

**WYROK**  
**z dnia 29 marca 2018 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Irmina Pawlik**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 marca 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 marca 2018 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Balzola Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** oraz **Construcciones y Promociones Balzola Sociedad Anonima z siedzibą w Bilbao** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Miasto Katowice**

przy udziale wykonawcy **A. G.** prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą **GRAND A. G. w Korzennej** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych i nakazuje zamawiającemu **Miastu Katowice** unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie wykonawcy **A. G.** prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą **GRAND A. G. w Korzennej** do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, o których mowa w pkt 15 ppkt 2) lit. a) i b) części III Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

W pozostałym zakresie nie uwzględnia zarzutów odwołania.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę wnoszącego sprzeciw **A. G.** prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą **GRAND A. G. w Korzennej** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Balzola Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** oraz **Construcciones y Promociones Balzola Sociedad Anonima z siedzibą w Bilbao** tytułem wpisu od odwołania;
- 2.2. zasądza od wykonawcy **A. G.** prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą **GRAND A. G. w Korzennej** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Balzola Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** oraz **Construcciones y Promociones Balzola Sociedad Anonima z siedzibą w Bilbao** kwotę **13 600 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Katowicach**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający Miasto Katowice prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Wykonanie dokumentacji projektowej oraz robót budowlanych związanych z wykonaniem zespołu maszyn do automatycznego parkowania samochodów w ciągu ul. Tylnej Mariackiej w Katowicach w ramach zadania inwestycyjnego pn. Przebudowa strefy śródmiejskiej – obszar ul. Dworcowej i Tylnej Mariackiej.”

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 512341-N-2018 z dnia 31 stycznia 2018 r. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm., dalej „Ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Ustawy Pzp.

W dniu 14 marca 2018 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Balzola Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Construcciones y Promociones Balzola Sociedad Anonima z siedzibą w Bilbao (dalej jako „Odwołujący”) wnieśli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty wykonawcy GRAND A. G. („GRAND”) jako oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu, zaniechania wykluczenia tego wykonawcy z postępowania oraz zaniechania odrzucenia jego oferty.

Odwołujący zarzucił naruszenie przez Zamawiającego:

1. art. 24 ust. 1 pkt 12 Ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Ustawy Pzp oraz art. 22 ust. 1 pkt 1) i 2) Ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy GRAND, pomimo że wykonawca GRAND nie wykazał spełnienia warunków udziału w Postępowaniu, o którym mowa w SIWZ, część III (Warunki udziału w postępowaniu oraz podstawy wykluczenia wykonawcy) pkt. 15 ppkt. 2) a) oraz ppkt. 2 b) SIWZ, (ze zmianami wynikającymi z pisma Zamawiającego z dnia 2 lutego 2018 r.) zgodnie, z którymi o udzielenie zamówienia może ubiegać się wykonawca, który w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert (...) wykonał:
  - 1.1. co najmniej jedną dokumentację projektową w rozumieniu Prawa budowlanego obejmującą zaprojektowanie systemu automatycznego parkowania samochodów, na podstawie której w ostatnich 5 latach wybudowano parking wielopoziomowy,
  - 1.2. wykonał co najmniej jedną robotę budowlaną polegającą na wykonaniu i montażu urządzenia/urządzeń do systemu automatycznego parkowania samochodów na co najmniej trzech poziomach.

podczas gdy inwestycja wskazana w wykazie usług i wykazie robót oraz w referencji przedłożonej przez wykonawcę GRAND dotycząca zaprojektowania parkingu naziemnego dla inwestora - Miejska infrastruktura sp. z o.o. w Krakowie nie spełnia wymagań opisanych w przywołanych warunkach udziału w Postępowaniu (tj. pkt 15 ppkt. 2) a) oraz ppkt 2 b) SIWZ), ponieważ ani zaprojektowanie ani wykonanie nie dotyczyło systemu automatycznego parkowania samochodów;

2. art. 24 ust. 1 pkt 16 Ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Ustawy Pzp oraz art. 22 ust. 1 pkt 1) i 2) Ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy GRAND pomimo, że wykonawca GRAND w wyniku zamierzonego działania lub co najmniej rażącego niedbalstwa, wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, podczas gdy wykonawca GRAND nie spełnia warunków udziału w postępowaniu w zakresie określonym w pkt. 15 ppkt 2) a) oraz ppkt 2 b) SIWZ;
3. art. 24 ust. 1 pkt 17 Ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust 1 Ustawy Pzp oraz art. 22 ust 1 pkt 1) i 2) Ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy GRAND, pomimo że wykonawca GRAND w wyniku lekkomyślności lub co najmniej niedbalstwa, przedstawił informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd, które miały istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w toku postępowania, tj. informacje, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, podczas gdy wykonawca GRAND nie spełnia warunków udziału w postępowaniu w zakresie określonym w pkt. 15 ppkt 2) a) oraz ppkt 2 b) SIWZ;
4. a w konsekwencji naruszenie art. 91 ust. 1 Ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 Ustawy Pzp oraz art. 24 ust. 4 Ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty GRAND jako najkorzystniejszej w postępowaniu, podczas gdy wykonawca ten powinien zostać wykluczony z Postępowania, a w konsekwencji jego oferta winna zostać odrzucona;
5. ewentualnie, w przypadku nieuwzględnienia wyżej opisanych zarzutów, które skutkowałyby wykluczeniem wykonawcy GRAND z postępowania, zarzucam naruszenie art. 26 ust. 3 Ustawy Pzp oraz art. 26 ust 4 Ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy GRAND do wyjaśnień/przedstawienia dokumentów potwierdzających spełnienie przez tego wykonawcę warunków udziału w postępowaniu opisanych w pkt. 15 ppkt 2) a) oraz ppkt 2 b) SIWZ.

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł o:

1. merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą odwołania i jego uwzględnienie;
2. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentacji postępowania oraz dowodów

przywołanych w uzasadnieniu na okoliczności wskazane w odwołaniu;

3. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na dokonaniu badania i oceny ofert oraz unieważnienia czynności wyboru oferty GRAND jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu;
4. nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności ponownego badania i oceny ofert, a w konsekwencji nakazanie Zamawiającemu wykluczenia wykonawcy GRAND z postępowania,
5. w przypadku uwzględnienia zarzutu ewentualnego (pkt 5) nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności ponownego badania i oceny ofert, a w konsekwencji nakazanie Zamawiającemu wezwania wykonawcy GRAND do wyjaśnień lub przedstawienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w Postępowaniu, o których mową w SIWZ;
6. z daleko posuniętej ostrożności, w przypadku nieuwzględnienia żądań wskazanych w pkt 3) lub 4) lub 5) powyżej, jako żądanie najdalej idące, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia postępowania w zw. z naruszeniami i na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Ustawy Pzp jako postępowania obarczonego niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, wynikającą ze sformułowania postanowień SIWZ dotyczących warunków udziału w postępowaniu w sposób, który powoduje naruszenie przez Zamawiającego zasady niedyskryminacyjnego i równego traktowania wykonawców oraz zasady uczciwej konkurencji;
7. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego według norm przypisanych na podstawie przedłożonej faktury.

Uzasadniając zarzutu odwołania Odwołujący przytoczył brzmienie pkt 15 ppkt 2 lit. a i b SIWZ oraz podniósł, że inwestycja którą legitymuje się wykonawca GRAND nie pozwala uznać, że wykonawca ten wykazał spełnienie warunków udziału opisanych w SIWZ. Zamawiający wymagał bowiem wykazania się doświadczeniem w zaprojektowaniu systemu automatycznego parkowania samochodów (pkt. 15 ppkt. 2 a) SIWZ) oraz doświadczeniem w wykonaniu roboty budowlanej obejmującej montaż urządzenia/urządzeń do systemu automatycznego parkowania samochodów (pkt. 15 ppkt. 2 b) SIWZ). inwestycja, którą legitymuje się wykonawca GRAND dotyczyła wykonania klasycznego parkingu wielokondygnacyjnego, nie zaś parkingu obejmującego system automatycznego parkowania samochodów, a więc parking na którym zamontowano urządzenia/maszyny do systemu automatycznego parkowania samochodów, które stanowią przedmiot zamówienia. Na potwierdzenie powyższego Odwołujący załączył informację dotyczącą parkingu „Stare

Podgórze” oraz zdjęcia tego parkingu.

Odwołujący wskazał, iż w świetle postawionych przez Zamawiającego wymagań oraz opisu warunków udziału w postępowaniu, w tym również mając na uwadze przedmiot zamówienia oraz w świetle przywołanych w odwołaniu precyzyjnych postanowień SIWZ nie budzi żadnych wątpliwości fakt, iż doświadczenie, którym legitymuje się wykonawca GRAND nie pozwala na spełnienie wymagań opisanych pkt. 15 ppkt 2) a) i b) SIWZ). Okoliczność, iż warunki udziału w postępowaniu nie budziły żadnych wątpliwości wykonawców potwierdza również fakt, iż żaden z potencjalnych wykonawców nie wnosił o wyjaśnienie treści takich warunków. Odwołujący zwrócił uwagę, iż wykonanie klasycznego parkingu wielokondygnacyjnego znacząco różni się od zaprojektowania, wykonania i montażu urządzeń do systemu automatycznego parkowania, które zostały wskazane w opisie warunków udziału w postępowaniu. Wykonawca, który posiada wyłącznie doświadczenie w wykonaniu „klasycznego” parkingu nie daje rękojmi należytego wykonania parkingu zautomatyzowanego, opartego na urządzeniach do automatycznego parkowania samochodów. W opisie warunków udziału wskazanych w pkt. 15 ppkt 2) a) i b) SIWZ Zamawiający wyraźnie zaznaczył, iż wykonawca winien się legitymować doświadczeniem w „zaprojektowaniu systemu automatycznego parkowania” oraz „montażu urządzenia/urządzeń do systemu automatycznego parkowania” - klasyczny parking jakim legitymuje się wykonawca GRAND nie pozwala na „automatyczne parkowanie samochodów osobowych\*\* i nie stanowi «systemu automatycznego parkowania”, w szczególności nie jest on wyposażony w urządzenie/urządzenia do systemu automatycznego parkowania. Zdaniem Odwołującego za takie urządzenia nie można w szczególności uznać „systemu zajętości miejsc” czy „szlabanów automatycznych, w które wyposażone są klasycznego parkingi - takie urządzenia stanowią co prawda elementy obsługi systemu parkingowego, ale nie są urządzeniami do systemu automatycznego parkowania.

W ocenie Odwołującego wykonawca GRAND winien zostać wykluczony z postępowania ponieważ dopuścił się wprowadzenia Zamawiającego w błąd, w sposób umyślny lub co najmniej w warunkach rażącego niedbalstwa oświadczając Zamawiającemu w treści oferty, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, a następnie przekazując Zamawiającemu informacje, które miały wywołać u Zamawiającego wrażenie, że wykonawca GRAND spełnia warunki udziału w postępowaniu opisane w pkt 15 ppkt 2) aj i b) SIWZ. Na taką konkluzję pozwala bowiem fakt, iż warunki postawione w postępowaniu były jasne i precyzyjne, również w świetle przedmiotu zamówienia, który ma zostać wykonany, a tym samym żadnych wątpliwości nie budzi fakt, że wykonawca GRAND w sposób celowy, lub co najmniej z uwagi na rażące niedbalstwo wprowadził Zamawiającego w błąd. Na powyższe wskazuje m.in. okoliczność, iż zarówno w opisie usług projektowych w wykazie usług, jak

również w wykazie wykonanych robót budowlanych wykonawca GRAND posłużył się sformułowaniem, które miało sugerować, że legitymuje się doświadczeniem w zaprojektowaniu i wykonaniu „parkingu naziemnego dla samochodów osobowych w systemie automatycznego parkowania.”

Zdaniem Odwołującego nawet jeżeli uznać, że wykonawca GRAND nie działał z zamiarem celowego wprowadzenia Zamawiającego w błąd lub w warunkach rażącego niedbalstwa, to i tak powinien zostać wykluczony z postępowania na podstawie art 24 ust 1 pkt 17 Ustawy Pzp. Wykonawca GRAND, jako podmiot profesjonalny, winien być co najmniej świadomy tego, że doświadczenie którym się legitymuje nie pozwala na spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie określonym w pkt. 15 ppkt 2) a) i b) SIWZ. Tym samym uprawnione jest twierdzenie, iż wykonawca GRAND dopuścił się wprowadzenia Zamawiającego w błąd w wyniku lekkomyślności, lub co najmniej niedbalstwa w zakresie, który miały istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w toku postępowania - w tym przypadku decyzję co do uznania, że wykonawca GRAND spełnia warunki udziału w postępowaniu opisane w pkt. 15 ppkt 2) a) i b) SIWZ, chociaż takie warunków faktycznie nie spełnia. Z powyższych względów w ocenie Odwołującego wykonawca GRAND Winien podlegać wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 16 Ustawy Pzp lub art. 24 ust. 1 pkt. 17 Ustawy Pzp.

Z ostrożności, w przypadku nieuwzględnienia przez Izbę zarzutów naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 Ustawy Pzp, które winny skutkować wykluczeniem wykonawcy GRAND z postępowania, Odwołujący podniósł, iż Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 26 ust. 3 lub 4 Ustawy Pzp. W związku z tym, iż wykonawca GRAND nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, winien zostać wezwany do wyjaśnienia/uzupełnienia dokumentów, z których będzie wynikać spełnienie opisanych w SIWZ warunków udziału.

W dniu 22 marca 2018 r. drogą elektroniczną, a na posiedzeniu w dniu 26 marca 2018 r. w oryginale, Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w punktach 1-4 odwołania. Uwzględnienie nie dotyczyło zarzutu z pkt 5, ponieważ był to zarzut ewentualny. Zamawiający wskazał, iż parking w Krakowie, który wykonawca GRAND przedstawił na potwierdzenie swojego doświadczenia jest parkingiem naziemnym dla samochodów osobowych i obiektem budowlanym murowanym, a nie złożonym z urządzeń do automatycznego parkowania. Dlatego Zamawiający zgodził się z twierdzeniem Odwołującego, że wykonawca GRAND nie potwierdził spełnienia warunków określonych w pkt 15 ppkt 2 a) i b) SIWZ, a elementy obsługi systemu parkingowego, w które wyposażony jest parking w Krakowie takie jak „system zajętości miejsc” czy „szlabany automatyczne” nie stanowią systemu automatycznego parkowania samochodów, jakiego wymagał Zamawiający. Zamawiający podniósł ponadto, że wykonawca GRAND

oświadczając, że spełnia warunki udziału w postępowaniu i powołując się na doświadczenie w zrealizowaniu ww. parkingu wprowadził Zamawiającego w błąd, co miało wpływ na wynik postępowania.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Ustawy Pzp.

Izba uznała, iż Odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów Ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 179 ust. 1 Ustawy Pzp.

Na posiedzeniu w dniu 26 marca 2017 r. Izba stwierdziła skuteczność zgłoszenia przystąpienia przez wykonawcę A. G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą GRAND A. G. w Korzennej (dalej jako „Przystępujący”). Zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 marca 2018 r., przy czym Zamawiający informację o wpłynięciu odwołania w tej sprawie przekazał wykonawcom w dniu 15 marca 2018 r., a zatem 3-dniowy termin na zgłoszenie przystąpienia został zachowany (mając na względzie, iż trzeci dzień terminu przypadał na niedzielę). Przystępujący wskazał również stronę, do której przystępuje (Zamawiającego) oraz interes w rozstrzygnięciu postępowania na korzyść tej strony. Na posiedzeniu Odwołujący i Zamawiający potwierdzili otrzymanie kopii pisma zawierającego zgłoszenie przystąpienia.

Na posiedzeniu przed Izbą Przystępujący wniósł ustnie do protokołu sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów odwołania oraz złożył pismo procesowe wraz z załącznikami. Przystępujący w piśmie procesowym podniósł m.in., iż nie wprowadził Zamawiającego w błąd, ponieważ Zamawiający dysponował wykazami usług i robót oraz dokumentem referencji, z których precyzyjnie wynikało na jaką inwestycję powołuje się Przystępujący. Ponadto Przystępujący zwrócił uwagę, iż z opisu warunków udziału w postępowaniu nie wynika, że automatyczny system parkowania nie mógł zostać zastosowany w ramach parkingu murowanego. Wskazał, że warunki udziału w postępowaniu nie obejmowały maszyn parkingowych opisanych w koncepcji, a wykonawca nie był



zobowiązany wykazywać się doświadczeniem w projektowaniu tego rodzaju maszyn. Ponadto Przystępujący wskazał, iż o ile w opisie przedmiotu zamówienia użyto określeń „maszyny,” to w opisie warunków udziału w postępowaniu Zamawiający nie wymagał zaprojektowania i wykonania maszyn. W ocenie wnoszącego sprzeciw automatyczny system parkowania to nie tylko system autorstwa Wiromet, lecz zespół elementów, w tym urządzeń, które dotyczą organizacji procesu parkowania w sposób zautomatyzowany, a automatyzm odnosi się do zastosowania urządzeń, które w sposób automatyczny sterują m.in. dostępem do parkingu oraz określonego miejsca takich jak np. terminale wjazdowe oraz urządzenia zarządzające zajętością miejsc. Przystępujący podniósł także, że Zamawiający nie zawarł w SIWZ jakiegokolwiek definicji automatycznego systemu parkowania oraz, że ukształtowanie warunku doświadczenia poprzez wymóg wykazania się zaprojektowaniem i wykonaniem maszyn do parkowania opisanych w koncepcji naruszałoby uczciwą konkurencję, ponieważ wskazywałoby konkretnego producenta – Wiromet. Ponadto wskazał, iż ewentualne wątpliwości co do treści warunku udziału w postępowaniu należy rozstrzygać na korzyść wykonawcy.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania przekazaną przez Zamawiającego i potwierdzoną za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności ogłoszenie o zamówieniu, Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia, oferty Odwołującego i Przystępującego, pismo Zamawiającego z dnia 22 lutego 2018 r. zawierające wezwanie Przystępującego do złożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 1 Ustawy Pzp, pismo Przystępującego z dnia 27 lutego 2018 r. wraz z załącznikami, zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty. Izba dopuściła także dowody z dokumentów przedstawionych przez Strony i Uczestnika w toku rozprawy, jak również z dokumentów załączonych do złożonych pism. Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę stanowiska i oświadczenia Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego złożone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy z dnia 26 marca 2018 roku oraz przedstawione w złożonych pismach. Podczas rozprawy Odwołujący i Zamawiający podtrzymali w całości stanowiska prezentowane we wniesionych pismach. Przystępujący, jako wnoszący sprzeciw wobec uwzględnienia odwołania przez Zamawiającego, wniósł o oddalenie odwołania w całości i poparł stanowisko przedstawione w złożonym piśmie procesowym.

#### **Izba ustaliła, co następuje:**

Przedmiot zamówienia obejmował wykonanie dokumentacji projektowej oraz robót budowlanych związanych z wykonaniem „zespołu maszyn do automatycznego parkowania samochodów” w ciągu ul. Tylnej Mariackiej w Katowicach w ramach zadania inwestycyjnego pn. „Przebudowa strefy śródmiejskiej – obszar ul. Dworcowej i Tylnej Mariackiej.” Realizacja

strefy zaplecza parkingowego w maszynach do automatycznego parkowania powinna zapewniać co najmniej 240 miejsc parkingowych wraz z instalacjami i urządzeniami niezbędnymi do ich funkcjonowania (punkt 11.1 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, dalej jako „SIWZ”). W punkcie 11.2 SIWZ Zamawiający określił obowiązki wykonawcy w ramach realizacji zamówienia, w tym wskazał, iż dokumentacja projektowa powinna być opracowana na podstawie m.in. wariantu I koncepcji zagospodarowania terenu stanowiącej załącznik nr 6 do SIWZ. W ramach dodatkowych uwag i wytycznych do projektowania (punkt 11.2.1 lit. C ppkt 1 SIWZ) Zamawiający wskazał, że przedstawiony w koncepcji Smart Parking seria SM12SU jest jedynie rozwiązaniem przykładowym. Wykonawca może zrealizować rozwiązania równoważne, polegające na wybudowaniu takich urządzeń parkowania wielopoziomowego, które umożliwiają parkowanie co najmniej 240 samochodów przy wykorzystaniu zadysponowanej przestrzeni.

W punkcie 15 ppkt 2 SIWZ (w brzmieniu zmienionym dnia 8 lutego 2018 r.) Zamawiający wskazał, iż o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej – Zamawiający wymaga, aby wykonawca spełnił minimalne warunki jn.:

a) wykonał w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej jedną dokumentację projektową w rozumieniu Prawa budowlanego obejmującą zaprojektowanie systemu automatycznego parkowania samochodów, na podstawie której w ostatnich 5 latach wybudowano parking wielopoziomowy;

Zamawiający uzna, że warunek, o którym mowa w punkcie 15 ppkt 2 lit. a) SIWZ został spełniony, jeśli wykonawca wykaże, że wykonał dokumentację projektową „typową/gotową” w celach sprzedaży, na podstawie której wybudowano co najmniej jeden parking wielopoziomowy.

b) w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał co najmniej jedną robotę budowlaną polegającą na wykonaniu i montażu urządzenia/urządzeń do systemu automatycznego parkowania samochodów na co najmniej trzech poziomach.

Zamawiający dopuszcza, że spełnienie tego warunku zostanie wykazane w dwóch umowach.

W punkcie 52 ppkt 1 SIWZ (w brzmieniu zmienionym dnia 8 lutego 2018 r.) Zamawiający wskazał, iż w celu potwierdzenia spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający wymaga od wykonawcy, którego oferta została najwyższej oceniona, przedłożenia wykazu usług wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych,

w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane oraz załączeniem dowodów określających czy te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami o których mowa są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego usługi były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.

W punkcie 52 ppkt 2 SIWZ Zamawiający wymagał także przedłożenia wykazu robót budowlanych wykonanych w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty, miejsca wykonania i podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, z załączeniem dowodów określających czy te roboty zostały wykonane należycie, w szczególności informacji o tym czy roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – inne dokumenty.

W postępowaniu wpłynęły dwie oferty – oferta Odwołującego i oferta Przystępującego. W dniu 22 lutego 2018 r. Zamawiający wezwał Przystępującego na podstawie art. 26 ust. 1 Ustawy Pzp do złożenia w wyznaczonym terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Ustawy Pzp, tj. m.in. w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej – zgodnie z zapisem części X pkt 52 ppkt 1, 2, 3 SIWZ.

Przystępujący, pismem z dnia 27 lutego 2018 r. (data wpływu 28 lutego 2018 r.) na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w punkcie 15 ppkt 2 lit. a i b SIWZ złożył wykaz usług wraz z dokumentami potwierdzającymi wykonanie usług wskazanych w wykazie oraz, że spełniają one warunki opisane w SIWZ w części X w pkt 52 ppkt 1, a także wykaz robót budowlanych wraz z dokumentami potwierdzającymi wykonanie robót wskazanych w wykazie oraz, że spełniają one warunki opisane w SIWZ w części X w pkt 52 ppkt 2. Zarówno w wykazie usług, jak i w wykazie robót Przystępujący wskazał na tę samą inwestycję wykonaną przez podmiot, na którego zasoby Przystępujący

się powołał, tj. F.R.B. INTER-BUD Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Krakowie, na rzecz zamawiającego Miejska Infrastruktura Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie. W wykazie usług wskazano, iż usługa obejmowała zaprojektowanie wielokondygnacyjnego (cztery kondygnacje) parkingu naziemnego dla samochodów osobowych w systemie automatycznego parkowania wraz z zastosowaniem systemu zajętości miejsc. Wskazano także, że dowodem na należyte wykonanie usługi są wstawione referencje (z dnia 20.02.2018 r.), w których opisano, że przedmiot zamówienia został wykonany solidnie z należytą starannością i ukończony prawidłowo i w terminie z zachowaniem najlepszej wiedzy technicznej i sztuki budowlanej. W treści wykazu robót budowlanych wskazano, że roboty te obejmowały budowę wielokondygnacyjnego (cztery kondygnacje) parkingu naziemnego dla samochodów osobowych w systemie automatycznego parkowania wraz z zastosowaniem systemu zajętości miejsc, o łącznej powierzchni zabudowy 1.497,20 m<sup>2</sup> i kubaturze 16.424,25 m<sup>3</sup>. Wykonano również zagospodarowanie terenu i infrastrukturę techniczną, m.in. instalację wodno-kanalizacyjną i ogrzewania oraz instalację wentylacji mechanicznej, jak również instalację elektryczną i słaboprądową. Potwierdzeniem należyte wykonanej roboty budowlanej są wystawione referencje.

Ponadto Przystępujący złożył referencje wystawione przez firmę Miejska Infrastruktura Sp. z o.o., z których wynika, iż spółka F.R.B. INTER-BUD Sp. z o.o. Sp. k. jako generalny wykonawca wykonała inwestycję obejmującą zaprojektowanie i wybudowanie parkingu naziemnego dla samochodów osobowych „KORONA” przy ul. Zamoyskiego/ul. Warneńczyka w Krakowie. W treści referencji wskazano m.in., iż zakres prac obejmował zaprojektowanie i wybudowanie wielokondygnacyjnego (cztery kondygnacje) parkingu naziemnego dla samochodów osobowych o łącznej powierzchni zabudowy 1.497,20 m<sup>2</sup> i kubaturze 16.424,25 m<sup>3</sup> wraz z wykonaniem wjazdów, zagospodarowania terenu i infrastruktury technicznej m.in.: wewnętrznej instalacji wodno-kanalizacyjnej, instalacji ogrzewania, instalacji wentylacji mechanicznej, instalacji elektrycznej i słaboprądowej, kompletnego automatycznego systemu parkingowego wraz z systemem zajętości miejsc.

W dniu 9 marca 2018 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty, którą uznano ofertę wykonawcy GRAND A. G. Zamawiający wskazał, iż wybrany wykonawca nie podlega wykluczeniu, a jego oferta spełnia wymagania SIWZ.

#### **Izba zważyła, co następuje:**

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba uznała, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie w zakresie zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych dotyczącego zaniechania wezwania Przystępującego do

uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie przez niego warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej.

W ocenie Izby przedmiot usług oraz robót budowlanych, którymi należało się legitymować, aby spełnić warunki udziału w postępowaniu, został określony w sposób jasny - usługa polegająca na wykonaniu dokumentacji projektowej wskazana w pkt 15 ppkt 2 lit. a SIWZ miała swoim zakresem obejmować zaprojektowanie systemu automatycznego parkowania samochodów, zaś robota budowlana, o której mowa w pkt 15 ppkt 2 lit b SIWZ miała polegać na wykonaniu i montażu urządzenia/urządzeń do systemu automatycznego parkowania samochodów. Kwestią sporną w niniejszym postępowaniu była interpretacja pojęcia „system automatycznego parkowania samochodów,” które jednak w ocenie Izby nie powinno budzić istotnych wątpliwości interpretacyjnych wykonawców. Użyte przez Zamawiającego wyrażenie wskazuje na zautomatyzowanie procesu parkowania pojazdu, który następuje z pomocą służących do tego wyspecjalizowanych urządzeń. Zgodnie z potocznym rozumieniem „automatyczny” oznacza „działający samoczynnie, za pomocą odpowiedniego urządzenia,” czyli bez konieczności podejmowania dodatkowych czynności przez osoby fizyczne. Skład orzekający Izby podziela stanowisko Odwołującego, iż przymiotnik „automatyczny” użyty w wyrażeniu „system automatycznego parkowania” zgodnie z wykładnią językową należy odnieść do czynności parkowania - parkowanie pojazdów następować ma w sposób automatyczny, tj. przy pomocy służących do tego urządzeń. Rola kierowcy pojazdu w takim wypadku sprowadza się do pozostawienia samochodu w miejscu do tego przeznaczonym (i jego odbioru), natomiast transport pojazdu na jego docelowe miejsce parkingowe następuje z pomocą odpowiedniego urządzenia. Ponadto sformułowania „system automatycznego parkowania samochodów” nie można interpretować, jak czyni to Przystępujący, w oderwaniu od całokształtu dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia. Jakkolwiek rację ma Przystępujący, że warunki udziału w postępowaniu co do zasady nie muszą być (i przeważnie nie są) tożsame z przedmiotem zamówienia, to jednak muszą one pozostawać w adekwatnym związku z przedmiotem zamówienia (być proporcjonalne do przedmiotu zamówienia), a interpretacja ich treści nie może być dokonywana z pominięciem celu, jakiemu te warunki służą, którym jest zapewnienie wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania przedmiotu udzielanego zamówienia. Izba zwraca uwagę, iż przedmiotem zamówienia jest wykonanie dokumentacji projektowej oraz robót budowlanych związanych z wykonaniem „zespołu maszyn do automatycznego parkowania samochodów” w ciągu ul. Tylnej Mariackiej w Katowicach (pkt 11 ppkt 1 Część II SIWZ). Zarówno zatem w opisie przedmiotu zamówienia, jak i w treści warunków udziału w postępowaniu Zamawiający posłużył się tożsamym sformułowaniem „automatyczne parkowanie samochodów” i pojęcia tego nie sposób interpretować odmiennie w stosunku do

warunków udziału w postępowaniu, a odmiennie w stosunku do opisu przedmiotu zamówienia. Z opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny wynika zaś, iż chodzi tu o system automatycznego parkowania samochodów, składający się z takich urządzeń parkowania wielopoziomowego, które umożliwiają parkowanie określonej liczby samochodów przy wykorzystaniu zadysponowanej przestrzeni, czyli o system ukierunkowany na maksymalne wykorzystanie dostępnego miejsca z przeznaczeniem na parking. Przy czym system ten, wbrew stanowisku Przystępującego, nie musi obejmować takich maszyn, jakie przewidziane zostały w koncepcji, musi jednak składać się z urządzeń, które służą do automatycznego parkowania pojazdów.

W świetle powyższego nie budzi wątpliwości Izby fakt, iż doświadczenie podmiotu trzeciego, na które powołał się Przystępujący w postępowaniu o udzielenie zamówienia nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w punkcie 15 ppkt 2 lit. a i b SIWZ, ponieważ nie obejmowało zaprojektowania i wybudowania takiego systemu parkowania, który opierał się na urządzeniach do automatycznego parkowania pojazdów (tj. gdzie sam proces parkowania pojazdów w miejscu docelowym następował w sposób automatyczny, przy pomocy służących do tego urządzeń). Przystępujący swoją argumentację sprowadzał do stwierdzenia, iż za system automatycznego parkowania pojazdów należy uznać także zespół elementów, w tym urządzeń, które dotyczą organizacji procesu parkowania w sposób zautomatyzowany, takich jak terminale wjazdowe, wyjazdowe, płatnicze czy system zajętości miejsc, co nie znajduje jednak oparcia w treści warunków udziału w postępowaniu ani w dokumentacji postępowania. Również z treści złożonego przez Przystępującego dokumentu w postaci Projektu budowlanego dla inwestycji dotyczącej parkingu naziemnego „KORONA” w Krakowie nie wynika, aby zakresem dokumentacji projektowej objęty był system automatycznego parkowania samochodów. W Projekcie budowlanym jest mowa o Systemie Parkingowym zaprojektowanym w oparciu o system Ad Park Solution, który stanowi „sieć terminali użytkowych, które zapewniają użytkowanie i obsługę parkingu z zaporami” (terminal wjazdowy, terminal operatora, terminale płatnicze, terminal wyjazdowy). Terminale te podłączone są do serwera zarządzającego, a cały system służy do zautomatyzowanej obsługi ruchu na parkingach. Z dokumentu tego wprost wynika, że system parkingowy, o którym mowa w projekcie budowlanym nie służy do automatycznego parkowania pojazdów, lecz wyłącznie do usprawnienia obsługi ruchu pojazdów na parkingu, przy czym pojazdy parkowane są samodzielnie przez kierowców, a elementy zautomatyzowane powodują wyłącznie usprawnienie czynności takich jak wjazd na parking czy dokonanie płatności. Różnica pomiędzy takim systemem parkingowym a systemem automatycznego parkowania pojazdów, w którym za zaparkowanie pojazdu w miejscu docelowym odpowiada

wyspecjalizowane urządzenie/maszyna, jest zatem zasadnicza. Tym samym nie sposób uznać, aby urządzenia takie jak automatyczne szlabany, terminale wjazdowe, wyjazdowe, płatnicze były urządzeniami do systemu automatycznego parkowania samochodów. Nie wskazuje na to również złożona przez Przystępującego Instrukcja obsługi systemu Ad Park Solution.

Ponadto zwrócić należy uwagę, iż w treści pisma procesowego Przystępujący wielokrotnie posługuje się stwierdzeniem „automatyczny system parkowania,” nie zaś „system automatycznego parkowania,” podczas gdy pojęcia te co do zasady nie są tożsame. Również z treści referencji załączonych przez Przystępującego do pisma z dnia 27 lutego 2018 r. dotyczących realizacji parkingu naziemnego dla samochodów osobowych „KORONA” w Krakowie wynika, iż jej przedmiotem było zaprojektowanie i wybudowanie wielokondygnacyjnego parkingu wraz z kompletnym automatycznym systemem parkowania wraz z systemem zajętości miejsc, a nie systemem automatycznego parkowania, podczas gdy w wykazie usług i robót budowlanych Przystępujący używa już stwierdzenia „system automatycznego parkowania” przy opisie tej inwestycji. Powyższe w ocenie Izby wskazuje na błędne rozumienie przez Przystępującego spornego warunku udziału w postępowaniu. Izba nie podzieliła również stanowiska Przystępującego, że interpretacja spornych warunków udziału w postępowaniu prezentowana przez Odwołującego i Zamawiającego prowadzi do monopolizacji rynku i zawężenia konkurencji. Przede wszystkim zauważyć należy, że Zamawiający w treści SIWZ wprost wskazał, że rozwiązanie opisane w koncepcji (Smart Parking seria SM12SU) jest jedynie rozwiązaniem przykładowym, a wykonawca może zrealizować rozwiązania równoważne, polegające na wybudowaniu takich urządzeń parkowania wielopoziomowego, które umożliwiają parkowanie co najmniej 240 samochodów przy wykorzystaniu zadysponowanej przestrzeni. Nie miała znaczenia zatem konkretna technologia, lecz konieczność znalezienia takiego rozwiązania, które umożliwi zapewnienie co najmniej 240 miejsc parkingowych w ściśle ograniczonej, zagospodarowanej przestrzeni. Ponadto jeśli Przystępujący stał na stanowisku, że interpretacja spornego warunku udziału w postępowaniu nie daje możliwości zachowania uczciwej konkurencji, to mógł skorzystać ze środków ochrony prawnej i kwestionować powyższe na etapie opublikowania ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ bądź zwrócić się do Zamawiającego z wnioskiem o wyjaśnienie treści SIWZ. Przystępujący tego nie uczynił, a przyjmując interpretację spornych warunków, która nie znajdowała oparcia w ich literalnej i celowościowej wykładni, przyjął na siebie również ryzyko, że może nie spełniać warunków udziału w postępowaniu.

Mając na uwadze powyższe, w ocenie Izby – na skutek błędnej interpretacji warunku udziału w postępowaniu – Przystępujący wylegitymował się usługą i robotą budowlaną, która nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w punkcie 15 ppkt 2 lit. a i b

SIWZ. Niemniej stawiany w tym zakresie przez Odwołującego zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 7 ust. 1 oraz art. 22 ust. 1 pkt 1 i 2 Ustawy Pzp jest co najmniej przedwczesny, jako że Zamawiający, w przypadku uznania, że przedstawione dokumenty nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w postępowaniu, zobowiązany jest wezwać wykonawcę do ich uzupełnienia zgodnie z dyspozycją art. 26 ust. 3 Ustawy Pzp. Biorąc to pod uwagę Izba uwzględniła zarzut naruszenia ww. przepisu i w konsekwencji nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie Przystępującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, o których mowa w pkt 15 ppkt 2 lit. a i b części III SIWZ. W uzupełnieniu Izba wskazuje, iż mając na uwadze, że Przystępujący wykazywał spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej przy pomocy zasobów podmiotu trzeciego, uzupełniając dokumenty na wezwanie Zamawiającego należy mieć na względzie także dyspozycję art. 22a ust. 6 Ustawy Pzp. Izba podziela w tym zakresie pogląd wyrażony w opinii Urzędu Zamówień Publicznych dotyczącej relacji art. 22a ust. 6 do art. 26 ust. 3 Ustawy Pzp, iż wykonawca wezwany w trybie art. 26 ust. 3 Ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentu podmiotu trzeciego może albo dokonać stosownego uzupełnienia dokumentu dotyczącego podmiotu trzeciego zgłoszonego pierwotnie, albo skorzystać z dyspozycji art. 22a ust. 6 Ustawy Pzp, tj. zmienić podmiot trzeci na inny lub samodzielnie spełnić warunek w zakresie udostępnianego zasobu.

Izba nie uwzględniła natomiast zarzutów naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 w zw. z art. 7 ust. 1 oraz art. 22 ust. 1 pkt 1 i 2 Ustawy Pzp. Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 16 Ustawy Pzp 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. Zgodnie zaś z przepisem art. 24 ust. 1 pkt 17 Ustawy Pzp 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. Rato legis tych uregulowań jest eliminacja z postępowań takich wykonawców, których działanie cechuje zamiar wprowadzenia w błąd zamawiającego, a także wykonawców, który wprowadzają zamawiającego w błąd na skutek swojego lekkomyślnego lub niedbałego zachowania. W okolicznościach stanu faktycznego rozpoznawanej sprawy Izba nie mogła wykluczyć, że powoływanie się przez Przystępującego na wskazywane



doświadczenie było podyktowane błędną interpretacją wymagania określonego w SIWZ, a konkretniej błędnego zrozumienia pojęcia „system automatycznego parkowania.” Z tego względu nie sposób w przedmiotowej sprawie w sposób jednoznaczny przesądzić, że w wyniku lekkomyślności czy niedbalstwa Przystępujący przedstawił informacje nieprawdziwe, które wprowadzały zamawiającego w błąd, a tym bardziej, aby był to wynik jego zamierzonego działania czy niedbalstwa o stopniu rażącym. Mając zaś na względzie, iż art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Ustawy Pzp to przepisy o charakterze sankcyjnym, których konsekwencją jest wykluczenie wykonawcy z postępowania, nie jest dopuszczalna ich wykładnia rozszerzająca, a ich stosowanie winno mieć miejsce wyłącznie w sytuacjach, w których okoliczności stanu faktycznego wskazują w sposób bezsporny na istniejące po stronie wykonawcy zamierzone działanie lub rażące niedbalstwo (pkt 16) albo na lekkomyślność lub niedbalstwo (pkt 17), którego skutkiem było wprowadzenie Zamawiającego w błąd. Izba zwraca ponadto uwagę, iż ciężar wykazania zaistnienia wszystkich przesłanek, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Ustawy Pzp spoczywa na tym, kto ze swojego twierdzenia w tym przedmiocie wywodzi skutek prawny, domagając się wykluczenia wykonawcy z postępowania. Wskazuje na to bezpośrednio art. 190 ust. 1 Ustawy Pzp, zgodnie z którym strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Jako, że to Odwołujący domagał się wykluczenia Przystępującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 Ustawy Pzp, to na nim spoczywał ciężar dowodu w tym zakresie. Tymczasem Odwołujący w postępowaniu odwoławczym nie dowiódł, iż działanie Przystępującego było zamierzone czy też było ono wynikiem lekkomyślności lub niedbalstwa, zaś w toku rozprawy przed Izbą nie skonfrontował stawianych w odwołaniu zarzutów naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 Ustawy Pzp z argumentacją Przystępującego o sposobie interpretacji spornych warunków udziału w postępowaniu, w szczególności nie wykazał, że błędne rozumienie treści tych warunków było wynikiem lekkomyślności lub niedbalstwa Przystępującego. W konsekwencji w ocenie składu orzekającego w omawianym przypadku, możliwe było wezwanie wykonawcy na podstawie art. 26 ust. 3 Ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej.

Mając na uwadze wszystko powyższe, Izba uznała, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie i na podstawie art. 192 ust. 1 Ustawy orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Ustawy oraz na podstawie § 3 pkt 1) i pkt 2 lit. b) w zw. z § 5 ust. 2 pkt 2) 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. Nr 41, poz. 238 ze zm.), zaliczając w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł stanowiącą koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego. Z uwagi na uwzględnienie odwołania Izba zasądziła od wnoszącego sprzeciw na rzecz Odwołującego koszty postępowania w łącznej kwocie 13 600 zł.

**Przewodniczący:** .....