

WYROK
z dnia 19 kwietnia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **14 kwietnia 2016 r.** w Warszawie odwołania z dnia **4 kwietnia 2016 r.** wniesionego przez wykonawcę **ZARYS International Group sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Zabrzu miejscowość: ul. Pod Borem 18, 41-808 Zabrze** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Szpital Specjalistyczny im. Ludwika Rydygiera w Krakowie Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, os. Złotej Jesieni 1, 31-826 Kraków**

przy udziale

wykonawcy **Mercator Medical S.A z siedzibą w Krakowie, ul. Modrzejskiej 30, 31-327 Kraków** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje dokonanie:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty **wykonawcy Mercator** jako najkorzystniejszej;
- 2) odrzucenia oferty **wykonawcy Mercator**;
- 3) powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

2. Kosztami postępowania obciąża przystępującego **Mercator Medical S.A z siedzibą w Krakowie, ul. Modrzejskiej 30, 31-327 Kraków**
i nakazuje:

-
- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczone przez **wykonawcę ZARYS International Group sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Zabrzu miejscowość: ul. Pod Borem 18, 41-808 Zabrze**, tytułem kosztów postępowania odwoławczego;
 - 2) dokonać wpłaty kwoty **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) przez przystępującego **Mercator Medical S.A z siedzibą w Krakowie, ul. Modrzejskiej 30, 31-327 Kraków** na rzecz **wykonawcy ZARYS International Group sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Zabrzu miejscowość: ul. Pod Borem 18, 41-808 Zabrze** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. **U. z 2015 r. poz. 2164**) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Krakowie**.

Przewodniczący:

2

Uzasadnienie

Zamawiający Szpital Specjalistyczny im. Ludwika Rydygiera w Krakowie Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, os. Złotej Jesieni 1, 31-826 Kraków wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę **wyrobów medycznych zgodnie z wymaganiami podanymi w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia**.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej **13.01.2016 r.** pod nrem **2016/S 008-009502**.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. **U. z 2015 r. poz. 2164**) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

Termin na wniesienie ofert, zgodnie z ogłoszeniem, upłynął **22.02.2016 r.**

Zamawiający zawiadomił **25.03.2016 r.** o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy **Mercator Medical S. A z siedzibą w Krakowie**.

Wykonawca ZARYS International Group sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Zabrze miejscowość: **ul. Pod Borem 18, 41-808 Zabrze**, zgodnie z **art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp**, wniósł **04.04.2016 r.** do Prezesa KIO odwołanie w zakresie **części nr 13** na:

- 1) zaniechanie (brak) odrzucenia oferty **wykonawcy Mercator Medical S.A z siedzibą w Krakowie** (dalej **wykonawca Mercator**);
- 2) zaniechanie (brak) wykluczenia **wykonawcy Mercator**;
- 3) wybór oferty **wykonawcy Mercator**;
- 4) zaniechanie (brak) wyboru oferty **wykonawcy Zarys International Group sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Zabrze** jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił **zamawiającemu** naruszenie:

- 1) **art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp** przez zaniechanie (brak) odrzucenia oferty **wykonawcy Mercator** w związku z faktem, że treść złożonych ofert nie odpowiada treści i wymaganiom Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej **SIWZ** lub specyfikacji bez bliższego **określenia**);
- 2) **art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp** przez zaniechanie (brak) wykluczenia **wykonawcy Mercator**, gdyż **wykonawca Mercator** złożył nieprawdziwe informacje odnośnie

3

oferowanego przedmiotu zamówienia, mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania;

- 3) **art 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 14 ust. 1 w zw. z art. 14 ust. 2 pkt 2 i art. 14 ust. 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji** z uwagi na zaniechanie (brak) odrzucenia oferty **wykonawcy Mercator**, w sytuacji, gdy złożenie tej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;
- 4) **art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 4 Pzp** z uwagi na zaniechanie (brak) odrzucenia oferty **wykonawcy Mercator**, w sytuacji, gdy **wykonawca Mercator** podlega wykluczeniu z postępowania;
- 5) **art. 7 ust. 1 Pzp** z uwagi na prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania **wykonawców**.

Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania;
- 2) unieważnienie czynności wyboru oferty **wykonawcy Mercator** jako najkorzystniejszej;
- 3) wykluczenia **wykonawcy Mercator** z postępowania oraz uznania jego oferty za odrzuconą;
- 4) powtórzenie czynności badania ofert oraz ponowne dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej, którą jest oferta **odwołującego**.

