Sygn. akt: KIO 460/21

WYROK
z dnia 4 marca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Magdalena Rams
Protokolant:Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 marca 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 lutego 2021 r. przez wykonawcę **Strabag Sp. z o.o., z siedzibą w Pruszkowie,**
w postępowaniu prowadzonym przez **Nowosądecką Infrastrukturę Komunalną Sp. z o.o., z siedzibą w Nowym Sączu,**

przy udziale:

A.wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: NDI S.A., z siedzibą w Sopocie oraz NDI Sopot S.A., z siedzibą w Sopocie,** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

B.wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Grupa BLACKBIRD Sp. z o.o Sp.k., z siedzibą w Nowym Sączu, J. K. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Handlowe „K." J. K. oraz TAMEX Obiekty Sportowe S.A., z siedzibą w Nowym Sączu** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1.**uwzględnia odwołanie w zakresie zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp i nakazuje zamawiającemu: (i) unieważnić czynność wyboru oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: Grupa BLACKBIRD Sp. z o.o. Sp.k., z siedzibą w Nowym Sączu, J. K. prowadząc działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Handlowe „K." J. K. oraz TAMEX Obiekty Sportowe S.A., z siedzibą w Nowym Sączu; (ii) wykluczyć wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: Grupa BLACKBIRD Sp. z o.o. Sp.k., z siedzibą w Nowym Sączu, J. K. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Handlowe „K." J. K. oraz TAMEX Obiekty Sportowe S.A., z siedzibą w Nowym Sączu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, a w konsekwencji odrzucić ofertę wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp; (iii) dokonać ponownej oceny ofert z pominięciem oferty z złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: Grupa BLACKBIRD Sp. z o.o. Sp.k., z siedzibą w Nowym Sączu, K. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Handlowe „K." J. K. oraz TAMEX Obiekty Sportowe S.A., z siedzibą w Nowym Sączu.**

2.**W pozostałym zakresie oddala odwołanie.**

3.kosztami postępowania obciąża **zamawiającego Nowosądecką Infrastrukturę Komunalną Sp. z o.o., z siedzibą w Nowym Sączu** i:

3.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20.000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Strabag Sp. z o.o., z siedzibą w Pruszkowie** tytułem wpisu od odwołania;

3.2.zasądza od **zamawiającego Nowosądeckiej Infrastruktury Komunalnej Sp. z o.o., z siedzibą w Nowym Sączu** na rzecz wykonawcy **Strabag Sp. z o.o., z siedzibą w Pruszkowie** kwotę **23.600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu wpisu od odwołania oraz tytułem zwrotu kosztów poniesionych przez pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1919 ze zm.) w zw. z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020) 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 460/21

UZASADNIENIE

W dniu 12 lutego 2021 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołane wykonawcy STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie (dalej „**Odwołujący**") zarzucając zamawiającemu Nowosądeckiej Infrastrukturze Komunalnej Sp. z o.o. (dalej „**Zamawiający**") w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych pod nazwą: „Realizacja obiektu Stadionu Miejskiego w Nowym Sączu przy ul. Kilińskiego wraz z wyposażeniem, infrastrukturą i zagospodarowaniem terenów i otoczenia obiektu - realizacja w trybie zaprojektuj i wybuduj":

1)zaniechanie wykluczenia przez Zamawiającego z Postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - konsorcjum firm: GRUPA BLACKBIRD Spółka z o.o. Sp.k. z siedzibą w Nowym Sączu, J. K. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Handlowe „K." J. K. oraz TAMEX OBIEKTY SPORTOWE S.A.;

2)zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum firm GRUPA BLACKBIRD Spółka z o.o. Sp.k. z siedzibą w Nowym Sączu, J. K. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Handlowe „K." J. K. oraz TAMEX OBIEKTY SPORTOWE S.A. z Postępowania;

3)zaniechania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzuciła Zamawiającemu naruszenie: 1) art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29.01.2004 r. Prawo zamówień poprzez brak przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równości wykonawców; 2) art. 24 ust. 1 pkt. 16 i pkt 17 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum firm GRUPA BLACKBIRD Spółka z o.o Sp.k. z siedzibą w Nowym Sączu, J. K. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Handlowe „K." J. K. oraz TAMEX OBIEKTY SPORTOWE S.A. w sytuacji, gdy wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, a przyjemniej swojej lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił w ofercie informacje

wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, tj. w odpowiedzi na pytanie w Jednolitym Dokumencie Zamówienia „Czy wykonawca lub przedsiębiorstwo związane z wykonawcą doradzał instytucji zamawiającej lub podmiotowi zamawiającemu bądź był w inny sposób zaangażowany w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia" udzielił odpowiedzi „Nie", podczas gdy informacja ta jest nieprawdziwa wobec wskazania przez wykonawcę na stanowisko projektanta - architekta osoby, która brała udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego; 3) art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy z dnia 29.01.2004 r. Prawo zamówień poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm GRUPA BLACKBIRD Spółka z o.o Sp.k. z siedzibą w Nowym Sączu, J. K. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Handlowe „K." J. K. oraz TAMEX OBIEKTY SPORTOWE S.A. w sytuacji gdy wskazany w wykazie osób na stanowisk projektanta architekta - Pan B. M. brał udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego po stronie Zamawiającego, co spowodowało zakłócenie konkurencji, które w żaden inny sposób nie może być wyeliminowane niż poprzez wykluczenie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia z Postępowania; 4) art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm GRUPY BLACKBIRD Spółka z o.o. Sp.k. z siedzibą w Nowym Sączu, J. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Handlowe „K." J. K. oraz TAMEX OBIEKTY SPORTOWE S.A. w sytuacji, w której oferta została złożona przez wykonawc wykluczonego z udziału w postępowaniu; 5) art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp poprzez brak wskazania w protokole z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przez Zamawiającego sposobu zapewnienia konkurencji.

Na podstawie art. 516 ust. 1 pkt. 9 oraz art. 544 ust. 3 ustawy z dnia 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11.09.2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych , Odwołujący wniósł o: (i) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - konsorcjum firm: GRUPA BLACKBIRD Spółka z o.o. Sp.k. z siedzibą w Nowym Sączu, J. K. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Handlowe „K." J. K. oraz TAMEX OBIEKTY SPORTOWE S.A.; (ii) wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum firm: GRUPA BLACKBIRD Spółka z o.o. Sp.k. z siedzibą w Nowym Sączu, J. K. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Handlowe „K." J. K. oraz TAMEX OBIEKTY SPORTOWE S.A.; (iii) odrzucenie oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - konsorcjum firm: GRUPA BLACKBIRD Spółka z o.o. Sp.k. z siedzibą w Nowym Sączu, J. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Handlowe „K." J. K. oraz TAMEX OBIEKTY SPORTOWE S.A; (iv) nakazanie Zamawiającemu ponownej oceny ofert z pominięciem oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - konsorcjum firm: GRUPA BLACKBIRD Spółka z o.o. Sp.k. z siedzibą w Nowym Sączu, J.K. prowadząc działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Handlowe „K." J. K. oraz TAMEX OBIEKTY SPORTOWE S.A.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący wskazał, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą: Realizacja obiektu Stadionu Miejskiego w Nowym Sączu przy ul. Kilińskiego wraz z wyposażeniem, infrastrukturą i zagospodarowaniem terenów i otoczenia obiektu - realizacja w trybie zaprojektuj i wybuduj". Postępowanie jest prowadzone w procedurze odwróconej, o której mowa w art. 24aa ustawy Pzp.

W Postępowaniu oferty złożyli następujący wykonawcy: i) Konsorcjum firm: Grupa Blackbird Spółka z o.o. sp.k., J. K. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą: Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Handlowe „K." J. K. oraz Tamex Obiekty Sportowe S.A.; ii) Odwołujący STRABAG Spółka z o.o.; iii) Konsorcjum firm: NDI Spółka z o.o. oraz NDI Sop S.A.; iv) MIRBUD S.A.; v) Konsorcjum firm: Bielskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego S.A. oraz FIBRE TECH S.A.; v) GRAND A. G. .

W dniu 02.02.2021 r. Odwołujący otrzymał od Zamawiającego informację o wyborze oferty najkorzystniejszej wykonawców wspólnie ubiegających się o uzyskanie zamówienia, tj.: Grupy Blackbird Spółka z o.o. sp.k., J. K. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą: Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Handlowe „K." J. K. oraz Tamex Obiekty Sportowe S.A. (dalej: „**Konsorcjum**"). Zamawiający wykluczył z Postępowania wykonawcę GRAND A. G. . Zamawiający odrzucił ofertę wykonawców wspólnie ubiegających się o uzyskanie zamówienia - Konsorcjum firm: Bielskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego S.A. oraz FIBRE-TECH S.A.

W ocenie Odwołującego wykonawcy wspólnie ubiegający się o uzyskanie zamówienia - Konsorcjum firm: Grupa Blackbird Spółka z o.o. sp.k., J. K. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą: Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Handlowe „K." J. K. oraz Tamex Obiekty Sportowe S.A. powinni być wykluczeni z udziału w postępowaniu z uwagi na podanie w ofercie nieprawdziwych informacji, gdyż w odpowiedzi na pytanie w Jednolitym Dokumencie Zamówienia „Czy wykonawca lub przedsiębiorstwo związane z wykonawcą doradzał instytucji zamawiającej lub podmiotowi zamawiającemu bądź był w inny sposób zaangażowany w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia" każdy z członków Konsorcjum udzielił odpowiedzi „Nie", podczas gdy informacja ta jest nieprawdziwa wobec wskazania przez Konsorcjum na stanowisko projektanta - architekta, jako zasobu własnego, osoby, która brała udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Ponadto, w ocenie Odwołującego, Konsorcjum podlega wykluczeniu z Postępowania z uwagi na fakt, iż udział osoby wskazanej na stanowisko projektanta - architekta w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego po stronie instytucji zamawiającej zakłóca konkurencję w postępowaniu, którego to zakłócenia nie da się wyeliminować w sposób inny aniżeli wykluczenie Konsorcjum z Postępowania.

Stanowisko Odwołującego odnoszące się do podania nieprawdziwych informacji w Jednolitym Dokumencie Zamówienia.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 25a ust. 2 ustawy Pzp, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, oświadczenie, zawierające wstępne potwierdzenie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu, a także spełnia kryteria selekcji, wykonawca składa w formie jednolitego dokumentu. Również zgodnie z treścią Rozdziału VIII Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „**SIWZ**") - Wykaz oświadczeń i dokumentów, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia, Zamawiający żądał aby wykonawcy złożyli dokumenty oraz oświadczenia wymienione w tym rozdziale na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w tym m.in. dokument JEDZ.

Część III jednolitego dokumentu odnosi się do oświadczenia wykonawcy w zakresie podstaw do wykluczenia. W części III sekcji C należy złożyć oświadczenie, czy wobec wykonawcy zachodzą podstawy do wykluczenia związane z niewypłacalnością, konfliktem interesów lub wykroczeniami zawodowymi.

Odwołujący wskazał, że z członków Konsorcjum złożył jednolity dokument zamówienia, w którym w odpowiedzi na pytanie „Czy wykonawca lub przedsiębiorstwo związane z wykonawcą doradzał instytucji zamawiającej lub podmiotowi zamawiającemu bądź był w inny sposób zaangażowany w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia" udzielił odpowiedzi „Nie." Dowód: jednolity dokument zamówienia złożony przez TAMEX Obiekty Sportowe S.A. jednolity dokument zamówienia złożony przez Grupa Blackbird Spółka z o.o. sp.k., jednolity dokument zamówienia złożony przez J. K. .
Tymczasem jak wynika z wykazu osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego oraz z protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, Pan B. M., wskazany przez Konsorcjum na stanowisko projektanta - architekta, brał udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia po stronie Zamawiającego, w tym:
(i)przygotowywał opis przedmiotu zamówienia;
(ii)ustał wartość przedmiotu zamówienia;
(iii)brał udział w opisie warunków udziału w postępowaniu oraz
(iv)brał udział w określeniu kryteriów oceny ofert.
Dowód: protokół z postępowania o udzielenie zamówienia wykaz osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego złożony przez Konsorcjum w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 22.01.2021.
Odwołujący wskazał, że zgodnie z instrukcją wypełnienia Jednolitego Dokumentu Zamówienia, opublikowaną na stronie Urzędu Zamówień Publicznychudzielając na pytanie „Czy wykonawca lub przedsiębiorstwo związane z wykonawcą doradzał instytucji zamawiającej lub podmiotowi zamawiającemu bądź był w inny sposób zaangażowany w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia" wykonawca składa oświadczenie odnośnie zaangażowania w ramach przygotowania danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W przypadku zaistnienia takiego zaangażowania prowadzącego do zakłócenia konkurencji w postępowaniu formularz wymaga od niego podania szczegółowych informacji na ten temat. Ustawodawca w art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy z dnia 29.01.2004 r. wprowadził w tym zakresie obligatoryjną przesłankę do wykluczenia wykonawcy z postępowania. W ocenie Odwołującego, zgodnie z tym przepisem Zamawiający ma obowiązek wykluczenia z udziału w postępowaniu wykonawcy, który brał czynny udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia lub którego pracownik, a także osoba wykonująca pracę na podstawie umowy zlecenia, o dzieło, agencyjnej lub innej umowy o świadczenie usług, brał udział w przygotowaniu takiego postępowania, chyba że spowodowane tym zakłócenie konkurencji może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu.
Odwołujący wskazał, że w wykazie osób skierowanych przez Konsorcjum do realizacji zamówienia publicznego Pan B. M. został wskazany jako zasób własny, a jako podstawę do dysponowania tą osobą wskazano umowę cywilnoprawną.
Wobec powyższego, w ocenie Odwołującego, każdy z członków Konsorcjum zobligowany był do udzielenia odpowiedzi „tak" na pytanie „Czy wykonawca lub przedsiębiorstwo związane z wykonawcą doradzał instytucji zamawiającej lub podmiotowi zamawiającemu bądź był w inny sposób zaangażowany w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia." Przyjąć bowiem należy, iż skoro Konsorcjum wykazuje osobę biorącą udział w przygotowaniu postępowania jako zasób własny to jest ono zaangażowane w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia.
Odwołujący wskazał, że pytanie w jednolitym dokumencie odnosi się do podania przez wykonawcę precyzyjnej informacji odnośnie bezpośredniego lub pośredniego zaangażowania wykonawcy w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Udzielenie odpowiedzi jest zero - jedynkowe: wykonawca albo był zaangażowany w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego albo nie był zaangażowany w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Pytanie w JEDZ sprowadza się bowiem do weryfikacji czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której był bezpośrednio lub pośrednio zaangażowany w przygotowanie zamówienia publicznego. Zatem, zdaniem Odwołującego, wobec powyższego obowiązkiem wykonawcy udzielającego odpowiedzi na to pytanie jest jedynie wskazanie czy dany fakt miał miejsce. Pytanie w jednolitym dokumencie nie jest związane z dokonywaną przez wykonawcę oceną dotyczącą jego zaangażowania w przygotowaniu postępowania w kontekście zakłócenia konkurencji w postępowaniu, gdyż zgodnie z art. 24 ust. 10 ustawy Pzp w przypadkach o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy przed wykluczeniem wykonawcy Zamawiający zapewnia wykonawcy możliwość udowodnienia, że jego udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji.
Zatem, w ocenie Odwołującego, na etapie wypełniania JEDZ wykonawca nie może założyć, że, skoro, w jego opinii, nie zasługuje na wykluczenie z postępowania w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy z dnia 29.01.2004 r. gdyż zakłócenie konkurencyjności spowodowane zaangażowanie osoby na stanowisko projektanta - architekta może być wyeliminowane w inny sposób, to ma prawo udzielić przeczącej odpowiedzi. W ten sposób odbiera zamawiającemu prawo do oceny czy te obiektywne, „zerojedynkowe" okoliczności w istocie rzutują na jego wiarygodność, rzetelność i uczciwość. Odwołujący powołał się na wyrok z dnia 30.01.2019 r. KIO 80/19.
W ocenie Odwołującego „informacje wprowadzające w błąd zamawiającego" należy rozumieć takie informacje, które pozostają w sprzeczności z istniejącym stanem faktycznym. Innymi słowy są to informacje nieprawdziwe, niezgodne z rzeczywistością, a których podanie przez wykonawcę skutkuje mylnym przekonaniem zamawiającego co do istniejącej rzeczywistości. Istotna jest zatem treść informacji podanych przez wykonawcę, jak również to jaki skutek mogły one wywołać w świadomości zamawiającego. W przypadku dyspozycji art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy z dnia 29.01.2004
r. Prawo zamówień publicznych niezbędne jest zaistnienie stanu dokonanego, tj. wywołanie sytuacji, w której wykonawca poprzez przedstawienie informacji wywołał w świadomości zamawiającego fałszywe wyobrażenie o rzeczywistości. Odwołujący powołał się na wyrok KIO z dnia 26.09.2019 r., sygn. akt KIO 1773/19.
Z kolei zgodnie z dyspozycją art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy z dnia 29.01.2004 r. Prawo zamówień publicznych w świetle tego przepisu wykluczeniu podlega wykonawca za podanie wprowadzających w błąd informacji, które nie muszą wpływać na działania zamawiającego, ale wystarczy, że mogą mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu. Zatem dla zastosowania przesłanki wykluczenia o jakiej mowa w art. 24 ust. 1 pkt. 17 po stronie zamawiającego wcale nie musi powstać mylne wyobrażenie o faktach, na skutek przedstawionych przez wykonawcę informacji, ale istotna jest sama treść informacji i to jaki skutek mogły one wywołać w świadomości zamawiającego, niezależnie od okoliczności czy w wprowadzenie w błąd rzeczywiście nastąpiło. Odwołujący powołał się na wyrok KIO z dnia 13.07.2020 o sygn. akt KIO 1077/20.
Zdaniem Odwołującego istotą „błędu" jest więc próba wykreowania u zamawiającego przekonania, iż dana okoliczność/zdarzenie nie miały miejsca, podczas gdy w rzeczywistości było inaczej. Oczywiste jest przy tym, że do takiego stanu doprowadzić musi swoim działaniem wykonawca poprzez przedstawienie nieprawdziwej informacji, która stała się (lub mogła się stać) źródłem błędnego przekonania zamawiającego o danej okoliczności/zdarzeniu. Z taką właśnie sytuacją błędu mamy do czynienia w niniejszej sprawie. Konsorcjum firm oświadczyło, że nie było bezpośrednio

lub pośrednio zaangażowane w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia, a informacja ta okazała się jednoznacznie nieprawdziwa, co powinno skutkować wykluczeniem tego wykonawcy z Postępowania. Odwołujący wskazał, że zatajenie informacji o zaangażowaniu Konsorcjum w przygotowanie Postępowania nastąpiło w warunkach zamierzonego działania. Trudno bowiem przyjąć, że profesjonalny wykonawca, ubiegający się o liczne zamówienia publiczne, nie miał wiedzy o konsekwencjach wynikających z niepodania tego typu informacji. Nawet, gdyby przyjąć odmiennie, a więc, że Konsorcjum nie wprowadziło Zamawiającego w błąd w wyniku świadomego działania, to Konsorcjum należy bezsprzecznie przypisać działanie w warunkach rażącego niedbalstwa, a więc drugiej z alternatywnych przesłanek art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy z dnia 29.01.2004 r. prawo zamówień publicznych. Wniosek taki jest zasadny, biorąc pod uwagę to, że ofercie wykonawca ten potwierdził, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, w tym posiada wymagany potencjał organizacyjny, zaplecze kadrowe, a dodatkowo w części IV jednolitego dokumentu oświadczył, że spełnia wszystkie wymagane kryteria kwalifikacji.
Odwołujący wskazał, że art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy z dnia 29.01.2004 r. Prawo zamówień publicznych określa, że skutkiem podania nieprawdziwych informacji musi być „wprowadzenie zamawiającego w błąd". Co więcej, przepis ten wprost wskazuje na nieprawidłowość polegającą na zatajeniu informacji, a więc stan, z którym mamy do czynienia w niniejszym Postępowaniu. Efekt, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 16 zaistniał, czego dowodem jest wystąpienie przez Zamawiającego do Konsorcjum z wezwaniem do udowodnienia, że udział Pana B. M., wskazanego przez Konsorcjum jako zasób własny, w przygotowaniu postępowania nie zakłóci konkurencji w Postępowaniu. Kolejnym dowodem na potwierdzenie powyższego jest wystąpienie przez Zamawiającego do Przewodniczącego Zespołu Zadaniowego powołanego Zarządzeniem nr 139/2020 Prezydenta Miasta Nowego Sącza z dnia 25.03.2020 r., który udzielał wsparcia Zamawiającemu w przygotowaniu i ogłoszeniu przedmiotowego Postępowania. Dowód: pismo Zamawiającego z dnia 27.01.2021 r. do Zastępcy Prezydenta Miasta Nowego Sącza pismo Zastępcy Prezydenta Miasta Nowego Sącza z dnia 29.01.2021 r. wraz z oświadczeniami Pana B. M. z dnia 04.09.2020 r. oraz z dnia 02.02.2021 r. pismo Zamawiającego z dnia 29.01.2021 r. do Konsorcjum
W ocenie Odwołującego spełniona jest także przesłanka odnosząca się do zakresu informacji. Jak wynika z art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy z dnia 29.01.2004 r. Prawo zamówień publicznych informacje, o których mowa w tym przepisie muszą odnosić się do określonego zakresu przedmiotowo istotnego w kontekście czynności w postępowaniu, w tym odnoszących się do oceny podstaw wykluczenia z postępowania. Nie budzi przy tym wątpliwości, że w niniejszej sytuacji zastosowanie znajdzie zatem również art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy z dnia 29.01.2004 r. prawo zamówień publicznych. Niepodanie bowiem tak istotnych informacji, które rzutują na ocenę przesłanek wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, niewątpliwie zakwalifikować należy jako co najmniej niedbalstwo lub lekkomyślność.
Odwołujący wskazał, że konstrukcja przepisu art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy z dnia 29.01.2004 r. Prawo zamówień publicznych pozwala na przyjęcie, że zachowanie wykonawcy przy podaniu informacji zamawiającemu podlega ocenie w kontekście art. 355 § 1 k.c. w zw. z art. 14 PZP (tak Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 20.03.2017 r., sygn. KIO 382/17), zgodnie z którym dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). W przypadku profesjonalistów, za jakich należy uznać wykonawców biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, miernik staranności ulega podwyższeniu, gdyż art. 355 § 2 k.c. precyzuje, że należytą staranność dłużnika w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Powyższe stanowisko potwierdza Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 20.07.2018 r. w sprawie o sygn. akt XXIII Ga 849/18. Obowiązek starannego działania dotyczy zarówno zamawiających, jak i wykonawców. Jednym z przejawów staranności jest obowiązek przedstawiania zamawiającemu informacji opartych na prawdzie, rzetelnych i znajdujących odzwierciedlenie w faktach. Tylko w takim przypadku możliwe jest bowiem zadośćuczynienie podstawowemu celowi, jaki przyświeca regulacjom ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, jakim jest wybór oferty złożonej przez wykonawcę gwarantującego prawidłowe wykonanie zamówienia finansowanego ze środków publicznych (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18.09.2020 r., sygn. akt KIO 2047/20).
Dalej Odwołujący wskazał, że zgodnie z dyspozycją przepisu art 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp Zamawiający wyklucza z postępowania wykonawcę, który brał udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia lub którego pracownik, a także osoba wykonująca pracę na podstawie umowy zlecenia, o dzieło, agencyjnej lub innej umowy o świadczenie usług, brał udział w przygotowaniu takiego postępowania, chyba że spowodowane tym zakłócenie konkurencji może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu. Jak wynika z utrwalonego orzecznictwa i poglądów doktryny, sam udział wykonawcy lub osób z nim powiązanych w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia jest wystarczający do uznania, że doszło do zakłócenia konkurencji, gdyż takie założenie wynika wprost ze sposobu zredagowania treści art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp, jednakowoż nie prowadzi on automatycznie do wykluczenia wykonawcy z postępowania, gdyż zgodnie z art. 24 ust. 10 ustawy Pzp w przypadkach, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 19, przed wykluczeniem wykonawcy, zamawiający zapewnia temu wykonawcy możliwość udowodnienia, że jego udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji. Zamawiający wskazuje w protokole sposób zapewnienia konkurencji. Odwołujący powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25.10.2018 r. o sygn. KIO 1974/18.
W ocenie Odwołującego w niniejszej sprawie, po złożeniu przez Konsorcjum dokumentów podmiotowych o jakich mowa w art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, w tym wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia, Zamawiający zwrócił się do Konsorcjum z wezwaniem do udowodnienia, że udział Pana B. M., wskazanego przez Konsorcjum jako zasób własny, w przygotowaniu postępowania nie zakłóci konkurencji w Postępowaniu. Zamawiający wystąpił również o wyjaśnienie przedmiotowej kwestii do Przewodniczącego Zespołu Zadaniowego Miasta Nowy Sącz - powołanego Zarządzeniem nr 139/2020 Prezydenta Miasta Nowego Sącza z dnia 25.03.2020 r., który udzielał wsparcia Zamawiającemu w przygotowaniu i ogłoszeniu przedmiotowego Postępowania. Dowód: pismo Zamawiającego z dnia 27.01.2021 r. do Zastępcy Prezydenta Miasta Nowego Sącza pismo Zamawiającego z dnia 29.01.2021 r. do Konsorcjum.
Powyższe wystąpienia Zamawiającego wynikały z faktu, iż wiadomym mu było, że Pan B. M. brał udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia, co znajduje potwierdzenie w protokole z postępowania. Z protokołu wynika bowiem, że osoba ta brała udział w:
(i)przygotowaniu opisu przedmiotu zamówienia, w tym opracowaniu PFU;
(ii)ustała wartość przedmiotu zamówienia;
(iii)brała udział w opisie warunków udziału w postępowaniu oraz
(iv)brała udział w określeniu kryteriów oceny ofert.
Dowód: protokół z postępowania
Odwołujący wskazał, że Nowosądecka Infrastruktura Komunalna Spółka z o.o. jest spółką celową Miasta Nowy Sącz

powołaną między innymi do wykonywania zadań własnych miasta, chociażby gospodarowania nieruchomościami takimi jak: obiekty sportowe, parkingi i obiekty administracyjne. Spółka ma także wykonywać samodzielnie, albo za pośrednictwem innych firm roboty budowlane i świadczyć usługi dla tego rodzaju obiektów. Spółka ma też czuwać nad realizacją planowanej przez miasto potężnej inwestycji: przebudowy stadionu, budowy parkingu oraz budowy nowej siedziby sądeckiego ratusza przy ul. Kilińskiego. Zamawiający - jest więc w całości kontrolowany przez Miasto Nowy Sącz - które posiada 100% udziałów w kapitale zakładowym spółki. Dowód: informacja odpowiadająca odpisowi aktualnemu z rejestru przedsiębiorców Zamawiającego.
Jak wynika z pisma Przewodniczącego Zespołu Zadaniowego z dnia 29.01.2021 r., sam Zespół miał za zadanie udzielenie Zamawiającemu wsparcia w przygotowaniu i ogłoszeniu Postępowania. Wynikało to z zawartego pomiędzy Miastem Nowy Sącz a Zamawiającym Porozumienia z dnia 13.04.2020 r. Faktyczne wsparcie Zespołu Zadaniowego trwało do 30.09.2020 r., kiedy to udzielono ostatnich wyjaśnień do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Do wyżej wymienionego pisma dołączone zostały oświadczenia złożone przez Pana B. M. z dnia 04.09.2020 r., w tym oświadczenie w którym zobowiązuje się on do zachowania poufności oraz oświadczenie składane na podstawie art. 17 ust. 2 ustawy z dnia 29.01.2004 r. prawo zamówień publicznych. Złożone na podstawie art. 17 ust. 2 ustawy oświadczenie zostało podtrzymane w kolejnym oświadczeniu, datowanym na dzień 02.02.2020 r. Co istotne w ramach oświadczenia składanego na podstawie art. 17 ust. 2 ustawy, jednym jego elementów jest złożenie oświadczenia, iż osoba je składająca nie pozostaje z żadnym z wykonawcą w takim stosunku faktycznym lub prawnym, że może to budzić wątpliwości co jej bezstronności. Oświadczenie to zostało więc złożone po złożeniu przez Konsorcjum dokumentów podmiotowych, o jakich mowa w art. 26 ust. 1 ustawy, a więc po wykazaniu Pana B. M. jako zasobu własnego do pełnienia funkcji projektanta - architekta w ramach realizacji zamówienia. Dowód: pismo Przewodniczącego Zespołu Zadaniowego z dnia 29.01.2021 r. wraz z oświadczeniami B. M. z dnia 04.09.2020 r. oraz oświadczeniem z dnia 02.02.2021 r.
Odwołujący wskazał, że w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie zakłócenia konkurencyjności Konsorcjum uznało, że konieczność zapewnienia wykonawcy możliwości udowodnienia, że jego udział w postępowaniu nie zakłóci konkurencji ma miejsce wyłącznie w sytuacji zaistnienia przesłanki do wykluczenia wykonawcy wskazanej w art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy. A contrario jeżeli wykonawca nie podlega wykluczeniu, to nie musi udowadniać, że jego udział w postępowaniu zakłóci konkurencję. Poglądu tego nie da się podzielić, chociażby z tego powodu, że:
(i)to do kompetencji zamawiającego a nie wykonawcy należy ocena stanu faktycznego i prawnego związana z zastosowaniem przesłanki do wykluczenia;
(ii) z protokołu postępowania wprost wynika, że zamawiający nie wyeliminował zakłócenia konkurencji, o czym świadczy wykreślenie punktu 15 ppkt 5 protokołu. W niniejszym Postępowaniu Zamawiający nie wskazał bowiem sposobu zapewnienia konkurencji.
Ponadto, w ocenie Odwołującego, złożone wyjaśnienie Konsorcjum pozostaje w sprzeczności ze złożonym jednolitym dokumentem i ofertą, w których do dokumentach Konsorcjum oświadczyło, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, w tym warunki odnoszące się do zapewnienia potencjału osobowego i wprost wskazało w wykazie osób, że dysponuje osobą Pana B. M. jako zasobem własnym, na podstawie umowy cywilnoprawnej. W ocenie Odwołującego przyjmując argumentację Konsorcjum zawartą w jego wyjaśnieniach z dnia 01.02.2021 r., należałoby uznać, że w chwili złożenia oferty Konsorcjum nie potwierdziło spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zapewnienia potencjału osobowego, gdyż jak twierdzi dopiero „ma zamiar wykorzystać Pana B. M. na etapie realizacji zamówienia". Tymczasem, jak wynika z treści pkt. 3.3.2.1. SIWZ już w chwili złożenia oferty Konsorcjum winno dysponować osobą posiadającą uprawnienia budowlane do projektowania w specjalności architektonicznej bez ograniczeń, która w ostatnich 10 latach przed dniem składania ofert należycie wykonała pełno-branżową dokumentację projektową (przez co Zamawiający rozumie dokumentację budowlaną i wykonawczą) budowy lub przebudowy lub rozbudowy obiektu kultury fizycznej (sportowego) lub rekreacyjnego lub kulturalnego - posiadającego minimum 1.000 miejsc siedzących, która uzyskała pozwolenie na budowę. Niezależnie od powyższego stanowisko Konsorcjum należy uznać za sprzeczne z doświadczeniem życiowym. Nie jest bowiem prawdopodobne aby na etapie przygotowania ofert Konsorcjum nie podjęło czynności zmierzających do wykazania Pana B. M. na stanowisko projektanta - architekta. Konsorcjum musiało przecież zweryfikować czy spełnia warunki udziału w postępowaniu, w tym odnoszące się do doświadczania kadry, a zatem musiało podjąć jakiekolwiek kroki mające na celu sprawdzenie doświadczenia Pana B. M., pozyskania kopii jego uprawnień itp.
Odwołujący wskazał, że wystąpił do Zamawiającego z wnioskiem o uzyskanie dostępu do informacji publicznej celem weryfikacji zakresu kompetencji Zespołu Zadaniowego powołanego przez Prezydenta Miasta Nowego Sącza a także wykazu wykonanej przez ten Zespół dokumentacji - w tym wyszczególnienia wszystkich dokumentów jakie zostały przez ten Zespół opracowane i przekazane Zamawiającemu. Z udzielonej odpowiedzi wynika, że Zespół Zadaniowy dokonywał między innymi szczegółowego wyliczenia (kalkulacji) wartości szacunkowej zamówienia objętego Postępowanie za pomocą planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych i kalkulacja taka została przekazana Zamawiającemu. Odwołujący oświadcza, iż kalkulacja ta nie została przekazana wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia na etapie przygotowania oferty. Co jednak najbardziej istotne, Zespół Zadaniowy, którego członkiem był Pan B. M. udzielał Zamawiającemu wsparcia w procesie oceny ofert, co ewidentnie narusza konkurencyjność, skoro osoba wykazana w ofercie przez Konsorcjum bierze udział w ocenie ofert po stronie Zamawiającego. Jak wykazano powyżej, Zamawiający nie podjął żadnych czynności zmierzających do wyeliminowania zakłócenia konkurencji, nie wskazał sposobu wyeliminowania zakłócenia konkurencji, co znajduje potwierdzenie w protokole z postępowania. Zamawiający jedynie częściowo zastosował procedurę przewidzianą w art. 24 ust. 10 ustawy z dnia 29.01.2004 r. prawo zamówień publicznych, tzn. zapewnił Konsorcjum możliwość udowodnienia, że jego udział w postępowaniu nie zakłóci konkurencji. Dowód: Wniosek o udostępnienie informacji publicznej z dnia 08.02.2021 r. (złożony za pośrednictwem platformy zakupowej), Porozumienie z dnia 13.04.2020 r., Protokół z dnia 17.07.2020 r. - 03.08.2020 r.
W ocenie Odwołującego, wobec powyższego Zamawiający winien był wykluczyć Konsorcjum z Postępowania, gdyż zaistniały okoliczności wskazane w art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp, a zakłócenia konkurencji nie da się wyeliminować w inny sposób jak wykluczenie Konsorcjum z Postępowania.
Stanowisko Odwołującego odnoszące się zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum.
Odwołujący wskazał, że zgodnie z dyspozycją art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, która została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. W niniejszej sprawie Konsorcjum winno zostać wykluczone z Postępowania gdyż zmaterializowały się podstawy do wykluczenia określone w przepisach art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy lub art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy, a także określone w przepisie art. 24 ust. 1 pkt 19

ustawy z dnia 29.01.2004 r. prawo zamówień publicznych. W konsekwencji oferta Konsorcjum winna być przez Zamawiającego odrzucona.

Izba ustaliła co następuje:

Z uwagi na datę wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (7.08.2020 r.) w niniejszej sprawie ma zastosowanie art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2020 ze zm.), który stanowi, że do postępowań o udzielenie zamówienia, o których mowa w ustawie prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 r., wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe, tj. przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „Pzp".

Zgodnie natomiast z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2020 ze zm.), do postępowań odwoławczych wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.), zwanej dalej „nPzp".

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał posiadanie legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania, stosownie do art. 505 ust. 1 nPzp.

Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą: Realizacja obiektu Stadionu Miejskiego w Nowym Sączu przy ul. Kilińskiego wraz z wyposażeniem, infrastrukturą i zagospodarowaniem terenów i otoczenia obiektu - realizacja w trybie zaprojektuj i wybuduj". Postępowanie jest prowadzone w procedurze odwróconej, o której mowa w art. 24aa ustawy Pzp.

W Postępowaniu oferty złożyli następujący wykonawcy: i) Konsorcjum firm: Grupa Blackbird Spółka z o.o. sp.k., J. K. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą: Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Handlowe „K." J. K. oraz Tamex Obiekty Sportowe S.A ". (dalej „**Konsorcjum Blackbird**" lub „**Przystępujący**"); ii) Odwołujący STRABAG Spółka z o.o.; iii) Konsorcjum firm: NDI Spółka z o.o. oraz NDI Sopot S.A.; iv) MIRBUD S.A.; v) Konsorcjum firm: Bielsk Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego S.A. oraz FIBRE- TECH S.A.; v) GRAND A. G. .

Izba ustaliła, że zgodnie z treścią Rozdziału VIII Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „**SIWZ**") - Wykaz oświadczeń i dokumentów, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia, Zamawiający żądał aby wykonawcy złożyli dokumenty oraz oświadczenia wymienione w tym rozdziale na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w tym m.in. dokument JEDZ. Część III jednolitego dokumentu odnosi się do oświadczenia wykonawcy w zakresie podstaw do wykluczenia. W części III sekcji C należy złożyć oświadczenie, czy wobec wykonawcy zachodzą podstawy do wykluczenia związane z niewypłacalnością, konfliktem interesów lub wykroczeniami zawodowymi.

Izba ustaliła, że każdy z członków Konsorcjum Blackbird złożył dokument JEDZ, w którym w odpowiedzi na pytanie „Czy wykonawca lub przedsiębiorstwo związane z wykonawcą doradzał instytucji zamawiającej lub podmiotowi zamawiającemu bądź był w inny sposób zaangażowany w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia" udzielił odpowiedzi „Nie."

Izba ustaliła, że pismem z dnia 21 stycznia 2021 r. Zamawiający unieważnił pierwszy wybór oferty najkorzystniejszej tj. wybór oferty wykonawcy A. G. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą GRAND A. G. .

Izba ustaliła, że pismem z dnia 22 stycznia 2021 r. Zamawiający podstawie art. 26 ust. 1 w zw. z art. 24 aa ustawy Pzp po dokonaniu ponownej oceny ofert zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczejz dnia 20 stycznia 2021 r. (sygn. akt KIO 3300/20, KIO 3312/20) przystąpił do czynności zbadania, czy Konsorcjum Blackbird, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu. W związku z powyższym Zamawiający wezwał Konsorcjum Blackbird do złożenia dokumentów i oświadczeń w celu potwierdzenia okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, w tym m.in. do złożenia wykazu osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami - wg wzoru stanowiącego Załącznik nr 2 do pisma – warunki określone zostały w Rozdziale VII pkt 3 ppkt 3.3.2 SIWZ. Jednocześnie Zamawiający na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwał Konsorcjum do uzupełnienia dokumenty JEDZ w zakresie brakujących informacji.

Izba ustaliła, że w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, Konsorcjum w dniu 26 stycznia 2021 r. złożyło JEDZ oraz dokumenty na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w tym m.in. Załącznik nr 2 – Wykaz osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia. W wykazie tym Konsorcjum Blackbird wskazało osobę p. B. M., zakres wykonywanych czynności – Projektant – Architekt, podstawa dysponowania – zasób własny – umowa cywilna.

Izba ustaliła, że pismem z dnia 29 stycznia 2021 r. Zamawiający skierował do Konsorcjum Blackbird pismo na podstawie art. 24 ust. 10 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp, w którym wezwał wykonawcę do udowodnienia, że udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia Pana B. M. wskazanego przez wykonawcę jako„Zasób własny — umowa cywilnoprawna" — nie zakłóci konkurencji w postępowaniu. Zamawiający wskazał, że w odpowiedzi na wezwanie do złożenia dokumentów i oświadczeń z dnia 22.01.2021 roku Konsorcjum Blackbird złożył dokumenty, wśród których załączony został „Wykaz osób". Po zapoznaniu się z jego treścią, Zamawiający stwierdził, że wykonawca dysponuje jako zasobem własnym w oparciu o umowę cywilnoprawną osobą Pana B. M. . Zamawiający wskazał że Pan B. M. brał udział w przygotowaniu postępowania. Zamawiający wskazał, że począwszy od 19.08.2020 r. (data złożenia pierwszego wniosku o wyjaśnienie treści SIWZ) do dnia 30.09.2020 r. (data udzielenia ostatnich wyjaśnień SIWZ) korzystał zgodnie z Porozumieniem zawartym pomiędzy Miastem Nowy Sącz a spółką Nowosądecka Infrastruktura Komunalna Sp. z o.o. z dnia 13 kwietnia 2020 r. ze wsparcia Zespołu Zadaniowego powołanego Zarządzeniem Nr 139/2020 Prezydenta Miasta Nowego Sącza z dnia 25 marca 2020 r. — którego członkiem był Pan B. M. . Pana B. M. łączyła z Miastem Nowy Sącz umowa zwarta w dniu 20.02.2020 r., której przedmiot obejmował m.in. jego czynności w Zespole Zadaniowym. Wraz z udzieleniem pierwszych wyjaśnień SIWZ z dnia 04.09.2020 r. Pan B. M. złożył oświadczenie składane na podstawie art. 17 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia Prawo zamówień publicznych. Niezależnie od powyższego złożył „OŚWIADCZENIE Członka Zespołu Zadaniowego powołanego Zarządzeniem", w którym zobowiązał się: „1. wykonywać powierzone im czynności w dobrej wierze, z zachowaniem najwyższej staranności, kierując się wyłącznie przepisami prawa, swoją wiedzą i doświadczeniem; 2. nie ujawniać jakichkolwiek informacji związanych z przebiegiem postępowania, w tym w szczególności informacji związanych z podmiotami zainteresowanymi udziałem w postępowaniu." Zamawiający wskazał, iż po ostatnim wyjaśnieniu treści SIWZ dokonanym w dniu 30.09.2020 r. nie dokonywał aż do otwarcia ofert

żadnych czynności w postępowaniu i nie korzystał ze wsparcia Zespołu Zadaniowego. Z dniem otwarcia ofert rozpoczęła pracę Komisja Przetargowa, która została powołana w dniu 3 sierpnia 2020 r. na podstawie: DECYZJI ZARZĄDU 04/202 (zmienionej decyzją Zarządu nr 07/2020 z dnia 1 października 2020 roku) i pełniła rolę zespołu pomocniczego kierownika zamawiającego powoływanym do oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz do badania i oceny ofert.
Zamawiający wskazał, że w powyższym stanie faktycznym do dnia 26.01.2021 r. nie powziął żadnych informacji na temat relacji określonej w art. 17 ust. 1 pkt 1 - 4 ustawy wobec czego nie zachodziła konieczność podjęcia jakichkolwiek środków zaradczych w tym zakresie. Zamawiający wskazał także, że wszelkie opracowania, takie jak: Program funkcjonalno-użytkowy oraz Zmieniony Program Funkcjonalno-Użytkowy — wraz załącznikami (rysunki, opisy techniczne, dane stanowiące podstawę sporządzenia dokumentów, uzgodnienia itd.) przygotowane przez Pana B. M., którym obecnie dysponuje wykonawca — były kompletnie i całościowo udostępnione wszystkim potencjalnym wykonawcom na stronach internetowych:
1)https://platformazakupowa.pl/transakcia/369088 oraz
2)https://bip.malopolska.pl/nikns,m,338277,zamowienia-publiczne.html
Zamawiający wskazał, że pierwotny termin składania ofert został wydłużony z 11.09.2020 r do dnia 07.10.2020 r., a wszelkie zmiany treści SIWZ w tym nieprowadzące do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu były zamieszczone na ww. stronach internetowych w terminach uwzględniających dodatkowy czas na wprowadzenie zmian w przygotowywanych ofertach.
W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego pismem z dnia 1 lutego 2021 r. Konsorcjum Blackbird udzieliło wyjaśnień. Wykonawca wskazał, że konieczność zapewnienia wykonawcy możliwości udowodnienia, że jego udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji ma miejsce wyłącznie w sytuacji zaistnienia przesłanki do wykluczenia wykonawcy wskazanej w art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp. Świadczy o tym również treść art. 24 ust. 10 ustawy Pzp, z którego wynika wprost, że konieczność wykazania braku zakłócenia konkurencji musi poprzedzać czynność wykluczenia wykonawcy. Stosując wnioskowanie a contrario, jeśli wykonawca nie podlega wykluczeniu, bowiem zamawiający wyeliminował zakłócenie konkurencji spowodowane udziałem tego wykonawcy w przygotowaniu postępowania, to wykonawca nie musi udowadniać, że jego udział w postępowaniu zakłóci konkurencję. W konsekwencji, zamawiający nie musi zapewniać takiemu wykonawcy możliwości udowodnienia powyższego (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 października 2018 r., KIO 2038/18).Konsorcjum Blackbird wskazało, że w jego ocenie w Postępowaniu w sposób skuteczny zostało wyeliminowane ewentualne zakłócenie konkurencji mogące być spowodowane udziałem wykonawcy lub pozostałych osób wskazanych w art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy w przygotowaniu niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia, w szczególności poprzez przekazanie pozostałym wykonawcom istotnych informacji, które wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia mogliby uzyskać w związku ze swoim hipotetycznym zaangażowaniem w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia (programu funkcjonalno-użytkowego i jego zmiany wraz załącznikami do tego programu), oraz wyznaczenie odpowiedniego, bardzo długiego, terminu na złożenie ofert (60 dniowego). Zdaniem wykonawcy tylko uczestnictwo w przygotowaniu oferty może mieć jakikolwiek wpływ na konkurencję na takim etapie postępowania, jakim jest złożenie ofert i ich ocena przez zamawiającego. Ponadto Konsorcjum Blackbird wskazało, że nie łączyło go z B. M. na etapie przygotowania postępowania, tj. czynności podjętych przez zamawiającego na podstawie art. 29-38 ustawy, umowa o pracę, umowa zlecenia, umowa o dzieło, umowa agencyjna lub inna umowa o świadczenie usług. Konsorcjum ma zamiar wykorzystać B. M. dopiero na etapie realizacji zamówienia. Ponadto, Konsorcjum wskazało, że ani wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, ani też żaden ich pracownik, a także osoba wykonująca pracę na podstawie umowy zlecenia, o dzieło, agencyjnej lub innej umowy o świadczenie usług, nie brali udziału w przygotowaniu niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym żadne zakłócenie konkurencji nie mogło mieć miejsca.
Izba ustaliła, że w protokole postępowania (str. 6 — 7) przekazanym Konsorcjum Blackbird w dniu 9.12.2020 r. zawarto następujące informacje:
„B. Osoby wykonujące czynności związane z przygotowaniem postępowania (wskazać osoby, które faktycznie dokonywały czynności określonych w cz. 4 lit. B pkt 1—5, w tym osoby wymienione w cz. 4 lit. A pkt 1—5, jeżeli dokonują tych czynności)
1.Imiona i nazwiska osób przygotowujących opis przedmiotu zamówienia:
B. M. we współpracy z Zespołem Zadaniowym powołanym Zarządzeniem Nr 139/2020 Prezydenta Miasta Nowego Sącza z dnia 25 marca 2020r. oraz zgodnie z Porozumieniem zawartym pomiędzy Miastem Nowy Sącz a spółką Nowosądecka Infrastruktura Komunalna Sp. z o.o. z dnia 13 kwietnia 2020 r.
2.Imiona i nazwiska osób ustalających wartość zamówienia:
B. M. we współpracy z Zespołem Zadaniowym powołanym Zarządzeniem Nr 139/2020 Prezydenta Miasta Nowego Sącza z dnia 25 marca 2020r. oraz zgodnie z Porozumieniem zawartym pomiędzy Miastem Nowy Sącz a spółką Nowosądecka Infrastruktura Komunalna Sp. z o.o. z dnia 13 kwietnia 2020r. w składzie:
3.Imiona i nazwiska osób przygotowujących opis warunków udziału w postępowaniu:
Propozycja Zespołu Zadaniowego powołanego Zarządzeniem Nr 139/2020 Prezydenta Miasta Nowego Sącza z dnia 25 marca 2020r. oraz zgodnie z Porozumieniem zawartym pomiędzy Miastem Nowy Sącz a spółką Nowosądecka Infrastruktura Komunalna Sp. z o.o. z dnia 13 kwietnia 2020r, w składzie:
20) B. M. - przedstawiciel Urzędu Miasta Nowy Sącz
4)Imiona i nazwiska osób określających kryteria oceny ofert:
W. D., L. C., J. W., W. P., S. J., M. O. na podstawie propozycji Zespołu Zadaniowego powołanego Zarządzeniem Nr 139/2020 Prezydenta Miasta Nowego Sącza z dnia 25 marca 2020 r. oraz zgodnie z Porozumieniem zawartym pomiędzy Miastem Nowy Sącz a spółką Nowosądecka Infrastruktura Komunalna Sp. z o.o. z dnia 13 kwietnia 2020r. w składzie: 20) B. M. - przedstawiciel Urzędu Miasta Nowy Sącz.
W dniu 02.02.2021 r. Zamawiającego poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej wykonawców wspólnie ubiegających się o uzyskanie zamówienia, tj.: oferty Konsorcjum Blackbird. Zamawiający wykluczył z Postępowania wykonawcę GRAND A. G. . Zamawiający odrzucił ofertę wykonawców wspólnie ubiegających się o uzyskanie zamówienia - Konsorcjum firm: Bielskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego S.A. oraz FIBRE-TECH S.A.
Izba ustaliła ponadto, że Miasto Nowy Sącz powołało Zespół Zadaniowy Zarządzeniem nr 139/2020 Prezydenta Miasta Nowego Sącza z dnia 25.03.2020 r., którego zadaniem było udzielenie wsparcia Zamawiającemu w przygotowaniu i ogłoszeniu przedmiotowego Postępowania. Zamawiający zawarł w dniu 13 kwietnia 2020 r. z Miastem Nowy Sącz Porozumienia stanowiące podstawę do powołania Zespołu Zadaniowego. Jak wynika z informacji przekazanych przez

Zamawiającego jak i Miasto Nowy Sącz, wsparcie Zespołu Zadaniowego trwało do 30.09.2020 r., kiedy to udzielono ostatnich wyjaśnień do SIWZ.

Izba zważyła co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba uznała, że zasadny okazał się zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem zamawiający wyklucza wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności (tzn. jest świadomy, że może podawać informacje nieprawdziwe, ale bezpodstawnie sądzi, że do tego jednak nie dojdzie) lub niedbalstwa (tzn. podaje nieprawdziwe informacje nie zdając sobie z tego sprawy) przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Ustawodawca krajowy, implementując do prawa krajowego art. 57 ust. 4 lit. h Dyrektywy 2014/24/UE wprost wskazał, iż działanie wykonawcy w zakresie złożenia nieprawdziwych informacji nie musi mieć charakteru umyślnego, ale może być to również działanie nieumyślne, tj. działanie niedbałe. Ocena zachowania wykonawcy przy podaniu informacji zamawiającemu podlega weryfikacji z uwzględnieniem kodeksu cywilnego (tak np. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 20.03.2017 r.,), zgodnie z którym dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Podkreślić również należy, że w stosunku do profesjonalistów miernik ten ulega podwyższeniu, gdyż kodeksu cywilnego precyzuje, że należytą staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności - za takiego profesjonalistę należy uznać, co do zasady, wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego.

Zdaniem Izby ustawodawca w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp wymaga po pierwsze ustalenia winy wykonawcy (lekkomyślności/niedbalstwa), po drugie zaś treści nieprawdziwej informacji mogącej mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Izba w pełni aprobuje wyrażoną w doktrynie i orzecznictwie wykładnię omawianego przepisu, że stan wiedzy, czy w ogóle zachowanie zamawiającego, nie mają żadnego znaczenia dla oceny przesłanek zastosowania wobec wykonawcy art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp (tak m.in. Wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku - XII Wydział Gospodarczy Odwoławczy z dnia 9 kwietnia 2019 r., XII Ga 206/19, Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie - XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy z dnia 20 lipca 2018 r. XXII Ga 849/18). W szczególności nie ma znaczenia to, czy zamawiający skutecznie został w wprowadzony w błąd, na skutek czego podjął jakiekolwiek decyzje, czy wykonał jakiekolwiek czynności. Tak interpretacja omawianej regulacji wynika z wykładni gramatycznej i celowościowej, jest również jest zgodna z teorią racjonalnego ustawodawcy. Jak wskazał SO w Warszawie w cytowanym powyżej wyroku, gdyby wola ustawodawcy była inna, dałby temu wyraz w brzmieniu przepisu, jak uczynił to choćby w art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp, który *expressis verbis* wskazuje na określony, zamknięty katalog dokonanych, konkretnych okoliczności zamawiającego tj.: przesłanki wykluczenia, warunki udziału i kryteria selekcji. Omawiana podstawa prawna posługuje się zaś pojęciem nieostrym, niedookreślonym (okoliczności mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia), co *per se* oznacza, że zakres stosowania tego przepisu jest bardzo szeroki.

Izba wskazuje również, iż decydujący dla ustalenia wpływu na decyzje Zamawiającego jest moment składania nieprawdziwych informacji, a nie skutek jaki powodują one po zapoznaniu się z nimi przez Zamawiającego (tak m.in. w wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku - XII Wydział Gospodarczy Odwoławczy z dnia 9 kwietnia 2019 r. XII Ga 206/19) Ocenie więc podlega czy w momencie złożenia dokumentów JEDZ przez Konsorcjum Blackbird i udzielenia negatywnych odpowiedzi na pytania w Części III, wykonawca przekazał informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, co mogło mieć istotny wpływy na decyzje zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała, że w analizowanym stanie faktycznym zasadny okazał się zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Stanowisko Izby oparło się na następujących okolicznościach ustalonych w sprawie.

Po pierwsze, nie było sporne pomiędzy stronami, iż w dokumentach JEDZ złożonych przez wszystkich trzech członków Konsorcjum Blackbird w dniu 26 stycznia 2021 r., została udzielona odpowiedź negatywna na pytanie: „Czy wykonawca lub przedsiębiorstwo związane z wykonawcą doradzał instytucji zamawiającej lub podmiotowi zamawiającemu bądź był w inny sposób zaangażowany w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia".

Po drugie, nie było również sporne pomiędzy stronami, że B. M. uczestniczył w przygotowaniu postępowania. Zakres jego uczestnictwa wynika z protokołu postępowania przetargowego i został szeroko opisy przez Zamawiającego, chociażby w piśmie skierowanym do Konsorcjum BlackBird w dniu 29 stycznia 2021 r.

Po trzecie, Izba wskazuje, że w dniu 26 stycznia 2021 r. Konsorcjum Blackbird złożyło Wykaz osób wskazując Pana B. M. jako zasób własny w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zdaniem Izby, Konsorcjum w wyniku niedbalstwa oświadczyło nieprawdę w Części III lit. C dokumentów JEDZ. Konsorcjum Blackbird powinno było mieć wiedzę, że Pan B. M. uczestniczyła w przygotowaniu postępowania, co wynikało choćby z protokołu postępowania udostępnionego Konsorcjum BlackBird w dniu 9 grudnia 2020 r. Konsorcjum Blackbird oświadczyło więc nieprawdę.

Po czwarte, zdaniem Izby podanie informacji nieprawdziwej przez Konsorcjum Blackbird wypełniło przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Istotą podania nieprawdziwych informacji jest wykreowania u zamawiającego przekonania, że dane okoliczności nie miały miejsca, podczas, gdy w rzeczywistości było inaczej. Podając nieprawdziwe informacje w dokumentach JEDZ, wykonawca podał obiektywnie informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd co do okoliczności związanych z zaangażowaniem wykonawcy lub przedsiębiorstwa wykonawcy w przygotowanie postępowania, co miało istotny wpływ na dalsze decyzje podjęte przez Zamawiającego. Zamawiający bowiem wystąpił do Konsorcjum z wezwaniem do udowodnienia, że udział Pana B. M., wskazanego przez Konsorcjum jako zasób własny, w przygotowaniu postępowania nie zakłóci konkurencji w Postępowaniu, jak również wystąpił do Przewodniczącego Zespołu Zadaniowego z prośbą o przekazanie informacji dotyczących udziału Pana M. w postępowaniu. Ponadto podkreślić należy, że nieprawdziwe oświadczenie Konsorcjum Blackbird dotyczyło oceny podstaw wykluczenia wykonawcy z postępowania. Na podstawie informacji zawartych w JEDZ Zamawiający podejmuje decyzję czy w stosunku do wykonawcy istnieją przesłanki do wykluczenia go z postępowania. Zamawiający opierają się na treści oświadczenia z Części III lit. C) JEDZ mógł uznać, iż wobec wykonawcy nie istnieją podstawy do wykluczenia z art. 24 ust 1 pkt 19 ustawy Pzp. W rzeczywistości jednak takie podstawy potencjalnie istniały i wymagały zbadania przez Zamawiającego. Irrelewantne dla oceny zastosowania wobec wykonawcy art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp jest to, że Zamawiający, mając wiedzę o udziale Pana B. M. w przygotowaniu postępowania, przeprowadził procedurę weryfikacji z art. 24 ust. 10 ustawy Pzp i uznał, że nie zachodzą przesłanki do wykluczenia Konsorcjum Blackbird na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp. Jak Izba wskazał powyżej, decydujący dla ustalenia wpływu na decyzje Zamawiającego jest moment składania nieprawdziwych informacji,

a nie skutek jaki powodują one po zapoznaniu się z nimi przez Zamawiającego. Art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp jest niezwykle szeroki w zakresie penalizowania nieprawdziwych informacji składanych przez wykonawców.
Po piąte, Izba wskazuje, że zarówno Zamawiający jak i Konsorcjum Blackbird koncentrowali swoją argumentację na wykazaniu, że nie zachodzą podstawy do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp. Ta jednak okoliczność miała charakter wtórny do pierwotnego zachowania Konsorcjum Blackbird tj. podania nieprawdziwych informacji w dokumentach JEDZ. Przesłanka wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp stanowi samodzielną przesłankę określoną przez ustawodawcę i dla jej zastosowania nie ma konieczności wykazania, że nie doszło do zaburzenia konkurencji.
Po szóste, Izba nie zgadza się ze stanowiskiem Zamawiającego i Konsorcjum Blackbird, że sankcja wykluczenia wykonawcy z postępowania jest nieproporcjonalna, uwzględniając okoliczności faktyczne sprawy. Art. 7 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Zasada proporcjonalności pozostaje w ścisłej korelacji z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Nie może być tak, że zamawiający dokonuje subiektywnej oceny skutków prawnych działań poszczególnych wykonawców, wyciągając odmienne sankcje niż te wynikające z przepisów prawa, powołując się na zasadę proporcjonalności. Podkreślić należy, że ustawodawca w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp określił przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania. Ocena tych przesłanek nie może prowadzić do nierównego traktowania wykonawców, a z taką sytuacją mielibyśmy do czynienia, gdyby przyjąć, że pomimo przekazania przez Konsorcjum Blackbird nieprawdziwych informacji, nie podlega ono wykluczeniu z postępowania, gdyż byłaby to sankcja nadmierna. Zdaniem Izby każdy z wykonawców miał obowiązek zbadania okoliczności faktycznych leżących u podstaw odpowiedzi udzielonych przez wykonawcę w JEDZ. Każdy z wykonawców winien dochować należytego poziomu staranności. Za nieuprawnione byłoby odmienne traktowanie wykonawców przy ocenie wypełnienia nałożonych na nich obowiązków z powołaniem się na zasadę proporcjonalności. Zastosowanie zasady proporcjonalności nie może prowadzić do nierównego traktowania wykonawców. Działaniu Przystępującego przypisać należy niedbalstwo tj. niedochowanie należytego poziomu staranności w weryfikacji okoliczności faktycznych leżących u podstaw oświadczenia zawartego w JEDZ.
Izba wskazuje ponadto, że w części III sekcji C JEDZ należy odpowiedzieć na pytanie czy wykonawca lub przedsiębiorstwo związane z wykonawcą doradzało instytucji zamawiającej bądź czy było w inny sposób zaangażowany w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia. Izba podkreśla, że pytanie w jednolitym dokumencie odnosi się do podania przez wykonawcę precyzyjnej informacji odnośnie bezpośredniego lub pośredniego zaangażowania wykonawcy w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wykonawca ma zatem udzielić odpowiedzi „tak" lub „nie". Za nieuprawnioną zdaniem Izby uznać należy interpretację, iż to wykonawca udzielając odpowiedzi sam weryfikuje przesłanki wykluczenia określone w art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp i taka weryfikacja i ocena determinuję odpowiedź na sporne pytanie zawarte w JEDZ. Taka wykładania nie znajduje oparcia w przepisach ustawy Pzp, w tym m.in. w art. 24 ust. 10 ustawy Pzp, z którego wynika, że przypadkach, o których mowa w ust. 1 pkt 19, przed wykluczeniem wykonawcy, zamawiający zapewnia temu wykonawcy możliwość udowodnienia, że jego udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji. Zamawiający wskazuje w protokole sposób zapewnienia konkurencji. Gdyby kompetencje do oceny podstaw wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp przypisać wykonawcy i na tej podstawie determinować odpowiedź na pytanie w Części III sekcja C w zakresie zaangażowania w przygotowanie postępowania, wówczas za zbędną uznać należałoby regulacje wskazaną w art. 24 ust. 10 ustawy Pzp. Tym samym, zarówno wykładania literalna, celowościowa i funkcjonalna przepisów art. 24 ust. 1 pkt 19 oraz art. 24 ust. 10 ustawy Pzp uzasadnia przyjęcie, iż obowiązkiem wykonawcy jest udzielenie zero jedynkowej odpowiedzi na pytanie dotyczące zaangażowania wykonawcy lub przedsiębiorstwa związanego z wykonawcę w przygotowanie postępowania, nie zaś samodzielna ocena przez wykonawcę przesłanek wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp, która miałaby determinować odpowiedz na sporne pytanie zawarte w JEDZ.
W ocenie Izby, w analizowanym stanie faktycznym Konsorcjum Blackbird podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Konsorcjum w złożonych dokumentach JEDZ złożyło nieprawdziwe oświadczenie w odpowiedzi na pytanie czy wykonawca lub przedsiębiorstwo związane z wykonawcą doradzało instytucji zamawiającej bądź czy było w inny sposób zaangażowany w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia. Zdaniem Izby działaniu wykonawcy należy przypisać co najmniej niedbalstwo wyrażające się w niedochowaniu należytej staranności przy składaniu oświadczeń w dokumencie JEDZ. Wykonawca miał obowiązek dokonać weryfikacji okoliczności faktycznych na których opierał się udzielając odpowiedzi na pytania zawarte w JEDZ. Z okoliczności faktycznych sprawy wynika, że miał wiedzę o zaangażowaniu Pana M. w przygotowania postępowania i skoro w dokumencie JEDZ oświadcza, iż osoba ta stanowi jego zasób kadrowy, to winien na pytanie dotyczące zaangażowania udzielić odpowiedzi „tak". W ocenie Izby nieprawdziwe oświadczenie zawarte w dokumentach JEDZ złożonych przez Konsorcjum Blackbird miało i mogło mieć istotny wpływ na decyzje Zamawiającego. Jak Izba wskazał powyżej, Zamawiający podjął szereg decyzji w oparciu o informacje przekazane przez wykonawcę w dniu 26 stycznia 2021 r.
Zdaniem Izby, Odwołujący nie wykazał, że Konsorcjum Blackbird winno być wykluczone z postępowania na podstawie art. 24 ust.1 pkt 16 ustawy Pzp. Zgodnie z przywołaną regulacją Zamawiający wyklucza z postępowania wykonawcę: (i) który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej ,,kryteriami selekcji'', lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów. Izba wskazuje, że przepisy art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp zawierają one w swojej treści kilka elementów, których spełnienie jest wymagane do stwierdzenia naruszenia tego przepisu. Po pierwsze należy wykazać, iż wykonawca wprowadził zamawiającego w błąd; po drugie wprowadzenie zamawiającego w błąd było wynikiem podania nieprawdziwych informacji związanych z przesłankami wykluczenia wykonawcy z postępowania, spełniania warunków udziału w postępowaniu lub w wyniku zatajenia określonych informacji; po trzecie należy wykazać, że działanie wykonawcy było wynikiem zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa. Podstawa wykluczenia określona w art. 24 ust. 1 pkt 16 może być zastosowana wtedy, gdy wykonawca zamierza wprowadzić zamawiającego w błąd, a więc jego działanie cechuje wina umyślna, zarówno w zamiarze bezpośrednim, jak i ewentualnym. Poza tym ta podstawa wykluczenia może być zastosowana także wtedy, gdy działanie wykonawcy charakteryzuje rażące niedbalstwo. Izba podkreśla, że w przeciwieństwie do art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, ustawodawca dla wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp wymaga wykazania rażącego niedbalstwo lub zamierzonego działania wykonawcy. Takich okoliczności, zadaniem Izby, Odwołujący nie wykazał. Nie ulega wątpliwości, że Konsorcjum Blackbird nie ukrywało faktu podjęcia współpracy z Panem M. . Okolicznością znaną wykonawcom i

Zamawiającemu było zaangażowanie Pana M. w przygotowanie postępowania, co wynika z protokołu postępowania przetargowego. Odwołujący, zdaniem Izby, nie wykazał w czym upatrywał rażącego niedbalstwa czy zamierzonego działania wykonawcy. Tym samym nie wykazał przesłanek do zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp.
Zdaniem Izby nie potwierdził się również zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp. Zgodnie z treścią tego przepisu z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który brał udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia lub którego pracownik, a także osoba wykonująca pracę na podstawie umowy zlecenia, o dzieło, agencyjnej lub innej umowy o świadczenie usług, brał udział w przygotowaniu takiego postępowania, chyba że spowodowane tym zakłócenie konkurencji może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu. Z treści ww. przepisu wynika, iż aby wykluczyć wykonawcę z prowadzonego postępowania Zamawiający musi dokonać analizy czy zostały spełnione łącznie następujące przesłanki: po pierwsze - stwierdzić udział wykonawcy (jego pracownika lub osoby wykonującej pracę na podstawie umowy cywilnoprawnej) w przygotowaniu prowadzonego postępowania, po drugie - ustalić, czy spowodowane tym ewentualne zakłócenie konkurencji może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu. Celem ww. przepisu jest wyeliminowanie z postępowania podmiotów, które nabyły w trakcie uczestnictwa w przygotowaniu postępowania wiedzę, która może je stawiać w lepszej sytuacji w stosunku do pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu. Zarówno w piśmiennictwie jak i orzecznictwie konsekwentnie podnosi się, że sam fakt udziału w przygotowaniu postępowania nie stanowi wystarczającej przesłanki wykluczenia takiego wykonawcy z postępowania - koniecznym jest przesądzenie, że powyższe spowodowało zakłócenie konkurencji oraz, że to zakłócenie konkurencji nie mogło zostać wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu. Podkreślenia wymaga, iż oceny w tym zakresie każdorazowo należy dokonywać z uwzględnieniem okoliczności konkretnej sprawy. W szczególności, w ocenie Izby, należy zbadać czy wiedza zdobyta w związku z przygotowaniem postępowania dała przewagę wykonawcy nad pozostałymi uczestnikami postępowania, przez co miał on możliwość przygotowania oferty na lepszych warunkach albo posiadał informacje dodatkowe o okolicznościach związanych z realizacją zamówienia i czy możliwe jest wyeliminowanie tej przewagi bez konieczności wykluczenia wykonawcy z postępowania.
Izby podziela prezentowany w orzecznictwie pogląd, iż sam fakt brania udziału w przygotowaniu postępowania przez wykonawcę lub przedsiębiorstwo związane z wykonawcą nie oznacza automatycznie zaistnienia przesłanki wykluczenia takiego wykonawcy z postępowania. Niewątpliwe wykonawca/przedsiębiorstwo związane z wykonawcą przygotowując postępowanie o udzielenie zamówienia, nabywa informacje o przedmiocie zamówienia, które na pewnym etapie nie są znane jeszcze innym potencjalnym uczestnikom postępowania, nie oznacza to jednak, że powstałego na tym tle zakłócenia konkurencji nie da się wyeliminować poprzez podjęcie w postępowaniu odpowiednich czynności, mając na uwadze sankcyjny charakter przepisu ustawy Pzp. Izba wskazuje, że w myśl art. 41 Dyrektywy klasycznej „Jeżeli kandydat, oferent lub przedsiębiorstwo powiązane z kandydatem lub oferentem doradzają instytucji zamawiającej - niezależnie od tego, czy odbywa się to w kontekście art. 40, czy nie - lub w inny sposób są zaangażowane w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia, instytucja zamawiająca podejmuje odpowiednie środki w celu zagwarantowania, że udział danego kandydata lub oferenta nie zakłóca konkurencji. Wspomniane środki obejmują przekazywanie pozostałym kandydatom lub oferentom istotnych informacji wymienianych w ramach lub w wyniku zaangażowania kandydata lub oferenta w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia oraz wyznaczanie odpowiednich terminów składania ofert. Danego kandydata lub oferenta wyklucza się z udziału w postępowaniu wyłącznie w przypadku, gdy nie ma innego sposobu zapewnienia zgodności z obowiązkiem przestrzegania zasady równego traktowania. Przed każdym takim wykluczeniem kandydaci lub oferenci muszą mieć możliwość udowodnienia, że ich zaangażowanie w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia nie jest w stanie zakłócić konkurencji. Podjęte środki dokumentuje się w indywidualnym sprawozdaniu wymaganym zgodnie z art. 84".
Przenosząc powyższe rozważania na grunt rozstrzyganej sprawy, Izba stwierdziła, iż Zamawiający prawidłowo uznał, iż nie ziściły się przesłanki wykluczenia Konsorcjum Blackbird z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp, a Odwołujący nie udowodnił, że zakłócenie konkurencji miało miejsca.
Izba dokonując analizy stanowiska Zamawiającego w piśmie z dnia 29 stycznia 2021 r. oraz odpowiedzi Konsorcjum Blackbird z dnia 1 lutego 2021 r., jak również biorąc pod uwagę argumentację Odwołującego uznała, że wskazanie Pana B. M. jak zasobu własnego Konsorcjum Blackbird nie prowadziło do zakłócenia konkurencji. Zdaniem Izby Zamawiający w sposób wyczerpujący opisał na czym polegał udział pana M. w przygotowaniu postępowania. Zamawiający wskazał, że wszystkie istotne informacje i dokumenty, jakie uzyskał przygotowując dokumentację projektową, jak i efekt jego działań – Program funkcjonalno-użytkowy oraz Zmieniony Program Funkcjonalno-Użytkowy — wraz załącznikami (rysunki, opisy techniczne, dane stanowiące podstawę sporządzenia dokumentów, uzgodnienia itd.), został udostępniony potencjalnym oferentom przez Zamawiającego na jego stronie internetowej, dokumentacja ta stanowiła bowiem załączniki do SIWZ. Niewątpliwie Pan M. uczestnicząc w przygotowaniu dokumentacji postępowania posiadał wiedzę o wymaganiach Zamawiającego przed udostępnianiem jej potencjalnym wykonawców. Ta okoliczność sama w sobie nie stanowi zakłócenia konkurencji i nie stanowi wystarczającego dowodu utrudnienia uczciwej konkurencji. Odwołujący powoływał się na okoliczność, iż szczegółowe wyliczenia (kalkulacje) wartości szacunkowej zamówienia objętego Postępowaniem za pomocą planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych i kalkulacji nie zostały przekazane wykonawcom, a znane były Panu M. . Odwołujący jednak w żaden sposób nie wykazał ani nie uprawdopodobnił, że Pan M. na etapie składania ofert przekazywał takie informacje Konsorcjum Blackbird. Dowody zaś zgromadzone w sprawie wskazują, że Konsorcjum Blackbird nawiązało współpracę z Panem M. w dniu 22 stycznia 2021 r. (tj. umowa o współpracy z dnia 25.01.20121 r., oświadczenie p. M. z dnia 01/03.2021 r., korespondencja e-mailowa z Przystępującym), a więc już po złożeniu oferty. Odwołujący również nie wykazał, iż Pan B. M. brak udział w procesie oceny ofert. Z dokumentów złożonych do akt sprawy tj. pisma z dnia 29 stycznia 2021 r. od Miasta Nowy Sącz do Zamawiającego wyszczególniony jest zakres udziału Pana M. w przygotowaniu postępowaniu. Zakresem tym niejest objęta czynność badania i oceny ofert. Tym samym Odwołujący nie wykazał okoliczności na jakie się powołuje.
Zdaniem Izby Odwołujący nie wykazał w jaki konkretnie sposób doszło do zachwiania konkurencji uzasadniającego zastosowanie art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp. Wszelkie opracowania przygotowane przez Pana B. M., którym obecnie dysponuje wykonawca — były kompletnie i całościowo udostępnione wszystkim potencjalnym wykonawcom na stronach internetowych. Jak wskazał Zamawiający, pierwotny termin składania ofert został wydłużony z 11.09.2020 r do dnia 07.10.2020 r., a wszelkie zmiany treści SIWZ w tym nieprowadzące do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu były zamieszczone na ww. stronach internetowych w terminach uwzględniających dodatkowy czas na wprowadzenie zmian w przygotowywanych ofertach. Odwołujący nie wykazał, że Pan M. przekazał Konsorcjum Blackbird określone informacje/dokumenty, które stawiały wykonawcę w uprzywilejowanej pozycji względem innych wykonawców.

Twierdzenia Odwołującego są ogólne i nie stanowią zdaniem Izby wystraczającej podstawy do zastosowania względem Konsorcjum Blackbird art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp. Izba wskazuje również, żewykonawca w złożonych wyjaśnieniach w dniu 1 lutego 2021 r. w sposób szczegółowy opisał aspekt związany z nawiązaniem współpracy z Panem M. . Z dowodów złożonych do akt sprawy wynika, że ta współpraca została nawiązana w 22 stycznia 2021 r., a więc już po złożeniu oferty przez Konsorcjum Blackbird. Odwołujący nie wykazał okoliczności przeciwnych.
Zdaniem Izby Odwołujący nie przedstawił dowodów na okoliczność, że pozycja Konsorcjum Blackbird jest uprzywilejowana w stosunku do pozycji innych wykonawców, że zaangażowanie Pana M. dawało mu możliwość przygotowania oferty na lepszych warunkach albo, że Konsorcjum Blackbird posiadało informacje dodatkowe o okolicznościach związanych z realizacją zamówienia. Tym samym Izba uznała, że nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp. W konsekwencji brak jest podstaw do stwierdzenia, iż doszło do naruszenia art. 24 ust. 10 ustawy Pzp poprzez brak wskazania w protokole z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przez Zamawiającego sposobu zapewnienia konkurencji.
Izba wskazuje, że dowody złożone przez Przystępującego w postaci korespondencji elektronicznej pomiędzy Odwołującym z ABM na okoliczność kontaktu Strabag a ABM z siedzibą w Gliwicach, w okresie poprzedzającym złożenie ofert, na okoliczność że to wyłącznie Strabag posiadał dodatkowe informacje względem wszystkich innych wykonawców oraz na okoliczność uzyskania przez Strabag dokumentów na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu i wypełnienia JEDZ, nie mają znaczenia dla sprawy. Przedmiotem rozpoznania przez Izbę były zarzuty podniesione przez Odwołującego, a te nie dotyczyły potencjalnych nieprawidłowości w procesie przygotowania oferty przez Odwołującego.
Izba nie podziela argumentacji Odwołującego, iż Przystępujący miał obowiązek dysponowania tą samą osobą na wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w dniu 6 października 2020 r., a więc w momencie złożenia pierwszego dokumentu JEDZ oraz w dniu 26 stycznia 2021 r. w momencie złożenia kolejnego dokumentu JEDZ. Dokument JEDZ nie zawiera danych osobowych. Stanowi wstępne potwierdzenie, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu. Za dopuszczalną, zdaniem Izby, uznać należy sytuację, że na moment potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu na podstawie art. 26 ust.1 ustawy Pzp wykonawca dysponuje inną osobę niż pierwotnie zakładał składając JEDZ. Istotne jest to czy obie osoby spełniają wymagania Zamawiającego określone w SIWZ. Z różnych przyczynach, chociażby losowych, taką „podmianę" osób uznać należy za dopuszczalną. Argumentacja Odwołującego i wykładania postanowienia pkt 3.3.2.1 SIWZ w tym zakresie jest, zdaniem Izby, nieprawidłowa.
Mając na uwadze powyższe, Izba orzekła jak w sentencji.
O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2019 r. oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b) w zw. z § 7 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437). Zdaniem Izby uwzględnienie zarzut najdalej idącego tj. wykluczenia wykonawcy z postępowania, uzasadnia zastosowanie z §7 ust. 1 pkt 1 *ww.* rozporządzenia.

Przewodniczący:……