedmiotowe oświadczenie już po odstąpieniu od umowy przez Szpital w Białymstoku.

W ocenie odwołującego wykonawca SK-MED miał obowiązek poinformować zamawiającego o fakcie wprowadzania w błąd innego zamawiającego - Szpitala w Białymstokuw innym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, mającym istotny wpływ na decyzje tego zamawiającego, którego skutkiem było odstąpienie od umowy przez tego zamawiającego oraz wyjaśnić wszelkie okoliczności z tym związane. Podkreślił też, że ten wykonawca miał świadomość wprowadzenia w błąd Szpitala w Białymstoku od daty złożenia nieprawdziwego oświadczenia, tj. od 7.04.2022 r. Z kolei brak przekazania zamawiającemu informacji o powyższych okolicznościach — stanowi, także w tym postępowaniu, wprowadzenie zamawiającego w błąd.

Dalej odwołujący zauważył, że w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje się, że poświadczenie faktu „NIE podlegam wykluczeniu" w formularzu oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu z postępowania uniemożliwia zamawiającemu weryfikację, czy wykonawca daje rękojmię prawidłowego wykonania umowy, pomimo zaistnienia sytuacji, której dotyczy pytanie zawarte w oświadczeniu.

Reasumując odwołujący stwierdził, że w tych okolicznościach złożenie przez SK-MED oświadczenia w ramach przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, iż nie podlega on wykluczeniu na mocy art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp — jest wprowadzeniem zamawiającego w błąd. To działanie wykonawcy było zamierzone i miało na celu wykazanie, iż nie podlega on wykluczeniu z postępowania. Jednocześnie działalnie to wywołało skutek w postaci wyboru oferty tego wykonawcy w postępowaniu.

W dalszej kolejności odwołujący podniósł, iż zamawiający dysponował wszelkimi informacjami i dokumentami, na podstawie których powinien stwierdzić, że wykonawca SK-MED podlega wykluczeniu z postępowania na mocy art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp. Wskazał, że przekazał on zamawiającemu wraz z wnioskiem z dnia 11.04.2023 r.:

1) kopię uzasadnienia odstąpienia od umowy przez Szpital w Białymstoku, wobec faktu wprowadzenia w błąd zamawiającego, co miało istotny wpływ na decyzje podjęte w postępowaniu o zamówienie publiczne;

2) kopię nieprawdziwego oświadczenia złożonego przez wykonawcę SK-MED Szpitalowi w Białymstoku, potwierdzającego rzekome posiadanie przez wykonawcę SK-MED upoważnienia wydanego przez producenta lub autoryzowanego przedstawiciela aparatury / sprzętu do wykonywania usług przeglądów technicznych, konserwacji oraz napraw aparatury / sprzętu tego wytwórcy — w zakresie Pakietu nr 10 (aparaty RTG SAMSUNG);

3) kopię dokumentów wraz z tłumaczeniem uzyskanych od SAMSUNG KOREA — przedstawiciela producenta aparatów RTG marki SAMSUNG — jedynego, uprawnionego podmiotu do wydawania upoważnień w zakresie wykonywania usług przeglądów technicznych, konserwacji oraz napraw aparatury / sprzętu, (w tym wypadku marki SAMSUNG),

potwierdzających, że wykonawca SK-MED nie jest i nigdy nie był autoryzowanym przedstawicielem producenta aparatów RTG marki SAMSUNG w zakresie obsługi serwisowej, nie posiadał i nie posiada upoważnienia od autoryzowanego przedstawiciela marki SAMSUNG w zakresie obsługi serwisowej aparatów RTG produkcji SAMSUNG.

Odwołujący podkreślił, iż zamawiający dysponował informacjami potwierdzającymi, że wykonawca SK-MED w kwietniu 2022 r. dopuścił się wprowadzenia w błąd innego zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie posiadanych uprawnień - co miało wpływ na wynik tego postepowania, a w konsekwencji co doprowadziło do odstąpienia od umowy przez tego zamawiającego oraz, że okoliczności wprowadzenia w błąd innego zamawiającego są bezdyskusyjne. A także zamawiający miał świadomość, że w tym postępowaniu wykonawca nie poinformował go o okolicznościach związanych z wprowadzeniem w błąd Szpitala w Białymstoku, a co więcej złożył oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp.

Zdaniem odwołującego zamawiający nieprawidłowo ocenił ofertę wykonawcy SK-MED, w tym złożone przez niego oświadczenia oraz okoliczności związane z wprowadzeniem w błąd. Po uzyskaniu ww. informacji i dokumentów powinien był on wykluczyć wykonawcę SK-MED z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp i odrzucić ofertę zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp.

Ponadto, odwołujący wskazał, że niezależnie od powyższego wykonawca SK-MED podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp. Podkreślił, że opisane działanie wykonawcy SK-MED wypełnia wszystkie okoliczności, o których mowa w tym przepisie.

Po pierwsze, wykonawca przedstawił informacje wprowadzające zamawiającego w błąd w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, tj. oświadczył Szpitalowi w Białymstoku nieprawdę, iż posiada uprawnienia nadane mu przez producenta lub autoryzowanego przedstawiciela producenta.

Po drugie, wprowadzenie zamawiającego w błąd było wynikiem lekkomyślności lub niedbalstwa, gdyż okoliczność posiadania odpowiednich uprawnień należy do podstawowych aspektów działalności każdego z wykonawców z branży usług serwisowych aparatury medycznej. Nie jest również możliwe, żeby wykonawca nie miał świadomości, że nie posiada wymaganego w postępowaniu uprawnienia nadanego przez producenta lub autoryzowanego przedstawiciela producenta urządzeń. Co najmniej zaś powinien był się upewnić przed złożeniem oświadczenia czy posiada stosowne uprawnienie.

Po trzecie, działanie wykonawcy SK-MED miało wpływ na wynik postępowania, bowiem w konsekwencji jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza w postępowaniu. Gdyby wykonawca nie złożył nieprawdziwego oświadczenia — nie mógłby uzyskać zamówienia, a jego oferta zostałaby odrzucona.

Następnie odwołujący wskazał, że wykluczenie wykonawcy w przypadku, o którym mowa w art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp, zgodnie z art. 111 pkt 6 Pzp, następuje na okres roku od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia. Skoro wprowadzenie w błąd Szpitala w Białymstoku miało miejsce w dacie składania ofert w postępowaniu prowadzonym przez Szpital w Białymstoku, tj. 8.04.2022 r., to w terminie składania ofert w niniejszym postępowaniu (tj. w dniu 20.03.2023 r.) oraz w momencie złożenia przez SK-MED oświadczenia o braku podstaw do jego wykluczenia z postępowania — nie upłynął jeszcze okres podlegania wykluczeniu w związku z wystąpieniem tego zdarzenia. Zatem już samo złożenie przez SK-MED oświadczenia w ramach przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, iż nie podlega on wykluczeniu na mocy art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp — stanowi jaskrawy przykład wprowadzenia zamawiającego w błąd.

Następnie odwołujący wskazał, że w niniejszym postępowaniu wykonawca SK-MED działała w warunkach posiadania świadomości, iż wprowadził innego zamawiającego w błąd (i odstąpienia od umowy przez Szpital w Białymstoku) w związku z czym powinien był poinformować o tym samodzielnie obecnego zamawiającego i przedstawić informacje pozwalające na ocenę sytuacji przez zamawiającego. Przez to, że tego nie uczynił, wprowadził w błąd obecnego zamawiającego.

W ocenie odwołującego okoliczności te potwierdzają, że wypełnione zostały przesłanki, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, tj. działania zamierzonego lub rażącego niedbalstwa — i wprowadzenia zamawiającego w błąd, przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. A nawet, gdyby uznać, że działanie wykonawcy nie miało charakteru umyślnego lub rażącego niedbalstwa, to wypełnia ono znamiona lekkomyślności lub niedbalstwa i przedstawienia informacji wprowadzających w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Zdaniem odwołującego, za niedopuszczalne w tej sytuacji należy uznać ewentualne umożliwienie wykonawcy SK-MED dokonania procedury samooczyszczenia. Zwrócił uwagę, iż Krajowa Izby Odwoławcza w swoich orzeczeniach wskazuje na to, że skorzystanie z instytucji self-cleaning powinno nastąpić z własnej inicjatywy wykonawcy i bez wezwania zamawiającego (odwołujący przytoczył w tym zakresie stosowne orzeczenia Izby).

Reasumując swoją argumentację w tym zakresie odwołujący stwierdził, że na wykonawcy SK-MED ciążył obowiązek poinformowania zamawiającego o okoliczności wprowadzenia przez niego w błąd innego zamawiającego w jednym z wcześniejszych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Nie byłoby prawidłowym działanie polegające na następczym umożliwieniu wykonawcy „wytłumaczenia się" z sytuacji związanej z postępowaniem w Białymstoku, już po dowiedzeniu się przez zamawiającego o podstawie do wykluczenia wykonawcy z postępowania, albowiem to SK-MED powinien zainicjować ewentualną procedurę samooczyszczenia, jednak zrezygnował z tego - oświadczając nieprawdę w dokumencie oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu z postępowania.

W końcu odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy Pzp odwołujący wskazał, że zarzut ten ma charakter wynikowy w stosunku do wcześniejszych zarzutów. Gdyby zamawiający prawidłowo ocenił oferty wykonawcy SK-MED złożone w częściach nr 1, 47, 60, 61, wykluczyłby wykonawcę z postępowania i dokonałby odrzucenia złożonych przez niego ofert, a w takim przypadku zamówienie uzyskałby odwołujący.

W związku z powyższym odwołujący stwierdził, że wniesienie odwołania jest zasadne i konieczne.

Pismem z dnia 18.05.2023 r. wykonawca SK-MED Systems Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu (dalej: „przystępujący" lub „SK-MED") zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Izba stwierdziła, że przystąpienie zostało dokonane skutecznie.

W dniu 24.05.2023 r. zamawiający wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczejodpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie odwołania w całości.

W dniu 25.05.2023 r. przystępujący złożył Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej pisemne stanowisko w sprawie, w którym wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Także w dniu 25.05.2023 r. odwołujący złożył Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej oświadczenie o wycofaniu części zarzutów odwołania, tj. o wycofaniu zarzutu nr I odwołania.

W toku posiedzenia z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego oraz rozprawy strony i przystępujący podtrzymali swoje stanowiska w sprawie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Izba uznała, że wobec wycofania zrzutu z pkt I odwołania, tj. zarzutu naruszenia art. 18 ust. 1 i 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16.08.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z art. 74 ust. 1 i 2 w zw. z 73 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 Pzp w zw. z art. 239 ust. 1 Pzp — postępowanie odwoławcze w tym zakresie podlegało umorzeniu na podstawie art. 568 pkt 1 w zw. z art. 520 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 568 pkt 1 ustawy Pzp Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku cofnięcia odwołania. Natomiast stosownie do art. 520 ustawy Pzp odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozpraw.

W zakresie pozostałych zarzutów odwołanie zostało skierowane do rozpoznania na rozprawie.

Przedmiotem zamówienia są usługi w zakresie wykonywania przeglądów technicznych aparatury medycznej i laboratoryjnej. Wartość zamówienia nie przekracza progów unijnych. Postępowanie jest prowadzone w trybie podstawowym bez możliwości przeprowadzenia negocjacji. Zamówienie zostało podzielone na 63 części, przy czym odwołanie dotyczyło części: 1, 47, 60 i 61.

W rozdziale VI pkt 1 Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ") zamawiający wskazał, że: *„O udzielenie przedmiotowego zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu na podstawie art. 108 ust. 1 oraz art. 109 ust. 1 pkt 1, 4, 8, 10 ustawy Pzp."*.

W dniu 11.04.2023 r. odwołujący złożył wniosek o odrzucenie ofert złożonych przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 oraz 10 Pzp, tj. ofert wykonawcy SK-MED, złożonych w Pakietach nr 1, 47, 60 i 61. We wniosku tym odwołujący powołał się na treść informacji wydanych przez Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny Nr 4 w Lublinie, Wojewódzki Szpital Podkarpacki im. Jana Pawła II w Krośnie oraz dokumentów uzyskanych od Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej Wojewódzkiego Szpitala Zespolonego w Białymstoku (dalej jako:

„Szpital w Białymstoku").

Pismem z dnia 18.04.2023 r. zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszych ofert w zakresie Pakietów: 1- 16- 28- 41- 47- 60- 61.

Pismem z dnia 20.04.2023 r. odwołujący złożył wniosek o unieważnienie czynności wyboru ofert najkorzystniejszych oraz o odrzucenie ofert złożonych przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 oraz 10 Pzp. Wniosek ten dotyczył unieważnienia czynności wyboru ofert złożonych przez wykonawcę SK-MED w zakresie Pakietów: 1- 47- 60- 61. We wniosku tym odwołujący powołał się na dokumenty przekazane przez Szpital w Białymstoku i wskazywał, że wynika z nich, iż wykonawca SK-MED wprowadził zamawiającego (Szpital w Białymstoku) w błąd składając oświadczenie o posiadaniu uprawnień i przytoczył treść tego oświadczenia. W oświadczeniu tym wykonawca wskazał: *„Jesteśmy upoważnieni przez producenta lub autoryzowanego przedstawiciela aparatury / sprzętu do wykonywania usług przeglądów technicznych, konserwacji oraz napraw aparatury / sprzętu tego wytwórcy - w zakresie Pakietu nr 1.".*

Odwołujący poinformował zamawiającego, że *„Tymczasem SK MED. Systems Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu nie jest i nigdy nie był autoryzowanym przedstawicielem producenta aparatów RTG marki SAMSUNG w zakresie obsługi serwisowej aparatów RTG produkcji SAMSUNG, nigdy nie posiadał i nie posiada upoważnienia od autoryzowanego przedstawiciela marki SAMSUNG w zakresie obsługi serwisowej aparatów RTG produkcji SAMSUNG, czego jednoznacznym potwierdzeniem jest Zaświadczenie (wraz z tłumaczeniem) – oficjalne stanowisko wydane przez umocowanego przedstawiciela SAMSUNG Korea – w załączeniu.*

Wobec powyższego, złożony przez Wykonawcę SK MED. w niniejszym postępowaniu dokument w postaci „Oświadczenia o posiadaniu uprawnień – Załącznik nr 5 do SWZ" zawiera informacje niezgodne ze stanem faktycznym i prawnym"

oraz wskazał, że według jego wiedzy umowa została rozwiązana przez Szpital w Białymstoku.

Pismem z dnia 20.04.2023 r. zamawiający wystąpił z wnioskiem o udzielenie informacji publicznej do Szpitala w Białymstoku w zakresie następujących informacji:
„a) Czy Wykonawca SK Med Sp. z o.o. wykonał w całości zawartą z Zamawiającym umowę w zakresie zadania nr 10 zawartej po przeprowadzeniu postępowania DA.ZP.242122022
b) Czy umowa opisana w punkcie a) została rozwiązana, a jeśli tak- przez kogo i z jakiej przyczyny i w jakiej dacie.
c) Czy Wykonawca SK Med Sp. z o.o. w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub czy zataił te informacje lub nie był w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych?".

W odpowiedzi z dnia 21.04.2023 r. Szpital w Białymstoku wskazał, że:
„a) Zamawiający odstąpił od zawartej umowy nr DA.ZP2421M832022 w trakcie jej obowiązywania.
b) Zamawiający odstąpił od zawartej umowy nr DA.ZP.2421.183.2022 w dniu 07.042023 r. Przyczyna odstąpienia opisana w oświadczeniu o odstąpieniu, stanowiącym załącznik do niniejszego pisma.
c) Wykonawca w postępowaniu złożył przedmiotowy środek dowodowy - załącznik nr 5 do SWZ - oświadczenie o posiadaniu uprawnień. Zdaniem Zamawiającego odpowiedzi na powyższe zapytanie może udzielić wskazany w treści pytania wykonawca.".