Argumentacja **odwołującego**

Odwołujący podkreśla, że rękawiczki oferowane przez ww. wykonawcę nie spełniają w całości normy, a zamiarem oraz chęcią **Zamawiającego** było otrzymanie produktu całościowo zgodnego z normą PN-EN 374.

Wykonawca Mercator podając nieprawdziwe informacje powinien zostać wykluczony z postępowania, a jego oferta uznana za odrzuconą. Po wskazaniach **odwołującego**, oferta **wykonawcy Mercator** powinna zostać również odrzucona z uwagi, na fakt, że jest niezgodna z treścią **SIWZ**.

Dowody:

- 1) Polska Norma PN-EN 374;
- 2) Pismo z Polskiego Komitetu Normalizacyjnego wskazującego, kiedy dane rękawiczki są zgodne w całości z normą PN-EN 374;
- 3) Certyfikat badania typu WE wystawionym przez podmiot SATRA TECHNOLOGY, który dotyczy zaoferowanych rękawic.

4

Oferowane przez **wykonawcę Mercator** rękawiczki nie spełniają całościowych wymagań **normy EN-374**, czego oczekiwał **Zamawiający** (opis produktu – załącznik 1 do SIWZ).

Norma PN-EN 374 – 1, 2, 3 składa się z trzech części. Ta norma jest normą europejską zharmonizowaną z dyrektywą UE 89/686/EWG, a zarazem obowiązuje w polskim porządku prawnym. Dotyczy ona *stricte* rękawiczek ochronnych, czyli przedmiotu postępowania przetargowego. Należy zwrócić uwagę, że w sprawach merytorycznych dotyczących treści normy właściwym jest **Komitet Techniczny PKN**.

Należy wskazać, że **wykonawca Mercator** wprowadził **Zamawiającego** w błąd, oświadczając, że oferowane rękawice spełniają w całości wymagania **normy EN-374**.

Wykonawca Mercator do innych postępowań przetargowych załączał Certyfikat badania typu WE wystawiony przez jednostkę notyfikowaną SATRA TECHNOLOGY. W treści certyfikatu zamieszczono adnotację, że rękawice Nitrylex one by one (oferowane w postępowaniu) spełniają wymagania normy **EN 374-1 z wyłączeniem klauzuli 5.3.2**. Certyfikat przedstawiono **Zamawiającemu** wraz z notatką sporządzoną **30.03.2016 r.** przez **Odwolującego**.

Z powyższego wynika, że – zgodnie z **art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp** – **wykonawca** powinien zostać wykluczony z przetargu, ponieważ złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Oferowane rękawiczki wtedy są zgodne z ww. normą, gdy spełniają ją w całości, a nie częściowo. Oferowane przez **wykonawcę Mercator** rękawiczki nie spełniają przedmiotowej normy w całości, ponieważ nie spełniają wymagań wynikających z punktu **5.3.2** normy, tj. „*rękawica powinna mieć co najmniej 2 poziom odporności na przenikanie podczas badania z użyciem trzech substancji chemicznych, pochodzących z listy badanych substancji podanej w załączniku A*”. Niezgodność znajduje odzwierciedlenie w Certyfikacie badania typu WE wystawionym przez **podmiot SATRA TECHNOLOGY**. Jednostka notyfikująca zamieściła adnotację, że rękawice Nitrylex one by one **spełniają wymagania normy EN 374-1 z wyłączeniem klauzuli 5.3.2**.

W opinii PKN nie można stwierdzić zgodności wyrobu z **normą EN 374**, jeżeli nie spełnia on obligatoryjnego wymogu dot. przebadania na min. 3 substancje chemiczne wymienione w załączniku A lub też jeżeli nie osiągnął wymaganego 2 poziomu ochrony, który został opisany w **pkt 5.3.2 normy EN 374-1**. Zgodnie z wymaganiami **Zamawiającego** zaoferowane rękawice miały spełniać wymagania normy w całości, gdyż **Zamawiający** nie zawarł stosownej adnotacji w opisie przedmiotu zamówienia (wyłączenia **klauzuli 5.3.2**).

KIO zajmowała się już kwestią, zgodności rękawiczek ochronnych z **normą PN-EN 374**. W orzeczeniu 23 listopada 2015 roku, **sygn. akt: KIO 2448/14** zostało stwierdzone, że jeśli

5

Zamawiający żąda, żeby rękawiczki spełniały w całości daną normę, to nie można zgodzić się z sytuacją, że częściowe jej spełnienie skutkuje zgodnością z daną normą w całości.

Rękawiczki oferowane przez **wykonawcę Mercator** nie spełniają w całości normy, a zamiarem oraz chęcią **Zamawiającego** było otrzymanie produktu całościowo zgodnego z **normą PN-EN 374**.

Wykonawca Mercator podając nieprawdziwe informacje powinien być wykluczony z postępowania, a jego oferta odrzucona. Po wskazaniach **odwołującego**, oferta **wykonawcy Mercator** powinna zostać również odrzucona z uwagi, na fakt, że jest niezgodna z treścią **specyfikacji**.

Zamawiający nie dokonał właściwej oceny oferty **wykonawcy Mercator**, dokonując błędnego wyboru jako najkorzystniejszej oferty tego **wykonawcy**. Oferta **wykonawcy Mercator** nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. Wobec **wykonawcy Mercator** zachodzą przesłanki wykluczenia z postępowania. Takie działanie narusza zasady uczciwej

konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, stanowiąc tym samym rażąco obrazę art. 7 ust. 1 Pzp.

Biorąc pod uwagę całokształt przedmiotowej sprawy, a nadto fakt, że **wykonawca Mercator** świadomie podał **Zamawiającemu** nieprawdziwe informacje, jakoby oferowane produkty były w całości zgodne z **normą PN-EN 374** to zasadnym jest przyjęcie, że takie działanie stanowi także czyn nieuczciwej konkurencji. **Odwolujący** przytoczył tezy wyroku **SA Warszawa 15.05.2015, sygn. akt: I ACa 1458/14**, gdzie Sąd wskazał, że *aby popełnić czyn nieuczciwej konkurencji działanie sprawcy musi być podjęte ze świadomością wywołania określonych skutków, a działający musi dążyć do nieuczciwego przysporzenia sobie korzyści bądź wyrządzenia innemu szkody*. Dlatego również z tego powodu oferta **wykonawcy Mercator Medical S.A** powinna zostać odrzucona.

Odwolujący przesłał w terminie kopię odwołania **zamawiającemu 04.04.2016 r.** (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom **05.04.2016 r.** (art. 185 ust. 1 in initio Pzp).

08.04.2016 r. wykonawca Mercator Medical S.A z siedzibą w Warszawie złożył (1) Prezesowi KIO, z kopiami dla (2) **zamawiającego** i (3) **odwołującego**, pismo o zgłoszeniu przystąpienia po stronie **zamawiającego** do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp).

6

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie **12.04.2016 r.** (art. 186 ust. 1 Pzp). **Zamawiający** uwzględnił odwołanie.

Przystępujący po stronie **zamawiającego** wniósł sprzeciw do uwzględnienia w całości odwołania przez **zamawiającego 14.04.2016 r.** (art. 186 ust. 4 Pzp).

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

Izba stwierdziła, że odwołanie jest zasadne.

Przystępujący wniósł na posiedzeniu z udziałem stron o odrzucenie odwołania, gdyż otrzymał załączniki do odwołania w formie nieczytelnej lub fragmentarycznej. Załącznikami tymi były norma, na którą **zamawiający** powoływał się w specyfikacji (brak strony) oraz certyfikat dotyczący zaoferowanych rękawic badania typu WE wystawiony przez podmiot SATRA TECHNOLOGY (kopia nieczytelna). Jednak **Izba** przychyliła się do stanowiska **odwołującego**, że: [1] norma, na którą powoływał się **zamawiający** w specyfikacji, powinna być we władaniu **zamawiającego** i znana **zamawiającemu** oraz [2] **zamawiający** otrzymał już wcześniej certyfikat przy piśmie z **30.03.2016 r.** Ponadto **Izba** stoi na stanowisku, że w związku z absencją **zamawiającego** nie można oświadczyć za **zamawiającego**, że w odwołaniu, które otrzymał **zamawiający**, wystąpiły usterki uniemożliwiające zapoznanie się z treścią odwołania. Wprost przeciwnie – ze względu na uwzględnienie odwołania – można stwierdzić, że **zamawiający** zapoznał się w wystarczający sposób z pełną treścią odwołania i załączników. W związku z tym **Izba** nie może stwierdzić zaistnienia przesłanki odrzucenia odwołania, o której mowa w art. 189 ust. 2 pkt 7 Pzp. Art. 189 ust. 2 pkt 7 Pzp brzmi „Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że [...] odwołujący nie przesłał zamawiającemu kopii odwołania, zgodnie z art. 180 ust. 5”.

W ocenie **Izby** zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez **odwołującego**. Art. 179 ust. 1 Pzp brzmi „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”.

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

Ponadto **Izba** oparła wyrok na:

dowodach złożonych przez odwołującego:

- 1) (dowód nr 1) certyfikat (z tłumaczeniem) (2 strony) wystawiony przez podmiot **SATRA**, z którego to dowodu odwołujący wywodzi o spełnianiu wymogów **zamawiającego** przez odwołującego;
- 2) (dowód nr 2) kopię stron 6-8 normy PN-EN 374, z którego odwołujący wywodzi, że nie ma problemu z dostarczeniem, a także uzyskaniem, pełnej treści normy;
- 3) (dowód nr 3) pismo Szpitala Powiatowego w Wołominie odrzucające ofertę przystępującego, z którego to dowodu odwołujący wywodzi, że nie tylko obecny **zamawiający** odrzuca ofertę obecnego przystępującego;
- 4) (dowód nr 5) lista szpitali, które wszczynały postępowania zamówieniowe i precyzowały swoje wymagania identycznie do rozpoznawanego postępowania, z którego odwołujący wywodzi, że różni wykonawcy uzyskiwali zamówienia, a w tym przystępujący;

oraz dowodzie złożonym przez przystępującego:

- 5) (dowód nr 4) komentarz do pisma, które zostało załączone do odwołania, pismo PKN z 7.04.2016 r., z którego przystępujący wywodzi, że nawet dla PKN norma EN 374 stwarza trudności interpretacyjne.

Izba nie wzięła pod uwagę dowodów:

- 1) o numerze 1, gdyż tłumaczenie nie odpowiadało oryginałowi: oryginał dotyczył numeru 6716 **wydania 3** [issue] rozszerzenie 2, a tłumaczenie dotyczyło numeru 6716 **wydania 1** rozszerzenie 2; zgodnie z § 19 ust. 3 zdanie pierwsze rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2014 r. poz. 964), który to przepis brzmi »Wszystkie **dokumenty przedstawia się w języku polskim, a jeżeli zostały sporządzone w języku obcym, strona oraz uczestnik postępowania odwoławczego, który się na nie powołuje, przedstawia ich tłumaczenie na język polski**«;
- 2) o numerze 3, gdyż dokument dotyczył innego postępowania prowadzonego przez innego **zamawiającego**;

- 3) o numerze 5, gdyż dokument dotyczył innych postępowań prowadzonych przez innych **zamawiających** bez przedstawienia wystarczająco szczegółowych dokumentacji tych postępowań.

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

W ocenie **Izby**, zarzut **pierwszy i piąty** naruszenia **art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp** przez zaniechanie odrzucenia oferty **wykonawcy Mercator** w związku z faktem, że treść złożonej oferty nie odpowiada treści i wymaganiom Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia – zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, że **zamawiający** wymagał w **pakiecie 13 zał. nr 1 do specyfikacji**, aby **wykonawca** zaoferował przedmiot zamówienia zgodny m.in. z normą **EN-PN 374**. Jednak **zamawiający** nie zaznaczył, że przedmiot zamówienia może nie w pełni odpowiadać normie. Dlatego **zamawiający** po upływie terminu składania ofert podczas czynności badania ofert nie może zmieniać tego postanowienia specyfikacji. W samej normie (na str. 6 i 7 w rozdz. 6) jest zawarte wyraźne postanowienie o możliwości spełnienia wymagań normy w pełnym zakresie oraz w zakresie ograniczonym. Zdaniem **Izby** istotny jest również brak wniosków o wyjaśnienie treści specyfikacji. Zgodnie z procedurą zawartą w **art. 38 ust. 1 zdanie**

pierwsze Pzp wykonawcy mogą przed upływem terminu składania ofert zwrócić się do **zamawiającego** o wyjaśnienie specyfikacji. **Art. 38 ust. 1 zdanie pierwsze Pzp** brzmi „Wykonawca może zwrócić się do zamawiającego o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia”. **Zamawiający** musi więc stosować się do pełnej treści normy, bo nie wyłączył w specyfikacji (ani w zmianach do specyfikacji) zakresu zamówienia, w którym **wykonawcy** (a także **zamawiający**) mogliby dokonać odstępstw od pełnego brzmienia normy i tym samym do pierwotnego brzmienia specyfikacji. Dlatego odrzucenie oferty niespełniającej w pełnym zakresie wymogów **zamawiającego** jest obowiązkiem **zamawiającego**.

W rozpoznawanym postępowaniu przetargowym **wykonawca Mercator** zaoferował przedmiot zamówienia (rękawice diagnostyczne) spełniające wymagania normy w ograniczonym zakresie, a więc **zamawiający** nie mógł nie odrzucić takiej oferty, gdyż treść tej oferty nie była zgodna z treścią specyfikacji. **Zamawiający** nie zastosował się do **art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp**, który brzmi „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli [...] jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3”.

