Sygn. akt: KIO 416/14

WYROK
z dnia 19 marca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 marca 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 marca 2015 r. przez wykonawcę **Z. Z., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ATELIER ZETTA Z. Z., ul. Suraska 2/11, 15-42 Białystok** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Miejską Legionowo, ul. marsz. J. Piłsudskiego 41, 05-120 Legionowo**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, unieważnienia wykluczenia odwołującego z postępowania oraz nakazuje ponowną ocenę i badanie ofert.

2. kosztami postępowania obciąża **Gminę Miejską Legionowo, ul. marsz. J. Piłsudskiego 41, 05-120 Legionowo** i:
2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Z. Z., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ATELIER ZETTA Z. Z., ul. Suraska 2/11, 15-42 Białystok** tytułem wpisu od odwołania,
2.2. zasądza od **Gminy Miejskiej Legionowo, ul. marsz. J. Piłsudskiego 41, 05-120 Legionowo** na rzecz wykonawcę **Z. Z., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ATELIER ZETTA Z. Z., ul. Suraska 2/11, 15-42 Białystok** kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych, zero groszy stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 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 Warszawa-Praga.

Przewodniczący: ……

Sygn. akt KIO 416/15

UZASADNIENIE

Gmina Miejska Legionowo - Urząd Miasta Legionowo, ul. marsz. J. Piłsudskiego 41, 05-120 Legionowo, zwany dalej „Zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na "Wykonanie *dokumentacji projektowej budowlano- wykonawczej garażu wielopoziomowego naziemnego wraz z infrastrukturą towarzyszącą w Legionowie, zakładającej 2-etapowe oddanie garażu do użytkowania tj.: Etap I- wykonanie poziomu 1 i poziomu 2; Etap II - wykonanie poziomu 3 oraz wykonanie dokumentacji budowlano-wykonawczej drogi gminnej wzdłuż linii kolejowej Warszawa-Tłuszcz po wschodniej stronie torów PKP wraz z pełnieniem wielobranżowego nadzoru autorskiego przy realizacji projektowanego obiektu garażu wielopoziomowego w zakresie określonym przepisami ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane".*

Postępowanie jest prowadzone z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 29

stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) wymaganych przy procedurze, kiedy wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ww. ustawy, dotyczących robót budowlanych.

W dniu 25 lutego 2015 roku Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej prze wykonawcę DKT Projekt D. W. z Łodzi oraz o wykluczeniu z postępowania wykonawcy ATELIER ZETTA Z. Z. ul. Suraska 2/11, 15-422 Białystok, a następnie przesłał im informację o unieważnieniu przedmiotowego postępowania. Wobec takich czynności Zamawiającego wykonawca wykluczony z postępowania wniósł od powyższych czynności Zamawiającego odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

We wniesionym odwołaniu zarzucił Zamawiającemu naruszenie:
- art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp poprzez bezpodstawne wykluczenie odwołującego z postępowania, pomimo że odwołujący nie podlega wykluczeniu z postępowania;
- art. 24 ust. 4 Pzp poprzez bezpodstawne uznanie oferty odwołującego za odrzuconą, pomimo że odwołujący nie podlega wykluczeniu z postępowania;
- art. 7 ust. 1 Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
- art. 7 ust. 3 Pzp poprzez udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu z naruszeniem przepisów ustawy;
- art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp poprzez przedwczesne zastosowanie i unieważnienie postępowania przed upływem terminu na wniesienie odwołania wobec czynności

wykluczenia Wykonawcy z postępowania;

Podnosząc powyższe zarzuty wniósł o nakazanie Zamawiającemu :
- unieważnienia czynności badania i oceny ofert - w tym unieważnienia wykluczenia odwołującego i odrzucenia oferty odwołującego oraz unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej tj. Wykonawcy DKT Projekt D. W. oraz anulowania unieważnienia postępowania;
- powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego;
- dokonanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w wyniku ponownego badania i oceny ofert.

Uzasadniając zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 24 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp podał, że Zamawiający w § 6 ust. 1 Specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) w celu oceny spełnienia przez wykonawcę warunku dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia, zamawiający żądał wykazania "wykonania, *w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, co najmniej 2 projektów budynków wielokondygnacyjnych o łącznej kubaturze minimum 30.000 m3 i łącznej powierzchni użytkowej minimum 7.500 m2, w tym przynajmniej jeden projekt zrealizowany* (posiadanie prawomocnej decyzji pozwolenia na użytkowanie).

Ponadto w § 7 ust. 1 pkt 2 SIWZ Zamawiający wymagał na potwierdzenie warunku, którym mowa w § 6 ust. 1 SIWZ by wykonawca przedstawił, wykaz wykonanych głównych usług w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem przedmiotu, dat wykonania i podmiotów na rzecz, których usługi zostały wykonane oraz załączeniem dowodów, czy zostały wykonane należycie.

Powyższe jednoznacznie zdaniem Odwołującego potwierdza fakt, że wymaganie Zamawiającego dotyczyło budynków wielokondygnacyjnych a nie części budynków co oznacza, że wymóg w zakresie kubatury jak i powierzchni użytkowej dotyczy budynków, a nie oddzielnie poszczególnych ich części.

Odwołujący wraz z ofertą przedstawił wykaz wykonanych głównych usług, wykonanych w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, gdzie na potwierdzenie warunku, o którym mowa w § 6 ust. 1 SIWZ przedstawił trzy usługi. Podkreślić należy, że ze względu na fakt, że usługa z pozycji 1 nie była kwestionowana przez Zamawiającego, to argumentacje Odwołującego co do prawidłowości danych z Wykazu dotyczyły tylko pozycji nr 2 i 3.

W pozycji 2 ww. wykazu dotyczącej usługi wykonanej na rzecz Centrum Medycznego Dojlidy Sp. z o.o. ul. Niedźwiedzia 69, 15-531 Białystok Odwołujący wskazał: wartość powierzchni użytkowej - 2.750 m ^{2} wartość kubatury - 14.038 m ^{2}

W pozycji 3 ww. wykazu dotyczącej usługi wykonanej na rzecz Royal Food

Production Sp. z o.o. Kopytów 37, 05-870 Błonie Odwołujący wskazał: wartość powierzchni użytkowej - 5.120 m 2 wartość kubatury - 29.883 m 2

Zamawiający pismem z dnia 09.02.2015 r. wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień:

- w zakresie usługi wskazanej w pkt 2 wykazu wykonanych głównych usług Zamawiający wskazał na rozbieżność daty wykonania usługi : 15.10.2012 r. , która jest rozbieżna z datą wskazaną w referencjach wystawionych przez Centrum Medycznego Dojlidy Sp. z o.o. tj. 30.08.2012 r. Ponadto odnośnie wskazanej przez Odwołującego kubatury i powierzchni użytkowej Zamawiający w związku z wątpliwościami poprosił Odwołującego o podanie kubatury i powierzchni użytkowej przebudowanej, nadbudowanej, rozbudowanej odnoszących sie wyłącznie do budynku wielokondygnacyjnego zgodnie z wymaganiami zamawiającego
- w zakresie usługi wskazanej w poz. nr 3 wykazu wykonanych głównych usług Zamawiający wskazał, że wielkość kubatury wskazanej w ww. wykazie o wartości 29.883 m 2 zgodnie z zapisem w referencjach wystawionych przez Royal Food Production Sp. z o.o. jest to kubatura łączna dla części produkcyjnej jednokondygnacyjnej i części administracyjno-szatniowej dwukondygnacyjnej, przy wymaganej przez Zamawiającego kubaturze dla budynku wielokondygnacyjnego. Ponadto Zamawiający poinformował, że jego wątpliwość budzi wskazana powierzchnia użytkowa w wysokości 2.750 m 2 (tu Zamawiający podaje nieprawdę, gdyż Odwołujący w tym przypadku wskazał wartość 5.120 m 2) w związku z zapisem w referencjach, że główny obiekt stanowi budynek o powierzchni użytkowej 3.265,49 m 2 przy podanej powierzchni netto(w tym użytkowej) 5.120,52 m 2 , to Odwołujący został poproszony o podanie kubatury i powierzchni użytkowej odnoszących się wyłącznie do budynku wielokondygnacyjnego zgodnie z wymaganiami Zamawiającego.

Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie pismem z dnia 12. 02.2015 r.:

- w zakresie usługi wskazanej w poz. 2 dotyczącej usługi wykonanej na rzecz Centrum Medycznego Dojlidy Sp. z o.o. poinformował Zamawiającego o wystąpieniu oczywistej pomyłki pisarskiej dotyczącej daty wykonania usługi i wskazał jako datę wykonania usługi datę zgodną z datą wskazana w referencjach tj. 30.08.2013 r. Natomiast odnośnie kubatury i powierzchni użytkowej oraz parametrów ilości kondygnacji dla budynków Odwołujący poinformował, że parametry wskazane w wykazie głównych usług są zgodne z parametrami wskazanymi w wykazie oraz, że budynek jest obiektem wielokondygnacyjnym, łącznie 4 kondygnacje w tym 3 kondygnacje nadziemne.
- w zakresie usługi wskazanej w poz. 3 dotyczącej usługi wykonanej na rzecz Royal Food Production Sp. z o.o. Odwołujący wyjaśnił, że Zakład Przetwórstwa Mięsnego z częścią biurowo-socjalną w Kopytowie gm. Błonie k/Warszawy jest obiektem wielokondygnacyjnym /łącznie 2 kondygnacje - część biurowa 2 kondygnacje nadziemne i część produkcyjna dwie

kondygnacje nadziemne (parter produkcja, piętro przestrzeń techniczna) oraz, że kubatura i powierzchnia użytkowa wyżej wymienionego budynku wielokondygnacyjnego są zgodne z wykazem.

Zamawiający w trakcie badania i oceny ofert zwrócił się do:

- Powiatowego Inspektora Nadzoru Budowlanego Warszawskiego Zachodniego o udostępnienie kserokopii pozwolenia na użytkowanie i kserokopii projektu budowlanego w zakresie parametrów technicznych budynku: kubatura i powierzchnia użytkowa) dotyczącego budynku Zakładu Przetwórstwa Mięsnego z częścią biurowo-socjalną w Kopytowie gm. Błonie k/Warszawy ;
- Centrum Medycznego Dojlidy Sp. z o.o. o udostępnienie kserokopii: pozwolenia na budowę, pozwolenia na użytkowanie, projektu budowlanego w zakresie parametrów technicznych budynku : kubatura i powierzchnia użytkowa) dotyczących przebudowy z rozbudową i nadbudową budynku niepublicznego ZOZ o poradnie lekarskie w Białymstoku ul. Niedźwiedzia 69.

W odpowiedzi Zamawiający uzyskał dokumenty oraz informację, że inwestycja Centrum Medycznego Dojlidy Sp. z o.o. nie została jeszcze rozpoczęta.

Zamawiający przedstawiając swoje stanowisko stwierdził, że Odwołujący w zakresie poz. 2

wykazu podał niewłaściwie wartość kubatury ponieważ zaliczył do niej również część istniejącą nie objęta projektem przebudowy , rozbudowy i nadbudowy, a ponadto zawarł w wykazie informację, że obiekt jest zrealizowany podczas, gdy obiekt uzyskał pozwolenie na budowę, a jego realizacja nie została rozpoczęta i w związku z powyższym w ocenie Zamawiającego należy stwierdzić, że podane wartości w wykazie zawierają nieprawdziwe dane, potwierdzone wyjaśnieniami Odwołującego.
Odnosząc się do poz. nr 3 wykazu podał, że Odwołujący niewłaściwie obliczył wartość powierzchni użytkowej, a mianowicie w wartości powierzchni użytkowej i kubatury nieprawidłowo uwzględnił wartości części produkcyjnej jednokondygnacyjnej i w związku z tym według Zamawiającego Odwołujący podał nieprawdziwe dane i potwierdził je w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień.

Jednocześnie Zamawiający wskazał, jako podstawę prawną wykluczenia art. 24 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp stwierdzając, że z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający wyklucza wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania oraz, że składając oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu. Stwierdził, że takie postępowanie ma wpływ na wynik postępowania, gdyż bilans ceny i skrócenia terminu realizacji zamówienia w zakresie wykonania dokumentacji projektowej garażu wielopoziomowego i drogi gminnej odnoszących sie do przedmiotu zamówienia stawia Odwołującego w pozycji najkorzystniejszej.

Odwołujący odnosząc się do ustaleń Zamawiającego stwierdził, że Zamawiający

---

błędnie, niezgodnie z prawem budowlanym i w sposób nieuprawniony w swoich analizach dokonuje podziału samodzielnego budynku na odrębne budynki. Takie działanie jest niezgodne ze stanem faktycznym zaistniałym w realiach niniejszej sprawy. Zgodnie z przepisem art. 3. pkt 2 ustawy z dnia 07 lipca 1994r. Prawo Budowlane (Dz. U. z 2013r., poz. 1409) - budynek jest to obiekt budowlany trwale związany z gruntem, wydzielony z przestrzeni za pomocą przegród budowlanych, mający fundamenty i dach. Zgodnie z definicją budynek jest przestrzenią zamkniętą, wydzieloną w celu użytkowania.
Ponadto zarzucił Zamawiającemu, że nie może on w trakcie postępowania, dokonywać interpretacji treści SIWZ w tym wymagań w zakresie warunków udziału w postępowaniu, wbrew zawartym tam zapisom, w szczególności na niekorzyść wykonawcy.

Stwierdził nadto, że budynek niepublicznego ZOZ w Białymstoku przy ul. Niedźwiedzia 69 jest obiektem wielokondygnacyjnym /łącznie 4 kondygnacje - 3 kondygnacje nadziemne i 1 kondygnacja podziemna/. Natomiast budynek zakładu przetwórstwa mięsnego z częścią biurowo-socjalną w Kopytkowie gm, Błonie k/Warszawie jest obiektem wielokondygnacyjnym /łącznie 2 kondygnacje - część biurowa 2 kondygnacje nadziemne i część produkcyjna 2 kondygnacje nadziemne; parter produkcja, piętro przestrzeń techniczna. Podał, że wg. jego wiedzy za kondygnację uważa się także poziomą część budynku stanowiącą przestrzeń na urządzenia techniczne, mającą średnią wysokość w świetle większą niż 2 m. Zgodnie z rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Dz. U. nr 75 poz. 690 z 2002 r z późniejszymi zmianami), art. 3. stanowi, że **przez kondygnację** - należy rozumieć *poziomą nadziemną lub podziemną część budynku, zawartą pomiędzy powierzchnią posadzki na stropie lub najwyżej położonej warstwy podłogowej na gruncie, a powierzchnią posadzki na stropie bądź warstwy osłaniającej izolację cieplną stropu, znajdującego się nad tą częścią budynku. Za kondygnację uważa się także poddasze z pomieszczeniami przeznaczonymi na pobyt ludzi oraz poziomą część budynku stanowiącą przestrzeń na urządzenia techniczne, mającą* średnią *wysokość w* świetle *większą niż 2 m. Natomiast za kondygnację nie uznaje się nadbudówek ponad dachem, takich jak maszynownia dźwigu, centrala wentylacyjna, klimatyzacyjna lub kotłownia,*

Powyższe potwierdza wg. Odwołującego fakt, błędnego i nieuprawnionego ustalania przez Zamawiającego powierzchni użytkowej dla poszczególnych części budynków, oraz wydzielania z nich części jedno i wielokondygnacyjnej, tak jakby stanowiły oddzielne budynki. Tym samym stwierdził, że Odwołujący w wyjaśnieniach prawidłowo i zgodnie ze stanem faktycznym odniósł się do budynków wielokondygnacyjnych, które wskazał na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu. Działanie Odwołującego jest prawidłowe, gdyż Zamawiający w SIWZ żądał wykazania posiadania doświadczenia w

zakresie wykonania dwóch budynków wielokondygnacyjnych, a nie części budynków.

W zakresie pozostałych zarzutów podniesionych w części wstępnej odwołania Odwołujący oprócz zarzutu naruszenia art. 93 ust.1 pkt 4 nie odniósł się do nich w uzasadnieniu odwołania, a tym samym nie wskazał okoliczności które wskazywałyby na rzeczywiste naruszenie tych przepisów ustawy Pzp przez Zamawiającego. Natomiast w zakresie naruszenia art. 93 ust.1 pkt 4 podał, że jego zdaniem biorąc pod uwagę fakt, że w dniu dokonania czynności unieważnienia nie upłynął jeszcze 5 dniowy termin na wniesienie odwołania wobec czynności wykluczenia Wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wynikający, z art. 181 ust. I pkt 2 Pzp, to takie działanie należy uznać za przedwczesne i niezgodne z ustawą Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający w złożonej odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie złożonego odwołania w całości jako bezzasadnego. Pełniejsze odniesienie się Zamawiającego do zarzutów odwołania, zostanie wskazane wraz ze stanowiskiem stron prezentowanym na rozprawie w dalszej części uzasadnienia.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania, zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Odwołanie zostaje uwzględnione

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła nadto, że Odwołujący posiada interes we wniesieniu środka ochrony prawnej - odwołania. Uwzględnienie odwołanie otwiera Odwołującemu możliwość uzyskania zamówienia, gdyż cena jego oferty jest niższa od kwoty, którą Zamawiający wskazał jako kwotę którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Na wstępie zaznaczyć należy, że Zamawiający wykluczył Odwołującego z postępowania w oparciu o przepis art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, gdyż jak stwierdził w zawiadomieniu o wykluczeniu iż pomimo wezwania Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm) do złożenia wyjaśnień, Odwołujący z pełną świadomością podtrzymał swoje stanowisko składając powtórnie oświadczenie woli (wykaz wykonanych usług) o niezmienionej treści. Nie skorzystał z okazji by wyjaśnić rozbieżności w dokumentach i **rozwiać wątpliwości** zamawiającego dotyczących podanej kubatury i powierzchni użytkowej

dla „Przebudowy z rozbudową i nadbudową budynku niepublicznego ZOZ“ w Białymstoku. Ponadto oświadczył, że parametry wskazane w wykazie (kubatura i powierzchnia użytkowa) odnoszące się do projektu „Zakładu Przetwórstwa Mięsnego z częścią biurowo-socjalną“ w Kopytowie również są niezgodne ze stanem faktycznym. *Oświadczenie Odwołującego,* że *parametry wskazane w Wykazie wykonanych głównych usług (zał. nr 6 do S1WZ) są zgodne ze stanem faktycznym było umyślnym działaniem i nie może być tu mowy o niezamierzonym działaniu wynikającym z pomyłki czy błędu. Jest to działanie wykonawcy* świadome *i przemyślane, podjęte z pełną* świadomością *i odpowiedzialnością, zważywszy,* że *wykonawca jest profesjonalistą z przygotowaniem zawodowym w specjalności architektonicznej i posiada kwalifikacje i doświadczenie w wykonywaniu usług w zakresie projektowania a dokumentacja techniczna jest dla niego jasna i czytelna.*

Jak wykazano w trakcie rozprawy osią sporu pomiędzy wykonawcami był sposób rozumienia określenia powierzchni użytkowej budynku oraz sytuacji kiedy dany obiekt jest obiektem wielokondygnacyjnym, a w szczególności czy dla takiego określenia zasadne jest rozdzielanie budynku na część wielokondygnacyjną i jednokondygnacyjną.

Za szczególnie istotny, dla rozstrzygnięcia przedmiotowego odwołania zdaniem Izby, należy uznać fakt, że Zamawiający w SIWZ nie zamieścił wyjaśnienia co będzie rozumiał przez powierzchnie użytkową budynku oraz, jak należy wykazywać powierzchnię budynku w sytuacji, kiedy ten w części jest budynkiem wielokondygnacyjnym, a w części

jednokondygnacyjnym.

W zakresie uznawania powierzchni budynku za powierzchnię użytkową wskazać należy, że żaden przepis prawa nie wskazuje definicji legalnej określenia- powierzchnia użytkowa. Definicja legalna to sposób rozumienia poszczególnych zwrotów występujących w tekście prawnym, ustalonych przez prawodawcę mocą przepisów prawnych, dla jednolitego ustalenia znaczenia danego zwrotu prawnego.

Powszechnie za powierzchnię użytkową uznaje się powierzchnię pomieszczeń przeznaczoną do użytkowania na wszystkich kondygnacjach, służących do zaspokajania potrzeb związanych z przeznaczeniem budynku. Polska Klasyfikacja Obiektów Budowlanych nie uzależnia sposobu liczenia powierzchni użytkowej od parametrów technicznych określonych normami technicznymi. Ustawodawca w różnych aktach prawnych używając określenia powierzchnia użytkowa, kierował się przede wszystkim **funkcją** jaką dany lokal czy też budynek winny spełniać.

Z pojęciem „powierzchnia użytkowa" mamy do czynienia w trzech ustawach, tj w ustawie o podatkach i opłatach lokalnych z dnia 12 stycznia 1991 r. (tekst jednolity Dz.U. z 2002 r. nr 9 poz. 84 z późn. zm.) gdzie powierzchnię użytkową budynku lub jego części, stanowi powierzchnia mierzona po wewnętrznej długości ścian na wszystkich kondygnacjach

z wyjątkiem powierzchni klatek schodowych oraz szybów dźwigowych, a za kondygnację uważa się również garaże podziemne, piwnice, sutereny i poddasza użytkowe.
Ustawa o ochronie praw lokatorów, mieszkaniowym zasobie gminy i o zmianie Kodeksu cywilnego z dnia 21 czerwca 2001 r. (tekst jednolity Dz.U. z 2005 r. nr 31, poz. 266 z późn. zm.) za powierzchnię użytkową uznaje powierzchnie lokalu, tj. powierzchnię wszystkich pomieszczeń znajdujących się w lokalu. Natomiast w ustawie o podatku od spadków i darowizn z dnia 28 lipca 1983 r. (tekst jednolity Dz.U z 2004 nr 142 poz. 1514 z późn. zm.) za powierzchnię użytkową budynku (lokalu) uważa się powierzchnię mierzoną po wewnętrznej długości ścian pomieszczeń na wszystkich kondygnacjach (podziemnych i naziemnych) z wyjątkiem powierzchni piwnic i klatek schodowych oraz szybów dźwigów.

Na skomplikowanie tejże kwestii wskazuje również fakt, że w ustawie o ochronie praw lokatorów prawodawca odwołuje się do powierzchni użytkowej, obliczanej zgodnie z Polską Normą, natomiast pozostałe ustawy takiego odniesienia nie zawierają.

Dla określania powierzchni użytkowej budynku są obecnie stosowane (wg. różnych źródeł dwie lub trzy) normy wydane przez Polski Komitet Normalizacyjny, które pozwalają obliczać ww. powierzchnię: tj. PN-ISO 9836 z października 1997, PN-70/B-02365 i PN-69/B-023601. Żadna z tych norm nie została zamieszczona w Rozporządzeniu Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 4 marca 1999 r. w sprawie wprowadzenia obowiązku stosowania niektórych Polskich Norm (Dz. U. z dnia 19 marca 1999 r.) - Wykaz Polskich Norm do obowiązkowego stosowania - w zakresie obliczania powierzchni w budownictwie. Tym samym obliczając powierzchnie danego budynku nie ma obowiązku stosowania się do zasad wynikających z ww. norm, gdyż normy te nie są powszechnie obowiązujące.

Podkreślenia nadto wymaga fakt, że Rozporządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 3 listopada 1998 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy projektu budowlanego (Dz. U. Nr 140, poz. 906) nie zobowiązuje autora projektu budowlanego do stosowania Polskich Norm przy ustalaniu wskaźników powierzchniowych projektowanego obiektu budowlanego. Stosowanie Polskich Norm w tym zakresie jest dobrowolne, stąd, ustalając ww. powierzchnię, można ją obliczyć w dowolny sposób. Dlatego stwierdzić należy, że próbując obliczyć powierzchnię tego samego budynku według trzech ww. norm, otrzymamy trzy różne wyniki. Dlatego też Zamawiający wiedząc o tej kwestii winien był w sposób jednoznaczny wskazać, jaką powierzchnię budynku będzie uznawał za powierzchnię użytkową.

Jak wyżej podano sposób liczenia powierzchni użytkowej uzależniony jest od celu jakiemu to wyliczenie ma służyć. Zamawiający odnosząc się do treści załączonych do wykazu usług referencji, zakwestionował zapis iż wskazano w nich powierzchnie netto - w tym użytkową, czyli podano łącznie obie powierzchnie. Jak wskazano powyżej kwestię liczenia powierzchni reguluje kilka aktów prawnych, a sposób jej ustalenia zależy od celu

jakiemu dana powierzchni ma służyć, np. na potrzeby budownictwa mieszkaniowego, wyceny nieruchomości, zarządzania nieruchomością, naliczania podatków itp. Wyliczone powierzchnie w zależności od stosowanej podstawy prawnej dają różny wynik.

Zdaniem Izby zauważyć należy także, że biorąc pod uwagę charakter prac projektowych niezasadne wydaje się operowania pojęciem powierzchni użytkowej budynku, gdyż projektant niezależnie od ostatecznego celu danego pomieszczenia musi zaprojektować wszystkie pomieszczenia i elementy budynku. Podobnie ma to miejsce w przypadku robót budowlanych, gdzie przedmiotem zamówienia jest budowa obiektu budowlanego o określonej powierzchni, a nie jego powierzchni użytkowej. Wydaje się, że z tego też powodu, tak samo ten fakt interpretowali wystawiający referencje, gdyż utożsamiali powierzchnię netto z powierzchnią użytkową budynku, podając je łącznie w jednej pozycji referencji.

Stwierdzić należy, że nadrzędnym celem każdego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest wybór najkorzystniejszej oferty oraz wykonawcy, który jest w stanie należycie wykonać zamówienie. Dlatego też analizując stan faktyczny sprawy niezasadnym jest ujmowanie przy pracach projektowych tylko powierzchni użytkowej pomijając np. projekty ciągów komunikacyjnych, które jak wynika z pobieżnej analizy załączonych projektów technicznych, stanowią w tym postępowaniu kilkadziesiąt procent powierzchni całego budynku. Jednakże sprawa ta nie była (bo nie mogła być ze względu na treść art. 180 ust.2 Pzp) przedmiotem kwestionowania treści SIWZ przez wykonawców i dlatego też nie jest przedmiotem rozstrzygania co do meritum, ale została przez Izbę podniesiona, gdyż stanowi istotne tło sposobu ustalenia warunków udziału oraz sporu pomiędzy stronami w tym postępowaniu.

Odnosząc się do kwestii pojęcia budynku wielokondygnacyjnego stwierdzić należy, że zgodnie z powszechnie stosowaną terminologią jest to budynek mający więcej niż jedną kondygnację. Żaden przepis prawa nie zezwala, aby budynek, który w pewnej części posiada tylko jedną kondygnacje, a w innej więcej kondygnacji, może być dla dokonania takiej oceny dzielony na części. Dlatego też zdaniem Izby jeżeli dany budynek w jakiejś części posiada więcej niż jedną kondygnację to należy go zaliczyć do budynku wielokondygnacyjnego. Należy oceniać bryłę budynku jako całość, a nie dokonywać sztucznego jego podziału. Jednakże Zamawiający jeśli miał taki zamiar, to mógł w postanowieniach SIWZ w sposób jednoznaczny wskazać, że w takiej wyżej opisanej sytuacji, do powierzchni użytkowej w budynku wielokondygnacyjnym, będzie możliwe zaliczenie tylko tej części budynku, która posiada więcej niż jedną kondygnację. Niewątpliwym jest, że Zamawiający na etapie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu próbuje nadać inne znaczenie postanowieniom SIWZ niż to wynika z ich literalnego brzmienia, uznając, że są one oczywiste. Stwierdzić należy, że to Zamawiający w SIWZ ma obowiązek tak

uszczegółowić, skonkretyzować, zarówno warunek udziału w postępowaniu jak i opis sposobu dokonywania jego oceny, aby przez wszystkich wykonawców mógł być jednakowo rozumiany i odczytywany. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego badaniu przez Zamawiającego winna podlegać wyłącznie treść oferty wykonawcy pod kątem jej zgodności z SIWZ, a nie z oczekiwaniami Zamawiającego wprost tam nie wskazanych. Wszelkie wątpliwości co do treści postanowień SIWZ w uzasadnionym specyfiką postępowania zakresie, winny być tłumaczone na korzyść wykonawcy.

Przechodząc do oceny usług podanych w Wykazie na wstępie powtórzyć należy, że Zamawiający dla oceny spełnienia przez wykonawcę warunku dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia żądał wykazania, "wykonania, *w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, co najmniej 2 projektów budynków wielokondygnacyjnych o łącznej kubaturze minimum 30.000 m3 i łącznej powierzchni użytkowej minimum 7.500 m2, w tym przynajmniej jeden projekt zrealizowany* (posiadanie *prawomocnej decyzji pozwolenia na użytkowanie)".*

Odwołujący w załączniku nr 6 do SIWZ wskazał trzy usługi. W pkt 1 Wykazu wykazał wykonanie robót projektowych budynku dla Miasta Stołecznego Warszawa- Białołęka. Niespornym pomiędzy stronami jest fakt, że Zamawiający uznaje poprawność podanych tam danych zarówno co do powierzchni użytkowej jak i kubatury budynku oraz tego, że budynek ten posiada prawomocną decyzję pozwolenia na jego użytkowanie. Tym samym ostatni z ww. warunków udziału w postępowaniu, dotyczący posiadania prawomocnej decyzji pozwolenia na użytkowanie został już przez wykonawcę w tym punkcie Wykazu spełniony.

W pkt 2 Wykazu dla spełnienia warunku udziału w postępowaniu Odwołujący wskazał roboty projektowe dotyczące przebudowy, rozbudowy i nadbudowy budynku ZOZ - Centrum Medyczne Dojlidy w Białymstoku. Odnośnie tej usługi wskazał iż powierzchni projektowa budynku wynosiła łącznie netto/w tym użytkowa/ 2 750 m $_2$ oraz kubatura 14 038 m $_3$. Na potwierdzenie tego faktu został załączony do wykazu list referencyjny z dnia 21.03.2013 roku. Zamawiający celem weryfikacji podanych danych wystąpił do Centrum MEDYCZNEGO „Dojlidy" Sp. z o.o., ul. Niedźwiedzia 69, 15-531 Białystok o udostępnienie kserokopii pozwolenia na budowę, kserokopii pozwolenia na użytkowanie, kserokopii projektu budowlanego w zakresie parametrów technicznych budynku, tj. kubatury i powierzchni użytkowej) dotyczącej rozbudowy z przebudową i nadbudową istniejącego budynku Niepublicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej o poradnie lekarskie, oddział chirurgii dnia jednego z salą operacyjną i garaż na nieruchomości nr ew 251/1 obręb 21 w Białymstoku przy ul. Niedźwiedziej 69.

W oparciu o otrzymane dokumenty Zamawiający samodzielnie ustalił, iż powierzchnia użytkowa przebudowy, rozbudowy i nadbudowy wynosiła zamiast deklarowanych **2750** m $_2$ - **2.667,02 m $_2$.** Natomiast powierzchnia użytkowa istniejąca, która nie była, według

zamawiającego objęta opracowaniem wynosiła -1.455,12 m^2
Wobec rozbieżności co do powierzchni podanej w wykazie i ustalonej przez Zamawiającego, Zamawiający nie ustalił wielkości kubatury tej części budynku podlegającej przebudowie, rozbudowie i nadbudowie i uznał, że podana pierwotna wielkość kubatury jest jego zdaniem zawyżona. Za istotny w sprawie należy uznać również fakt, że w piśmie przewodnim Centrum Medyczne Dojlidy podało, cyt. „Jednocześnie *potwierdzam referencje dla biura Atelier ZETTA Z. Z. . Inwestycja nie została rozpoczęta z przyczyn leżących po stronie Centrum Medycznego Dojlid Sp. z o.o.".* Tym samym została potwierdzona prawidłowość wydanych referencji wraz z zawartymi tam danymi. Zamawiający nie zakwestionował tych danych, lecz dokonał własnych ustaleń, uznając je za jedynie prawidłowe.

Wskazać równocześnie należy, że Zamawiający konkludując ustalenia w zakresie tego punktu wykazu podał:
„Analiza *zapisu czy obiekt został zrealizowany:*
W wykazie została zamieszczona informacja TAK.
Z wyjaśnień przesłanych przez Inwestora: NIE.
***Wnioski:** Odwołujący podał w wykazie nieprawdziwe informacje.*

Zdaniem Izby kwestia ta po pierwsze, została zmieniona pismem Odwołującego z dnia 17 lutego 2015 roku, a po drugie, nie ma ona żadnego wpływu na wynik postępowania, gdyż jak wykazano powyżej warunek dotyczący posiadania prawomocnej decyzji pozwolenia na użytkowanie został przez Odwołującego spełniony usługą wykonaną i wykazaną w pozycji pierwszej wykazu, czego Zamawiający nie kwestionował.

W pkt 3 Wykazu Odwołujący powołał się na wiedzę i doświadczenie nabyte przy wykonywaniu projektu dla Zakładów przetwórstwa mięsnego w Kopytowie – Royal Food. Wskazał, że opracowanie obejmowało powierzchnię 5 120 m $_2$ oraz 29 883 m $_3$ kubatury. Zamawiający również w tym zakresie poczynił własne ustalenia występując do Powiatowego Inspektora Nadzoru Budowlanego Warszawskiego Zachodniego, ul. Poznańska 129/133, 05-850 Ożarów Mazowiecki, o udostępnienie kserokopii pozwolenia na użytkowanie i kserokopii projektu budowlanego (w zakresie parametrów technicznych budynku: kubatura, powierzchnia użytkowa) dotyczącego budynku zakładu przetwórstwa mięsnego z częścią biurowo-socjalną w Kopytowie, gm. Błonie.
W oparciu o otrzymane informacje tj. rzutów i przekrojów projektów budowlanych Zamawiający ustalił, że powierzchnia użytkowa części jednokondygnacyjnej (produkcyjnej) wynosiła - 2,333,19 m $_2$ Natomiast powierzchnia użytkowa części dwukondygnacyjnej (biurowo-socjalnej)- 877,28 m $_2$. Tym samym Zamawiający dokonał podziału budynku na część jedno i dwukondygnacyjną i uznał, że bezspornie tylko powierzchnia 877,28 m2 może podlegać zaliczeniu dla spełnienia warunku, chociaż w rzeczywistości tego nie uczynił.

Wskazać należy również, że odnośnie budynku zakładu mięsnego została wydana Decyzja nr 556/12 z dnia 31.08.2012 roku dotycząca udzielenia pozwolenia na użytkowanie

budynku, gdzie w sposób jednoznaczny wskazano, że powierzchnia użytkowa budynku wynosi 3213,47m2, kubatura 29 883 m3, a liczba kondygnacji **2 /dwie/.**

Odnosząc się do tej pozycji wykazu i ww. decyzji Izba stwierdza nieprawidłowość postępowania Zamawiającego. Wynika to z faktu, że powyższe dane wynikają z dokumentu urzędowego. Dokumenty urzędowe sporządzone w przepisanej formie przez powołane do tego organy państwowe w ich zakresie działania stanowią dowód tego, co zostało w nich urzędowo stwierdzone. Tak sporządzony dokument korzysta z domniemania prawdziwości zawartych w nim informacji i dopóki dokument ten nie zostanie zmieniony nie może być odmiennie interpretowany. Dlatego też jeśli Zamawiający zamierzał kwestionować dane wskazane w decyzji to winien był podjąć czynności przewidziane w kpa dla jego zmiany lub utraty ważności.

Osobnego odniesienia Izby wymaga kwestia która legła u podstaw wykluczenia odwołującego z postępowania tzn., czy w postępowaniu mamy do czynienia ze złożeniem nieprawdziwych informacji oraz czy te informacje miały wpływ na wynik postępowania w stopniu uzasadniającym wykluczenie Odwołującego z postępowania.

Zgodnie z przepisem art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Z przepisu tego wynika zatem, iż aby wykluczyć wykonawcę z prowadzonego postępowania zamawiający musi zbadać czy zostały spełnione łącznie dwie przesłanki: po pierwsze – stwierdzić fakt złożenia przez wykonawcę w toku prowadzonego postępowania nieprawdziwych informacji, po drugie – ustalić, że te nieprawdziwe informacje mają lub mogą mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Za wyrokiem KIO 1571/13 wskazać należy, że stwierdzenie nieprawdziwości informacji musi mieć postać uzyskania pewności, że informacje nie odzwierciedlają rzeczywistości. Nie jest wystarczającym wywołanie wątpliwości czy niepewności, że być może informacje są nieścisłe, czy też nie w pełni oddają rzeczywistość, aby być podstawą wykluczenia – przesłanka wykluczenia, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp wymaga uzyskania pewności, że wykonawca podał nieprawdziwe informacje. To szczególna przesłanka, wymagająca każdorazowo jednoznacznego przesądzenia, że wykonawca podał w ofercie nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania, która nie może być traktowana subiektywnie lub w oparciu o jednostronnie przedstawiony stan faktyczny. Ustalenie nieprawdziwości informacji musi mieć zatem charakter definitywnego i kategorycznego, nie pozostawiającego żadnych wątpliwości stwierdzenia.

Nadto istotne jest aby nieprawdziwość informacji, z jaką ustawa wiąże skutek

negatywny w postaci wykluczenia wykonawcy z postępowania dotyczył stanu faktycznego, a nie prawnego okoliczności których informacje dotyczą. Samo podanie nieprawdziwych informacji, nawet gdyby nastąpiło to w wyniku celowego działania wykonawcy nie może samodzielnie stanowić podstawy do wykluczenia wykonawcy. Musi zaistnieć przesłanka wpływu tej nieprawdziwej informacji na wynik postępowania.

Za Postanowieniem Sądu Najwyższego z dnia 12 lutego 2014 r sygn IV CSK 291/13 stwierdzić należy, że wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego należy rozumieć przez pryzmat pojęcia tego postępowania zdefiniowanego w art. 2 pkt 7 a P.z.p., a więc jako akt wyboru oferty tego wykonawcy, z którym zamawiający zawrze umowę w sprawie zamówienia publicznego.

Wpływ na wynik lub możliwość wpływu na wynik postępowania należy każdorazowo odnieść do konkretnego stanu faktycznego. Dowód zaistnienia przesłanek wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp spoczywa na tym, kto ze swojego twierdzenia w tym przedmiocie wywodzi skutek prawny, domagając się wykluczenia wykonawcy z postępowania. Nieprawdziwych informacji nie można domniemywać. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej okoliczności podania informacji nieprawdziwych powinny być wykazane w sposób nie budzący wątpliwości, z uwagi na skutek jaki niesie zastosowanie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, tj. obowiązek wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu, bez możliwości wezwania do uzupełnienia dokumentu niezłożonego lub obarczonego błędami w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

Przenosząc powyższe ustalenia i rozważania na grunt przedmiotowego odwołania stwierdzić należy, że nie zaistniały przesłanki do stwierdzenia, że Odwołujący w sposób celowy i zawiniony podał nieprawdziwe informacje, aby uzyskać zamówienie, a Zamawiający

w tym zakresie nie uzyskał pewności. Zamawiający sam w tej materii w informacji o wykluczeniu Odwołującego na str. 7 stwierdza, że „w *wyjaśnieniach wykonawca nie skorzystał z okazji by… rozwiać wątpliwości Zamawiającego dotyczących podanej kubatury i powierzchni…"*

Podkreślić należy w oparciu o powyższe ustalenia Izby, że występujące rozbieżności co do wielkości niektórych rodzajów powierzchni budynków wynikały przede wszystkim z braku jednoznacznego uregulowania tej kwestii w przepisach prawa. Inna od Zamawiającego, interpretacja przepisów obowiązującego prawa w zakresie uznawania powierzchni projektowanych budynków za powierzchnie użytkową, nie może być uznawana jako próba celowego wprowadzenia w błąd Zamawiającego. Dane, które wskazał Odwołujący w wykazie usług wynikają z dokumentów przez niego opracowanych dla konkretnych inwestorów, którzy potwierdzili to wystawionymi referencjami, a których prawdziwości Zamawiający nie kwestionował.

15

Również Zamawiający formułując treść postanowień SIWZ nie wprowadził jakichkolwiek uszczegółowień w zakresie sposobu liczenia powierzchni użytkowej, czy uznawania części budynków za jedno lub wielokondygnacyjne. Dopiero na etapie oceny ofert Zamawiający nadawał im inną treść niż ta, którą literalnie można było wywieść z postanowień SIWZ. Ponadto odnosząc się do treści wezwania z dnia 09.02.2015 roku skierowanego do Odwołującego stwierdzić należy, że brak w nim uszczegółowienia oczekiwań Zamawiającego. W szczególności brak jest jednoznacznego wskazania w odniesieniu do przedłożonego wykazu i referencji iż Zamawiający oczekuje wydzielenia z podanej powierzchni netto powierzchni użytkowej, oraz wskazania, że wymagane powierzchnie mogą dotyczyć tylko tej części budynku która ma więcej niż jedną kondygnację. Treść skierowanego wezwania opierała się w większości na przepisaniu treści warunku z SIWZ. Stwierdzić należy także, że w powyższej sytuacji Zamawiający bezzasadnie poniechał dalszego wyjaśniania posiadanych wątpliwości w tej kwestii. Przepisy Pzp nie warunkują wezwania w trybie art. 26 ust.4 Pzp jako wezwania jednokrotnego.

Zauważyć należy także, że prawem i obowiązkiem Zamawiającego jest zarówno weryfikowanie przedłożonych dokumentów ofertowych, jak również zaliczanie ich na poczet warunku udziału. Złożony dokument dyskwalifikuje z reguły fakt jego fałszywości bądź uzyskania go w wyniku przestępstwa. Natomiast jeśli taka sytuacja nie zachodzi to dane znajdujące potwierdzenie w rzeczywistości, podlegają zaliczeniu na poczet spełniania warunku wiedzy i doświadczenia, pod warunkiem, że nie stoi temu na przeszkodzie ustalone w SIWZ, ograniczenie ilościowe bądź wartościowe dotyczące usługi, dostawy czy roboty budowlanej. W tym postępowaniu Zamawiający takiego zaliczenia nie dokonał, mimo iż w warunku udziału żądał tylko wykazaniem się wykonaniem dwóch usług projektowych o łącznych wielkościach co do powierzchni i kubatury budynku.

Stwierdzić należy, że w zakresie wskazanym w pozycji 1 wykazu oraz 3- w wielkości podanej w ww. Decyzji nr 556/12, wielkości te łącznie wskazują na spełnienie przez Odwołującego warunku udziału w zakresie wiedzy i doświadczenia, gdyż wykazana kubatura łącznie wynosi 53 193 m^3, a powierzchni użytkowa wynosi łącznie 9 870,47 m3. Tak więc brak jest potrzeby analizowania prawdziwości danych z poz. 2, gdyż dane z poz. 1 i 3 potwierdzają spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Brak jest również zdaniem Izby – nawet gdyby założyć złożenie przez Odwołującego częściowo nieprawdziwych informacji, ich wpływu na wynik postępowania. Gdyby uznać tylko te powierzchnie które dla Zamawiającego są niewątpliwe to i tak sumarycznie przekraczają wielkości wymagane przez Zamawiającego dla spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Tym samym powyższy zarzut jest zasadny i odwołanie zostało uwzględnione.

16

W zakresie pozostałych zarzutów Izba uznaje ich niezasadność gdyż Odwołujący w odwołaniu nie wskazał na czym miałyby polegać czynności Zamawiającego powodujące naruszenie wskazanych przepisów. Odnosząc się do treści naruszenia art. 93 ust.1 pkt 4 Pzp Izba stwierdza, zarzut ten nie wchodzi w zakres uprawnień wykonawcy co do wnoszenia

odwołań od takich czynności Zamawiającego gdyż stoi temu na przeszkodzie przepis art. 180 ust.2 Pzp i tym samym zarzut ten nie podlega rozpatrzeniu.

Również wskazać należy na niezasadność zarzutu dotyczącego brak podstawy do odrzucenia oferty Odwołującego w przypadku jego wykluczenia z postępowania. Ustawodawca rozróżnia ofertę odrzuconą i uznanie oferty z mocy prawa za odrzuconą. Brak spełnienia warunków udziału w postępowaniu powoduje wykluczenie wykonawcy z postępowania i uznanie oferty z mocy prawa za odrzuconą. Odrzucenie oferty w postępowaniach jednoetapowych jest skutkiem wykluczenia wykonawcy z postępowania, *a contrario* uchylenie czynności Zamawiającego o wykluczeniu wykonawcy z postępowania z mocy prawa powoduje, że oferta tego wykonawcy przestaje być również z mocy prawa ofertą odrzuconą.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania i ustalenia, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 i 3 pkt.1 ustawy Pzp,

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a) i 2b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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).

Przewodniczący ……