W oświadczeniu o odstąpieniu od umowy (załączonym do ww. informacji) Szpital w Białymstoku wskazał, że: *„Zamawiający w dniu 25.01.2023 r. powziął informację, iż Wykonawca SK-MED SYSTEMS Sp. z o.o. (ul. Święty Marci 29/8, 61-806 Poznań) w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego będącego przedmiotem ww. umowy złożył nieprawdziwe oświadczenie o posiadaniu uprawnień, tj. oświadczenie: „Jesteśmy upoważnieni przez producenta lub autoryzowanego przedstawiciela aparatury / sprzętu do wykonywania usług przeglądów technicznych, konserwacji oraz napraw aparatury / sprzętu tego wytwórcy – w zakresie Pakietu nr 10". Wykonawca SK-MED SYSTEMS Sp. z o.o. wezwany do złożenia wyjaśnień nie sprostał wymogowi udowodnienia potwierdzenia prawdziwości złożonego w postępowaniu oświadczenia.*
W związku z powyższym zaistniała okoliczność uzasadniająca odstąpienie od umowy nr DA.ZP.2421.183.2022 zawartej dnia 09.06.2022 r. z Wykonawcą SK-MED SYSTEMS Sp. z o.o. z Poznania na podstawie § 11 ust. 5 pkt 1.".

Pismem z dnia 24.04.2023 r. zamawiający zawiadomił wykonawców o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz o ponownym przeprowadzeniu czynności oceny ofert w zakresie Pakietów: 1- 47- 60- 61

Także pismem z dnia 24.04.2023 r. zamawiający zwrócił się do wykonawcy SK-MED o udzielenie wyjaśnień w związku z

powzięciem informacji o odstąpieniu od umowy przez innego zamawiającego z uwagi na fakt złożenia przez wykonawcę w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego będącego przedmiotem tej umowy nieprawdziwego oświadczenia o posiadaniu uprawnień, w tym do wyjaśnienia czy w przypadku wykonawcy zaszły przesłanki opisane w art. 110 ust. 2 ustawy Pzp.

W odpowiedzi z dnia 26.04.2023 r. na ww. wezwanie wykonawca wskazał m.in., że: *„informacja o tym, iż inny zamawiający odstąpił od zawartej z nami umowy jest nieprawdziwa. Wywołana została u Państwa celowymi działaniami spółki Medikol, która dopuszcza się tych działań w celu zdyskredytowania naszej spółki i przejęcia uzyskanych przez nas zamówień publicznych. Działania te są stałą praktyką spółki Medikol, która stara się wywołać u zamawiających wrażenie, iż powinniśmy być wykluczani z postępowań o udzielenie zamówień publicznych.*
Na bieżąco przeciwdziałamy tym praktykom spółki Medikol. W dniu 20 kwietnia 2023 roku Krajowa Izba Odwoławcza w sprawie o sygnaturze 974/23 wydała wyrok, w którym potwierdziła, iż Szpital w Żarach bezzasadnie odrzucił naszą ofertę opierając się właśnie na twierdzeniach przedstawianych mu przez spółkę Medikol (…)
w odpowiedzi na oświadczenie o odstąpieniu od umowy przesłane nam przez Szpital w Białymstoku zakwestionowaliśmy je w całości i wskazaliśmy Szpitalowi w Białymstoku, że gotowi jesteśmy dalej realizować umowę. W związku z brakiem jakiejkolwiek reakcji Szpitala w Białymstoku wypowiedzieliśmy umowę z ważnych przyczyn leżących po stronie szpitala. Tym samym nie zostały spełnione jakiekolwiek przesłanki wynikające z artykułu 109 PZP, które pozwalałyby na wykluczenie nas z postępowania (…).”.

Pismem z dnia 8.05.2023 r. zamawiający poinformował o wyborze ofert najkorzystniejszych w zakresie Pakietów: 1- 47- 60- 61, od której to czynności odwołujący wniósł odwołanie.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz dowody z dokumentów złożone przez strony i przystępującego, a także stanowiska stron i przystępującego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane zaniechanie zamawiającego.

Ponadto Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Izba uznała, że odwołanie podlega oddaleniu w zakresie zarzutów podtrzymanych przez odwołującego.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania.

Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 8) i 10) ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę:
8) który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych;
10) który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Stosownie do art. 109 ust. 2 ustawy Pzp jeżeli zamawiający przewiduje wykluczenie wykonawcy na podstawie ust. 1, wskazuje podstawy wykluczenia w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia.

Natomiast przepis art. 111 pkt 5 i 6 ustawy Pzp stanowi, iż wykluczenie wykonawcy następuje:
5) w przypadku, o którym mowa w art. 109 ust. 1 pkt 8, na okres 2 lat od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia;
6) w przypadku, o którym mowa w art. 109 ust. 1 pkt 10, na okres roku od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia.

Z kolei z art. 239 ust. 1 Pzp wynika, że zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, iż zasadnicza okoliczność, stanowiąca podstawę oddalonych zarzutów sprowadzała się do tego, że odwołujący zarzucał zamawiającemu, iż ten zaniechał wykluczenia wykonawcy SK-MED z

postępowania i odrzucenia jego ofert w częściach 1, 47, 60, 61 mimo, że wykonawca ten we wcześniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Wojewódzki Szpital Zespolony im. Jędrzeja Śniadeckiego w Białymstoku (dalej jako: „Szpital w Białymstoku") na zadanie: „Usługa przeglądów, konserwacji oraz napraw aparatury i sprzętu medycznego" (DA.ZP.242.12.2022) złożył nieprawdziwe oświadczenie, potwierdzające posiadanie przez tego wykonawcę upoważnienia wydanego przez producenta lub autoryzowanego przedstawiciela aparatury/sprzętu do wykonywania usług przeglądów technicznych, konserwacji oraz napraw aparatury/sprzętu tego wytwórcy — w zakresie Pakietu nr 10 (aparaty RTG SAMSUNG). Ponadto, że oświadczenie to zostało złożone Szpitalowi w Białymstoku w warunkach zamiaru lub rażącego niedbalstwa pomimo, że wykonawca zdawał sobie sprawę, że takiego upoważnienia nie posiada, czym wprowadził zamawiającego – Szpital w Białymstoku w błąd.
Natomiast w niniejszym postępowaniu prowadzonym przez SPZOZ Warszawa-Ursynów nie poinformował zamawiającego o sytuacji złożenia nieprawdziwego oświadczenia Szpitalowi w Białymstoku oraz o wypowiedzeniu przez ten Szpital umowy, względnie nieprawdziwie poinformował obecnego zamawiającego o okolicznościach dotyczących postępowania w Białymstoku, przez co przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego w niniejszym postępowaniu, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje zamawiającego.

Skład orzekający Izby poddając ocenie zarzuty przedstawione w odwołaniu przychylił się do stanowiska zamawiającego i przystępującego.

Przede wszystkim należy zauważyć, że przepisy dotyczące wykluczenia wykonawcy z postępowania, w tym te z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp, mają charakter sankcyjny i z tego też powodu powinny być interpretowane w sposób ścisły, a zaistnienie okoliczności, stanowiących podstawę do ich zastosowania nie może budzić wątpliwości.

Podkreślić też należy, że ciężar wykazania spornych okoliczności faktycznych, stanowiących podstawę wykluczenia wykonawcy SK-MED spoczywał na odwołującym, albowiem to on jest stroną, która z faktu tego wyprowadzała skutek prawny, w postaci konieczności odrzucenia ofert przystępującego, jako podlegającego wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zgodnie bowiem z art. 534 ust. 1 ustawy Pzp, strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne.

W ocenie Izby odwołujący nie sprostał ciężarowi dowodowemu, który na nim spoczywał. Nie wykazał on w sposób nie budzący wątpliwości, że wobec wykonawcy SK-MED ziściły się przesłanki do wykluczenia go z postępowania, czy to na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp czy też art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp.

Izba podziela pogląd wyrażony w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 marca 2023 roku o sygn. akt KIO 620/23 , iż: „oceniając przesłanki wykluczenia danego wykonawcy z postępowania należy oceniać stan faktyczny istniejący w danym postępowaniu, co nie może obejmować okoliczności, które dotyczyć miały innych zamawiających i nie zostały one potwierdzone wyrokiem, lub ostateczną decyzją zamawiających o wykluczeniu wykonawcy z postępowania" .

Nie ma takiej ostatecznej decyzji zamawiającego Szpitala w Białymstoku co do wykluczenia wykonawcy (co jest oczywiste, bo spór już zawisł pomiędzy stronami na etapie realizacji samej umowy). Nie ma też ostatecznego rozstrzygnięcia co do kwestii zaistniałego sporu między stronami odnośnie prawidłowości wskazania podstaw odstąpienia od umowy przez Szpital w Białymstoku. Należy też wskazać, że Szpital w Białymstoku, co prawda złożył oświadczenie o odstąpieniu od umowy z wykonawcą SK-MED, w którym wskazał, że:*„Wykonawca SK-MED SYSTEMS Sp. z o.o. wezwany do złożenia wyjaśnień nie sprostał wymogowi udowodnienia potwierdzenia prawdziwości złożonego w postępowaniu oświadczenia",* niemniej jednak przystępujący zakwestionował to oświadczenie w całości i wskazał na gotowość dalszej realizacji umowy. Natomiast z uwagi na brak reakcji na to oświadczenie Szpitala w Białymstoku wykonawca sam złożył oświadczenie o rozwiązaniu umowy.

Co więcej, obecny zamawiający SPZOZ Warszawa-Ursynów w dniu 20.04.2023 r. wystąpił do Szpitala w Białymstoku z wnioskiem o udzielenie informacji publicznej dotyczącej zawarcia i wykonania umowy zawartej z przystępującym. W odpowiedzi na pytanie o treści: *„Czy Wykonawca SK Med Sp. z o.o. w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub czy zataił te informacje lub nie był w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych?",* Szpital w Białymstoku wskazał, że:*„Wykonawca w postępowaniu złożył przedmiotowy środek dowodowy - załącznik nr 5 do SWZ - oświadczenie o posiadaniu uprawnień. Zdaniem*

Zamawiającego odpowiedzi na powyższe zapytanie może udzielić wskazany w treści pytania wykonawca.”.

Jak wynika z powyższego, w odpowiedzi na zapytanie zawarte we wniosku o udzielenie informacji publicznej, zamawiający nie otrzymał od tamtejszego Szpitala informacji, które potwierdzałyby w sposób jednoznaczny, że został on wprowadzony w błąd przez wykonawcę SK-MED Systems w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wykonawcy. Szpital w Białymstoku jedynie odpowiadając na zapytanie zamawiającego, sugerował skierowanie zapytania w tym zakresie bezpośrednio do wykonawcy. Skoro, Szpital w Białymstoku nie udzielił jednoznacznej i kategorycznej odpowiedzi na przedmiotowe pytanie, to trudno też wymagać od zamawiającego SPZOZ Warszawa – Ursynów, że samodzielnie przesądzi, iż zaistniała przesłanka do wykluczenia wykonawcy w oparciu o przepis art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, w sytuacji, gdy zarzuty dotyczą kwestii prawdziwości oświadczenia złożonego w innym postępowaniu.

Istnienia przesłanek wykluczenia wykonawcy w tym zakresie nie potwierdza także samo oświadczenie Szpitala w Białymstoku o odstąpieniu od umowy (już nawet abstrahując od kwestii upoważnienia osoby, które je podpisała w imieniu Szpitala – i skuteczności takiego oświadczenia). Wskazać bowiem należy, że oświadczenie to zostało zakwestionowane przez przystępującego, który sam rozwiązał umowę ze Szpitalem w Białymstoku. A zatem, jak słusznie podkreślał to zamawiający w toku rozprawy, obecnie pomiędzy Szpitalem w Białymstoku a wykonawcą SK-MED istnieje spór cywilistyczny, który jeszcze nie został rozstrzygnięty w sposób ostateczny.

Co do kwestii braku wykazania przez odwołującego upoważnienia do podpisania oświadczenia o odstąpieniu od umowy w imieniu Szpitala w Białymstoku i tym samym kwestii samej skuteczności złożonego oświadczenia (w sytuacji, gdy z KRS nie wynika upoważnienie do reprezentowania tego Szpitala dla osoby, która podpisała oświadczenie) Izba wskazuje, że w odpowiedzi na wniosek o udzielenie informacji publicznej Szpital w Białymstoku potwierdził, że odstąpił on od umowy zawartej z wykonawcą SK-MED w trakcie jej obowiązywania. Zatem, zamawiający w niniejszym postępowaniu nie mógł uznać tylko z tego powodu, że to odstąpienie było nieskuteczne.

Kolejną kwestią jest to, że dowód przedstawiony przez odwołującego w postaci zaświadczenia umocowanego przedstawiciela SAMSUNG Korea, a złożony na potwierdzenie, że SAMSUNG nigdy nie zawarł umowy z SK-MED a w konsekwencji, że nie jest możliwe, żeby wykonawca ten był uprawniony przez SAMSUNG do wykonywania usług serwisowych na wyprodukowanym przez niego sprzęcie budzi wątpliwości, co podkreślał i zamawiający, i przystępujący, chociażby z tego względu, że nie wiadomo kim jest osoba, która je podpisała, czy posiada upoważnienie do składania oświadczeń w imieniu Samsung, ani w jakim kontekście udzieliła odpowiedzi.

Podnieść także należy, że sam warunek opisany w SWZ w postępowaniu prowadzonym przez Szpital w Białymstoku, aby wykonawca był upoważniony przez producenta lub autoryzowanego przedstawiciela sprzętu do wykonywania usług przeglądów technicznych, konserwacji oraz napraw sprzętu wytwórcy, według wzoru stanowiącego Załącznik nr 5 do SWZ mógł być interpretowany w sposób odmienny niż wskazywał na to odwołujący w swoim odwołaniu.

Z odwołania wynika, że odwołujący zarzucał przystępującemu, iż ten nie jest i nigdy nie był autoryzowanym przedstawicielem producenta aparatów RTG marki Samsung w zakresie obsługi serwisowej.

Z kolei przystępujący w wyjaśnieniach złożonych zamawiającemu wskazał, że przedstawione certyfikaty szkoleniowe w wystarczający sposób wykazują, że producent (Samsung) upoważnił go do dokonywania serwisu jego urządzeń, przy czym w jego ocenie zamawiający nie wymagał autoryzacji samego wykonawcy w zakresie obsługi serwisowej aparatów RTG produkcji Samsung. Podał, że kwestia autoryzacji pojawiała się w SWZ wyłącznie w zakresie przedstawiciela danej marki, udzielającego upoważnienia, a wymogiem postawionym w SWZ było upoważnienie wykonawcy do serwisowania urządzeń.

Tym samym, pozostaje też kwestią sporną, czy w warunku, aby wykonawca posiadał upoważnienie wydane przez producenta lub autoryzowanego przedstawiciela aparatury/sprzętu do wykonywania usług przeglądów technicznych, konserwacji oraz napraw aparatury/sprzętu tego wytwórcy — w zakresie Pakietu nr 10 (aparaty RTG SAMSUNG), chodziło o wymóg autoryzacji samego wykonawcy.

Warto zauważyć, iż same dowody złożone przez odwołującego w toku posiedzenia z udziałem stron, a mianowicie wyciągi ze specyfikacji z postępowań prowadzonych przez innych zamawiających wskazują na to, że w tych innych postępowaniach zamawiający w sposób jednoznaczny formułowali wymóg w stosunku do wykonawcy, że musi być on autoryzowanym serwisantem producenta sprzętu. Ponadto, dodatkowo formułowali wymagania w zakresie przedstawienia dokumentów potwierdzających kwalifikacje osób wskazanych przez wykonawcę do wykonania przedmiotu zamówienia. Takiej jednoznaczności brak w przypadku postanowień zawartych w SWZ Szpitala w Białymstoku. Niemniej jednak ocena w tym zakresie powinna być dokonana na etapie rozstrzygania sporu, jaki zawisł

pomiędzy Szpitalem w Białymstoku a wykonawcą SK-MED.

Z uwagi na powyższe nie można uznać, że wykonawca SK-MED wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, działając w warunkach zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, czy też, że w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Z tych też względów Izba uznała, że zarzuty odwołującego z punktu II, III i IV odwołania nie potwierdziły się i oddaliła odwołanie w tym zakresie.

O kosztach postępowania Izba orzekła stosownie do wyniku, na podstawie art. 557 i art. 574 ustawy Pzp oraz w oparciu o § 8 ust. 2 w zw. z § 5 pkt 1 rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437) i obciążyła kosztami postępowania odwołującego, zaliczając w poczet kosztów kwotę uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Mając powyższe na uwadze Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodniczący: ……