9

W związku z powyższym w ocenie **Izby**, zarzut **pierwszy i piąty** naruszenia **art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp** przez zaniechanie odrzucenia oferty **przystępującego** – zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie **Izby**, zarzut **drugi** naruszenia **art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp** przez zaniechanie (brak) wykluczenia **wykonawcy Mercator**, gdyż **wykonawca Mercator** złożył nieprawdziwe informacje odnośnie oferowanego przedmiotu zamówienia, mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania. W ocenie **Izby**, zarzut **trzeci** naruszenia **art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 14 ust. 1 w zw. z art. 14 ust. 2 pkt 2 i art. 14 ust. 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji** z uwagi na zaniechanie (brak) odrzucenia oferty **wykonawcy Mercator**, w sytuacji, gdy złożenie tej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji – nie może zasługiwać na uwzględnienie oraz zarzut **trzeci** naruszenia **art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 14 ust. 1 w zw. z art. 14 ust. 2 pkt 2 i art. 14 ust. 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji** z uwagi na zaniechanie (brak) odrzucenia oferty **wykonawcy Mercator**, w sytuacji, gdy złożenie tej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji – nie może zasługiwać na uwzględnienie.

Odwolujący nie wykazał, że **przystępujący** składał swoją ofertę zawierającą nieprawdziwe informacje z zamiarem wpływu na wynik postępowania, tak aby spełniła się przesłanka wykluczenia **przystępującego** zgodnie z **art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp**, który brzmi „Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy [...] złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania”. **Przystępujący** zawarł w swojej ofercie informację o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, jednak nie starał się w szczegółowych informacjach ukryć danych o spełnieniu wymagań zawartych w normie tylko w ograniczonym zakresie. Odmienne interpretacja przez **wykonawcę** postanowień np. specyfikacji czy normy bądź przepisów bez ukrywania czy przeinaczania faktów nie może być sankcjonowana wykluczeniem z postępowania na podstawie **art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp**.

Ponadto **odwołujący** nie wykazał, że **przystępujący** działał z zamiarem nieuczciwego przysporzenia sobie korzyści bądź wyrządzenia innemu szkody, gdyż **przystępujący** nie ukrywał uwarunkowań oferowanego przedmiotu zamówienia. W związku z tym **odwołujący** nie wykazał, że w rozpoznawanym postępowaniu wystąpiła analogiczna sytuacja do warunków, w których został wydany wyrok **SA w Warszawie z 15.05.2015 r., sygn. akt: I ACa 1458/14**, gdzie Sąd wskazał, że *aby popełnić czyn nieuczciwej konkurencji działanie sprawcy musi być podjęte ze świadomością wywołania określonych skutków, a działający musi dążyć do nieuczciwego przysporzenia sobie korzyści bądź wyrządzenia innemu szkody*.

10

Podobnie **odwołujący** nie wykazał naruszenia **art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 14 ust. 1 w zw. z art. 14 ust. 2 pkt 2 i art. 14 ust. 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji** z uwagi na zaniechanie odrzucenia oferty **przystępującego**, gdyż **odwołujący**

nie wykazał, że złożenie oferty przez **przystępującego** stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Z tych względów **Izba** nie może przychylić się do zarzutu **drugiego i trzeciego** naruszenia **art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp** i naruszenia **art 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 14 ust. 1 w zw. z art. 14 ust. 2 pkt 2 i art. 14 ust. 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji**.

W ocenie **Izby** zarzut **czwarty** naruszenia **art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 4 Pzp** z uwagi na zaniechanie (brak) odrzucenia oferty **wykonawcy Mercator**, w sytuacji, gdy **wykonawca Mercator** podlega wykluczeniu z postępowania – nie może zasługiwać na uwzględnienie.

Odwolujący nie wykazał, że **przystępujący** podlega wykluczeniu. Tak więc **Izba** stwierdza, że w postępowaniu nie można zastosować przepisu **art. 24 ust. 4 Pzp**, który brzmi „Ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą”. Ponadto **Izba** stwierdza, że postępowanie jest prowadzone w przetargu nieograniczonym, a do postępowania prowadzonego w tym trybie nie stosuje się przepisu **art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp**, który brzmi „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli [...] została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub niezaproszonego do składania ofert”. W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego ofertę składa się

Zamawiający naruszył **art. 7 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp**.

Z powyższych względów uwzględniono **odwołanie**, jak w sentencji.

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

Przewodniczący: