

**WYROK**

**z dnia 5 października 2016 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek**

**Protokolant: Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 października 2016 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 września 2016 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Przedsiębiorstwo Przemysłu Betonów „PREFABET - Białe Błota” S.A., SEKOI sp. z o.o., Com Service sp. z o.o., ul. Betonowa 1, 86-005 Białe Błota** w postępowaniu prowadzonym przez **Instytut Lotnictwa, Al. Krakowska 110/114, 02-256 Warszawa**

przy udziale **G.G., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Comfortclima G.G., ul. Bolesława Prusa 7, 05-300 Mińsk Mazowiecki** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

**1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu oraz nakazuje dokonanie ponownego badania i oceny ofert z udziałem oferty Odwołującego, w tym wezwanie Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń, potwierdzających spełnienie warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia.**

**2. kosztami postępowania obciąża Instytut Lotnictwa, Al. Krakowska 110/114, 02-256 Warszawa 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: Przedsiębiorstwo Przemysłu Betonów „PREFABET - Białe Błota” S.A., SEKOI sp. z o.o., Com Service sp. z o.o., ul. Betonowa 1, 86-005 Białe Błota** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Instytutu Lotnictwa, Al. Krakowska 110/114, 02-256 Warszawa** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Przedsiębiorstwo Przemysłu Betonów „PREFABET - Białe Błota” S.A., SEKOI sp. z o.o., Com Service sp. z o.o., ul. Betonowa 1, 86-005 Białe Błota** kwotę **13 600 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 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 **Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

### Uzasadnienie

Zamawiający - Instytut Lotnictwa - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest przebudowa i remont budynku biurowego D1 znajdującego się na terenie Instytutu Lotnictwa. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 26.07.2016 r. pod poz. 159461-2016.

W dniu 14.09.2016 r. Odwołujący - wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Przemysłu Betonów „PREFABET - Białe Błota” S.A., SEKOI sp. z o.o. oraz Com Service sp. z o.o. - wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od zaniechania czynności, do których Zamawiający był zobowiązany na podstawie ustawy Pzp tj. na:

1. czynność nierównego traktowania wykonawców i zaniechanie polegające na braku zachowania w postępowaniu uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami,
2. wykluczenie Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 oraz ust. 4 Pzp, w związku z błędnym uznaniem przez Zamawiającego, że Odwołujący złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, w tym, że brak jest podstaw do wezwania Odwołującego do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia dotyczącego wykonania co najmniej 2 robót w zakresie budowy lub przebudowy systemu klimatyzacji precyzyjnej, a także do złożenia przez Odwołującego wyjaśnień dotyczących złożonych oświadczeń oraz dokumentów potwierdzających spełnianie warunku jak wyżej,
3. odrzucenie oferty Odwołującego, jako wykonawcy wykluczonego z postępowania w okolicznościach, o których mowa w pkt 2 powyżej, a w konsekwencji powyższych czynności i zaniechań również czynność wyboru oferty wykonawcy - Comfortclima G.G., jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu i jednocześnie zaniechanie czynności wyboru oferty Odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. przepisów art. 7 ust. 1 i ust. 3, art. 9 ust. 1, art. 22 ust. 1 pkt 2, art. 24 ust. 2 pkt 3 i ust. 4, art. 26 ust. 3 i/lub ust. 4, art. 36 ust. 1 pkt 5, art. 89 ust. 1 pkt 5 i art. 92 ust. 1 pkt 2 i pkt 3 Pzp - poprzez ich błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie, co skutkowało bezpodstawnym wykluczeniem Odwołującego z postępowania i odrzuceniem jego oferty,
2. przepisów art. 7 ust. 1 i ust. 3 w związku z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez ich

błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie, co skutkowało dokonaniem wadliwej czynności badania i oceny ofert, oraz w konsekwencji dokonaniem wadliwej czynności wyboru oferty wykonawcy - Comfortclima G.G., jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania,
2. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
3. unieważnienia czynności badania, oceny ofert i wyboru oferty wykonawcy - Comfortclima G.G., jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu,
4. dokonania ponownego badania, oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu,
5. ewentualnie poprzedzonego wezwaniem Odwołującego do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia dotyczącego wykonania co najmniej 2 robót w zakresie budowy lub przebudowy systemu klimatyzacji precyzyjnej,
6. oraz ewentualnie poprzedzonego wezwaniem Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń i dokumentów złożonych już przez Odwołującego na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia dotyczącego wykonania co najmniej 2 robót w zakresie budowy lub przebudowy systemu klimatyzacji precyzyjnej,

Ponadto Odwołujący wniósł o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwoty 10.000,00 zł tytułem zwrotu kosztów niniejszego Postępowania (wpis od odwołania), a także kosztów zastępstwa prawnego - zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie oraz o przeprowadzenie przez Izbę dowodów z: dokumentacji akt sprawy, w tym SIWZ wraz z załącznikami, wyjaśnień Zamawiającego do SIWZ, w tym jego kolejnych zmian, protokołu Postępowania, ofert wykonawców, w tym Odwołującego, pism Zamawiającego, którymi występował on do podmiotów, na rzecz których były wykonywane prace przez wykonawców (w zakresie klimatyzacji precyzyjnej) i odpowiedzi tych podmiotów, a także zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty (pismo Zamawiającego z dnia 9.09.2016 r.) oraz dokumentów załączonych do niniejszego odwołania.

W uzasadnieniu odwołania, wskazał, że z decyzji Zamawiającego z dnia 9.09.2016 roku o wykluczeniu Odwołującego z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 i ust. 4 ustawy Pzp nie wynika nawet, które z trzech ujętych w wykazie robót zdaniem Zamawiającego nie zawierały prac polegających na budowie lub przebudowie systemu klimatyzacji precyzyjnej. W praktyce uniemożliwia to Odwołującemu prowadzenie merytorycznej polemiki z Zamawiającym.

Odwołujący wskazał, że lider konsorcjum - Przedsiębiorstwo Przemysłu Betonów Prefabet

Białe Błota S.A. - prowadzi szeroką działalność w zakresie generalnego wykonawstwa obiektów użyteczności publicznej, z których większość, jeśli nie wszystkie, jest wyposażona w serwerownie wymagające zastosowania klimatyzacji precyzyjnej. Jeśli przepis art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp wymaga udowodnienia przesłanki winy po stronie Odwołującego (tak poglądy doktryny i dotychczasowe, utrwalone orzecznictwo zarówno KIO, jak i sądów, potwierdzone niedawną nowelizacją ustawy Pz), to Odwołujący nie tylko nie miałby większych problemów z ewentualnym uzupełnieniem oferty w tym zakresie, ale też nie miał jakichkolwiek powodów, aby wprowadzać Zamawiającego w błąd na etapie składania oferty. Zarzut działania świadomego, celowego i zamierzonego ze strony Odwołującego jest więc całkowicie nieuprawniony, a nawet nielogiczny.

Odwołujący wskazał, że pojęcie „klimatyzacji precyzyjnej” nie ma swojej definicji legalnej. Na rynku funkcjonują definicje branżowe, w których przyjmuje się następujący podział: 1. klimatyzacja komfortu – dedykowana człowiekowi, zapewniająca właściwe warunki dla człowieka, 2. klimatyzacja precyzyjna – dedykowana urządzeniom, zapewniająca właściwe warunki dla pomiarów, urządzeń i procesów technologicznych. Dedykowane urządzenia to m.in. pomieszczenia cyfrowych central technologicznych telefonii przewodowej, DATA CENTER telefonii komórkowej, serwerownie komputerowe, pomieszczenia systemów zasilających i UPS oraz pomieszczenia obsługi, a także drukarnie, wyposażone w nowoczesny, wymagający odpowiednich warunków sprzęt elektroniczny. Natomiast „precyzja” wg najlepszej wiedzy Odwołującego odnosi się do możliwości sterowania parametrami powietrza w sposób umożliwiający zachowanie zadanej tolerancji. Parametrami tymi mogą być ciśnienie, temperatura, wilgotność, czystość, skład fizyko-chemiczny. O tym, jakie są parametry w danym przypadku, jakie tolerancje są dopuszczalne, oraz jaka konstrukcja i wariant sterowania instalacją klimatyzacji będzie najlepszy, decydują zamawiający (projektanci) w oparciu o okoliczności/potrzeby każdego konkretnego zamówienia. Stąd, co oczywiste, każda referencja każdego wykonawcy (zdobyta wiedza i doświadczenie) w tym zakresie jest w szczególności trochę inna, chociaż co do zasady dotyczy „klimatyzacji precyzyjnej”.

W ocenie Odwołującego, jeśli Zamawiający faktycznie oczekiwał od wykonawców wykazania się wysoce specjalistycznym doświadczeniem z uwzględnieniem szczegółowych wymagań w zakresie konkretnych cech i warunków technicznych, parametrów, funkcjonalności itp., to powinien jasno doprecyzować w SIWZ (w opisie sposobu dokonywania oceny spełniania warunku wiedzy i doświadczenia), co rozumie pod pojęciem „klimatyzacji precyzyjnej”, w tym jakie roboty spełniają ten wymóg, a jakie nie. W przeciwnym razie warunek wiedzy i doświadczenia należy uznać za spełniony w każdym przypadku, w którym prace odpowiadają ogólnym zapisom SIWZ i powszechnie przyjętemu rozumieniu zawartych w nim pojęć. Precyzowanie przez Zamawiającego jego oczekiwań w tym zakresie dopiero na etapie

czynności wyboru oferty najkorzystniejszej byłoby niedozwolone, stanowiąc zmianę reguł gry z naruszeniem zasad wyrażonych w art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp.

Odwołujący potwierdził jedynie, że wg jego najlepszej wiedzy, wszystkie zrealizowane przez niego roboty, wymienione w Wykazie załączonym do oferty, zawierały prace w zakresie budowy instalacji „klimatyzacji precyzyjnej” Biorąc pod uwagę ogólny zapis SIWZ oraz brak precyzyjnych definicji w tym zakresie, Odwołujący podkreśla daleko idącą uznaniowość działania Zamawiającego w tej sprawie, która jest sprzeczna z charakterem art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp. Nawet gdyby zakres robót Odwołującego faktycznie rodził uzasadnione wątpliwości co do tego, czy zrealizowana przez niego klimatyzacja była wystarczająco „precyzyjna”, to zdaniem Odwołującego obowiązujące przepisy Pzp zobowiązywały Zamawiającego do korzystania ze standardowych narzędzi wyjaśniania lub uzupełniania takich wątpliwości/zastrzeżeń (vide art. 26 ust. 3 lub ust. 4 Pzp). Ich zaniechanie przez Zamawiającego, który a priori uznał, że Odwołujący nie zasługuje na wyjaśnienie/uzupełnienie swojej oferty jest niezrozumiałe, świadcząc o naruszeniu przez Zamawiającego podstawowej dla Postępowania zasady konkurencyjności.

Odwołujący jedynie przykładowo, na wypadek gdyby u podstaw decyzji Zamawiającego leżała opinia wyrażona przez G.K. - specjalistę ds. technicznych KPPT (e-mail z dnia 31.08.2016 z godz. 10:44, o treści cyt. „ W odpowiedzi na Państwa zapytanie, informuję, że na naszym obiekcie nie posiadamy instalacji klimatyzacji precyzyjnej.”) wskazał, że złożona przez Odwołującego informacja o wykonaniu „klimatyzacji precyzyjnej” na rzecz KPPT ma potwierdzenie choćby w opisie zawartym na stronie internetowej <http://www.kppt.pl> (zał. nr 6). Wśród zaplecza teleinformatycznego zrealizowanego przez Odwołującego obiektu (zespołu obiektów) wskazano tam: portal internetowy, serwer stron www, e-mail, telefonia internetowa, wspólne bazy danych, DATA CENTER, platforma informatyczna dająca dostęp do baz danych Krajowego Transferu Technologii i Wiedzy oraz Innovation Relay Center. Pomieszczenia zawierające ww. elementy, w tym nowoczesny, wymagający odpowiednich warunków sprzęt elektroniczny, wymagają niewątpliwie „klimatyzacji precyzyjnej” (fakt notoryjny). Odwołujący (Lider Konsorcjum) zrealizował taką klimatyzację zgodnie z wymogami inwestora (KPPT) i jego projektanta. Dla oceny tego faktu nie ma znaczenia dobór konkretnych urządzeń, w tym np., czy projekt wymagał montażu szaf chłodniczych, czy urządzeń typu SPLIT (jakie zastosowano w tym przypadku). Byłoby to istotne, gdyby Zamawiający sprecyzował taki wymóg w opisie sposobu dokonywania oceny spełniania warunku wiedzy i doświadczenia w niniejszym. Odwołujący złożył zatem Zamawiającemu oświadczenie o spełnieniu warunku udziału w Postępowaniu w zakresie „klimatyzacji precyzyjnej” działając w dobrej wierze, bez świadomości szczegółowych wymagań Zamawiającego, których ten nie wyjawiał nie tylko w SWIZ, ale nawet w uzasadnieniu decyzji o wykluczeniu Odwołującego.

Odwołujący podniósł, że interpretacja oraz stosowanie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp były już przedmiotem wielu orzeczeń KIO oraz sądów, a także opinii specjalistów z zakresu prawa zamówień publicznych. Na tej podstawie można mówić o ukształtowaniu się silnie utrwalonej już linii orzeczniczej, która nakazuje ostrożne stosowanie ww. przepisu przez zamawiających, na zasadzie wyjątku od generalnej zasady uzupełniania oświadczeń i dokumentów (wzywania wykonawców) na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp. Odwołujący przywołał fragmenty orzeczeń sądów okręgowych oraz KIO. Podniósł, że Zamawiający nie wykazał i nie udowodnił wszystkich przesłanek koniecznych dla zastosowania przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, w tym:

1. nie wskazał wyraźnie, które konkretnie informacje uznał za nieprawdziwe i na jakiej podstawie (dlaczego zdaniem Zamawiającego są one nieprawdziwe), w tym zarówno od strony faktycznej, jak i prawnej, a w szczególności, jakiej definicji „klimatyzacji precyzyjnej” użył Zamawiający, czy ma ona charakter normatywny, czy tylko potoczny, jakie konkretne cechy, warunki i funkcjonalności powinna spełniać klimatyzacja, aby sprostać oczekiwaniom Zamawiającego, a także, które zapisy SIWZ, PFU, bądź załączników do ww. dokumentów precyzują warunek udziału w postępowaniu opisany w pkt IX SIWZ, co uzasadniałoby wykluczenie Odwołującego,
2. jaki wpływ miało/mogło mieć ich złożenie przez Odwołującego na wynik postępowania,
3. a ponadto, czy Odwołujący był winien ewentualnemu złożeniu informacji nieprawdziwych, oraz jaki był stopień winy Odwołującego, a w szczególności, czy Odwołujący:
  - a. poważnie wprowadził Zamawiającego w błąd,
  - b. wprowadził Zamawiającego w błąd świadomie, czy np. w wyniku zwykłej pomyłki pracownika Odwołującego, będącego specjalistą ds. zamówień publicznych, a nie z zakresu instalacji wentylacji i klimatyzacji,
  - c. wprowadził Zamawiającego w błąd w sposób nie budzący wątpliwości,
  - d. działał z zamiarem podania nieprawdziwych informacji w celu wprowadzenia zamawiającego w błąd lub nastąpiło to w wyniku jego niedbalstwa,
  - e. złożył informacje nieprawdziwe w wyniku działania celowego i zamierzonego,
  - f. złożył informacje nieprawdziwe obiektywnie, czy jedynie subiektywnie, tj. w kontekście oczekiwań Zamawiającego, których nie zawarł on w SIWZ, albo w kontekście opinii (rozumienia) innych podmiotów, do których Zamawiający wystąpił o informacje w tej sprawie, oceniających wymóg „klimatyzacji precyzyjnej” przez pryzmat warunków własnych zamówień, w tym, czy opinia tych podmiotów została wyrażona przez osoby kompetentne, uprawnione do ich reprezentacji, działające w dobrej wierze, należycie zorientowane, itd.
- g. Niezależnie od powyższego, Odwołujący wskazał, że Zamawiający naruszył przepis art. 92 ust. 1 pkt 2 i pkt 3 w związku z art. 9 ust. 1 Pzp, gdyż faktycznie nie uzasadnił czynności wykluczenia Odwołującego z Postępowania i odrzucenia jego oferty. Uzasadnienie to sprowadza się do jednego zdania o treści cyt. „Z pozyskanych odpowiedzi wynika, iż 2 z 3

*wskazanych w Wykazie robót budowlanych prac nie obejmowało swoim zakresem budowy lub przebudowy systemu klimatyzacji precyzyjnej”.*

Brak jest nie tylko uzasadnienia faktycznego, ale również prawnego. Nie jest nim z pewnością samo przytoczenie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 Pzp. Już samo to dyskwalifikuje te czynności i powinno skutkować powtórzeniem badania, oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej. Odwołujący podkreślił, że spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia dot. budowy lub przebudowy systemu “klimatyzacji precyzyjnej”, o której mowa w pkt IX SIWZ. Jedynie z ostrożności Odwołujący podniósł, że jeśli jego rozumienie „klimatyzacji precyzyjnej” nie koresponduje z oczekiwaniami Zamawiającego, to obowiązkiem Zamawiającego powinno być wezwanie Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 lub ust. 4 Pzp, zamiast zastosowania art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp. opartego jedynie na domniemaniu (niemym) winy Odwołującego. Uzasadnia to nakazanie Zamawiającemu unieważnienia ww. czynności wykluczenia Odwołującego i odrzucenia jego oferty, a w konsekwencji unieważnienia czynności badania, oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej, oraz ponowienia tych czynności z udziałem oferty Odwołującego, która może być ewentualnie uzupełniona przez Odwołującego co do spornego zakresu robót.

**Na podstawie dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne: specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty Odwołującego, protokołu postępowania, pism Zamawiającego i odpowiedzi inwestorów ws. zakresu prac wykonanych przez Odwołującego oraz zawiadomienia o wyborze oferty a także mając na uwadze stanowiska stron i uczestnika postępowania zgłoszone do protokołu rozprawy, Izba ustaliła, co następuje:**

W pkt IX SIWZ „Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków: O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy którzy spełniają warunki określone w art 22 *ust.* 1 ustawy Pzp, w szczególności: 1) posiadają wiedzę i doświadczenie tj. w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, należycie wykonali co najmniej: - 2 roboty budowlane o wartości nie mniejszej niż 1 000 000,00 złotych brutto każda, 1 robotę budowlaną o wartości nie mniejszej niż 3 000 000,00 złotych brutto obejmujące swoim zakresem budowę, rozbudowę, przebudowę lub remont budynku/budynków lub ich części i instalacje sanitarne i elektryczne. Zamawiający wymaga, aby co najmniej 2 z powyższych robót dotyczyły budowy lub przebudowy systemu klimatyzacji precyzyjnej”



Celem potwierdzenia spełniania wyżej opisanego warunku wiedzy i doświadczenia, Odwołujący załączył do oferty „Wykaz robót budowlanych” (wg załącznika nr 9 do SIWZ), w którym, wskazał:

1. „Przebudowa i modernizacja siedziby Komendy Powiatowej Policji w Sępólnie Krajeńskim przy ul. T. Kościuszki 6-8” , wartość robót brutto 5.328.839,07 zł,
2. „Utworzenie Kwidzyńskiego Parku Przemysłowo-Technologicznego z centrum energii odnawialnej - wykonanie robót budowlanych: Podzadanie A: obiekty kubaturowe centrum KPPT, w tym obiekty szkoleniowo - warsztatowe (bud. B i C), Centrum Energii Odnawialnej (bud. D), Inkubator Przedsiębiorczości (bud.- E) oraz ekspozycyjny dom pasywny (bud. F) Podzadanie B: Infrastruktura drogowa i techniczna terenu KPPT” , wartość robót brutto 23.448.74,00 zł.
3. „Budowa nowej siedziby Komendy Powiatowej Policji w Tucholi”, wartość robót brutto 12.585.724,58 zł,

Jednocześnie Odwołujący potwierdził, że wszystkie ww. roboty budowlane obejmowały swoim zakresem budowę lub przebudowę systemu klimatyzacji precyzyjnej

W dniu 31 sierpnia 2016 r. Zamawiający wystąpił do Wydziału Zaopatrzenia, Inwestycji i Remontów KWP w Bydgoszczy oraz do Kwidzyńskiego Parku Przemysłowo – Technologicznego sp. z o.o. o udzielenie informacji dotyczącej zakresu wykonanych przez Prefabet - Białe Błota S.A. prac i podanie czy robota budowlana wykonana na rzecz tych podmiotów obejmowała swoim zakresem budowę lub przebudowę systemu klimatyzacji precyzyjnej.

W odpowiedzi udzielonej w dniu 31 sierpnia 2016 r. przez G.K. specjalistę ds. technicznych KPPT, podano, że „na naszym obiekcie nie posiadamy instalacji klimatyzacji precyzyjnej”. Z kolei w piśmie z dnia 7.09.2016r. Wydział Komunikacji Społecznej KWP w Bydgoszczy wskazał, że w przypadku „budowy nowej siedziby Komendy Powiatowej Policji w Tucholi” klimatyzację precyzyjną w pomieszczeniach serwerowni oraz archiwum wykonał podwykonawca firmy Prefabet Białe-Błota firma Instalmont (..), montując dwie szafy klimatyzacyjne firmy STULZ typ CCD71A. W przypadku zadania pn. „Przebudowa i modernizacja siedziby Komendy Powiatowej Policji w Sępólnie Krajeńskim przy ul. T. Kościuszki 8” wykonano jedynie klimatyzację standardową bez klimatyzacji precyzyjnej.

W dniu 9 września 2016r. Zamawiający poinformował Odwołującego o wykluczeniu go z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pt 3 i ust. 4 ustawy Pzp oraz odrzuceniu jego oferty. W uzasadnieniu decyzji Zamawiający podał „Z uwagi na wystąpienie wątpliwości czy wskazane przez Wykonawcę w Wykazie robót budowlanych prace obejmowały budowę lub przebudowę systemu klimatyzacji precyzyjnej”, Zamawiający zwrócił się do podmiotów, na których rzecz wykonane zostały prace budowlane, celem ustalenia ich zakresu. Z pozyskanych odpowiedzi wynika, iż 2 z 3 wskazanych w Wykazie robót budowlanych prac

nie obejmowało swym zakresem budowy lub przebudowy systemu klimatyzacji precyzyjnej. Z uwagi na złożenie przez Wykonawcę (...) nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, podlega on wykluczeniu z postępowania, a złożona przez niego oferta podlega odrzuceniu”.

Mając na uwadze powyższe, Izba zważyła, co następuje

### **Odwołanie zasługuje na uznanie.**

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przeszkody formalno - prawne do merytorycznego rozpoznania odwołania, a Odwołujący legitymuje się interesem, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp we wniesieniu odwołania, na skutek działań i zaniechań Zamawiającego może ponieść szkodę, polegającą na braku możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego.

Izba uznała za zasadny zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp polegający na bezpodstawnym wykluczeniu Odwołującego z udziału w postępowaniu z uwagi na podanie nieprawdziwych informacji mogących lub mających wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Zgodnie z ugruntowanym poglądem orzecznictwa i doktryny do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, konieczne jest potwierdzenie działania polegającego na umyślnym wprowadzeniu zamawiającego w błąd. Wykluczenie wykonawcy z powodu podania nieprawdziwych informacji mogłoby nastąpić jedynie w warunkach celowego, zawinionego i zamierzonego zachowania wykonawcy, podjętego z zamiarem podania nieprawdziwych informacji w celu wprowadzenia zamawiającego w błąd i wykorzystania tego błędu dla uzyskania zamówienia publicznego, a zatem w następstwie czynności dokonanej z winy umyślnej, nie zaś w wyniku błędu czy niedbalstwa. ( tak: wyrok Sądu Okręgowego Warszawa - Praga w Warszawie, IV Wydział Cywilny Odwoławczy z dnia 19 lipca 2012 r. sygn. akt IV Ca 683/12, wyrok Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 23 stycznia 2013 r., sygn. akt: II Ca 1285/12 oraz wyrok sądu Okręgowego w Toruniu z dnia 6 grudnia 2012 r. sygn. akt: VI Ga 134/12). Zdaniem Izby w zaistniałych okolicznościach sprawy, brak jest celowego a przede wszystkim zawinionego działania wykonawcy zmierzającego do podania nieprawdziwych informacji. Przeprowadzona rozprawa wykazała, że Zamawiający i Odwołujący w sposób odmienny rozumieli pojęcie „klimatyzacji precyzyjnej”. Podanie przez wykonawcę informacji, że w ramach realizacji: przebudowa i modernizacja siedziby Komendy Powiatowej w Sępólnie Krajeńskim oraz utworzenie Kwidzyńskiego Parku Przemysłowo-Technologicznego, wykonano budowę lub przebudowę systemu klimatyzacji precyzyjnej, wynikało z błędnego przekonania Odwołującego co do rozumienia pojęcia “klimatyzacji precyzyjnej”, a nie z chęci celowego wprowadzenia Zamawiającego w błąd, co wyłącza

możliwość zastosowania przesłanki określonej w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Odwołać się należy także do postanowień art. 45 ust. 2 lit. g dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. Urz. UE L134 z dnia 30.04.2004), gdzie wskazano „z udziału w zamówieniu można wykluczyć każdego wykonawcę, który jest winny poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania informacji, wymaganych na mocy niniejszej sekcji dyrektywy”. Tym samym nie każda informacja nieprawdziwa musi być przyczyną wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Istotne jest to, czy podanie niezgodnych z rzeczywistością informacji było świadomym, celowym i zawinionym działaniem wykonawcy czy też było wynikiem błędu.

Niezależnie od powyższego, stwierdzić należy - w oparciu o wyjaśnienia stron złożone w toku rozprawy - że zarówno Odwołujący jak i Zamawiający rozróżniają pojęcia klimatyzacji standardowej, klimatyzacji precyzyjnej oraz wentylacji. Na podstawie tychże wyjaśnień, jak również złożonych przez Zamawiającego i Przystępującego do akt sprawy opinii technicznych, przyjęć należy, że: klimatyzacja komfortu (standardowa) - to klimatyzacja dedykowana człowiekowi, klimatyzacja precyzyjna – to klimatyzacja dedykowana urządzeniom, zapewniająca właściwe warunki dla pomiarów, urządzeń o procesów technologicznych, zaś wentylacja – to wymiana powietrza przy nawiewie powietrza zewnętrznego o wymaganej czystości i temperaturze. Zgodzić się należy ze stanowiskiem Odwołującego, zawartym w treści odwołania, że istotną cechą klimatyzacji precyzyjnej jest możliwości sterowania parametrami powietrza taki jak np.: temperatura, ciśnienie, wilgotność, czystość (...). Uwzględniając przywołane wyżej definicje, stwierdzić należy, że posłużenie się przez Zamawiającego w treści opisu warunku wiedzy i doświadczenia pojęciem „klimatyzacja precyzyjna” nie wymagało, wbrew temu co twierdzi Odwołujący, szczególnego doprecyzowania, bowiem w danej branży są to pojęcia powszechnie znane i nie budzące wątpliwości.

W ocenie Izby, z informacji uzyskanych przez Zamawiającego od poprzednich Inwestorów (pismo KWP Bydgoszcz z dnia 7.09. 2016 r, informacja KPPT z dnia 31.08.2016 r.) wynika w sposób jednoznaczny, że w ramach zadań: „Przebudowa i modernizacja siedziby Komendy Powiatowej Policji w Sępólnie Krajeńskim” oraz „Utworzenie Kwidzyńskiego Parku Przemysłowo – Technologicznego z centrum energii odnawialnej Prefabet -Białe Błota S.A. nie wykonywał budowy lub przebudowy systemu klimatyzacji precyzyjnej. (...)”. Odnośnie inwestycji w siedzibie Komendy Powiatowej w Sępólnie Krajeńskim, z treści pisma KWP Bydgoszcz wynika, że w zakres prac na tym obiekcie wchodziła jedynie klimatyzacja standardowa bez klimatyzacji precyzyjnej.

Odwołujący, na którym spoczywa ciężar wykazania w sposób nie budzący wątpliwości, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, nie podjął żadnej merytorycznej polemiki z treścią informacji przekazanej przez KWP Bydgoszcz. Z powołanych i załączonych do akt sprawy przez Odwołującego fragmentów projektu wykonawczego (strona tytułowa i spis treści dla branży instalacyjnej), w oparciu o które wykonano realizację KPPT, nie wynika także w sposób jasny, że zakres prac obejmował wykonanie systemu klimatyzacji precyzyjnej. W ramach tej inwestycji zrealizowano instalację urządzeń grzewczych, wentylacyjnych i klimatyzacyjnych oraz instalację klimatyzacji typu SPLIT oraz na wodzie lodowej. Odwołujący nie wykazał także w toku rozprawy, że klimatyzacja typu SPLIT wykonana w ramach inwestycji w KPPT posiada możliwość sterowania parametrami powietrza taki jak np.: temperatura, ciśnienie, wilgotność, czystość, która to funkcja jest niezbędna celem uznania tego systemu za system klimatyzacji precyzyjnej.

Zdaniem Izby, powyższe okoliczności świadczą o tym, że Odwołujący nie potwierdził spełniania wymagań w zakresie wiedzy i doświadczenia, bowiem nie wykazał, że co najmniej dwie ze wskazanych w wykazie robót dotyczyły budowy lub przebudowy systemu klimatyzacji precyzyjnej. Zwrócić należy uwagę, że treść art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nakłada na zamawiającego obowiązek wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp zarówno w sytuacji, gdy wykonawca nie złoży wymaganego dokumentu lub oświadczenia (brak dokumentu) jak również w sytuacji, gdy dokument lub oświadczenia zostały złożone, a z ich treści nie wynika spełnienie warunku udziału w postępowaniu (dokument zawiera błędy). Z tych względów, zdaniem Izby, koniecznym jest, przed ewentualnym zastosowaniem przesłanki z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, wezwanie Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do złożenia w wyznaczonym terminie, dokumentów i oświadczeń potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:** .....