

**WYROK**  
**z dnia 12 maja 2021 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodnicząca: Magdalena Grabarczyk**

**Protokolant: Adam Skowroński**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 maja 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 marca 2021 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia NDI S.A. w Sopocie, NDI SOPOT S.A. w Sopocie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Uniwersytet Medyczny w Lublinie

przy udziale wykonawcy Goldbeck Sp. z o.o. w Komornikach zgłaszającego przystąpienie do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia NDI S.A. w Sopocie, NDI SOPOT S.A. w Sopocie i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia NDI S.A. w Sopocie, NDI SOPOT S.A. w Sopocie tytułem wpisu od odwołania;
  - 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia NDI S.A. w Sopocie, NDI SOPOT S.A. w Sopocie na rzecz Uniwersytetu Medycznego w Lublinie kwotę 3.777 zł 77 gr (słownie: trzy tysiące siedemset siedemdziesiąt siedem złotych siedemdziesiąt siedem groszy) stanowiącą uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) w związku z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2019 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.

**Przewodnicząca:** .....

### Uzasadnienie

Zamawiający – Uniwersytet Medyczny w Lublinie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest budowa parkingu wielopoziomowego przy ulicy Gębali w Lublinie w formule zaprojektuj i wybuduj. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 4 listopada 2020 r. pod numerem 2020/S 215-526051. Wartość zamówienia jest większa niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez Goldbeck Sp. z o.o. w Komornikach, w związku z czym 29 marca 2021 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia NDI S.A. w Sopocie, NDI SOPOT S.A. w Sopocie wnieśli odwołanie. Zachowany został termin ustawowy i obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 17 ewentualnie art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp przez zaniechanie wykluczenia Goldbeck Sp. z o.o., dalej również jako „Goldbeck” pomimo, iż wykonawca ten w wyniku co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające zamawiającego w błąd w zakresie oświadczenia, że nie podlega wykluczeniu, a mianowicie w odpowiedzi na pytanie w Części III punkt C Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia, dalej JEDZ: „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 przeczącej, podczas gdy informacja ta wobec wskazania przez wykonawcę na stanowisko projektanta w specjalności architektonicznej jako zasób własny osoby, która brała udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest nieprawdziwa, co mogło mieć istotny wpływ na decyzję zamawiającego odnośnie do braku podstaw wykluczenia Goldbeck ergo wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej;
2. art. 24 ust. 10 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wskazania w protokole z postępowania sposobu zapewnienia konkurencji, pomimo iż wobec uwzględnienia w całości zarzutów odwołania odwołującego z 12.02.2021 r. i wezwania wykonawcy Goldbeck Sp. z o.o. do wyjaśnień na podstawie art. 24 ust. 10 Pzp uznał, iż w istocie mogło dojść do zakłócenia konkurencji, co w konsekwencji skutkowało prowadzeniem

postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób nie zapewniający przejrzystości, zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wnioskował o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu:

1. rozpatrzenie i uwzględnienie niniejszego odwołania;
2. nakazanie zamawiającemu:
  - a) unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Goldbeck;
  - b) wykluczenie wykonawcy Goldbeck z postępowania o udzielenie zamówienia i uznanie złożonej przez niego oferty za odrzuconą;
  - c) dokonanie ponownej oceny ofert z pominięciem oferty złożonej przez wykonawcę Goldbeck, a w następstwie wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wnioskował również o:

1. obciążenie w całości zamawiającego kosztami postępowania, tj. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów wpisu od odwołania w wysokości 20.000,00 zł wraz z pozostałymi, uzasadnionymi kosztami postępowania odwoławczego w tym kosztami dojazdu na rozprawę i wynagrodzeniem pełnomocnika w wysokości określonej na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy na rozprawie;
  2. dopuszczenie załączonych do niniejszego odwołania dowodów z dokumentów w postaci:
    - a) informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty z 2 lutego 2021 r.;
    - b) informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty z 17 marca 2021 r.;  
- na fakty, o których mowa w przedmiotowych dokumentach;
    - c) Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia złożonego przez Goldbeck Sp. z o.o. (wyciąg strona 1-2 i 12);
    - d) wykazu osób złożonego przez Goldbeck Sp. z o.o.;
    - e) wezwania zamawiającego z 26 lutego 2021 r. Goldbeck Sp. z o.o.;
    - f) odpowiedzi na wezwanie z dnia 4 marca 2021 r. wykonawcy Goldbeck Sp. z o.o.;
    - g) oświadczenia Pana A. B. z 1 marca 2021 r.;
    - h) protokołu postępowania zatwierdzonego 2 lutego 2021 r. (wyciąg str. 1-2, 5, 12-13);
    - i) protokołu z postępowania zatwierdzonego 17 marca 2021 r. (wyciąg str. 1-2, 5, 11, 14-16)
- wszystkie na fakt wprowadzenia w błąd zamawiającego odnośnie do braku podstaw wykluczenia Goldbeck, a nadto zaniechania podania sposobu zapewnienia konkurencji.

Wykonawca Goldbeck Sp. z o.o. w Komornikach przystąpił do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego zachowując termin ustawowy oraz

obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie z 23 marca 2021 r. wniósł o oddalenie odwołania.

**Izba ustaliła, co następuje:**

Zamawiający opisał przedmiot zamówienia m.in. za pomocą Programu Funkcjonalno-Użytkowego. Na zawartych w nim rysunkach widnieje nazwisko Pana A. B.a jako autora dokumentacji projektowej. W protokołach postępowania z 2 lutego 2021 r. i 17 marca 2021 r., w pkt 4 lit. B ppkt 2) jako osoba wykonująca czynności związane z przygotowaniem postępowania, osoba ustalająca wartość zamówienia został wskazany Pan A. B. .

W Rozdziale XI Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, dalej jako SIWZ, zamawiający żądał, aby w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia, wykonawcy złożyli wraz z ofertą aktualne na dzień składania ofert oświadczenie w formie jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (JEDZ). Część III JEDZ odnosi się do oświadczenia wykonawcy w zakresie podstaw do wykluczenia. W części III sekcji C zawiera oświadczenie, czy wobec wykonawcy zachodzą podstawy do wykluczenia związane z niewypłacalnością, konfliktem interesów lub wykroczeniami zawodowymi.

Goldbeck w wyniku wezwania zamawiającego 18 stycznia 2021 r. złożył 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. ” W złożonym tego samego dnia wykazie osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, stanowiącym Załącznik nr 5 do SIWZ, Goldbeck na potwierdzenie spełniania warunku w zakresie zdolności zawodowej określonego oświadczył, iż podstawą do dysponowania osobami wskazanymi w pkt 1-5 oraz 7-8 wykazu będzie „umowa o podwykonawstwo.

Podstawa ta dotyczyła siedmiu z dziewięciu wskazanych osób

- 1) Projektanta w specjalności architektonicznej - mgr inż. A. B.;
- 2) Projektanta w specjalności konstrukcyjnej - dr inż. P. W.;
- 3) Projektanta w specjalności instalacji i sieci sanitarnych - mgr inż. R. E. K.;
- 4) Projektanta w specjalności instalacji i sieci elektrycznych - mgr. inż. T. Z.a;
- 5) Projektanta w specjalności drogowej - dr inż. P. G.;
- 6) Kierownika robót w specjalności instalacji i sieci sanitarnych - mgr. inż. S. D.;
- 7) Kierownika robót w specjalności instalacji i sieci elektrycznych - mgr inż. L. R. G. .

Zamawiający wybrał ofertę przystępującego w związku z czym odwołujący 12 lutego 2021 r. wniósł odwołanie, w którym zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów Pzp przez zaniechanie wykluczenia Goldbeck, pomimo iż wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w postaci dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, oraz z powodu uczestnictwa w przygotowaniu postępowania osoby wskazanej do wykonania zamówienia – Pana A. B. . Pismem z 25 lutego 2021 r. zamawiający uwzględnił w całości zarzuty podniesione w odwołaniu, czemu nie sprzeciwił się przystępujący po jego stronie Goldbeck. Krajowa Izba Odwoławcza umorzyła postępowanie odwoławcze (sygn. akt KIO 471/21).

Zamawiający unieważnił wybór najkorzystniejszej oferty, a następnie pismem z 26 lutego 2021 r. wezwał Goldbeck do złożenia wyjaśnień treści oferty przez odniesienie się do całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu z 12.02.2021 r. Zamawiający żądał wyjaśnienia podstawy dysponowania osobami wykazanymi w pkt 1-5 oraz 7-8 wykazu osób opisanej jako „umowa o podwykonawstwo” i wskazania, czy wykonawca dysponuje bezpośrednio wskazanymi osobami (zasoby własne wykonawcy) i na jakiej podstawie prawnej i tym samym zgodnie z oświadczeniem zawartym w JEDZ wykonawca nie polega na zdolnościach innych podmiotów czy też są to osoby pozostające w zasobie podmiotów trzecich, którymi wykonawca dysponuje pośrednio?

W odpowiedzi z 4 marca 2021 r. Goldbeck wyjaśnił, iż wbrew informacji zawartej w przedłożonym wykazie osób, w istocie podstawą do dysponowania osobami wskazanymi w pkt 1-5 oraz 7 i 8 wykazu osób są, nie umowy o podwykonawstwo, a „umowy cywilnoprawne (na tym etapie postępowania, w tym na moment złożenia oferty) są to umowy nienazwane (o charakterze przedwstępnym)”, na podstawie których osoby te przystąpią do realizacji zamówienia, jeśli wykonawca zawrze z zamawiającym umowę o realizację zamówienia publicznego. Oświadczył, że docelowo w przypadku osób wskazanych w pkt 1-5 wykazu będą to umowy o dzieło, natomiast w przypadku osób wskazanych w pkt 7 i 8 będą to umowy zlecenia. Goldbeck wskazał również, że w tym kontekście użył w wykazie w zakresie określającym podstawę dysponowania tymi osobami sformułowania „umowa podwykonawcza”, gdyż wszystkimi osobami wskazanymi w wykazie osób dysponuje zatem w sposób bezpośredni, tj. nie korzysta z zasobów podmiotu trzeciego w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności zawodowej. Odnośnie udziału Pana A. B. przystępujący wyjaśnił, że sporządzenie przez niego Programu Funkcjonalno-Użytkowego, który stał się załącznikiem do SIWZ oraz ewentualny udział A. B. w realizacji zamówienia na budowę parkingu wielopoziomowego przy ulicy Gębali w Lublinie w części architektonicznej dokumentacji projektowej nie zakłóca konkurencji w postępowaniu. Wskazał, że 17 listopada 2020 r. po opublikowaniu ogłoszenia o zamówieniu, a zatem po powzięciu przez wszystkich potencjalnych wykonawców wiedzy o tym, kto jest autorem Programu Funkcjonalno-Użytkowego, zwrócił się do A. B. z pytaniem dotyczącym udziału w

realizacji zamówienia w charakterze projektanta w części architektonicznej, a następnie w związku z potwierdzeniem przez niego woli udziału w realizacji zamówienia, przeprowadził z nim negocjacje przedkontraktowe. Uzgodniono, że w przypadku udzielenie zamówienia Goldbeck Pan A. B. będzie wykonywał prace projektowe w zakresie architektury. Do wyjaśnień przystępujący dołączył spójne z nim oświadczenie Pana A. B. z 1 marca 2021 r.

Po ocenie otrzymanych wyjaśnień 17 marca 2021 r. zamawiający wybrał ofertę Goldbeck jako najkorzystniejszą w związku z czym odwołujący wniósł odwołanie.

Prezentowanych ustaleń Izba dokonała na podstawie dowodów z wymienionych dokumentów postępowania oraz oświadczeń.

### **Izba zważyła, co następuje:**

Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 poz. 2020 ze zm.) do postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe. Natomiast stosownie do art. 92 ust. 2 powołanej ustawy do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu 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. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.). W związku z tym Izba rozpoznała odwołanie stosując w zakresie procedury odwoławczej przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) dalej jako: „nPzp”, natomiast do oceny zarzutów odwołania przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.).

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 505 ust. 1 nPzp. Jest wykonawcą, który złożył ofertę i ma interes w uzyskaniu danego zamówienia. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów powodują, że odwołujący, może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości uznania jego oferty za najkorzystniejszą. Przesłanki wymagane ustawą zostały więc spełnione.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie, pomimo tego, że Izba podziela w części stanowisko odwołującego.

Okoliczności faktyczne są w przeważającej części niesporne. Pan A. B. brał udział w przygotowaniu postępowania. Był autorem dokumentacji projektowej wchodzącej w skład Programu Funkcjonalno-Użytkowego oraz osobą ustalającą wartość zamówienia. Również niesporne jest, że Goldbeck pierwotnie wskazał, że zamierza współpracować z Panem B. na zasadach umowy o podwykonawstwo, by w toku wyjaśnień uzasadnić, że Pan B. w toku

wykonywania zamówienia będzie stanowił jego zasób. Przedmiotem sporu jest ocena, czy zachowanie przystępującego wypełnia przesłanki wskazane w art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp. Przepis ten stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Przesłanki konieczne czynności wykluczenia na podstawie powołanego przepisu to: przedstawienie przez wykonawcę informacji wprowadzających w błąd zamawiającego oraz istotny wpływ tych informacji na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Ponadto przedstawienie informacji wprowadzających w błąd zamawiającego powinno być zawinione przez wykonawcę, czyli wynikać z jego lekkomyślności lub niedbalstwa, a pomiędzy wskazanymi przesłankami powinien istnieć adekwatny związek przyczynowo-skutkowy.

Zdaniem Izby przystępujący wprowadził w błąd zamawiającego, gdyż na pytanie zawarte w JEDZ „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” powinien udzielić odpowiedzi „TAK” i to niezależnie od sposobu opisanie więzi łączącej go z Panem A. B. .

Przystępujący w JEDZ wskazał, że Panem A. B. dysponuje na podstawie umowy o podwykonawstwo. Należy zwrócić uwagę, że pytanie zawarte w JEDZ dotyczyło współpracy wykonawcy lub „przedsiębiorstwa związanego z wykonawcą”. Zakres przedmiotowy pojęcia „przedsiębiorstwa związanego z wykonawcą” nie może być ograniczony do osób prawnych. Powinien natomiast obejmować również osoby fizyczne, które doradzały zamawiającemu lub były zaangażowane w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia. Wykładnia przeciwna prowadziłaby do oczywiście nielogicznego i niesprawiedliwego rezultatu sprowadzającego się do przyjęcia, że udział osób fizycznych w przygotowaniu postępowania nie może prowadzić do naruszenia konkurencji i to niezależnie od okoliczności danego przypadku, w tym zakresu i specyfiki doradztwa. Z obowiązku udzielenia odpowiedzi „TAK” na pytanie zawarte w JEDZ nie zwalniało też przystępującego uznanie wiedzy i doświadczenia Pana A. B. za swój własny zasób. Nawet bowiem w takiej sytuacji Pan A. B. jest niezależnym podmiotem, który współpracował z zamawiającym przy przygotowaniu postępowania, a z przystępującym uzgodnił zasady współpracy na przyszłość. Oznacza to, że Pan A. B. powinien być uznany za przedsiębiorstwo związane z wykonawcą, o którym mowa w części III sekcji C. Decydujące znaczenie mają tu zaangażowanie Pana A. B. w przygotowanie postępowania i związek istniejący między nim a Goldbeck wyrażający się w nawiązaniu współpracy przed złożeniem oferty, wskazaniu w wykazie osób, którego złożenia żądał zamawiający oraz uzgodnieniach dotyczących współpracy przy ewentualnym wykonaniu umowy. Uznanie Pana A. B. za własny



