

WYROK
z dnia 6 maja 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Aneta Górniak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **4 maja 2016 r.** w Warszawie odwołania z dnia **20 kwietnia 2016 r.** wniesionego przez wykonawcę **ARBUD Sp. z o.o., spółka komandytowa z siedzibą w Radomiu, ul. Staroopatowska 24 lok. 52, 26-600 Radom** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Teatr Wielki – Opera Narodowa, Pl. Teatralny 1, 00-950 Warszawa,**

przy udziale

wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **ELTRI Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględni odwołanie i nakazuje dokonanie:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy ELTRI Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie jako najkorzystniejszej;**
- 2) unieważnienia czynności wykluczenia z postępowania odwołującego;**
- 3) dokonania ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego.**

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Teatr Wielki – Opera Narodowa, Pl. Teatralny 1, 00-950 Warszawa**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczone przez wykonawcę **ARBUD Sp. z o.o., spółka komandytowa z siedzibą w Radomiu, ul. Staroopatowska 24 lok. 52, 26-600 Radom** tytułem kosztów postępowania odwoławczego;
- 2) dokonać wpłaty kwoty **13 600 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez zamawiającego **Teatr Wielki – Opera Narodowa, Pl. Teatralny 1, 00-950 Warszawa** na rzecz wykonawcy **ARBUD Sp. z o.o., spółka komandytowa z siedzibą w Radomiu, ul. Staroopatowska 24 lok. 52, 26-600 Radom** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający Teatr Wielki – Opera Narodowa, Pl. Teatralny 1, 00-950 Warszawa wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Wykonanie robót budowlanych dotyczących modernizacji (przebudowy) systemu nawiewno-wywiewnego widowni sali Moniuszki wraz z modernizacją central wentylacyjnych obsługujących recepcję, widownię w Teatrze Wielkim – Operze Narodowej w Warszawie«.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie ZP **19.02.2016 r.**, poz. 37 850.

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

Zamawiający zawiadomił **20.04.2016 r.** o:

- 1) wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy ELTRI Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie;
- 2) **wykluczeniu** wykonawcy **ARBUD** Sp. z o.o. spółka komandytowa z siedzibą w Radomiu, gdyż odwołujący złożył nieprawdziwe informacje – **art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp**.

Wykonawca ARBUD Sp. z o.o., spółka komandytowa z siedzibą w Radomiu, ul. Staroopatowska 24 lok. 52, 26-600 Radom, zgodnie z **art. 182 ust. 1 pkt 2 Pzp**, wniósł **20.04.2016 r.** do Prezesa KIO odwołanie.

Odwołujący zarzucił **zamawiającemu** naruszenie:

- 1) **art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp** przez wykluczenie **odwołującego** z postępowania, pomimo, że **odwołujący** nie złożył nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania;
- 2) ewentualnie innych przepisów wynikających bezpośrednio i pośrednio z uzasadnienia, jednak **odwołujący** na rozprawie odstąpił od popierania tego zarzutu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie **zamawiającemu**:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) unieważnienia czynności wykluczenia z postępowania **odwołującego**;

- 3) powtórzenia czynności badania i oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu z uwzględnieniem oferty **odwołującego**;
- 4) dokonania wyboru oferty **odwołującego** w wyniku ponownego badania i oceny ofert.

Argumentacja **odwołującego**

Zarys wstępny sprawy

Zamawiający w zakresie prac nie zamieścił prac dotyczących instalacji klimatyzatorów ani instalacji klimatyzacji. **Zamawiający** wymagał aby **wykonawca** na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia wykazał, że zrealizował co najmniej dwie roboty budowlane, z których każda polegała na „modernizacji instalacji wentylacyjnej i klimatyzacyjnej” i miała wartość nie mniejszą niż **500.000,00 zł** brutto, z czego co najmniej jedna robota została wykonana w budynku zabytkowym (**rozd. VIII ust. 1 pkt 2 SIWZ**).

Odwołujący – składając ofertę – na potwierdzenie spełniania warunku w dołączonym do oferty „Wykazie robót budowlanych” przedstawił dwie roboty, które polegały odpowiednio na: „Remoncie i modernizacji systemu wentylacji krytej pływalni Delfin w Radomiu” oraz „Remoncie Zamku w Szydłowcu”. **Odwołujący** przedstawił wyczerpujące referencje opisujące dokładnie przedmiotowe roboty. **Zamawiający** – w związku z tym, że w jego ocenie referencje nie potwierdzały warunku – przeprowadził szczegółowe badanie tych pozycji.

Zamawiający działając na podstawie **§ 1 ust. 5** rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. poz. 231), zwrócił się m.in. do Urzędu Miejskiego w Szydłowcu oraz Miejskiego Ośrodka Sportu i Rekreacji w Radomiu z prośbą o udzielenie informacji czy **odwołujący** w ramach realizacji remontu pływalni oraz zamku wykonywał prace polegające na modernizacji instalacji klimatyzacyjnej, badając jednocześnie dokumentację projektową dostępną na stronach ww. zamawiających.

Z treści otrzymanych odpowiedzi od ww. podmiotów oraz po przeprowadzonej analizie dokumentacji projektowych **zamawiający** uznał, że zakres prac wykonanych przez **odwołującego** nie obejmował modernizacji instalacji klimatyzacyjnej.

Zamawiający stwierdził, że przedmiotowe dokumenty nie potwierdzają warunku udziału w postępowaniu i wezwał **odwołującego** do uzupełnienia „Wykazu robót budowlanych” potwierdzającego spełnienie przez **odwołującego** warunku posiadania wiedzy i doświadczenia, ponieważ uznał, że zarówno „Wykaz robót budowlanych” jak i dołączone

referencje – w jego ocenie nie dotyczyły zamówień, które obejmowały modernizację instalacji klimatyzacyjnej.

Odwolujący złożył wyjaśnienia oraz uzupełnił „Wykaz robot budowlanych”, w którym oprócz dwóch wcześniej wymienionych prac przedstawił dwie kolejne tj. „Wykonanie robót budowlanych wraz z modernizacją instalacji wentylacji i klimatyzacji w Auli Uniwersyteckiej i Holu w budynku Uniwersytetu Marii Curie Skłodowskiej” oraz „Remont i modernizację instalacji wentylacji i klimatyzacji w budynku przy ulicy Żeromskiego 49 w Radomiu”. Dodatkowo w złożonych wyjaśnieniach oraz w uzupełnionym „Wykazie robót budowlanych” **odwołujący** oświadczył, że zakres wszystkich czterech prac obejmował zarówno modernizację instalacji wentylacyjnej i klimatyzacyjnej.

Zamawiający – powrócił jednak do pozycji złożonych w wykazie w ofercie i stwierdził, że odwołujący – złożył mu nieprawdziwe informacje.

W „Zawiadomieniu o wyborze oferty” z **14.04.2016 r.** zostało wskazane, że w związku z wyżej przedstawionymi okolicznościami **zamawiający** uznał, że **odwołujący** złożył nieprawdziwe informacje dotyczące zakresu prac wykonanych w ramach realizacji „Remontu i modernizacji systemu wentylacji krytej pływalni Delfin w Radomiu” oraz „Remontu Zamku w Szydłowcu”. Ponadto **zamawiający** stwierdził w zawiadomieniu, że z uwagi na fakt, że dopiero po wezwaniu **odwołującego** do uzupełnienia dokumentu uzyskał wiedzę, że odwołujący w dołączonym do oferty „Wykazie robót budowlanych” złożył nieprawdziwe informacje, należało uznać, że przedstawienie przez **wykonawcę** w uzupełnionym „Wykazie robót budowlanych” kolejnych prac było działaniem nieuprawnionym. W związku z tym **zamawiający** oceniając spełnianie przez **wykonawcę** warunku posiadania wiedzy i doświadczenia nie mógł uznać prac na UMCS oraz w Radomiu przy ulicy Żeromskiego 49. Wobec tego **zamawiający** wykluczył **odwołującego** z postępowania na podstawie **art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp**.

Zamawiający – **rażąco naruszył art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, gdyż odwołujący od samego początku** – niczego nie ukrywał, konsekwentnie przedstawiał **zamawiającemu** pełen zakres robót dotyczących obydwu pozycji a ponadto – **odwołujący** złożył ofertę zgodnie z warunkami wynikającymi z **SIWZ**, gdyż potoczne znaczenie „instalacji klimatyzacji” nie może być w rozpoznawanym przetargu zastosowane.

Uzasadnienie szczegółowe

Konieczność rozróżnienia potocznego i technicznego znaczenia pojęcia „klimatyzacja”. Zakres znaczeniowy pojęcia „wentylacja”

Należy dokonać rozróżniania potocznego i technicznego – właściwego dla obrotu profesjonalnego – znaczenia pojęcia „klimatyzacja”. Zakres tych znaczeń nie jest tożsamy.

Potocznie pod pojęciem klimatyzacji rozumie się jedynie proces chłodzenia lub ogół urządzeń służących do tego celu. W rozumieniu technicznym, zgodnie z **normą PN-EN 12792:2006** pod pojęciem **klimatyzacji** rozumie się formę uzdatniania powietrza charakteryzującą się utrzymywaniem na odpowiednim poziomie temperatury, wilgotności, **wymiany powietrza** i jego czystości. W przypadku nie kontrolowania dowolnego z tych parametrów (z wyjątkiem wymiany powietrza), system określa się **mianem klimatyzacji częściowej**. Z kolei, zgodnie z **normą PN-EN 12792:2006** przez **wentylację** rozumie się planowany **nawiew i usuwanie powietrza** z obsługiwanego pomieszczenia.

Z porównania zakresu technicznego znaczenia pojęć klimatyzacji i wentylacji wynika, że wentylacja (nawiew i usuwanie powietrza) jest pojęciem nadrzędnym, obejmującym swym zakresem klimatyzację (m.in. wymiana powietrza).

Takie rozumienie techniczne pojęcia klimatyzacji wynika również z przepisów prawa budowlanego w tym **§ 147 ust. 1 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Dz. U. z 2015 poz. 1422)**, w myśl którego wentylacja i klimatyzacja powinny zapewniać odpowiednią jakość środowiska wewnętrznego, w tym wielkość wymiany powietrza, jego czystość, temperaturę, wilgotność względną, prędkość ruchu w pomieszczeniu, przy zachowaniu przepisów odrębnych i wymagań Polskich Norm **dotyczących wentylacji**, a także warunków bezpieczeństwa pożarowego i wymagań akustycznych określonych w rozporządzeniu.

W powyższym kontekście należy również zaznaczyć, że w opisie przedmiotu zamówienia stanowiącym **załącznik nr 1 do SIWZ zamawiający** wskazał:

„1) Przedmiotem zamówienia jest robota budowlana polegająca na:

- a) modernizacji systemu nawiewno-wywiewnego **widowni Sali Moniuszki,**
- b) modernizacji central wentylacyjnych** obsługujących recepcję, widownię, scenę.

2) Przedmiot zamówienia obejmuje także wykonanie niezbędnych prac budowlanych, sanitarnych, elektrycznych oraz z zakresu automatyki.

3) Powyższe zamówienie stanowi II etap realizacji zadania inwestycyjnego pod nazwą »Modernizacja systemu nawiewno-wywiewnego sali widowni (Sala Moniuszki) w budynku Teatru Wielkiego – Opery Narodowej w Warszawie, **polegającej na przebudowie instalacji wentylacyjnej** w strefie widowni w celu wyeliminowania hałasu i zapewnienia równomiernego wypływu powietrza ze szczelin nawiewnych wraz z rozbudową central wentylacyjnych recepcji, widowni, sceny, sali prób i instalacji towarzyszących celem uzyskania możliwości osuszania powietrza«.

[...]

I etap przebudowy systemu nawiewno-wywiewnego widowni Sali Moniuszki został zrealizowany w 2015 roku i dotyczył **modernizacji systemu nawiewnego** widowni Sali

Moniuszki na poziomie +18.30 i na poziomie +21.00 oraz **modernizacji central wentylacyjnych** obsługujących kuluary oraz salę prób orkiestry wraz z niezbędnymi robotami towarzyszącymi. W ramach I etapu wykonano: [...] **zmodernizowano istniejące centrale klimatyzacyjne** bloku sali prób orkiestry i kularów przez doposażenie ich w nagrzewnice wtórne, [...], **zmodernizowano instalację chłodniczą** dostosowując ją do napełnienia glikolem [...].

Z kolei w opisie sposobu dokonywania oceny spełniania warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia (**rozd. VIII ust. 1 pkt 2 SIWZ**) **zamawiający** wskazał:

„W postępowaniu mogą wziąć udział wykonawcy; którzy zgodnie z **art. 22 ust. 1 Ustawy** spełniają warunki dotyczące:

[...]

2) posiadania wiedzy i doświadczenia – zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli wykonawca wykaze, że w ciągu ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie) zrealizował co najmniej 2 (dwie) roboty budowlane, z których każda polegała na **modernizacji instalacji wentylacyjnej i klimatyzacyjnej** i miała wartość nie mniejszą niż 500.000,00 zł brutto, z czego co najmniej jedna została wykonana w budynku zabytkowym (wpisanym do rejestru zabytków)”.

Biorąc pod uwagę wskazane wyżej fragmenty SIWZ oraz okoliczność, że zgodnie z **art. 22 ust. 4 Pzp** na **zamawiającym** ciąży obowiązek formułowania opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków w związku z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalnie do przedmiotu zamówienia, należy uznać, że **zamawiający** sam do zakresu znaczeniowego pojęcia wentylacji zalicza klimatyzację – przykładowo w zakres prac polegających na przebudowie systemu wentylacyjnego wlicza modernizację urządzeń służących do klimatyzowania pomieszczeń.

Sposób sformułowania przez zamawiającego opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia

Zamawiający wskazał w dokumentacji przetargowej, że wymaga od **wykonawców** wykazania się realizacją co najmniej dwóch robót budowlanych polegających na modernizacji instalacji wentylacyjnej i klimatyzacyjnej.

Niewątpliwe ogłoszenie o zamówieniu oraz specyfikacja istotnych warunków zamówienia, zawierająca opis przedmiotu zamówienia, stanowią dokumenty skierowane do **wykonawców** będących podmiotami działającymi w sferze obrotu profesjonalnego.

Odwolujący jako profesjonalny podmiot ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego miał prawo przy składaniu oferty kierować się technicznym – a nie potocznym – rozumieniem pojęcia klimatyzacji.

Zamawiający wskazał w dokumentacji przetargowej, że wymaga od **wykonawców** wykazania się realizacją co najmniej dwóch robót budowlanych polegających na modernizacji instalacji wentylacyjnej i klimatyzacyjnej. Niewątpliwe ogłoszenie o zamówieniu oraz **specyfikacja** stanowią dokumenty skierowane do **wykonawców** będących podmiotami działającymi w sferze obrotu profesjonalnego, co potwierdza orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej: KIO 516/13 – wyrok z 19 marca 2013 r.; KIO 493/13 – wyrok z 19 marca 2013 r.; KIO 2687/12 – wyrok z 18 grudnia 2012 r.

Całkowicie uzasadnione było przekonanie **odwołującego**, że **zamawiający** dokonując opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia posługuje się pojęciem klimatyzacji w rozumieniu technicznym, a nie potocznym.

Odwolujący konsekwentnie twierdził, że wykazane przez niego roboty obejmowały za każdym razem modernizację instalacji wentylacji i klimatyzacji, niczego wobec **zamawiającego** nie ukrywał i nie usiłował wprowadzić **zamawiającego** w błąd co do robót podanych w wykazie załączonym do oferty. Co więcej – z faktu, że **zamawiający** najpierw wezwał **odwołującego** do uzupełnienia „Wykazu robót budowlanych” wynika, że nie traktował informacji przedstawionych przez **odwołującego** jako nieprawdziwych, a jedynie jako niewystarczających do wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu.

Zgodnie z **art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp** z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się **wykonawców**, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Odwolujący powołał się na najnowsze orzecznictwem **Krajowej Izby Odwoławczej** oraz sądów okręgowych na możliwość wykluczenia **wykonawcy** z postępowania na podstawie **art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp** i konieczność wykazania, że **wykonawca** w sposób świadomy, celowy i zawiniony wprowadził **zamawiającego** w błąd w zakresie informacji mających lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania.

Wobec faktu, że **zamawiający** wezwał **odwołującego** do uzupełnienia dokumentów – ewentualny wpływ złożonych przez **odwołującego** informacji na wynik postępowania może mieć jedynie hipotetyczny charakter.

Zamawiający nierówno potraktował odwołującego i wykonawcę „**ELTRI**” **sp. z o.o.** – wykaz i referencje **wykonawcy ELTRI sp. z o.o.** również powinny zostać sprawdzone, choćby pod tym względem, że referencje wystawione przez Spółdzielnię Mieszkaniową „Aleje Jerozolimskie” potwierdza wykonanie instalacji klimatyzacji w systemie VRV III prod. Daikin, która zgodnie z techniczną definicją jest instalacją chłodniczą, zapewniającą wyłącznie schłodzenia powietrza, eliminującą dyskomfort cieplny w pomieszczeniu. Drugie referencje wykonawcy **ELTRI sp. z o.o.** wystawiona przez Gminę Miasto Sochaczew również potwierdzają wykonanie instalacji chłodniczej typu VRF oraz instalację klimatyzacyjną typu Split, które są instalacjami chłodniczymi, a nie klimatyzacyjnymi. Właśnie takie urządzenia potocznie nazywa się klimatyzacją.

Wykluczenie **odwołującego** z postępowania oznacza zarówno naruszenie **art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp** przez całkowicie bezpodstawne uznanie, jakoby **odwołujący** złożył nieprawdziwe informacje, ale również naruszenie **art. 7 ust. 1 Pzp** przez nierówne traktowanie **wykonawców** oraz **art. 22 ust. 4 Pzp** – przez to, że uwzględniając interpretację **zamawiającego** pojęcia „instalacji wentylacji i klimatyzacji” – warunek udziału jest całkowicie oderwany od przedmiotu zamówienia.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania **zamawiającemu 20.04.2016 r.** (**art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp**).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom **20.04.2016 r.** (**art. 185 ust. 1 in initio Pzp**).

22.04.2016 r. wykonawca ELTRI Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie złożył (1) Prezesowi KIO, z kopiami dla (2) **zamawiającego** i (3) **odwołującego**, pismo o zgłoszeniu przystąpienia po stronie **zamawiającego** do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (**art. 185 ust. 2 Pzp**).

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy **04.05.2016 r.** (**art. 186 ust. 1 Pzp**). **Zamawiający** wniósł o oddalenie odwołania.

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

Izba stwierdziła, że odwołanie jest zasadne.

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

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

Ponadto **Izba** oparła wyrok na:

dowodach zawnioskowanym przez odwołującego:

- 1) (dowód nr 1) wyciąg z polskiej normy PN-EN 12792:2006 na potwierdzenie definicji wyrazu »klimatyzacja«;
- 2) (dowód nr 2) wyciągi z wyroków dotyczących nieprawdziwych informacji na uzasadnienie stanowiska, że odwołujący nie złożył w postępowaniu nieprawdziwych informacji;
- 3) (dowód nr 3) definicja klimatyzacji opracowana przez Stowarzyszenie Polska Wentylacja, z której odwołujący wywodzi, że rozumienie wyrazu klimatyzacja przez odwołującego jest właściwe;

dowodzie zawnioskowanym przez zamawiającego:

- 4) (dowód nr 4) zeznania świadka pana J.L., który jest pracownikiem zamawiającego – kierownik działu wodno-klimatyzacyjnego i członek komisji przetargowej, na okoliczność charakteru prac wymaganych przez zamawiającego do wykazania spełniania przedmiotowego warunku.

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

W ocenie **Izby**, zarzut naruszenia **art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp** przez wykluczenie **odwołującego** z postępowania, pomimo, że **odwołujący** nie złożył nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania – zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że **zamawiający** wymagał w **rozd. VIII ust. 1 pkt 2 SIWZ** spełnienia warunku posiadania właściwej wiedzy i doświadczenia przez wykazanie, że **wykonawca** zrealizował cyt. »co najmniej dwie roboty budowlane, z których każda polegała na

modernizacji instalacji wentylacyjnej i klimatyzacyjnej i miała wartość nie mniejszą niż **500.000,00 zł** brutto, z czego co najmniej jedna robota została wykonana w budynku zabytkowym«. **Odwolujący** wykazał dwie roboty, które zakwestionował **zamawiający** i wezwał **odwołującego** do uzupełnienia oferty zgodnie z **art. 26 ust. 3 zdanie pierwsze Pzp**, który to przepis brzmi »Zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania«. **Odwolujący** w wymaganym terminie (**14.03.2016 r.**) złożył wyjaśnienia oraz dołączył dokumenty na potwierdzenie spełnienia warunku w dwóch innych, dodatkowych obiektach. **Odwolujący** w piśmie z **14.03.2016 r.** podtrzymał swoje stanowisko, że pierwotnie oświadczenie i referencje załączone do oferty o dwóch pierwszych obiektach powinny wystarczyć, na potwierdzenie spełnienia warunku, ale **odwołujący** również dołączył dokumenty na wykazanie wykonania wymaganych dwóch innych robót.

Zamawiający uznał, po konsultacjach pisemnych ze zleceniodawcami, dla których były wykonywane roboty pierwotnie wykazane w ofercie, że roboty te nie obejmują wszystkich elementów (wentylacji i klimatyzacji) niezbędnych do wykazania spełnienia warunku, a tylko dotyczyły wentylacji. **Zamawiający 18.04.2016 r.** wykluczył **odwołującego** na podstawie **art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp**, który to przepis brzmi »Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy [...] złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania«. Ale **Izba** stwierdza, że **zamawiający** nie pochylił się nad kwestią dwóch robót dodatkowo wykazanych przez **odwołującego**, tylko wykluczył **odwołującego** z postępowania na podstawie dwóch robót wykazanych w ofercie. Jednak **zamawiający** nie może twierdzić o złożeniu nieprawdziwych informacji jeżeli nigdzie **wykonawca** nie rozminął się z prawdą. Jedynie w rozpoznawanym przypadku można mówić co najwyżej o wyciągnięciu przez **odwołującego** niewłaściwych wniosków (o spełnieniu warunków przez wykazanie robót nieobejmujących wszystkich wymaganych elementów), a nie o wykazaniu nieprawdziwych informacji, o których mowa w **art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp**. **Zamawiający** nie wykazał, nawet w dowodzie z zeznań świadka, że informacje przedstawione przez **wykonawcę** w ofercie są niezgodne ze stanem faktycznym. W związku z tym **zamawiający** nie mógł zastosować przepisu **art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp** i wykluczyć wykonawcy z postępowania ze względu na podanie nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Kwestia czy **wykonawca** przedstawiając w ofercie i w uzupełnieniu oferty (zgodnie z **art. 26 ust. 3 Pzp**) dokumenty wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu

postawionych przez **zamawiającego** nie była jeszcze kwestią sporu, gdyż **zamawiający** nie podjął się wykonania czynności oceny spełniania przez **wykonawców** warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, ale po uzyskaniu uzupełnienia oferty zgodnie z **art. 26 ust. 3 Pzp**. **Izba** podkreśla, że same różne rozumienia pojęć przez różne podmioty nie może być powodem do wykluczenia **wykonawcy** z postępowania na podstawie **art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp**.

Zamawiający stosując przepis powinien, mieć pewność na podstawie całej treści oferty i treści innych dokumentów złożonych zgodnie z przepisami (np. **art. 26 ust. 3 Pzp**), że **wykonawca** złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Jednak **zamawiający** musi odróżnić informacje nieprawdziwe od informacji, na których podstawie **zamawiający** nie może uznać, że **wykonawca** spełnia postawione warunki.

Dlatego w ocenie **Izby**, zarzut naruszenia **art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp** przez wykluczenie **odwołującego** z postępowania, pomimo, że **odwołujący** nie złożył nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania – zasługuje na uwzględnienie. Z tego względu **zamawiający** powinien unieważnić czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i wykluczenia z postępowania **odwołującego**, a następnie **zamawiający** powinien stosownie do **art. 20 ust. 1 Pzp** dokonać [1] oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz do [2] badania i [3] oceny ofert. **Art. 20 ust. 1 Pzp** brzmi »Komisja przetargowa jest zespołem pomocniczym kierownika zamawiającego powoływanym do oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz do badania i oceny ofert«.

Zamawiający naruszył **art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp**.

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

O kosztach postępowania odwoławczego **Izba** orzekła na podstawie **art. 192 ust. 9 i 10 Pzp**, czyli stosownie do wyniku postępowania uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w kwocie **3 600,00 zł** zgodnie z **§ 3 pkt 1 i pkt 2 lit. b rozporządzenia** Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: