

Sygn. akt XXIII Zs 109/21

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 29 października 2021 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień Publicznych w składzie:

Przewodniczący:	sędzia Małgorzata Siemianowicz – Orlik
Protokolant:	Dominika Borden

po rozpoznaniu w dniu 27 października 2021 r. w Warszawie na rozprawie
sprawy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego
z udziałem zamawiającego Skarbu Państwa – Ambasady Rzeczypospolitej Polskiej
w Republice Federalnej Niemiec w B., Niemcy
uczestnika (...) spółki akcyjnej w W.
na skutek skargi (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W.
od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej
z dnia 15 lipca 2021 r., sygn. akt KIO 1819/21

I. oddała skargę,

II. zasądza od (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W. na rzecz Skarbu Państwa – Ambasady Rzeczypospolitej Polskiej w Republice Federalnej Niemiec w B., Niemcy 12.500 zł (dwanaście tysięcy pięćset złotych) tytułem kosztów postępowania skargowego,

III. zasądza od (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W. na rzecz (...) spółki akcyjnej w W. 12.500 zł (dwanaście tysięcy pięćset złotych) tytułem kosztów postępowania skargowego.

Małgorzata Siemianowicz – Orlik

Sygn. akt XXIII Zs 109/21

UZASADNIENIE

Zamawiający – Skarb Państwa – Ambasada Rzeczypospolitej Polskiej w Republice Federalnej Niemiec w B., Niemcy prowadził w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie usługi inżyniera kontraktu dla projektu „Budowa nowej siedziby Ambasady RP w Republice Federalnej Niemiec”, numer referencyjny: (...). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 7 sierpnia 2020 r., nr (...).

Pismem z dnia 11 czerwca 2021 r. zamawiający poinformował o unieważnieniu czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W. oraz o wykluczeniu tego wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.), i o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

(...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W. wniósł dnia 21 czerwca 2021 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie, w którym zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp w zw. z art. 57 ust. 4 lit h) dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE poprzez ich niewłaściwe zastosowanie i w konsekwencji wykluczenie odwołującego z postępowania w związku z bezpodstawnym przyjęciem, że odwołujący w wyniku zamierzonego działania lub co najmniej rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp,

2. art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez odrzucenie oferty odwołującego w związku z bezpodstawnym przyjęciem, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp oraz odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 uznk, a także unieważnienia czynności unieważnienia wyboru oferty odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej.

Pismem z dnia 23 czerwca 2021 r. wykonawca (...) spółka akcyjna w W. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego, a Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że przystąpienie zostało dokonane skutecznie.

Pismem z dnia 9 lipca 2021 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie.

Wyrokiem z dnia 15 lipca 2021 r., sygn. akt KIO 1819/21 Krajowa Izba Odwoławcza: w pkt. 1. oddaliła odwołanie, w pkt. 2. kosztami postępowania obciążyła zamawiającego - Skarb Państwa – Ambasadę Rzeczypospolitej Polskiej w Republice Federalnej Niemiec w części tj.: 1/2 oraz odwołującego - (...) spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w W. w części tj.: 1/2, w pkt. 2.1. zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania, a w pkt. 2.2. zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 7 076 zł.

Krajowa Izba Odwoławcza w toku niniejszego postępowania ustaliła, że przedmiotem zamówienia jest usługa Inżyniera Kontraktu polegająca na pełnieniu nadzoru inwestorskiego w zakresie opisanym w ustawie - Prawo budowlane. Pismem z dnia 28 stycznia 2021 r. zamawiający poinformował m.in. o wyborze, jako najkorzystniejszej oferty odwołującego, a w dniu 8 lutego 2021 r. dwaj wykonawcy uczestniczący w postępowaniu wnieśli odwołania, które zostały oddalone (wyrok z dnia 5 marca 2021 r., sygn. akt KIO 391/21 i 410/21).

Dalej Izba ustaliła, że pismem z dnia 31 maja 2021 r. zamawiający zwrócił się do odwołującego o przedstawienie wyczerpujących informacji, czy w trakcie lub w związku z ww. postępowaniem firma korzystała ze wsparcia, uzyskiwała informację lub w jakikolwiek inny sposób współpracowała z p. D. (...). Zamawiający dodał, że pan D. w trakcie przedmiotowego postępowania pełnił funkcję przewodniczącego komisji przetargowej, tymczasem w dniu 10 maja 2021 r. odwołujący poinformował go, że pan D. będzie pełnił funkcję Kierownika Projektu w trakcie realizowania przez niego usługi. W odpowiedzi na powyższe wezwanie pismem z dnia 2 czerwca 2021 r. odwołujący wskazał, że w toku postępowania w żaden sposób nie kontaktował się z panem D., nie współpracował z nim i nie korzystał z jego wsparcia, w szczególności w zakresie przygotowania oferty. Odwołujący przedstawił w ww. piśmie swoją argumentację, jak też dołączył do niego: porozumienie stron (Ministerstwa Spraw Zagranicznych i pana D.) z dnia 21 stycznia 2021 r. o

rozwiązaniu umowy o pracę z dniem 28 stycznia 2021 r. oraz umowę o współpracy zawartą między odwołującym, a panem D. z dnia 15 marca 2021 r.

Jak ustaliła dalej Krajowa Izba Odwoławcza pismem z dnia 11 czerwca 2021 r. zamawiający poinformował o unieważnieniu czynności wyboru oferty odwołującego oraz o jego wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp i o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w uzasadnieniu wskazując, że (...) sp. z o.o. w treści Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia („JEDZ”) oświadczyła, że nie dotyczy jej ta przesłanka wykluczenia z postępowania. Na pytanie zawarte w treści Części IV JEDZ dotyczącej tego, 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, odwołujący udzielił odpowiedzi przeczącej. Tymczasem, z informacji, którymi dysponuje zamawiający wynika, iż w dniu 27 marca 2019 r. w B. odwołujący zawarła ze Skarbem Państwa – Ambasadą RP w B. umowę o dzieło, której przedmiotem było wykonanie dzieła polegającego na Opracowaniu Opisu Przedmiotu Zamówienia dla Inżyniera Kontraktu dla projektu „Budowa nowej siedziby Ambasady RP w RFN”. Umowa ta została nie tylko zawarta, ale także wykonana, czego potwierdzeniem jest podpisanie protokołu odbioru z dnia 7 czerwca 2019 r. stanowiącego pokwitowanie wykonania przedmiotu tej umowy. W ocenie zamawiającego odwołujący powinien być świadomy swojego zaangażowania na etapie przygotowania postępowania, a o fakcie tym winien poinformować zamawiającego w JEDZ.

Przesłanka wykluczenia z postępowania, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 19 PZP ma charakter bezwzględnie obowiązujący, co oznacza, iż obowiązek przekazania wszystkich informacji potrzebnych do oceny podstaw wykluczenia obciąża wykonawcę z mocy samego prawa. Zaniechanie przekazania tych informacji i złożenie oświadczenia niezgodnego z rzeczywistym stanem rzeczy, w odniesieniu do okoliczności faktycznych mogących stanowić przesłankę wykluczenia z postępowania aktualizuje przesłankę wykluczenia z postępowania, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 16 PZP. Dalej zamawiający wskazał również, że niezależnie od opisanych powyżej okoliczności, działania związane ze złożeniem oferty oraz przedłużaniem terminu związania oferty oceniać należy w kategoriach czynu nieuczciwej konkurencji, co z kolei wypełnia przesłankę odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 PZP.

Złożenie przez odwołującego oferty, pomimo wiedzy o swoim aktywnym uczestnictwie w przygotowaniu postępowania, a następnie nawiązanie współpracy z byłym kierownikiem projektu po stronie zamawiającego, który dokonywał odbioru prac wykonanych na podstawie umowy, w oparciu o którą odwołujący wykonywał opis przedmiotu zamówienia, narusza dobre obyczaje. Wykonawca ani nie powinien zatajać faktu opracowania opisu przedmiotu zamówienia, jak również winien powstrzymać się od zachowań, które stanowią konflikt interesów.

W tym stanie faktycznym nie może być wątpliwości, iż złożenie oferty przez odwołującego oraz przedłużanie przez tego wykonawcę terminu związania ofertą nastąpiło w warunkach określonych w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Ewidentne naruszenie dobrych obyczajów oraz naruszenie przepisów prawa godzi w interes zamawiającego, który jako jednostka organizacyjna Skarbu Państwa, obowiązany jest działać na podstawie i w granicach prawa. Nie może tolerować, ani tym bardziej dokonywać czynności prawnych sprzecznych z prawem.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, że istnieje po stronie odwołującego interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowaną czynność zamawiającego. Ponadto nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.).

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego niezasadnego wykluczenia odwołującego z postępowania, Izba przytoczyła treść art. 24 ust. 1 pkt 16 i 19 ustawy Pzp i oceniając zasadność wykluczenia odwołującego z postępowania w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp, w pierwszej kolejności stwierdziła, że zachodzi wobec odwołującego przesłanka zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa. Z okoliczności sprawy wynika bowiem, że na zawarte w JEDZ 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, odwołujący świadomie wpisał w JEDZ odpowiedź „NIE”. Tymczasem w 2019 r. zamawiający zawarł

z odwołującym umowę o dzieło, na podstawie której wykonał on opracowanie opisu przedmiotu zamówienia dla inżyniera kontraktu dla projektu „Budowa nowej siedziby Ambasady RP w RFN”. Prowadziło to do wniosku, że odwołujący przygotował opis przedmiot zamówienia dla niniejszego postępowania, a takie działanie z pewnością mieści się w pojęciu „przygotowania postępowania”, o czym świadczy fakt, że art. 29 i nast. ustawy Pzp, dotyczące opisu przedmiotu zamówienia, znajdują się w dziale II rozdziale 2 tej ustawy o nazwie: „Przygotowanie postępowania”. Tym samym opracowanie przez odwołującego opisu przedmiotu zamówienia oznacza, że brał on udział w przygotowaniu postępowania, o którym mowa także w art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp. Nie można podzielić w tym przypadku stanowiska odwołującego, że wykonane przez niego w 2019 r. opracowanie zostało następnie zmodyfikowane.

KIO nie podzieliła stanowiska odwołującego, że nie brał on udziału w przygotowaniu postępowania, ponieważ opracowanie przygotowane przez niego w 2019 roku zostało następnie zmodyfikowane. Nie zmienia to fakty, iż opracowanie opisu przedmiotu zamówienia wykonane przez odwołującego w 2019 r. zostało wykorzystane przez zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu, choć w ograniczonym zakresie. W dalszej kolejności Izba wskazała, że nie można było zgodzić się z odwołującym, że skoro zamawiający wiedział o zawartej z nim w 2019 roku umowie o dzieło, to nie mógł zostać wprowadzony w błąd. Wiedzę o podstawach wykluczenia zamawiający pozyskuje zasadniczo z dokumentów składanych przez wykonawcę, a ubieganie się o zamówienie udzielone przez zamawiającego, z którym wykonawca już współpracował, nie zwalnia wykonawcy z obowiązku podania w dokumencie JEDZ prawdziwych informacji.

Reasumując, odwołujący podał nieprawdziwą informację w JEDZ, co do braku swojego udziału w przygotowaniu postępowania. W konsekwencji ziściły się przesłanki wprowadzenia zamawiającego w błąd w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa przy przedstawianiu informacji, że odwołujący nie podlega wykluczeniu. Tym samym Izba stwierdziła, że zamawiający zasadnie wykluczył odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp. Dlatego też odwołanie w zakresie tego zarzutu zostało oddalone.

Izba podzieliła stanowisko odwołującego, co do zarzutu dotyczącego odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. W pierwszej kolejności należało zwrócić uwagę, że aby zachodziła przesłanka odrzucenia oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, czynem nieuczciwej konkurencji musi być samo złożenie oferty. Ustawa Pzp wielokrotnie posługuje się pojęciem „złożenie oferty” przede wszystkim w kontekście terminu, w którym oferta ma być złożona (por. m.in. art. 43, art. 51 ust. 5 pkt 3, art. 52 ustawy Pzp). Oznacza to, że czynność złożenia oferty musi być jednorazowo dokonana w konkretnym terminie wskazanym przez zamawiającego. Ponadto sam charakter tej czynności, polegającej na fizycznym dostarczeniu oferty do zamawiającego, przesądza o jej jednokrotnym charakterze. Oferta składana jest raz, a następnie może być oceniana przez zamawiającego, przy czym wszystkie jego czynności w tym zakresie są dokonywane wobec już złożonej oferty, a nie wobec oferty, która cały czas znajduje się w „stanie składania” – na poparcie swojego stanowiska Krajowa Izba Odwoławcza przytoczyła wyrok z 29 maja 2017 r., sygn. akt KIO 922/17, wyrok z dnia 29 czerwca 2016 r., sygn. akt KIO 1069/16 oraz wyrok z dnia 3 kwietnia 2019 r., sygn. akt KIO 503/19.

W przekonaniu Izby nie jest dopuszczalne takie interpretowanie treści art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, w myśl którego „złożenie oferty” jest stanem trwającym, aż do zawarcia umowy z wybranym wykonawcą, co pozwoliłoby zamawiającemu na odrzucenie oferty wykonawcy także wtedy, gdy ewentualny czyn nieuczciwej konkurencji miał miejsce już po upływie terminu składania ofert. Tym samym odrzucenie oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp może nastąpić jedynie wtedy, gdy czyn nieuczciwej konkurencji miał miejsce w związku ze złożeniem oferty, a nie w czasie późniejszym. Oceniając przesłanki opisane w art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp na moment złożenia oferty przez odwołującego, Izba ustaliła, że termin składania ofert w niniejszym postępowaniu upłynął w dniu 11 września 2020 r. Przewodniczącym komisji przetargowej był pan D. W dniu 28 stycznia 2021 r. (na mocy porozumienia z dnia 21 stycznia 2021 r.) nastąpiło rozwiązanie umowy o pracę z panem D. W tym samym dniu (28 stycznia 2021 r.) zamawiający dokonał wyboru oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej. W dniu 15 marca 2021 r. pan D. wznowił prowadzenie działalności gospodarczej i zawarł umowę o współpracy z odwołującym. Ani zamawiający, ani przystępujący nie dysponują żadnymi dowodami potwierdzającymi, że odwołujący utrzymywał jakiegokolwiek kontakty z panem D. w dniu złożenia oferty. Sam zamawiający przyznał, że nie ma możliwości i nie jest jego rolą uzyskanie takich

dowodów. Należało jednak stwierdzić, jak uczyniła to Izba, że brak dowodów na współpracę pana D. z odwołującym w dniu złożenia oferty, uniemożliwia stwierdzenie, że doszło do czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Dalej Krajowa Izba Odwoławcza odniosła się do argumentu zamawiającego, zgodnie z którym pan D. jest objęty - wynikającym z art. 7 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 2 ustawy o ograniczeniu prowadzenia działalności gospodarczej przez osoby pełniące funkcje publiczne (t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 2399 ze zm.) – zakazem zatrudnienia lub wykonywania innych zajęć u przedsiębiorcy, jeżeli brał udział w wydaniu rozstrzygnięcia w sprawach indywidualnych dotyczących tego przedsiębiorcy. W ocenie Izby, jak wynika z uzasadnienia wyroku, nie ma podstaw do przyjęcia, że w dniu złożenia oferty odwołujący dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji poprzez naruszenie dobrych obyczajów, czy naruszenie prawa, tj. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 2 ustawy o ograniczeniu prowadzenia działalności gospodarczej przez osoby pełniące funkcje publiczne.

Odnosząc się zaś do argumentacji zamawiającego, dotyczącej formalizmu i interpretacji przepisów prawa, Izba w pierwszej kolejności stwierdziła, że formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie może być celem samym w sobie, ale nie może też być pomijany. Formalizm ten służy bowiem respektowaniu podstawowych zasad udzielania zamówień, o których mowa w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Dokonywanie rozszerzającej interpretacji przepisu przewidującego podstawę odrzucenia oferty stanowi niedozwolone wykraczanie poza ww. przesłanki, w tym wypadku – dokonywanie wykładni art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w ten sposób, że „złożenie oferty” jest rozłożone w czasie aż do zawarcia umowy. W szczególności nie jest dopuszczalna wykładnia *contra legem*, a taka miałaby miejsce w przypadku uznania, że podstawę odrzucenia oferty w myśl art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp może stanowić stwierdzenie przez zamawiającego czynu nieuczciwej konkurencji w oderwaniu od złożenia oferty.

W przedmiotowej sprawie Izba stwierdziła, że choć zarzut zawarty w odwołaniu jest zasadny, gdyż zamawiający nie miał podstaw do odrzucenia oferty odwołującego w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, to jednocześnie naruszenie tego przepisu nie ma wpływu na wynik postępowania. Izba oddaliła bowiem odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp, co oznacza, że podtrzymana została decyzja zamawiającego o wykluczeniu odwołującego z postępowania. W tym stanie rzeczy stwierdzenie niezasadności odrzucenia oferty odwołującego nie ma wpływu na wynik postępowania. Dlatego też odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, zostało oddalone.

Podstawę prawną orzeczenia stanowiły przepisy art. 552 ust. 1, art. 553 i art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 92 ust. 2 ustawy Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych.

Odnosząc się do kwestii rozdzielenia po połowie kosztów postępowania odwoławczego Izba zauważyła, że jeden zarzut uznała za niezasadny, a drugi za zasadny, co prowadziło do zastosowania wobec tego § 7 ust. 5 rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437), zgodnie z którym Izba może w uzasadnionych przypadkach odstąpić od rozdzielenia kosztów w sposób, o którym mowa w ust. 1 pkt 3 oraz ust. 2-4, w szczególności jeżeli przemawia za tym rodzaj zarzutów uwzględnionych przez Izbę lub ich waga dla rozstrzygnięcia odwołania. Z tego względu dokonano rozdzielenia kosztów pomiędzy zamawiającego i odwołującego po połowie.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 574 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) w zw. z art. 92 ust. 2 ustawy Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2020) oraz na podstawie § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 7 ust. 5 i 6 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. a), b) i d) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Skargę od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej wniósł (...) sp. z o.o. w zakresie pkt. 1 oraz 2.

Zaskarżonemu wyrokowi zarzucił:

1. naruszenie przepisów postępowania art. 542 ust. 1 Nowej ustawy Pzp w zw. z art. 65 k.c. które miało istotny wpływ na wynik sprawy, poprzez niewłaściwą ocenę dowodów, przekroczenie zasady swobodnej oceny dowodów, brak wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie i poczynienie ustaleń sprzecznych z treścią zgromadzonego materiału dowodowego polegające na przyjęciu, że skarżący świadomie bądź w wyniku rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd w zakresie istnienia okoliczności mających znaczenie lub uzasadniających wykluczenie skarżącego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp, podczas gdy:

a) z całokształtu materiału dowodowego wprost wynika, że skarżący nie brał udziału w przygotowaniu postępowania, bowiem zamawiający zmienił opis przedmiotu zamówienia i nie wykorzystał jako OPZ przygotowanego przez skarżącego opisu usług inżyniera kontraktu wykonanego na podstawie umowy o dzieło z dnia 27 maja 2019 r., a zatem skarżący nie mógł wprowadzić zamawiającego w błąd w zakresie istnienia okoliczności mających znaczenie lub uzasadniających wykluczenie skarżącego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp,

b) z całokształtu materiału dowodowego wprost wynika, że skarżący nie wprowadził zamawiającego w błąd w zakresie istnienia okoliczności mających znaczenie lub uzasadniających wykluczenie skarżącego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp, w szczególności mając na względzie, iż wskazanie w JEDZ odpowiedzi "NIE" 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" w okolicznościach sprawy, w których zamawiający miał pełne informacje i wiedzę o wykonaniu przez skarżącego umowy o dzieło z dnia 27 maja 2019 r., nie wprowadziło i nie mogło wprowadzić zamawiającego w błąd,

c) z całokształtu materiału dowodowego wprost wynika, że skarżący wskazując w JEDZ odpowiedź "NIE" na pytanie "Czy wykonawca lub przedsiębiorstwo związane z wykonawcą doradzał(-o) instytucji zamawiającej lub podmiotowi zamawiającemu bądź był(o) w inny sposób zaangażowany (-ej w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia)", działał w usprawiedliwionym okolicznościami sprawy przekonaniu, że skoro przygotowany przez niego na podstawie umowy o dzieło z dnia 27 maja 2019 r. opis przedmiotu zamówienia nie został przez zamawiającego wykorzystany do przygotowania postępowania, to Skarżący na przedmiotowe pytanie winien odpowiedzieć przecząco;

a zatem skarżący nie wprowadził zamawiającego w błąd w zakresie istnienia okoliczności mających znaczenie lub uzasadniających wykluczenie skarżącego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp, a jego działaniu nie można przypisać zamierzonego działania, a nawet rażącego niedbalstwa.

2. w konsekwencji naruszenie przepisów prawa materialnego, tj. art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp w zw. z art. 57 ust. 4 lit h) dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (dalej "dyrektywa 2014/24/UE") poprzez ich niewłaściwe zastosowanie skutkujące błędnym przyjęciem, że skarżący w wyniku zamierzonego działania lub co najmniej rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp.

W oparciu o powyższe zarzuty, skarżący wniósł o uwzględnienie skargi i orzeczenie wyrokiem co do istoty sprawy oraz zmianę wyroku KIO w całości poprzez uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie przeciwnikowi skargi: unieważnienie czynności wykluczenia skarżącego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, dokonanie ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty skarżącego, a także dokonanie wyboru oferty skarżącego, jako oferty najkorzystniejszej oraz zasądzenie od przeciwnika skargi na rzecz skarżącego kosztów postępowania według norm przepisanych, w tym kosztów postępowania skargowego oraz odwoławczego.

Uczestnik postępowania (...) spółka akcyjna w W. wniosła o oddalenie skargi oraz o zasądzenie od skarżącego na rzecz uczestnika zwrotu kosztów postępowania odwoławczego według przedłożonego spisu kosztów, a w przypadku gdyby taki spis nie został przedłożony to według nom przepisanych, w tym kosztów zastępstwa procesowego.

Zamawiający Skarb Państwa – Ambasada Rzeczypospolitej Polskiej w Republice Federalnej w B. wniosła o oddalenie skargi w całości, a także o zasądzenie od przeciwnika skargi na rzecz skarżącego kosztów postępowania skargowego, w tym kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu skargowym wedle norm prawem przepisanych.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

(...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W. nie zasługiwała na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności konieczne jest wskazanie na zmiany i zakres obowiązywania w tej sprawie przepisów ustawy - Prawo zamówień publicznych. Stosownie do art. 89 ustawy z dnia 11 września 2019 r. (Dz. U. z 2019 r., poz. 2020) – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (dalej jako: wprowPZP), z dniem 1 stycznia 2021 r. utraciła moc ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (dalej jako: dPZP), która zastąpiona została ustawą z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2019 r., poz. 2019, dalej jako: nPZP). Zgodnie z art 90 ust. 1 wprowPZP do postępowań o udzielenie zamówienia, o których mowa w ustawie dPZP, wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy dotychczasowe. Zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy wprowPZP do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w uchylanej ustawie dPZP, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy nPZP. Wobec tego, że postępowanie o udzielenie zamówienia zostało wszczęte przed dniem 1 stycznia 2021 r., to w zakresie prawa materialnego stosuje się przepisy ustawy dPZP. Jednocześnie, z uwagi na treść powołanego art. 92 ust. 2 wprowPZP do postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, stosuje się przepisy ustawy nPZP.

Ponieważ Sąd Okręgowy nie prowadził postępowania dowodowego, ani nie zmienił ustaleń faktycznych Krajowej Izby Odwoławczej, na podstawie art. 387 § 21 k.p.c. (który na mocy art. 198a ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. i art. 579 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych znajduje odpowiednie zastosowanie również w postępowaniu toczącym się wskutek wniesienia skargi), ograniczył się do przedstawienia jedynie wyjaśnienia podstawy prawnej wyroku z przytoczeniem przepisów prawa.

Krajowa Izba Odwoławcza prawidłowo ustaliła stan faktyczny niniejszej sprawy, które to ustalenia Sąd Okręgowy akceptuje i uznaje za własne.

Sąd Okręgowy podziela również ocenę prawną dokonaną przez KIO, która znalazła odzwierciedlenie w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku.

Zarzuty podniesione w skardze okazały się niezasadne.

Przede wszystkim nie sposób zgodzić się z zarzutem naruszenia art. 542 ust. 1 nPZP w zw. z art. 65 k.c., które miałyby istotny wpływ na wynik sprawy, co w ocenie skarżącego powinno skutkować uznaniem, że nie wprowadził zamawiającego w błąd w zakresie istnienia okoliczności mających znaczenie lub uzasadniających wykluczenie skarżącego z postępowania, a jego działaniu nie można przypisać zamierzonego działania, ani rażącego niedbalstwa.

Zauważyć należy, iż w istocie wywody zawarte w skardze sprowadzają się do prezentowania przez skarżącego własnej, a konkurencyjnej wobec oceny Krajowej Izby Odwoławczej, oceny faktycznej i prawnej sprawy. Brak jest w złożonym środku zaskarżenia stwierdzenia, na czym polegać miałyby ewentualny błąd logiczny lub sprzeczność ustaleń w toku postępowania przed KIO. Skarżący ani w treści zarzutów, ani w treści uzasadnienia skargi nie wskazał, których jego zdaniem konkretnych dowodów Izba nie wzięła pod uwagę oraz które dowody źle oceniła. W ocenie Sądu Okręgowego Krajowa Izba Odwoławcza w sposób staranny, wyczerpujący i wszechstronny rozważyła wszystkie dowody przeprowadzone w toku postępowania. Ocena materiału dowodowego została dokonana przez KIO zgodnie z

wiedzą, logiką i doświadczeniem życiowym i nie przekraczała przy tym granic swobodnej oceny dowodów. Skarżący w skardze nie przedstawił żadnych konkretnych naruszeń kryteriów oceny dowodów, których miałyby się dopuścić KIO, wdając się li tylko w polemikę z oceną dowodów dokonaną przez KIO. Ustalenia stanu faktycznego zaś nie zawierają błędów faktycznych lub logicznych, stąd ustalenia te Sąd Okręgowy przyjął za własne.

Wbrew wywodom skarżącego dokonane przez KIO ustalenia faktyczne były wystarczające dla prawidłowego rozstrzygnięcia odwołania. KIO słusznie uznała, że z ustaleń poczynionych w toku niniejszego postępowania bezspornie wynika, że na zawarte w JEDZ 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?”, odwołujący odpowiedział „NIE”. Bezspornym, na tle zebranego w sprawie materiału dowodowego jest również, że w 2019 r. zamawiający zawarł z odwołującym umowę o dzieło, w wykonaniu której skarżący sporządził opis przedmiotu zamówienia dla zamówienia dotyczącego świadczenia usługi Inżyniera Kontraktu dla projektu „Budowa nowej siedziby Ambasady RP w RFN”. Celem, jakiemu miało służyć wykonanie wyżej wskazanego świadczenia, było przygotowanie opisu przedmiotu zamówienia dla niniejszego postępowania.

W tym miejscu trzeba wskazać na treść art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy dPZP, który stanowi m.in., że 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.

Krajowa Izba Odwoławcza trafnie wskazała, że ustalony udział skarżącego w zamówieniu dotyczącym świadczenia usługi Inżyniera Kontraktu dla projektu „Budowa nowej siedziby Ambasady RP w RFN” mieści się w pojęciu „przygotowania postępowania”, w rozumieniu art. 24 ust. 1 pkt 19 dPZP.

Skarżący twierdził, że z całokształtu materiału dowodowego wprost wynika, że nie brał udziału w przygotowaniu przedmiotowego postępowania, bowiem zamawiający zmienił opis przedmiotu zamówienia i nie wykorzystał jako opisu przedmiotu zamówienia przygotowanego przez skarżącego opisu usług Inżyniera Kontraktu, wykonanego na podstawie umowy o dzieło z dnia 27 marca 2019 r., a zatem skarżący nie mógł wprowadzić zamawiającego w błąd, w zakresie istnienia okoliczności mających znaczenie lub uzasadniających wykluczenie skarżącego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 19 dPZP.

Można zgodzić się z twierdzeniem skarżącego, że przygotowane przez niego na potrzeby umowy o dzieło opracowanie opisu przedmiotu zamówienia na usługi inżyniera kontraktu zostało zmodyfikowane m. in. w zakresie obowiązków Inżyniera Kontraktu, który pierwotnie miał pełnić obowiązki w zakresie nadzoru inwestorskiego, wynikające z przepisów niemieckich, a ostatecznie obowiązki Inżyniera Kontraktu ograniczono do wykonywania nadzoru inwestorskiego w oparciu wyłącznie o przepisy polskiej ustawy – Prawo budowlane. Nie budzi wątpliwości, że odwołujący wykonał opracowanie opisu przedmiotu zamówienia, które zamawiający Skarb Państwa – Ambasada Rzeczypospolitej Polskiej w Republice Federalnej Niemiec wykorzystał w przedmiotowym postępowaniu, choć niewątpliwie w zmienionym zakresie. Mimo, że przedstawione opisy przedmiotu zamówienia różnią się w niektórych szczegółach, to jednak są ze sobą powiązane, zakres usług, jakie ma wykonać podmiot wybrany w postępowaniu, pozostaje zgodny z zakresem przyjętym w treści opracowania skarżącego, a opracowanie sporządzone przez skarżącego zostało zaadaptowane na potrzeby zaktualizowanego opisu zamówienia dla postępowania. Ponadto opracowanie skarżącego i opis zamówienia dotyczą tego samego projektu budowlanego.

Powyższe wywody prowadzą do uznania, że wykonawca brał udział w przygotowaniu postępowania. W wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa na zawarte w JEDZ 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?” , świadomie wskazał odpowiedź „NIE”.

Zgodzić się należy ze stanowiskiem, prezentowanym w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, że celem art. 24 ust. 1 pkt 19 dPZP było wyeliminowanie z postępowania podmiotów, które nabyły w trakcie uczestnictwa w przygotowaniu postępowania wiedzę, która może je stawiać w lepszej sytuacji w stosunku do pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu. Udział wykonawcy lub osób z nim powiązanych w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia jest wystarczający do uznania, że doszło do zakłócenia konkurencji, gdyż takie założenie wynika wprost ze sposobu zredagowania treści art. 24 ust. 1 pkt 19 dPZP. W takim przypadku można nawet (z należytą ostrożnością) założyć, że funkcjonuje pewnego rodzaju domniemanie, które zakłada, że każdy taki udział jest zakłóceniem konkurencji - niezależnie od jego wymiaru, zakresu, formy bądź rodzaju.

Kolejną istotną kwestią, w ocenie skarżącego, jest posiadana przez zamawiającego wiedza w zakresie wykonania przez skarżącego umowy o dzieło z dnia 27 marca 2019 r. Ewentualny stan wiedzy zamawiającego i oczekiwania skarżącego z tym związane pozostają w oderwaniu od zasad postępowania o zamówienie publiczne takich jak zasada transparentności i pisemności postępowania. Wypełniając formularz JEDZ skarżący nie miał podstaw, aby zakładać, że wiedza zamawiającego co do udziału wykonawcy w przygotowaniu przedmiotowego postępowania, jest zgodna z oczekiwaniami skarżącego. Jak prawidłowo wskazała Izba w uzasadnieniu zaskarżonego orzeczenia, nie zawsze postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzą te same osoby, które posiadają wiedzę o wszystkich aspektach działalności zamawiającego, w tym także o zawieranych przez niego uprzednio umowach. To na wykonawcy, poprzez dokumenty składane w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, spoczywa obowiązek wskazania takich okoliczności, które są zgodne ze stanem faktycznym. Nie ma podstaw, by zakładać, że osoby prowadzące postępowanie będą posiadały szczegółową wiedzę na temat jego przygotowania. Na podstawie zebranych dokumentów zamawiający weryfikuje spełnienie przez potencjalnych wykonawców warunków udziału w postępowaniu, a wykonawcy, którzy uprzednio współpracowali z zamawiającym, nie są zwolnieni od wykazania wszystkich przesłanek udziału w postępowaniu. Przyjęcie rozumowania przedstawionego w skardze sprawiłoby, że przepisy regulujące kwestie wykluczenia wykonawcy z postępowania w tym zakresie stałyby się martwe.

Podsumowując powyższe rozważania należy stwierdzić, że skarżący brał udział w przygotowaniu przedmiotowego postępowania. Wobec udzielenia przez skarżącego nieprawdziwych informacji w formularzu JEDZ, na skutek zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, zachodziła wobec odwołującego przesłanka, która skutkowałą wykluczeniem go z postępowania, co uczynił zamawiający na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 dPZP,

Sąd Okręgowy tym samym nie podziela stanowiska skarżącego, że skoro przygotowany przez niego na podstawie umowy o dzieło z dnia 27 marca 2019 r. opis przedmiotu zamówienia nie został przez zamawiającego wykorzystany do przygotowania postępowania, a także z uwagi na fakt, że zamawiający miał pełne informacje i wiedzę o wykonaniu wspomnianej umowy, to skarżący na przedmiotowe pytanie w formularzu JEDZ winien odpowiedzieć przecząco.

Z powyższych względów nie może być uznany za zasadny podniesiony w skardze zarzut naruszenia art. 542 ust. 1 nPZP w zw. z art. 65 k.c., gdyż Izba w sposób prawidłowy oceniła dowody i w oparciu o nie poczyniła prawidłowe ustalenia faktyczne.

W ocenie Sądu Okręgowego nie doszło również do naruszenia przepisów prawa materialnego, tj. art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp w zw. z art. 57 ust. 4 lit h) dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych przez ich niewłaściwe zastosowanie.

Należy wskazać, że składając w formularzu JEDZ nieprawdziwe i niezgodne z rzeczywistością oświadczenie w zakresie braku udziału w przygotowaniu przedmiotowego postępowania, wykonawca wprowadził zamawiającego w błąd i pozbawił siebie i zamawiającego możliwości dokonania oceny ziszczenia się przesłanki wykluczenia, o której stanowi art. 24 ust. 1 pkt 19 dPZP. Powołany przepis określa szerszą relację, niż tylko relacja zamawiający – wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia. Przedstawienie prawdziwej informacji jest niezbędne dla zagwarantowania

transparentności i prawidłowego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a także kontroli innych uczestników postępowania.

W niniejszym postępowaniu skarżący w wyniku co najmniej rażącego niedbalstwa, pozbawił się możliwości przedstawienia dowodów i twierdzeń, pozwalających na uznanie, że mimo udziału w przygotowaniu postępowania, czego miał pełną świadomość, nie powinien zostać wykluczony z przedmiotowego postępowania - na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 19 dPZP. Sytuacja, w której wykonawca nie podaje prawdziwych informacji związanych z istnieniem podstawy do ewentualnego wykluczenia, może skutkować wybraniem, jako najkorzystniejszej, oferty wykonawcy, który powinien być wykluczony z postępowania i w konsekwencji, w oparciu o nieprawdziwe informacje – zawarciem z nim umowy na realizację zamówienia, wbrew przepisom ustawy - Prawo zamówień publicznych. Należy przy tym wskazać na obowiązek zamawiającego wykluczenia wykonawcy w przypadku ustalenia, że przedstawił on informacje wprowadzające w błąd lub wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji. Oznacza to, że zastosowanie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 16 dPZP nie doznaje ograniczeń czasowych i może nastąpić także na etapie badania informacji podanych przez wykonawcę w dokumencie JEDZ.

Skarżący w toku niniejszego postępowania nie zdołał wykazać, że jego działanie nie było skutkiem rażącego niedbalstwa. Art. 24 ust. 1 pkt 16 dPZP stanowi, 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. Przesłanki wykluczenia określone w tym przepisie są konkretne, dookreślone i tym samym wobec ich wypełnienia skarżący nie może skutecznie podnosić argumentu, że wykluczenie go z postępowania z uwagi na złożenie fałszywego oświadczenia o braku podstaw do ewentualnego wykluczenia, narusza zasadę proporcjonalności. Trudno uznać wykluczenie skarżącego z postępowania za działanie naruszające zasadę proporcjonalności, a to wobec niewątpliwego i jednoznacznego wyboru przez skarżącego odpowiedzi „NIE” na konkretne pytanie zawarte w formularzu JEDZ, co nie zostawiło pola dla innej interpretacji, niż interpretacja dokonana przez zamawiającego i KIO. Gdyby nie dalsze czynności sprawdzające zamawiającego, doszłoby do nawiązania umowy z wykonawcą, którego wybór skutkowałby naruszeniem przepisów i zasad Prawa zamówień publicznych. Rozważania skarżącego, koncentrujące się na naruszeniu zasady proporcjonalności, są w tym kontekście nieuzasadnione i zbyt daleko idące.

Dodać należy także, że ustawodawca krajowy, implementując do prawa krajowego (ustawy - Prawo zamówień publicznych sprzed nowelizacji) art. 57 ust. 4 lit. h Dyrektywy 2014/24/UE wprost wskazał, iż działanie wykonawcy w zakresie złożenia nieprawdziwych informacji nie musi mieć charakteru umyślnego, ale może być to również działanie nieumyślne, tj. działanie niedbałe. Konstrukcja omawianego przepisu pozwala na przyjęcie, że zachowanie wykonawcy przy podaniu informacji zamawiającemu podlega ocenie w świetle art. 355 § 1 k.c., zgodnie z którym dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność).

Należyta staranność określana przy uwzględnieniu zawodowego charakteru prowadzonej działalności gospodarczej uzasadnia zwiększone oczekiwanie co do umiejętności, wiedzy, skrupulatności i rzetelności, zapobiegliwości i zdolności przewidywania. Obejmuje także znajomość obowiązującego prawa oraz następstw z niego wynikających w zakresie prowadzonej działalności. Stwierdzenie niedbalstwa danego podmiotu jest uzasadnione tylko wtedy, gdy podmiot ten zachował się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niego miernika należytej staranności.

Dodatkowo w stosunku do profesjonalistów miernik ten ulega podwyższeniu, gdyż art. 355 § 2 k.c. precyzuje, że należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Za takiego profesjonalistę należy uznać, co do zasady, wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego. Należyta staranność profesjonalisty nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, dokumenty i oświadczenia we własnym imieniu, aby upewnił się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości. W tym wypadku wykonawca powinien dokonać szczególnej weryfikacji

prezentowanych przez siebie danych, mając prawną świadomość, jako profesjonalista, konsekwencji ich nierzetelnej prezentacji (vide: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 grudnia 2018 r., KIO 2372/18).

Reasumując należy wskazać, że zaskarżony wyrok Krajowej Izby Odwoławczej w pełni odpowiadał przepisom prawa procesowego i materialnego, a powołane w skardze zarzuty nie mogły doprowadzić do jego wzruszenia. Z uwagi na to należało przyjąć, że zamawiający Skarb Państwa – Ambasada Rzeczypospolitej Polskiej w Republice Federalnej Niemiec prawidłowo wykluczył z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcę (...) spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w W. – na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 dPZP. Skarga wykonawcy okazała się bezzasadna i podlegała oddaleniu.

Wobec powyższego i na podstawie powołanych przepisów oraz art. 588 ust. 1 nPZP orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania skargowego orzeczono na podstawie art. 589 ust.1 nPZP. Ponieważ postępowanie to zostało w całości przegrane przez skarżącego, zasadnym było zasądzenie kosztów od skarżącego na rzecz zamawiającego oraz uczestnika postępowania. Wysokość zasądzonych na rzecz przeciwnika skargi kosztów postępowania skargowego wynika z § 2 pkt 9 w zw. z § 10 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych w brzmieniu obowiązującym w chwili wniesienia skargi, z uwzględnieniem 50% stawki minimalnej. Koszty postępowania skargowego zostały przyznane uczestnikowi postępowania na podstawie art.107 k.p.c. w zw. z art.391 § 1 k.p.c. i art.579 ust.2 p.z.p. Wysokość zasądzonych na rzecz uczestnika kosztów postępowania skargowego wynika z § 2 pkt 9 w zw. z § 10 ust. 1 pkt.1 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie w brzmieniu obowiązującym w chwili wniesienia skargi, z uwzględnieniem 50% stawki minimalnej. Ustawodawca nie przewidział bowiem osobnych stawek dla radców prawnych ani adwokatów występujących w sprawach ze skargi na orzeczenie KIO przed sądem odwoławczym.

sędzia Małgorzata Siemianowicz – Orlik