

WYROK

z dnia 16 sierpnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie **11 sierpnia 2021 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej **29 lipca 2021 r.**

przez wykonawców: **Berger Bau Polska sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu**

w postępowaniu pn. *Wykonanie robót budowlanych realizowanych w systemie „zaprojektuj i wybuduj” w ramach realizacji projektu pn. „Przebudowa i modernizacja Klinicznego Oddziału Anestezjologii i Intensywnej Terapii oraz Klinicznego Oddziału Okulistyki w Szpitalu Uniwersyteckim w Zielonej Górze sp. z o.o.”* (nr postępowania TZ.372.80.2020)

prowadzonym przez zamawiającego: **Szpital Uniwersytecki im. Karola Marcinkowskiego w Zielonej Górze sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze**

przy udziale wykonawcy: **Climamedic sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Regułach** – zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty, a przy powtarzaniu czynności w postępowaniu – wykluczenie z postępowania Przystępującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 i 19 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.).

2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie

3. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i Odwołującego po połowie:

1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) **uiszczoną przez Odwołującego** tytułem wpisu od odwołania,

2) zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 9300 zł 00 gr (słownie: dziewięć tysięcy trzysta złotych zero groszy) – stanowiącą połowę kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez Odwołującego z tytułu wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów w postaci wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) w zw. z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2020 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Uzasadnienie

Szpital Uniwersytecki im. Karola Marcinkowskiego w Zielonej Górze sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze {dalej: „Zamawiający”} prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp” lub „ppz”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane pn. *Wykonanie robót budowlanych realizowanych w systemie „zaprojektuj i wybuduj” w ramach realizacji projektu pn. „Przebudowa i modernizacja Klinicznego Oddziału Anestezjologii i Intensywnej Terapii oraz Klinicznego Oddziału Okulistyki w Szpitalu Uniwersyteckim w Zielonej Górze sp. z o.o.”* (nr postępowania TZ.372.80.2020).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 29 grudnia 2020 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2020/S_253 pod poz. 638206.

Wartość przedmiotowego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

Zaznaczyć należy, że z uwagi na datę wniesienia rozpoznawanego odwołania do postępowania odwoławczego w tej sprawie, zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. poz. 2020 ze zm.), znajdują zastosowanie przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) {dalej: „nowa ustawa pzp” lub „npzp”}.

29 lipca 2021 r. Berger Bau Polska sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu {dalej również: „Berger Bau” lub „Odwołujący”} wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od zaniechania wykluczenia z powyższego postępowania

Climamedic sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Regulach {dalej: „Climamedic” lub „Przystępujący”}.

Odwolujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {lista zarzutów}:

- 1.Art. 24 ust. 1 pkt 12, pkt 16, pkt 17 i pkt 19 oraz art. art. 89 ust. 1 pkt 7b – przez wybór oferty Climamedic, która nie jest najkorzystniejsza, gdyż została ona wybrana przez Zamawiającego na skutek zaniechania wykluczenia tego wykonawcy oraz odrzucenia jego oferty.
- 2.Art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 – przez zaniechanie wykluczenia Climamedic, pomimo tego, że złożył w Jednolitym Europejskim Dokumencie Zamówienia {dalej: „JEDZ”} nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania, gdyż złożenie prawdziwego oświadczenia uruchomiłoby procedurę self-cleaningu, zaś w obecnej sytuacji wykonawca ten został pozbawiony możliwości samooczyszczenia.
- 3.Art. 24 ust. 1 pkt 19 – przez zaniechanie wykluczenia Climamedic, pomimo faktu, że osoba, z którą wykonawca ten jest związany umową cywilnoprawną i która udostępniła mu swoje zasoby na potrzeby niniejszego postępowania celem wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu brała udział w przygotowaniu przedmiotowego postępowania, tj. przez posiłkowanie się p.l. (projektant technologii medycznych), związanej z Zamawiającym umową z 12.07.2019 r. nr TR.2210.24.2019, której przedmiotem było opracowanie programu funkcjonalno-użytkowego w ramach zadania inwestycyjnego pn. „Przebudowa i modernizacja Klinicznego Oddziału Anestezjologii i Intensywnej Terapii” – stanowiącego opis przedmiotu zamówienia, co doprowadziło do nieuprawnionego uprzywilejowania Climamedic i tym samym zakłócenia konkurencji w przedmiotowym postępowaniu.
- 4.Art. 89 ust. 1 pkt 7b – przez zaniechanie odrzucenia oferty Climamedic, który wniósł wadium w sposób nieprawidłowy tj. niezabezpieczający w sposób realny oferty w całym okresie związania ofertą.
- 5.Art. 24 ust. 1 pkt 12 – przez zaniechanie wykluczenia Climamedic, który na skutek oświadczenia ujętego w treści wyjaśnień z 25.06.2021 r. potwierdził, że na moment składania oferty nie łączył go z p. l. żaden stosunek cywilnoprawny, co powoduje, że wykonawca ten nie mógł wskazać tej osoby w wykazie osób na potwierdzenie spełnienia warunku, a zatem nie wykazał spełnienia tego warunku udziału w postępowaniu {zarzut alternatywny w stosunku do zarzutów z pkt 2. i 3}.

Odwolujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1.Unieważnienia wyboru oferty.
- 2.Powtórzenia badania i oceny ofert.
3. Wykluczenia Climamedic z postępowania oraz odrzucenia jego oferty.

W ramach uzasadnienia powyższa lista zarzutów została sprecyzowana w szczególności przez powołanie się na następujące okoliczności faktyczne i prawne.

{ad pkt 3. listy zarzutów}

Okoliczności faktyczne.

Pani I.Z. od co najmniej dziesięciu lat współpracuje pośrednio (poprzez biuro architektoniczne Atelier Tektura z Warszawy) lub bezpośrednio z Climamedic przy opracowaniu projektów technologii medycznej m.in. przy następujących opracowaniach projektowych:

- 1)*Rozbudowa i przebudowa szpitala wojewódzkiego im. prymasa kardynała Stefana Wyszyńskiego w Sieradzu dla potrzeb bloku operacyjnego, centralnej sterylizacji i oddziału intensywnej terapii wraz z budową niezbędnej infrastruktury technicznej i zagospodarowaniem terenu – 2019-2020;*
- 2)*Budowa Kompleksu Badawczego „GEO-3EM Energia, Ekologia, Edukacja” we Wrocławiu – 2018-2019;*
- 3) *Budynek o funkcjach oddziału łóżkowego, bloku operacyjnego, apteki szpitalnej, kuchni, centralnej sterylizatorni i stacji mycia łóżek na terenie Instytutu Kardiologii w Warszawie – 2019-2021*

Zgodnie ze wskazaną powyżej umową pomiędzy Zamawiającym a p.l. opracowała ona, oprócz całości programu funkcjonalno-użytkowego stanowiącego opis przedmiotu zamówienia w tym postępowaniu, również zbiorcze zestawienie kosztów inwestycji, które było podstawą ustalenia przez Zamawiającego wartości tego zamówienia.

Brzmienie postanowień pkt 1. i 2. zawartych w rozdziale III specyfikacji istotnych warunków zamówienia {dalej: „SIWZ” lub „specyfikacja”} dotyczącym opisu przedmiotu zamówienia:

1. *Przedmiotem zamówienia jest wykonanie dokumentacji projektowej budowlanej, wykonawczej (wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego na etapie realizacji zadania) i robót budowlanych w formule „zaprojektuj i wybuduj” wraz z wyposażeniem trwale wbudowanym oraz zagospodarowaniem terenu w ramach projektu pn.: (...)*
2. *Wykonawca w ramach przedmiotu zamówienia zobowiązany jest do opracowania kompletu dokumentacji projektowo-kosztorysowej w zakresie koniecznym do wykonania robót budowlanych, uwzględniając wszystkie obowiązujące przepisy, a w szczególności Prawo budowlane oraz Prawo zamówień publicznych, a następnie do wykonania zaprojektowanego budynku i jego wyposażenia oraz uzyskania pozwolenia na użytkowanie.*

Ponad połowa pytań zadanych przez wykonawców przed upływem terminu składania ofert dotyczyła wyposażenia medycznego i dopuszczenia produktów nie tylko jednego producenta. Zamawiający dopiero na etapie wyjaśnień

skorygował PFU, dopuszczając (ale nie we wszystkich pozycjach) rozwiązania i urządzenia równoważne.

Przykładowo w wyjaśnieniach z 25.02.2021 r. pytanie nr 45: *Wnosimy o dopuszczenie urządzeń medycznych (jednostek zasilających typu kolumny OIT, panele, kolumna chirurgiczna i anestezjologiczna oraz lampy) zgodnie z załączonymi tabelami o parametrach równoważnych do wskazanych w procedurze przetargowej. W PFU podane medyczne jednostki zasilające wskazują jednego producenta, co ogranicza innym Wykonawcom złożenie oferty.* Odpowiedź: Zamawiający w zał. nr 2 do odpowiedzi – zamienny pkt 2.7.2. specyfikacja wyposażenia PFU określił wymagania dotyczące parametrów wyposażenia będącego przedmiotem zamówienia.

Zamawiający w następujący sposób określił w rozdziale XIII pkt 3.3. lit b) pkt 2. SIWZ warunek odnoszący się do technologa medycznego: *Wykonawca miał wykazać, że posiada: (...) minimum jedną osobę, proponowaną do pełnienia funkcji technologa medycznego, która: (...) posiada wyższe wykształcenie medyczne lub budowlane, oraz posiada co najmniej 3 lata doświadczenia zawodowego oraz posiada doświadczenie w projektowaniu budynków użyteczności publicznej, w tym w okresie ostatnich 3 lat opracował dokumentację projektową, dla której uzyskano pozwolenie na budowę, obejmującą budowę, rozbudowę lub przebudowę co najmniej dla jednego budynku szpitalnego z minimum jedną salą operacyjną i oddziałem intensywnego nadzoru, o kubaturze nie mniejszej niż 8.000 m³ (słownie: osiem tysięcy).*

Climamedic w złożonej ofercie, w „Wykazie osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia” (wzór z załącznika nr 7 do SIWZ) {dalej: „wykaz osób” wskazał p. I.Z. do pełnienia funkcji technologa medycznego, a jako informację o podstawie dysponowania tą osobą wskazał umowę cywilno-prawną.

Jednocześnie w dokumencie Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (dalej „JEDZ”) Climamedic wskazał w części III oświadczenia w sekcji C: Podstawy związane z niewypłacalnością lub wykroczeniami zawodowymi, w zakresie odpowiedzi na pytanie: *Czy wykonawca lub przedsiębiorstwo związane z wykonawcą doradzał(-o) instytucji zamawiającej lub podmiotowi zamawiającemu bądź był(-o) w inny sposób zaangażowany(-e) w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia?*, udzielił odpowiedzi: *NIE*.

W związku z powyższym Zamawiający pismem z 23.06.2021 r. wezwał na podstawie art. 26 ust. 4 pzp wezwał Climamedic do wyjaśnienia treści JEDZ, wskazując w uzasadnieniu, że powyższy sposób udzielenia odpowiedzi jest sprzeczny z treścią przedłożonego wykazu osób, w którym Wykonawca wskazał jako technologa medycznego Panią I.. Biorąc pod uwagę dysponowanie ww. osobą na podstawie umowy cywilno-prawnej oraz jej udział w opracowaniu Program Funkcjonalno-Użytkowego stanowiącego część opisu przedmiotu przedmiotowego zamówienia, faktem jest udział Wykonawcy w przygotowaniu niniejszego postępowania. W związku z powyższym, Zamawiający wzywa Państwa do przekazania wyjaśnień i ewentualnego złożenia poprawnego oświadczenia JEDZ na podstawie art. 25 ust. 3 ustawy, w terminie do dnia 25 czerwca 2021. (...)

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Climamedic w piśmie datowanym na 25.06.2021 r. co następuje.

(...) W pierwszej kolejności wyjaśniamy, iż w związku z określonym w rozdz. XIII ust. 3 pkt 3.3 lit. b) ppkt 2) warunkiem (...) oraz powiązaniem z tymże kryterium wskazanym w rozdz. XXV ust. 1 pkt 1.3 tj. doświadczenie technologa medycznego, wykonawca Climamedic Sp. z o.o. Sp. k. wobec braku w/w osoby w zasobach kadrowych, poszukiwała osoby spełniającej w pełni w/w warunki w za sadzie aż do momentu składania ofert. Jednocześnie podkreślenia wymaga, iż w związku ze specyficzną funkcją technologa medycznego określoną w SIWZ jak również wąską specjalizacją w tej dziedzinie na rynku szpitalnego budownictwa specjalistycznego, osób które spełniają w/w wymogi jest dosłownie kilka w Polsce. W tym stanie rzeczy, w dniu 6 kwietnia 2021 roku tj. na jeden dzień przed terminem składania ofert w przedmiotowym postępowaniu, wykonawca podjął współpracę z Panią I.Z., w formie pisemnej zgody wyrażonej przez Panią I. na zgłoszenie Jej osoby jako współpracownika Climamedic Sp. z o.o. Sp. k. oraz realizacji zamówienia w formie pełnienia przez Panią I. funkcji Technologa medycznego, na podstawie umowy cywilnoprawnej. Mając powyższe na uwadze wyjaśniamy, iż przed dniem 6 kwietnia 2021 rok u Pani I.Z. nie była ani pracownikiem, w myśl ustawy Kodeks Pracy, wykonawcy Climamedic Sp. z o.o. Sp. k., ani z w/w Osobą nie łączyła nas żadna inna umowa zlecenia, o dzieło, agencyjna lub inna umowa o świadczenie usług. Tym samym wykonawca Climamedic Sp. z o.o. Sp. k. nie uczestniczyła w przygotowaniu przedmiotowego postępowania. Jednocześnie oświadczenie w w/w zakresie, złożone przez nas na formularzu JEDZ należy uznać jako poprawne.

Pismem z 13.07.2021 r. Zamawiający w tym samym zakresie ponownie wezwał Climamedic do złożenia wyjaśnień.

Climamedic w odpowiedzi z 13.07.2021 r. przedstawił następujące stanowisko.

W pierwszej kolejności potwierdzamy stanowisko przedstawione w wyjaśnieniach z dnia 25.06.2021 r. Jednocześnie wyjaśniamy, iż opisana w w/w wyjaśnieniach zgoda na zgłoszenie Pani I.Z. jak o współpracownika Climamedic Sp. z o.o. Sp. k. oraz realizacji zamówienia w formie pełnienia przez Panią I. funkcji Technologa medycznego miała charakter umowy przedwstępnej do podjęcia współpracy, warunkowanej uzyskaniem przez nas przedmiotowego zamówienia. W tym stanie rzeczy potwierdzamy, iż do momentu złożenia przez nas oferty w przedmiotowym postępowaniu, z Panią I.Z. nie łączyła nas umowa o pracę, zlecenie, o dzieło, agencyjna lub inna umowa o świadczenie

usług.

Zamawiający akceptując powyższe stanowisko dokonał 19.07.2021 r. wyboru jako najkorzystniejszej oferty Climamedic, przy czym oferta Berger Bau wg powyższej informacji uplasowała się na drugim miejscu w rankingu ofert, uzyskując łącznie 99,93 pkt.

Według Odwołującego wyjaśnienia udzielone przez Climamedic odnośnie p.l. są niekonsekwentne (według pierwszych – na dzień składania ofert brak umowy; według drugich – umowa przedwstępna) i kłócą się z doświadczeniem życiowym oraz powszechnie przyjętą praktyką. Skoro częścią składową oferty Climamedic jest wykonanie projektu technologii medycznej, musiał on zostać opracowany na podstawie oferty p. I.Z.. Trudno zakładać, aby Climamedic samodzielnie wycenił prace projektowe w zakresie technologii medycznych, nie dysponując w tym zakresie żadnym doświadczeniem, a jednocześnie zakładając, że zakres ten osobie lub podmiotowi trudniącemu się tym zawodowo.

Okoliczności prawne {poniżej cytaty z uzasadnienia odwołania}.

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej za utrwalony należy uznać pogląd, iż ustawodawca wskazując w art. 24 ust. 1 pkt 19 Pzp chyba, że spowodowane tym zakłócenie konkurencji przesądzi, iż udział wykonawcy w przygotowaniu postępowania, w którym następnie składa ofertę, zawsze spowoduje zakłócenie konkurencji. Tym samym wykonawca składający ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w sytuacji, kiedy brał udział w przygotowaniu tego postępowania, zawsze będzie musiał obalić domniemanie zakłócenia konkurencji. W orzecznictwie Izby za ugruntowany należy uznać także pogląd, iż udział wykonawcy lub osób pracujących na jego rzecz, biorących udział w przygotowaniu postępowania po stronie zamawiającego, stwarza przypuszczenie, które wobec treści art. 24 ust. 10 Pzp może zostać wyeliminowane przez wykonawcę w toku postępowania przez złożenie wyjaśnień i dowodów (tak też wyrok KIO 216/18 z dnia 1 marca 2018 r. czy KIO 1075/18 z dnia 26 czerwca 2018 r.).

Izba w wyroku z dnia 25 października 2018 r. wydanym w sprawie o sygn. akt: KIO 1974/18 wyraziła pogląd, iż zarówno przepisy Dyrektywy 2014/24/UE, a w ślad za nimi art. 24 ust. 1 pkt 19 Pzp oraz powiązany z nim art. 24 ust. 10 Pzp i art. 31d Pzp, nie precyzują, który podmiot jest wyłącznie odpowiedzialny za podjęcie działań przeciwdziałających zakłóceniu konkurencji, w przypadku udziału wykonawcy biorącego wcześniej, bezpośrednio lub pośrednio, udział w przygotowaniu postępowania. W ocenie KIO takie działania mogą zostać podjęte uprzednio przez samego zamawiającego (np. przez wskazywane w regulacjach Dyrektywy klasycznej i przepisach krajowych przekazanie wszelkich niezbędnych informacji, a także wyznaczenie odpowiedniego terminu na składanie ofert), bądź następnie przez wykonawcę, poprzez udowodnienie, że jego udział nie zakłóci konkurencji, a więc, że istnieją obiektywne przesłanki za tym przemawiające. We wskazanym wyroku Izba uznała, iż w kwestii domniemania ujętego w treści normy art. 24 ust. 1 pkt 19 Pzp, jako wyjątek od zawartej w nim zasady zakłócenia konkurencji, ze względu na udział wykonawcy lub jego personelu w przygotowaniu postępowania, założyć można, że do jego powstania nie dochodzi w sytuacji, kiedy zamawiający uprzednio dokonał działań niwelujących przewagę konkurencyjną takiego wykonawcy (czy to przez udostępnienie pozostałym wykonawcom określonych informacji, czy przez ustalenie adekwatnego terminu składania ofert, bądź też na skutek podjęcia innych czynności zaradczych). Wówczas, zdaniem KIO, zakłócenie eliminowane jest już na etapie przygotowania postępowania, a więc następnie przez samego zamawiającego, co jednocześnie zwalnia wykonawcę od konieczności samodzielnego podejmowania działań w tym zakresie.

W kontekście obalenia domniemania zakłócenia konkurencji przez samego wykonawcę, Izba wskazywała przede wszystkim rolę art. 24 ust. 10 Pzp i podkreślała, iż wykluczenie wykonawcy za udział w przygotowaniu postępowania nie może przybrać charakteru czynności automatycznych (por. m.in. wyrok KIO z dnia 6 czerwca 2018 r., sygn. akt: KIO 992/18, z dnia 19 października 2018 r., sygn. akt: KIO 2037/18, z dnia 25 października 2018 r., sygn. akt: KIO 1974/18). Jednocześnie sygnalizowała, iż ustawodawca zapewnił wykonawcy w takiej sytuacji również możliwość skorzystania z instytucji samooczyszczenia i przedstawienia dowodów na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności, zgodnie z art. 24 ust. 8 Pzp (wyrok z dnia 26 czerwca 2018 r., sygn. akt KIO 1075/18). Artykuł pt.: „Wykluczenie z powodu udziału w przygotowaniu postępowania Monitor Zamówień Publicznych” Cykl: „Z orzecznictwa KIO” 24 kwietnia 2020 Nr 183 (Kwiecień 2020) źródło: <https://www.monitor-zamowien.pl/arttykul/wykluczenie-z-powodu-udzialu-w-przygotowaniu-postepowania>.

W orzecznictwie za ugruntowany można uznać pogląd, że art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy sPzp wprowadza domniemanie zakłócenia konkurencji w przypadku udziału w przygotowaniu postępowania wykonawcy lub jego pracownika, a także osoby wykonującej pracę na podstawie umowy zlecenia, o dzieło, agencyjnej lub innej umowy o świadczenie usług niezależnie od wymiaru, zakresu, formy czy też rodzaju tego udziału.

Na powyższe Izba zwróciła uwagę m.in. w wyrokach z dnia 26 czerwca 2018 r., sygn. akt KIO: 1075/18, z dnia 22 października 2018 r., sygn. akt: KIO 2038/18, z dnia 25 października 2018 r., sygn. akt: KIO 1974/18.

Tym samym odpowiednie środki przeciwdziałające zakłóceniu konkurencji może podjąć sam podmiot zamawiający (co nie miało miejsca w niniejszym postępowaniu), jak również wykonawca – co musi przez tego ostatniego zostać

udowodnione. Ponadto jak wynika wprost z Dyrektywy klasycznej (2014/24/UE) nieistotną okolicznością jest jaki rodzaj więzi istnieje pomiędzy wykonawcą a podmiotem, który brał udział w przygotowaniu postępowania ani też jakie czynności były wykonywane w jego toku.

Za taką interpretacją przemawia również art. 57 ust. 4 lit. f oraz art. 41 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca Dyrektywę 2004/18/WE (tzw. Dyrektywa klasyczna). Zgodnie z treścią art. 57 ust. 4 lit. f przywołanej dyrektywy, instytucje zamawiające mogą wykluczyć lub zostać zobowiązane przez państwa członkowskie do wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia każdego wykonawcy, między innymi w sytuacji, kiedy zakłócenie konkurencji, wynikające z wcześniejszego udziału wykonawcy w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia, nie może zostać wyeliminowane za pomocą mniej dolegliwych środków. Z kolei w myśl art. 41 Dyrektywy klasycznej, jeżeli kandydat, oferent lub przedsiębiorstwo powiązane z kandydatem lub oferentem doradzą instytucji zamawiającej, niezależnie od tego, czy odbywa się to w trybie wstępnych konsultacji rynkowych (art. 40 Dyrektywy klasycznej) czy nie, bądź też w inny sposób są zaangażowani w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia, wówczas instytucja zamawiająca zobowiązana jest do podjęcia odpowiednich środków, celem zagwarantowania, że udział danego kandydata lub oferenta nie spowoduje zakłócenia konkurencji, ani naruszenia zasad niedyskryminacji i przejrzystości postępowania. Wspomniane środki obejmują przekazywanie pozostałym kandydatom lub oferentom istotnych informacji wymienionych w ramach, albo w wyniku zaangażowania kandydata, bądź 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 wykluczeniem podmioty te muszą mieć możliwość udowodnienia, że ich zaangażowanie w przygotowanie postępowania nie jest w stanie zakłócić konkurencji. Podjęte środki dokumentuje się w indywidualnym sprawozdaniu, wymaganym w myśl art. 84 Dyrektywy klasycznej.

Artykuł pt.: „Wykluczenie wykonawcy biorącego udział w przygotowaniu postępowania z uwagi na uczestnictwo w przygotowaniu tego postępowania – rozwiązaniem ostatecznym” w Portal Zamówienia

źródło: <https://zamowienia.org.pl/wykluczenie-wykonawcy-bioracego-udzial-w-przygotowaniu-postepowania-z-uwagi-na-uczestnictwo-w-przygotowaniu-tego-postepowania-rozwiazaniem-ostatecznym/>

W tych okolicznościach Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że nie wziął pod uwagę przewagi konkurencyjnej uzyskaną przez Climamedic dzięki posiadaniu w swoim zasobie kadrowym osoby, która wykonała opracowanie projektowe i dokonała oszacowania wartości zamówienia.

Po pierwsze, wynikającej z tego, że jako autor technologii wskazanej w PFU tak sprecyzowała opis systemu instalacji elektrycznej i teletechnicznej oraz wyposażenia medycznego, że arkusze informacji technicznej wskazywały wyłącznie na jednego producenta. Sama wiedza o tym, jakie konkretnie produkty kryją się za takim opisem, dawała przewagę, gdyż z pytań zadanych przez innych wykonawców wynika, że mieli problem z zebraniem ofert na tak sprecyzowane wyposażenie medyczne. Ponadto Odwołujący domniemuje, że ponieważ często autor dokumentacji za wyspecyfikowanie w projekcie parametrów konkretnego produktu może liczyć na prowizję lub niższe ceny zakupu, przełożyło się to na niższą cenę oferty.

Po drugie, wynikającej z możliwości konsultowania rozwiązań i urządzeń zamiennych w stosunku do opisanych w PFU oraz optymalizacji kosztów dzięki wiedzy, że autor dokumentacji na etapie nadzoru autorskiego zgodzi się na takie zmiany w toku realizacji umowy.

Po trzecie, wynikającej z tego, że p. I.Z. miała wiedzę o kwocie, jaką określiła dla Zamawiającego jako konieczną dla sfinansowania tego zamówienia. Oferta Climamedic jedynie o 2,5% różni się od kwoty, jaką Zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia.

Niezależnie od powyższego Odwołujący zarzucił Zamawiającemu brak wyeliminowania konfliktu interesów na etapie realizacji zamówienia, wynikającego z przysługujących p. Iwonie Zaredzie jako autorowi PFU niezbywalnych autorskich praw osobistych (prawo do autorstwa utworu, dokonywania w nim zmian oraz zgody na wykorzystanie utworu niezgodnie z pierwotnym przeznaczeniem). Co powoduje, że podczas realizacji zadania inwestycyjnego winna ona jednocześnie reprezentować interesy zarówno Zamawiającego (inwestora), jak i wykonawcy robót – będących uczestnikami procesu budowlanego. I tak np. przy opracowaniu dokumentacji projektowej to autor PFU będzie w pierwszej kolejności oceniać zgodność projektów z tym ostatnim dokumentem, a następnie wyrażać zgodę na proponowane rozwiązania i zamienne opracowania (w zakresie technologii, materiałów, urządzeń itp.). Wykonawca będzie dążył do jak najniższych kosztów realizacji i optymalizacji, a jednocześnie w jego zespole projektowym będzie obecna osoba, która te rozwiązania będzie zarówno opracowywała, jak i następnie akceptowała.

{ad pkt 4. listy zarzutów}

Okoliczności faktyczne.

Odwołujący podsumował, że przedstawione powyżej działanie Climamedic, polegające na nieprawidłowym wypełnieniu

JEDZ, było nakierowane na wywołanie u Zamawiającego odmiennego od faktów wrażenia, że Wykonawca nie jest związany żadnym stosunkiem prawnym z osobą, która brała udział w przygotowaniu postępowania. Działanie to było celowe i zmierzało do ukrycia okoliczności dających Climamedic przewagę naruszającą uczciwą konkurencję w postępowaniu.

Okoliczności prawne {poniżej cytata z uzasadnienia odwołania}.

W wyroku z dnia 18 kwietnia 2017 r. sygn. akt KIO 576/17 Krajowa Izba Odwoławcza dokonała szeregu ustaleń w zakresie procesu badania prawdziwości oświadczeń wiedzy wykonawców oraz przedstawiła obszerną argumentację związaną z podstawami wykluczenia ujętymi w treści art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp. Stąd też Odwołujący uznał za pożądane przedstawienie argumentacji ujętej w tym orzeczeniu. W pierwszej kolejności Izba wskazała, że:

„Odnosząc się następnie do wskazanych przez Odwołującego przesłanek wykluczenia ujętych w treści art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp Izba wskazuje, że zawierają one w swojej treści kilka elementów, których spełnienie jest wymagane do stwierdzenia naruszenia tego przepisu. Po pierwsze przez przedstawienie nieprawdziwych informacji (informacji wprowadzających w błąd) należy rozumieć m.in. złożenie przez wykonawcę własnego oświadczenia wiedzy (lub przedstawienie oświadczenia wiedzy podmiotu trzeciego), którego treść pozostaje w sprzeczności z rzeczywistym stanem rzeczy. Po drugie wprowadzenie zamawiającego w błąd winno być wynikiem, co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa ze strony wykonawcy. Ich skutkiem zaś winno być pozostawanie podmiot zamawiający w błędnym przekonaniu, co do rzeczywistego stanu rzeczy. Jednocześnie takie błędne przekonanie, choćby potencjalnie, powinno mieć przełożenie na przebieg postępowania (dosłownie: istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub powinno skutkować obiektywnym brakiem możliwości przedstawienia przez wykonawcę wymaganych dokumentów).

Wskazać następnie należy, iż kwestia spełnienia warunków w postępowaniu jest jednym z najistotniejszych elementów mających wpływ na udział wykonawcy w postępowaniu. Wskazać również należy, iż analiza norm prawnych uregulowanych w art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp pozwala na przyjęcie, iż przesłanka wykluczenia ujęta w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp jest bardziej pojemna i zawiera w sobie przesłanki wskazane w art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp, które można uznać za kwalifikowane przypadki wprowadzenia w błąd.

Aby zatem mogło dojść do podważenia oświadczeń, ujętych i przedstawionych w jakimkolwiek dokumencie składanym na potwierdzenie warunków, winny zostać przedstawione dowody spoza dokumentacji postępowania (spoza treści wniosku lub oferty złożonej w postępowaniu, jak również spoza korespondencji pomiędzy wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia a podmiotem zamawiającym). Wówczas na skutek swego rodzaju „wyjścia” poza informacje dostępne w ramach postępowania dochodzi do wykazania rzeczywistego stanu rzeczy podważającego stan wiedzy dostępny podmiotowi zamawiającemu w postępowaniu”.

W tych okolicznościach według Odwołującego Climamedic – oświadczając, że nie jest związany relacjami cywilnoprawnymi z osobą biorącą udział w przygotowaniu postępowania – wprowadził Zamawiającego w błąd, co spowodowało, że nie zainicjował on postępowania, o którym mowa w art. 24 ust. 10 pzp, co miało wpływ na wynik postępowania, gdyż wybór oferty najkorzystniejszej obarczony jest nieusuwalną wadą prawną. Gdyby Zamawiający od początku postępowania, a przynajmniej od momentu składania ofert dysponował zgodnymi z prawdą informacjami o istniejących zależnościach pomiędzy Climamedic a p.l., przeprowadziłby procedurę ujętą we wspomnianym powyżej przepisie lub ewentualnie umożliwił Wykonawcy samooczyszczenie ze względu na złożenie nieprawdziwego oświadczenia w dokumencie JEDZ w trybie art. 24 ust. 8 pzp. Konsekwentne zaprzeczanie przez Climamedic istnieniu relacji cywilnoprawnej z p.l. spowodowało, że doszło do nieodwracalnych skutków prawnych i faktycznych powodujących naruszenie uczciwej konkurencji, które może być wyeliminowane wyłącznie przez wykluczenie z postępowania.

{ad pkt 5. listy zarzutów}

Okoliczności faktyczne.

W rozdziale XIX SIWZ Zamawiający żądał złożenia wadium w kwocie 500 tys. zł na okres związania ofertą, który zgodnie z rozdziałem XX wynosił 60 dni.

Climamedic wraz z ofertą złożył gwarancję wadialną wystawioną przez AXA Ubezpieczenia TUiR S.A. Z pkt 5. tego dokumentu wynika, że gwarancja wchodzi w życie 07.04.2021 r. (a więc w dniu składania ofert) i obowiązuje do 7 czerwca 2021 r., i tylko żądanie zapłaty, opisane w pkt 4., doręczone gwarantowi w tym okresie, może rodzić jego obowiązek do zapłaty z tej gwarancji.

W tej sytuacji pierwotny termin związania ofertą i okres, w którym Zamawiający mógł zgłosić żądanie zapłaty, pokrywały się.

Okoliczności prawne

Stosownie do art. 89 ust. 1 pkt 7b pzp zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, jeżeli wadium nie zostało wniesione lub zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, jeżeli zamawiający żądał wniesienia wadium.

W odwołaniu wskazano na wyroki Izby z 9 lipca 2020 r. sygn. akt KIO 952/20 oraz z 3 listopada 2020 r. sygn. akt KIO

2486/20 i zacytowano stosowne fragmenty uzasadnień. Wynika z nich, że nie stanowi prawidłowego wadium gwarancja wadialna nakładająca na zamawiającego jako beneficjenta obowiązek zgłoszenia żądania wypłaty w terminie jej obowiązywania, który dokładnie pokrywa się z terminem związania ofertą, gdyż *de facto* nie zabezpiecza możliwości zaspokojenia się zamawiającego w razie wystąpienia zdarzenia uzasadniającego zatrzymanie wadium pod koniec tego okresu.

W tych okolicznościach Odwołujący zarzucił, że w tym przypadku zasady realizacji roszczeń z tytułu gwarancji wadialnej nie zabezpieczają w sposób wystarczający interesów Zamawiającego.

W odpowiedzi na odwołanie z 10 sierpnia 2021 r. Zamawiający wniósł o jego oddalenie, w szczególności następująco odnosząc się do zawartych w nim zarzutów.

{ad pkt 3. listy zarzutów}

Zamawiający podkreślił, że Climamedic dwukrotnie potwierdził w złożonych wyjaśnieniach, że z p. I.Z. do momentu złożenia oferty tj. do 7 kwietnia 2021 r. nie łączyła go żadna umowa – jak to określił Zamawiający – „enumeratywnie wymieniona w art. 24 ust. 1 pkt 19 pzp.

Zamawiający dodał, że zwrócił się do p. I.Z. o udostępnienie informacji w zakresie współpracy z Climamedic dotyczącej wymienionych w odwołaniu inwestycji oraz zapytaniem, czy przed lub 7 kwietnia 2021 r. łączyła ich umowa o pracę, zlecenia, o dzieło, agencyjna lub inna umowa o świadczenie usług.

W odpowiedzi z 9 sierpnia 2021 r. p. I.Z. oświadczyła, że do momentu złożenia oferty w przedmiotowym postępowaniu nie łączyła ją z Climamedic umowa o pracę, zlecenie, o dzieło, agencyjna lub inna umowa o świadczenie usług.

Zamawiający powołał się na następujące fragmenty uzasadnienia wyroku Izby z 11 grudnia 2018 r. sygn. akt KIO 2281/18, KIO 2286/18, KIO 2291/18: *„wpływu na konkurencję na etapie ubiegania się wykonawców o zamówienie nie może mieć zamiar danego wykonawcy do wykorzystania określonych osób dopiero na etapie realizacji tego zamówienia. ...tylko uczestnictwo w przygotowaniu oferty może mieć bowiem jakikolwiek wpływ na konkurencję na takim etapie postępowania, jakim jest złożenie ofert i ich ocena przez zamawiającego.*

Według Zamawiającego ciężar wykazania, że Climamedic współpracował z p. I.Z. w przeszłości w taki sposób, aby ziszcza się przesłanka wykluczenia, o której mowa w art. 24 ust. 19 pzp oraz – jak to określił – „w konsekwencji art. 24 ust. 16 i 17 pzp”, spoczywa na Odwołującym.

{ad pkt 4. listy zarzutów}

Według Zamawiającego nie ma podstaw do uznania, że Climamedic składając ofertę i wyjaśnienia jej treści oświadczył nieprawdę i celowo wprowadza w błąd Zamawiającego, gdyż zgodnie z brzmieniem art. 297 Kodeksu karnego: *1. Kto, w celu uzyskania dla siebie lub innej osoby kredytu, pożyczki bankowej, gwarancji kredytowej, dotacji, subwencji lub zamówienia publicznego, przedkłada fałszywe lub stwierdzające nieprawdę dokumenty albo nierzetelne, pisemne oświadczenia dotyczące okoliczności mających istotne znaczenie dla uzyskania takiego kredytu, pożyczki bankowej, gwarancji kredytowej, dotacji, subwencji lub zamówienia publicznego, podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat.*

{ad pkt 5. listy zarzutów}

Zamawiający podał, że Climamedic wraz z ofertą wniósł wadium w postaci gwarancji ubezpieczeniowej na okres od 7 kwietnia 2021 do 7 czerwca 2021 r. 25 maj 2021 r. Zamawiający zwrócił się o przedłużenie terminu związania ofertą o 60 dni tj. do 4 sierpnia 2021 r. W odpowiedzi Climamedic przedłożył gwarancję ubezpieczeniową na okres od 8 czerwca 2021 do 7 sierpnia 2021 r.

W ocenie Zamawiającego przywołane w odwołaniu orzeczenia nie są adekwatne do sytuacji, w której po wydłużeniu terminu związania ofertą gwarancja wadialna Climamedic obejmowała dodatkowo 3 dni, w których Zamawiający miałby możliwość skutecznie zabezpieczyć swoje interesy.

Niezależnie od powyższego Zamawiający powołał się na to, że prawidłowość jego działań potwierdza następujące stanowisko wyrażone w uzasadnieniu wyroku z 21 grudnia 2020 r. sygn. KIO 3189/20: *„dyspozycja art. 85 ust. 4 wskazuje wyraźnie, że intencją ustawodawcy było ustanowienie okresu ważności wadium w celu zabezpieczenia okresu związania ofertą. Celem tej regulacji jest zabezpieczenie interesów zamawiającego tak, aby złożona oferta była zabezpieczona wadium przez cały okres, w jakim wykonawca związany jest jej treścią. Oznacza to, że podstawą odrzucenia oferty na gruncie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp w odniesieniu do okresu ważności wadium może być wyłącznie sytuacja, w której oferta nie pozostaje zabezpieczona wadium w czasie, w którym wykonawca pozostaje związany ofertą. Nie ma tutaj miejsca, ani podstawy prawnej dla rozróżnienia formalnego okresu ważności wadium i „faktycznego” terminu, dłuższego niż okres związania ofertą, dającego „możliwość zatrzymania wadium” przez Zamawiającego.*

{ad pkt 6. listy zarzutów}

Zdaniem Zamawiającego przepisy ustawy pzp nie zobowiązują wykonawcy, aby na etapie składania ofert był

związany umowami cywilnoprawnymi z osobami, którymi posługuje się w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu, o jakim mowa w art. 22 ust. 1b pkt 3 pzp.

Zamawiający powołał się na stanowisko wyrażone przez Izbę:

- w sprawie sygn. akt KIO 393/20, że *Zamawiający nie zawarł w SIWZ żadnego postanowienia obligującego wykonawców do wskazania różnych podstaw do dysponowania osobami w sytuacji, gdy osoby są pracownikami wykonawcy albo umowy o pracę z tymi osobami dopiero zostaną zawarte. W tej sytuacji, w ocenie Izby, Odwołujący prawidłowo wskazał jako podstawę do dysponowania osobami jako „umowy o pracę” mimo, że na dzień składania ofert osoby wskazane w wykazie nie były jeszcze pracownikami Odwołującego.*
- w uchwale z 6 listopada 2019 r. że *warunek dotyczący „dysponowania” nie jest równoznaczny z koniecznością wykazania przez Wykonawcę zatrudniania wskazanej osoby w ramach umowy o pracę ani też zawarcia umowy cywilnej (umowy zlecenia, bądź umowy o dzieło), w terminie składania oferty.*

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 528 npzp i nie zgłoszono w tym zakresie odmiennych wniosków.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego Izba skierowała odwołanie do rozpoznania na rozprawie, podczas której wszyscy uczestnicy sporu podtrzymali swoje dotychczasowe stanowiska.

Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Z art. 505 ust. 1 npzp wynika, że legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący wykazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Jednocześnie może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp, gdyż zaniechanie wykluczenia Przystępującego uniemożliwia Odwołującemu uzyskanie tego zamówienia, na co w przeciwnym razie mógłby liczyć.

Podkreślić należy, że interes w uzyskaniu zamówienia, o którym mowa w art. 505 ust. 1 npzp należy interpretować szeroko jako odnoszący się nie tylko do uzyskania zamówienia w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia, ale do możliwości pozyskania świadczenia będącego przedmiotem zamówienia, niezależnie od tego, w jakim postępowaniu zostanie ono wykonawcy udzielone. Tym samym interes ten może być rozumiany jednolicie i niezależnie od okoliczności konkretnej sprawy, podnoszonych zarzutów oraz żądania co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania. Jak to trafnie Izba stwierdziła w uzasadnieniu wyroku z 28 maja 2019 r. sygn. akt KIO 873/19, w świetle prounijnej wykładni przepisów dotyczących zamówień publicznych pojęcie interesu w uzyskaniu danego zamówienia winno być wykładane w ten sposób, że dane zamówienie publiczne nie oznacza konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia, a winno być łączone z definicją legalną zamówienia publicznego (tak też Izba w uzasadnieniu wyroku z 5 listopada 2018 r. sygn. akt KIO 2144/18).

{rozpoznanie zarzutów z pkt 2. i 3. listy zarzutów}

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Wartość tego zamówienia została ustalona 9 grudnia 2020 r. na podstawie zestawienia kosztów prac ujętych w Programie funkcjonalno-użytkowym {dalej: „PFU”} sporządzonym w październiku 2019 r. oraz zaktualizowanej 10 września 2019 r. wartości kosztorysowej inwestycji {dalej: „WKI”}, przy czym PFU oraz WKI zostały opracowane przez I.Z. „Technologia Medyczna” z Ksawerowa [pkt 5. na str. 2. w zw. z lit. B pkt 5. na str. 5. protokołu postępowania]. Odwołujący wykazał, że pani I.Z. od wielu lat współpracuje z Climamedic bezpośrednio lub pośredni przy realizowanych przez niego zamówieniach.

Przy przedsięwzięciu pn. *Rozbudowa bloku operacyjnego w Wielospecjalistycznym Szpitalu Wojewódzkim w Gorzowie Wielkopolskim Spółka z o.o. w systemie modułowym z uwzględnieniem infrastruktury niezbędnej do szkolenia studentów wydziałów medycznych*, gdzie wykonawcą projektu i samych robót budowlanych (formuła „zaprojektuj i wybuduj”) był Climamedic, projektantem branży technologii medycznej była p. I.Z. [rysunek techniczny projektu wykonawczego branży sanitarnej nr GWM/PW/TM/01 z maja 2015 r. oraz informacja ze strony Wielospecjalistycznego Szpitala Wojewódzkiego w Gorzowie Wielkopolskim spółka z o.o. źródło: aktualności/item/1444-rusza-rozbudowa-bloku-operacyjnego załączone jako dowód nr 2 do pisma procesowego Odwołującego z 10 sierpnia 2021 r.]

Dodatkowo na współpracę pomiędzy p. I.Z. a Climamedic wskazuje korespondencja przy realizacji w okresie od lutego do kwietnia 2020 r. dla Centrum Zdrowia Dziecka w Warszawie przedsięwzięcia pn. „Adaptacja pomieszczeń dla rezonansu magnetycznego w Instytucie Pomnik – Centrum Zdrowia Dziecka”, gdzie podwykonawca Saprotherm A.S., który realizował projekt w zakresie instalacji sanitarnych, oświadczył, że autorem technologii medycznej oraz osobą

współpracującą z Climamedic (ew. pośrednio poprzez Atelier Tektura) była pani I.Z.. Dowodem tej współpracy jest korespondencja z podwykonawcą Saprotherm z p.l. odnośnie realizacji przedmiotu zamówienia, w ramach której informacje odnoszące się do technicznych ustaleń dokumentacji projektowej wysyłane były również do informacji dwóch inżynierów Climamedic: pana R.K. oraz pana A.S. [wydruk korespondencji mailowej z 11 i 14 lutego 2020 r. oraz oświadczenie pana Andrzeja Sobieskiego z 10 sierpnia 2021 r. załączone jako dowód nr 3 do pisma procesowego Odwołującego z 10 sierpnia 2021 r.]

We wspomnianej korespondencji pani I.Z. komunikuje się z przedstawicielami Climamedic, w szczególności z panem Rafałem Kaczmarkiem –wieloletnim kierownikiem budowy w tej spółce.

Fakt współpracy pana R.K. (kierownika budowy i kierownika projektu) z Climamedic wynika z szeregu informacji publicznych, w tym m.in.

- zawiadomienia o wyniku postępowania z 3 stycznia 2020 r. Wielospecjalistycznego Szpitala SPZOZ w Nowej Soli, gdzie punktowane było doświadczenie kierownika budowy w osobie pana R.K.;
- artykuł z 8 października 2013 r. w „Dzienniku Zachodnim” pt. *Centrum Onkologii w Zagłębiu: kadra już się szkoli w Gliwicach*, autorstwa P.S., gdzie zacytowana jest wypowiedź pana R.K. jako kierownika projektu ze strony Climamedic;
- informacja ze strony Mazowieckiej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa na temat mającej miejsce 16 maja 2018 r. wizyty jej członków na terenie budowy lądowiska dla śmigłowców Lotniczego Pogotowia Ratunkowego nadachu budynku Szpitala Klinicznego Dzieciątka Jezus w Warszawie, z jednoczesnymi podziękowaniami dla pana R.K. – kierownika budowy oraz P.S. – kierownika robót za udzielenie informacji podczas zwiedzania obiektu oraz podziękowaniami dla firmy Climamedic za umożliwienie wstępu na budowę.

[stosowne wydruki zostały załączone jako dowód nr 4 do pisma procesowego Odwołującego z 10 sierpnia 2021 r.]

Również w innym postępowaniu (pn. *Rozbudowa i przebudowa Szpitala im. Prymasa Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Sieradzu dla potrzeb bloku operacyjnego, centralnej sterylizacji i oddziału intensywnej terapii wraz z budową niezbędnej infrastruktury technicznej i zagospodarowaniem terenu*) współpraca z panią I.Z., która sporządziła projekt technologii medycznej [Projekt budowlany, projekt architektoniczno-budowlany (technologia medyczna) TOM II B – projektant mgr inż. I.Z., załączony jako dowód nr 5 do pisma procesowego Odwołującego z 10 sierpnia 2021 r.], dał Climamedic przewagę konkurencyjną, o czym świadczy fakt, że tylko on złożył ofertę, która została wybrana jako najkorzystniejsza [informacja z otwarcia ofert z 11 grudnia 2018 r. oraz informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej z 30 stycznia 2019 r. – załączone jako dowód nr 6 do pisma procesowego Odwołującego z 10 sierpnia 2021 r.]

W tamtym postępowaniu w opisie przedmiotu zamówienia został opisany system modułowy firmy Climatic (dawniej powiązanej kapitałowo i osobowo z Climamedic), negatoskop cyfrowy i zintegrowany system sali operacyjnej (zarządzenie wideo) firmy Klimaty (wcześniej rejestrowane jako wyroby Climamedic).

Ponadto Odwołujący wykazał, że w PFU przedmiotowego postępowania (str. 157 i 165.) opisane są niemal identycznie jak w przetargu dotyczącego Szpitala w Sieradzu urządzenia (specyfikacja pokrywa się w 99% na ponad 100 pozycji). Dla inwestycji Szpitala w Sieradzu w załączniku 3A arkusze informacji technicznej sprzętu na stałe wbudowanego w konstrukcję budynku (poz. od 48. a następnie od 467. odpowiadają arkuszom informacji technicznej” z PFU dla Szpitala w Zielonej Górze na str. 157. i 165. w zakresie negatoskopu i systemu zarządzania salą operacyjną) [arkusze dla postępowania w Sieradzu załączone jako dowód nr 7 do pisma procesowego Odwołującego z 10 sierpnia 2021 r. oraz str. 157. i 165. PFU z dokumentacji Zamawiającego przekazanej na płycie CD-RW].

Z uwagi na powyższe wskazanie w postępowaniu o udzielenie zamówienia aktualnie prowadzonym przez Zamawiającego p.l. jako członka personelu Climamedic przewidzianego do realizacji tego zamówienia należy poczytać za kolejny przejaw wieloletniej współpracy Climamedic z tą osobą.

Dodatkowo zauważyć należy, że ostatecznie Przystępujący wskazał, że zawarł z p.l. umowę przedwstępną dotyczącą jej udziału w realizacji tego zamówienia w razie zawarcia umowy przez Zamawiającego z Climamedic.

Błędna zatem okazała się odpowiedź negatywna wpisana przez Climamedic w JEDZ w odpowiedzi na pytanie o to, czy bezpośrednio lub pośrednio doradzał Zamawiającemu bądź był bezpośrednio lub pośrednio w inny sposób zaangażowany w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia. Przede wszystkim Climamedic dwukrotnie oświadczył Zamawiającemu niezgodnie z prawdą, że nie łączyła go nigdy z p.l. żaden stosunek cywilnoprawny.

Należyta staranność profesjonalisty nakładała na Climamedic, który składa ofertę, dokumenty i oświadczenia we własnym imieniu, aby upewnił się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości w kontekście przyjmowanego w doktrynie i orzecznictwa rozumienia przesłanki wykluczenia, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy pzp.

W konsekwencji wprowadzenia w powyższym zakresie w błąd Zamawiającego, uznał on, że nie ma podstaw do wykluczenia Climamedic na podstawie tego przepisu, pomimo że 13 lipca 2021 r. formalnie wezwał – w razie pozytywnej odpowiedzi na pytanie o dotychczasową współpracę z p.l. – w trybie art. 24 ust. 10 pzp do udowodnienia, że taki udział Climamedic w przygotowaniu prowadzonego postępowania nie zakłócił konkurencji.

Skoro Climamedic nie skorzystał z tej możliwości, pozbawił się w ten sposób możliwości wykazania w tym postępowaniu, że jego powiązanie z p.l., która sporządziła zasadniczy dokument opisu przedmiotu tego zamówienia w postaci PFU oraz dokonała de facto oszacowania wartości tego zamówienia, nie postawiło go w sytuacji korzystniejszej niż innych wykonawców ubiegających się o udzielenie tego zamówienia. Stąd wszelkie twierdzenia w tym zakresie podnoszone na rozprawie należało uznać za spóźnione.

W tych okolicznościach Izba stwierdziła, że zarzuty odwołania są w większości zasadne.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy pzp 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.

Dodatkowo art. 24 ust. 10 ustawy pzp stanowi, że w 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.

Powyższe przepisy stanowią implementację do polskiego porządku prawnego poniżej przywołanych przepisów dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE {dalej: „dyrektywa klasyczna”}:

Artykuł 41 Wcześniejsze zaangażowanie kandydatów lub oferentów

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 winny 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.

Artykuł 57 Podstawy wykluczenia

4. Instytucje zamawiające mogą wykluczyć lub zostać zobowiązane przez państwa członkowskie do wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia każdego wykonawcy znajdującego się w którejkolwiek z poniższych sytuacji: (...) f) jeżeli zakłócenie konkurencji wynikające z wcześniejszego udziału wykonawców w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia, o którym mowa w art. 41, nie może zostać wyeliminowane za pomocą mniej inwazyjnych środków; (...)

Jak trafnie wskazuje się w doktrynie:

1. Przygotowanie postępowania. Czynności związane z przygotowaniem postępowania opisane są w rozdziale 2 działu II PrZamPubl (art. 29–38). Najważniejsze z nich to opisanie przedmiotu zamówienia, ustalenie wartości zamówienia i sporządzenie siwz. W robotach budowlanych za opisanie przedmiotu zamówienia należy uznać np. sporządzenie dokumentacji projektowej, a za ustalenie wartości zamówienia – sporządzenie kosztorysu inwestorskiego. Udział w tych czynnościach wykonawcy lub osób pracujących u wykonawcy jest podstawą do wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 19.

2. Krąg pracowników. Nieistotny jest rodzaj stosunku umownego łączącego daną osobę z wykonawcą. Może to być umowa o pracę, ale też każda umowa o dzieło czy umowa o świadczenie usług. Dla zaistnienia podstawy wykluczenia wystarczający jest przy tym sam fakt wykonywania jakiegokolwiek pracy u wykonawcy. Nie ma znaczenia, czy dana osoba bezpośrednio, czy nawet pośrednio brała udział np. w przygotowywaniu oferty. Natomiast istotne jest, aby osoba ta brała udział w przygotowaniu postępowania po stronie zamawiającego.

3. Skutek. Udział wykonawcy lub pracownika wykonawcy w przygotowaniu postępowania po stronie zamawiającego wywołuje efekt wykluczenia tylko wtedy, gdy powoduje to zakłócenie konkurencji. Oznacza to sytuację, w której określony wykonawca, na skutek posiadania większej wiedzy o przygotowanym zamówieniu niż inny wykonawcy, uzyskuje nienależną przewagę konkurencyjną i dzięki temu może łatwiej, taniej lub w krótszym czasie złożyć ofertę. Może też posiadaną wiedzę wykorzystać w treści oferty i w ten sposób uzyskać przewagę nad innymi wykonawcami. Z brzmienia przepisów wynika, że zakłócenie konkurencji w takich sytuacjach przyjmuje postać domniemania, które może być

obalone w wyniku uwzględnienia przez zamawiającego przeciwnych dowodów przedłożonych przez wykonawcę.

4. Brak wykluczenia. Pomimo zaistnienia wyżej opisanych okoliczności wykluczenie wykonawcy z postępowania nie następuje, jeżeli zakłócenie konkurencji może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie. W tym celu, zanim zamawiający podejmie jakąkolwiek decyzję w sprawie wykluczenia, ma obowiązek zapewnić wykonawcy możliwość wykazania stosownymi dowodami, że jego udział w przygotowaniu postępowania nie zakłóci konkurencji. Dlatego podstawa wykluczenia opisana w art. 24 ust. 1 pkt 19 musi być analizowana dopiero po wyczerpaniu procedury opisanej w art. 24 ust. 10. Wymaga ona wezwania wykonawcy do przedstawienia dowodów w zakresie braku wpływu jego udziału w przygotowaniu postępowania na uczciwą konkurencję. Uwzględniając przedłożone przez wykonawcę dowody zamawiający nie stosuje wykluczenia, a jednocześnie wskazuje w protokole postępowania sposób zapewnienia konkurencji. W tym zakresie pomocny może być art. 41 dyrektywy 2014/24/UE, który wskazuje jako środki podejmowane w celu zachowania konkurencji przekazywanie pozostałym wykonawcom istotnych informacji, wymienianych w ramach lub w wyniku zaangażowania określonego wykonawcy w przygotowanie postępowania oraz wyznaczenie odpowiednich terminów składania ofert. Chodzi o to, aby termin ten był na tyle długi, aby inni wykonawcy mogli zapoznać się z informacjami, które określony wykonawca poznał wcześniej i mogli te informacje uwzględnić w ofertach. Podobną odpowiedź zawiera art. 31d, związany bezpośrednio z prowadzonym przez zamawiającego dialogiem technicznym.