zasób przystępującego, nie zmienia żadnej z tych okoliczności. Funkcją pytania zawartego w JEDZ jest uzyskanie przez zamawiającego informacji umożliwiających zachowanie w postępowaniu zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, w szczególności zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania i przejrzystości. Całkowicie sprzeczne z tymi zasadami byłoby uznanie, że fakt, iż osoba fizyczna lub podmiot, które uczestniczyły przy przygotowaniu postępowania, następnie związały się z wykonawcą ubiegającym się o udzielenie zamówienia, jest bez znaczenia dla prawidłowego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia lub, że możliwość oceny okoliczności faktycznych dotyczących tej współpracy może być wyłączona przez rodzaj więzi prawnej łączącej dany podmiot z wykonawcą oraz kwalifikacja tej więzi na gruncie regulacji ustawy Prawo zamówień publicznych.

Ponadto Izba stwierdziła, wbrew stanowisku zamawiającego i przystępującego, że istnieje więź prawna łącząca Pana A. B. z przystępującym. Niewątpliwie ustalone zostały zasady współpracy Pana A. B. i Goldbeck przy ewentualnym przyszłym wykonaniu umowy. Wynika to z oświadczenia samego Pana B. oraz wyjaśnień przystępującego. Nie sposób też przyjąć, zwłaszcza wobec braku dowodów na twierdzenie przeciwne, że Pan B. nie wyraził zgody na wskazanie swojej osoby w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Nie zasługują na aprobatę próby pomniejszenia relacji między przystępującym a A. B. przez wskazanie, że na obecnym nie jest to żadna z umów nazwanych znanych kodeksowi cywilnemu. Pogląd ten całkowicie pomija zasadę swobody umów oraz fakt, że nawet umowa przedwstępna dotycząca przyszłej współpracy nie musi być zawarta w formie pisemnej i jest umową wzajemnie zobowiązującą, przy wypracowaniu której niezbędne jest uzgodnienie jej postanowień co najmniej przedmiotowo istotnych dla stron. Za takie postanowienia należy uznać uzgodnienie przyszłej współpracy, podstawę prawną tej współpracy oraz wskazanie osoby Pana B. w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Przystępujący złożył zatem zamawiającemu oświadczenie niezgodne z rzeczywistym stanem rzeczy. Pierwsza z przesłanek wymaganych przez art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp została więc spełniona.

Działaniu przystępującego należy przypisać również co najmniej lekkomyślność.

Należyta staranność obowiązująca profesjonalnego uczestnika rynku zamówień publicznych zakłada rzetelność wykonawcy, która powinna wyrażać się między innymi w przekazywaniu zamawiającemu uczciwie i zgodnie z rzeczywistością informacji żądanych przez zamawiającego. Przystępujący nie wykazał się taką rzetelnością. Przeciwnie, próbował relacje łączące go z A. B. ubrać w taką konstrukcję prawną, która w jego przekonaniu odsuwałaby od niego zagrożenie zarzutu uprzywilejowania w stosunku do konkurentów, a tym samym możliwość wykluczenia go z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 19 Pzp. Przystępujący stał na stanowisku, że bezpośrednio dysponowanie Panem A. B. uniemożliwia uznanie, że mogło dojść do zakłócenia konkurencji.

Izba nie zgadza się z tym poglądem. Jeśli stanowisko przystępującego wynikało z nieznajomości przepisów ustawy, to i tak udzieloną przez niego odpowiedź przeczącą współpracy Pana A. B. z zamawiającym, należy uznać za udzieloną lekkomyślnie. Model należytej staranności, do zachowania której zobowiązany jest wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia, obejmuje bowiem znajomość przepisów prawa i wynikających z nich następstwa.

Izba uznała jednak, że zamawiający nie naruszył art. 24 ust.1 pkt 17 Pzp z powodu braku spełnienia ostatniej wymaganej przesłanki w postaci istotnego wpływu wprowadzenia zamawiającego w błąd na istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Nie zgodzono się z odwołującym, że przesądzające znaczenie dla zaistnienia wpływu udzielonych informacji na czynności zamawiającego ma wyłącznie moment złożenia zamawiającemu oświadczenia wprowadzającego go w błąd. Pomija odwołujący, że wydając wyrok Izba uwzględniła stan rzeczy ustalony w toku postępowania zgodnie z nakazem wynikającym z art. 552 ust. 1 nPzp, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału, do czego zobowiązuje Izbę art. 542 ust. 1 nPzp. Nie można zatem pominąć, że po umorzeniu postępowania w sprawie KIO 471/21 zamawiający wystąpił o wyjaśnienia do przystępującego. Na podstawie tych wyjaśnień zamawiający uznał, że nie doszło do zakłócenia konkurencji. Izba zważyła, że o wpływie oświadczenia na czynności zamawiającego, a w konsekwencji również na wynik postępowania, można mówić wyłącznie w sytuacji, gdyby udział Pana A. B. prowadził do zakłócenia konkurencji i ewentualnego wykluczenia przystępującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 19 Pzp. Okoliczności uzasadniające ewentualne wykluczenia na podstawie tego przepisu powinny być wskazane i udowodnione przez odwołującego, nie zaś ustalane i oceniane przez skład orzekający.

Art. 555 nPzp nakazuje Izbie rozpoznanie odwołania wyłącznie w granicach podniesionych w nim zarzutów. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 19 Pzp nie został podniesiony przez odwołującego, a do jego badania nie może dojść *via* art. 24 ust. 10 Pzp, którego naruszenie odwołujący zarzucił zamawiającemu. Wynikający z tego przepisu nakaz wskazania w protokole postępowania sposobu zapewnienia konkurencji odnosi się do sytuacji, gdy udział wykonawcy w przygotowaniu postępowania może stanowić zakłócenie konkurencji. Sam fakt zwrócenia się przez zamawiającego do wykonawcy o wyjaśnienia dotyczące okoliczności faktycznych dotyczących tego udziału nie jest równoznaczny ze stwierdzeniem, że doszło do zakłócenia konkurencji. W badanej sprawie zamawiający uznał, że Goldbeck nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 19 Pzp oraz że udział Pana B. w przygotowaniu postępowania nie skutkuje naruszeniem konkurencji w postępowaniu. Nie był zatem zobowiązany do wskazywania w protokole sposobu zapewnienia konkurencji. Nie doszło zatem do naruszenia art. 24 ust. 10 Pzp.

Podniesienie przez odwołującego zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp nakłada na niego ciężar udowodnienia wszystkich przesłanek zawartych w tym przepisie. Brak wywiedzenia i udowodnienia przez odwołującego przesłanki istotnego wpływu informacji zawartych w JEDZ na czynności zamawiającego dokonane w postępowaniu skutkuje uznaniem, że nie doszło do naruszenia powołanego przepisu.

Badając przesłankę wpływu na czynności zamawiającego Izba uwzględniła również, że udział w przygotowaniu postępowania, który polegał na opracowaniu dokumentacji projektowej, nie oznacza automatycznie zaistnienia przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania, w którym zamawiający udzielać będzie zamówienia na wykonanie robót budowlanych na podstawie tej dokumentacji. Pogląd ten jest wyrażany w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (vide wyroki z dnia 22 lutego 2018 r. sygn. akt KIO 233/18, 234/18, z dnia 28 marca 2018 r. sygn. akt KIO 437/18 oraz z dnia 25 maja 2020 r. sygn. akt KIO 440/20 ).

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 522 ust. 4 art. 553 ust. 1, art. 554 ust. 1 nPzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji. O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 574 i 575 nPzp, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego oraz koszt dojazdu na posiedzenie.

**Przewodniczący:** .....