5. Dyrektywa. Kwestię wykluczenia z postępowania z powodu udziału wykonawcy lub jego pracowników w przygotowaniu postępowania reguluje w dyrektywie klasycznej art. 57 ust. 4 lit. f, ale szczegółowo odnosi się do tej sprawy art. 41, który traktuje wykluczenie wykonawcy z postępowania na skutek zakłócenia konkurencji jako ostateczność: "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". Przepisy PrZamPubl nie stawiają sprawy wykluczenia w taki właśnie sposób, ale art. 24 ust. 10 powinien ukierunkowywać zamawiających na takie właśnie traktowanie wykonawców (zob. też J. Pieróg, J. Presz-Król, Jednolity, s. 146).

6. Samooczyszczenie. Do omawianej podstawy wykluczenia ma zastosowanie procedura samooczyszczenia przewidziana w art. 24 ust. 8. Procedura ta nie zastępuje ani nie ogranicza procedury opisanej w art. 24 ust. 10 jako bezpośrednio związanej z podstawą wykluczenia opisaną w art. 24 ust. 1 pkt 19.

[J. Pieróg, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa, 2019]

Z kolei w art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy pzp określono, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, 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 {pkt 16};

- lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia {pkt 17}.

Powyższe przepisy stanowią implementację do krajowego porządku prawnego określonych w art. 57 ust. 4 lit. h oraz i (in fine) Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającą dyrektywę 2004/18/WE (Dz. U. UE L 94, 28.3.2014, p. 65–242) podstaw wykluczenia w następujących sytuacjach:

- jeżeli wykonawca był winny poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji, które wymagane były do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub do weryfikacji spełnienia kryteriów kwalifikacji, zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić dokumentów potwierdzających wymaganych na mocy art. 59 {lit. i};

- jeżeli wykonawca podjął kroki, aby wskutek zaniedbania przedstawić wprowadzające w błąd informacje, które mogą mieć istotny wpływ na decyzje w sprawie wykluczenia, kwalifikacji lub udzielenia zamówienia {lit. h in fine}

W poprzednim stanie prawnym istniała jedna podstawa wykluczenia wykonawcy z powodu składania nieprawdziwych informacji. Według dawnego art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wykluczało się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Przepis ten stanowił implementację art. 45 ust. 2 lit. g dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 21 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. U. UE L z 30 kwietnia 2004 r.). Zgodnie z tym przepisem z udziału w zamówieniu można było wykluczyć każdego wykonawcę, który jest winny poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania informacji. W odróżnieniu od przepisu krajowego hipoteza przepisu dyrektywy obejmowała zarówno złożenie, jak i niezłożenie informacji wymaganych w postępowaniu o udzielenie zamówienia, przy czym w obu przypadkach miało to prowadzić do wprowadzenia w błąd. Z kolei przesłankę wpływu nieprawdziwych informacji na wynik postępowania z art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp można było uznać za odpowiednik poważnego wprowadzenia w błąd zamawiającego, o którym mowa w przepisie dyrektywy. W zakresie tych przesłanek, pomimo różnic sformułowań,

interpretacja art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp w zgodzie z przepisem dyrektywy nie budziła większych wątpliwości.

W odróżnieniu od literalnego brzmienia art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp przepis art. 45 ust. 2 lit. g dyrektywy 2004/18/WE wprost odwoływał się do winy wykonawcy, który przez złożenie lub niezłożenie informacji poważnie wprowadził w błąd zamawiającego. Stąd w orzecznictwie sądów okręgowych na tle interpretacji art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp przy uwzględnieniu art. 45 ust. 2 lit. g dyrektywy 2004/18/WE z czasem skryształizowało się wręcz stanowisko, że wykluczenie może dotyczyć wyłącznie wykonawcy działającego z winy umyślnej. W szczególności Sąd Okręgowy Warszawa-Praga w Warszawie w uzasadnieniu wyroku z 19 lipca 2012 r. (sygn. akt IV Ca 683/12) wskazał, że przepis ten ma zastosowanie w warunkach celowego, zawinionego i zamierzonego zachowania wykonawcy, podjętego z zamiarem podania nieprawdziwych informacji w celu wprowadzenia zamawiającego w błąd i wykorzystania tego błędu dla uzyskania zamówienia publicznego. Według tego stanowiska złożenie nieprawdziwej informacji, ze skutkiem w postaci wykluczenia z postępowania, musi być czynnością dokonaną z winy umyślnej, nie zaś w wyniku błędu czy niedbalstwa. Jeżeli ze stanu faktycznego wynika, że wykonawca w dniu składania ofert działał w dobrej wierze, nie sposób uznać, że jego celem było wprowadzenie zamawiającego w błąd. Z powyższego Sąd wywiódł, że nie będzie podstawą wykluczenia nieświadome wprowadzenie w błąd. Takie stanowisko sądów okręgowych nie pozostało bez wpływu na orzecznictwo Izby, które uprzednio nie wymagało dla wypełnienia hipotezy normy określonej w art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp umyślnego zawinienia wykonawcy.

Jednakże Sąd Unii Europejskiej w wyroku z 26 września 2014 r. w połączonych sprawach T-91/12 i T-280/12 (Flying Holding NV z siedzibą w Wilrijk, Flying Group Lux SA z siedzibą w Luksemburgu, Flying Service NV z siedzibą w Deurne przeciwko Komisji Europejskiej) orzekł w związku z wykluczeniem na podstawie art. 94 lit. b rozporządzenia Rady (WE, Euratom) nr 1605/2002 z dnia 25 czerwca 2002 r. w sprawie rozporządzenia finansowego mającego zastosowanie do budżetu ogólnego Wspólnot Europejskich (Dz. U. L 248, s. 1 ze zm) – stanowiącego, że nie udziela się zamówienia kandydatom, którzy w związku z procedurą udzielania zamówień są winni złożenia nieprawdziwych oświadczeń przy dostarczaniu informacji wymaganych przez instytucję zamawiającą w celu dopuszczenia do udziału w procedurze udzielania zamówień lub nie dostarczyli tych informacji – że w przypadku gdy, tak jak w rozstrzyganej sprawie, wykryte zostaje przekazanie nieprawdziwych danych, Komisja nie ma innego wyboru niż zastosowanie powyższego przepisu, gdyż pojęcie „nieprawdziwe oświadczenia” odnosi się zarówno do oświadczeń umyślnie wprowadzających w błąd jak i tych, które są błędne w wyniku niedbalstwa, i po ustaleniu nieprawdziwego charakteru oświadczeń nie ma potrzeby przeprowadzania analizy uzasadnienia tej nieprawdziwości. Wobec złożenia nieprawdziwych oświadczeń, niezależnie od tego, czy doszło do tego w sposób umyślny, czy też wskutek niedbalstwa skarżących, Komisja nie miała innego wyboru niż zastosowanie art. 94 lit. b) rozporządzenia finansowego {por. pkt 75 i 119 wyroku}.

Powyższe orzeczenie Izba wzięła pod uwagę w wyroku z 11 lutego 2015 r. sygn. akt KIO 177/15, argumentując, że co prawda powyższy wyrok dotyczył stosowania przepisu aktu prawnego stosowanego przez Komisję Europejską przy udzielaniu zamówień publicznych, jednak zarówno treść przepisu art. 94 lit. b rozporządzenia finansowego, jak i art. 45 ust. 2 lit. g dyrektywy 2004/18/WE odwołują się do winy wykonawcy (kandydata) składającego nierzetelne informacje, bez wskazywania na postać tej winy, która powinna być interpretowana w taki sam sposób. Stąd Izba doszła do przekonania, że wykluczenie na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp, interpretowanego z uwzględnieniem treści art. 45 ust. 2 lit. g dyrektywy 2004/18/WE, wymaga przypisania wykonawcy winy, jednak może to być również niedbalstwo.

W praktyce wykazanie winy umyślnej wykonawcy jest niezwykle trudne, gdyż częstokroć może wymagać dowodów spoza dokumentacji o udzielenie zamówienia, które potwierdzałyby zamiar wprowadzenia w błąd zamawiającego, czyli że wykonawca wyobrażał sobie taki skutek i tego chciał, ewentualnie na to się godził. Zupełnie inaczej przedstawia się możliwość przypisania wykonawcy niedbalstwa, czyli niedołożenia należytej staranności przy podawaniu zamawiającemu wprowadzających w błąd informacji. Na podstawie art. 14 pzp do oceny czynności wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, a zgodnie z art. 355 § 1 kc dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Przypisanie określonej osobie niedbalstwa jest uzasadnione tylko wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności {por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z 10 marca 2004 r., sygn. akt IV CK 151/03}. Przy czym wzorzec należytej staranności ma charakter obiektywny i abstrakcyjny, jest ustalany niezależnie od osobistych przymiotów i cech konkretnej osoby, a jednocześnie na poziomie obowiązków dających się wyegzekwować w świetle ogólnego doświadczenia życiowego oraz konkretnych okoliczności {por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z 23 października 2003 r. sygn. akt V CK 311/02}. Dodatkowo w stosunku do profesjonalistów miernik ten ulega podwyższeniu, gdyż art. 355 § 2 kc precyzuje, że należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Za takiego profesjonalistę należy również uznać, co do zasady, wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego. Należyta staranność profesjonalisty nakłada na wykonawcę, który składa ofertę,

dokumenty i oświadczenia we własnym imieniu, aby upewnić się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości.

W aktualnym stanie prawnym podstawa wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 17 pzp wprost określa, że przedstawienie informacji wprowadzających w błąd zamawiającego może nastąpić w wyniku niedbalstwa, a nawet lekkomyślności wykonawcy. Natomiast przypisanie wykonawcy winy umyślnej lub rażącego niedbalstwa jest konieczne dla zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 16 pzp.

Należy przyjąć, że obecnie obowiązujące przepisy, tak jak poprzednio obowiązujący art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp, nie ustalają jakiegoś szczególnego rozumienia „prawdy” lub „nieprawdy” w odniesieniu do informacji składanych przez wykonawców w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wobec tego adekwatny pozostaje {na co Krajowa Izba Odwoławcza wskazała uprzednio w uzasadnieniu wyroku z 6 kwietnia 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 372/10} pogląd Sądu Najwyższego wyrażony w uzasadnieniu wyroku z 5 kwietnia 2002 r. sygn. akt II CKN 1095/99 (opubl. Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Cywilna rok 2003, Nr 3, poz. 42): Pojęcia „prawda”, „prawdziwy”, bądź ich zaprzeczenia występują w Prawie prasowym w art. 6 ust. 1, art. 12 ust. 1 pkt 1, art. 31 pkt 1 i art. 41, a także wielokrotnie w innych aktach normatywnych, a wśród nich w kodeksie cywilnym (np. art. 780 § 1, art. 834, 815 § 3), w kodeksie postępowania cywilnego (np. art. 3, 103 § 2, art. 252, 253. 254 § 1 i 2, art. 268, 304, 333 § 2, art. 339 § 2, art. 485 § 2, art. 913 § 2, art. 1045), w kodeksie karnym (np. art. 132, 213 § 1, 2 i 3, art. 303 § 1, art. 312) oraz w kodeksie postępowania karnego (np. art. 2 § 2, art. 188 § 1 i art. 190 § 1). We wszystkich tych przypadkach pojęcie „prawda” rozumiane jest tak, jak w języku potocznym, a więc jako zgodność (adekwatność) myśli (wypowiedzi – w znaczeniu logicznym) z rzeczywistością (z „faktami” i „danymi”). Odpowiada to – na gruncie filozoficznym – tzw. klasycznej koncepcji prawdy. W tym sensie wypowiedź o rzeczywistości jest prawdziwa tylko wtedy, gdy głosi tak, jak jest w rzeczywistości.

Zarówno w przypadku dawnego art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp jak i obecnie obowiązującego art. 24 ust. 1 pkt 16 pzp skutek złożenia przez wykonawcę nieprawdziwych czy niepełnych, czyli wprowadzających w błąd informacji przejawia się w tym, że gdyby wykonawca przedstawił prawdziwe lub pełne informacje, zamawiający podjąłby inną decyzję w prowadzonym postępowaniu, gdyż nie zostałby wprowadzony w błąd. Przy czym należy zaznaczyć, że decyzje odnośnie spełniania warunków udziału w postępowaniu, braku podstaw do wykluczenia, zakwalifikowania do udziału w postępowaniu zamawiający podejmuje na podstawie oświadczeń i dokumentów przedstawionych przez wykonawcę. W tym sensie na potrzeby prowadzonego postępowania znaczenie ma, czy wykonawca formalnie wykazał w ten sposób spełnianie warunków udziału, kryteriów kwalifikacji czy brak podstaw do wykluczenia. Natomiast zamawiający nie ma obowiązku ustalania tzw. prawdy materialnej tzn., czy biorąc pod uwagę najlepszy możliwy sposób wykazania tych okoliczności przez wykonawcę, obiektywnie spełnia on warunki, kryteria kwalifikacji lub nie podlega wykluczeniu. Skoro według art. 24 ust. 1 pkt 12 pzp z postępowania wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełnienia warunków udziału lub nie wykazał braku podstaw do wykluczenia, nie ma podstaw prawnych, aby skutek wprowadzenia w błąd zamawiającego odnosić do innego stanu rzeczy niż wynikający ze złożonych przez wykonawcę w postępowaniu oświadczeń lub dokumentów.

Natomiast taki skutek nie jest wymagany dla wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 pzp, gdyż z brzmienia tego przepisu {przywołanego dokładanie powyżej} wynika, że wystarczające jest, aby informacje wprowadzające w błąd mogły mieć istotny wpływ na decyzje zamawiającego, co odpowiada sposobowi uregulowania podstawy wykluczenia w art. 57 ust. 4 lit. i (*in fine*) {również przywołanemu dokładanie powyżej}, gdzie także mowa jest jedynie o takim potencjalnym wpływie. Innymi słowy przy niedbalym przedstawieniu wprowadzających w błąd informacji ocena jego istotności jest uzależniona od tego czy mogło to, a nie czy miało to wpływ na decyzje w sprawie udzielenia zamówienia. Jak trafnie wywiódł Sąd Okręgowy w Warszawie w uzasadnieniu wyroku z 20 lipca 2018 r. sygn. akt XXIII Ga 849/18, dla rozważań dotyczących przesłanki wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy pzp istotne jest jedynie zachowanie wykonawcy i treść informacji (mogącej mieć wpływ na decyzje zamawiającego), natomiast stan wiedzy czy zachowanie zamawiającego nie ma żadnego znaczenia. W szczególności nie ma znaczenia, czy zamawiający został skutecznie wprowadzony w błąd na skutek czego podjął jakiekolwiek decyzje czy wykonał jakiekolwiek czynności. Sąd podkreślił, że gdyby nawet zamawiający w powołaniu na wypracowane *notorium* (uwzględniając stan posiadanej przez siebie wiedzy) zachowałby ostrożność w podejmowaniu decyzji, samo podanie informacji nieprawdziwej wypełnia przesłankę wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia.

Należy wziąć pod uwagę, że wprowadzenie przesłanek wykluczenia ma na celu ochronę zamawiających przez nierzetelnymi wykonawcami. Wykonawca, który w sformalizowanym postępowaniu o udzielenie zamówienia podaje istotną informację niemającą odzwierciedlenia w rzeczywistym stanie rzeczy, nie daje rękąmi rzetelności i sam poddaje w wątpliwość swój profesjonalizm, który wymaga dołożenia należytej staranności ocenianej według podwyższonego miernika.

Stąd w powyżej ustalonych okolicznościach należy uznać, że potwierdziły się zarzuty naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 19 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy pzp.

Nie potwierdził się jedynie zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 19 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy pzp, gdyż nie zostało wykazane, że Climamedic działał z zamiarem wprowadzenia w błąd Zamawiającego lub wprowadzenie w błąd Zamawiającego było wynikiem rażącego niedbalstwa Przystępującego.

{rozpoznanie zarzutów z pkt 4. listy zarzutów}

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Zarówno w odniesieniu do pierwotnego, jak i przedłużonego okresu związania ofertą termin ważności ubezpieczeniowej gwarancji wadialnej złożonej przez Climamedic był dłuższy.

W tych okolicznościach Izba stwierdziła, że zarzut odwołania jest niezasadny.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 7b pzp zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, jeżeli wadium nie zostało wniesione lub zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, jeżeli zamawiający żądał wniesienia wadium.

Skoro zarzut odwołania oparty jest na błędnych ustaleniach faktycznych, należy go uznać za bezzasadny, gdyż nie zaistniała zarzucana nieprawidłowość, że gwarancja wadialna nakładała obowiązek zgłoszenia żądania wypłaty w terminie jej obowiązywania, który dokładnie pokrywa się z terminem związania ofertą, co *de facto* nie zabezpiecza możliwości zaspokojenia się zamawiającego w razie wystąpienia zdarzenia uzasadniającego zatrzymanie wadium pod koniec tego okresu.

{pozostałe zarzuty}

Zarzut z pkt 1. listy zarzutów ma charakter niesamoistny (nie opiera się na żadnych odrębnych okolicznościach faktycznych), a zarzut z pkt 5. listy zarzutów został podniesiony jako alternatywny, zarzuty te nie wymagały odpowiednio odrębnego lub w ogóle rozpoznania.

Mając powyższe na uwadze, Izba orzekła –jak w pkt 1. i 2. sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 nowej ustawy pzp, uznając że Odwołujący i Zamawiający wygrali i przegrali ją w równym stopniu. Stąd w pierwszej kolejności na podstawie § 5 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437) zaliczono do tych kosztów wpis uiszczony przez Odwołującego. W drugiej kolejności na podstawie § 7 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit b zasądzono od Zamawiającego na rzecz Odwołującego połowę kosztów poniesionych przez tego ostatniego, w tym kosztów zastępstwa przed Izbą, potwierdzonych do zamknięcia rozprawy złożonym rachunkiem.