

Sygn. akt: KIO 2223/10

WYROK
z dnia 26 października 2010r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Rzońca

Członkowie: Ewa Sikorska
Robert Skrzyszewski

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 października 2010 r. w Warszawie odwołania z dnia 12 października 2010 r. wniesionego przez **Robot 1 B. Orzechowska i Z. Gryglewicz Spółka Jawna, 50-219 Wrocław, ul. Pomorska 42** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Zarząd Dróg i Utrzymania Miasta, 53-633 Wrocław, ul. Długa 49**

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje: unieważnienie czynności unieważnienia postępowania oraz czynności wykluczenia z postępowania Odwołującego oraz odrzucenia jego oferty, dokonanie ponownego badania i oceny ofert w uwzględnieniu oferty Odwołującego.
2. Kosztami postępowania obciąża **Zarząd Dróg i Utrzymania Miasta, 53-633 Wrocław, ul. Długa 49** i nakazuje:
 - 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczzone przez **Robot**

1 B. Orzechowska i Z. Gryglewicz Spółka Jawna, 50-219 Wrocław, ul. Pomorska 42, tytułem wpisu od odwołania,

- 2) dokonać wpłaty kwoty 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) przez **Zarząd Dróg i Utrzymania Miasta, 53-633 Wrocław, ul. Długa 49** na rzecz **Robot 1 B. Orzechowska i Z. Gryglewicz Spółka Jawna, 50-219 Wrocław, ul. Pomorska 42** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198 a i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we **Wrocławiu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Zarząd Dróg i Utrzymania Miasta we Wrocławiu - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie prac przygotowawczych i eksploatacyjnych na 7-miu fontannach i ujęciu wody „Zdrój” na ul. Świdnickiej z podziałem na zadania: Zadanie nr 1. Fontanna „Walka i Zwycięstwo” na pl. Jana Pawła II, Zadanie 2. Fontanna „Szermierz” na pl. Uniwersyteckim, Zadanie 3. Fontanna na pl. Solnym, Zadanie 4. Fontanna na pl. Gołębim, Zadaniem 5. Fontanna na pl. Orłąt Lwowskich, Zadanie 6. Fontanna na pl. Przy kościele Św. Marii Magdaleny, Zadanie 7. Fontanna przy pasażu Wybrzeże Wyspiańskiego, Zadanie 8. Ujęcie wody „Zdrój” na ul. Świdnickiej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”.

Postępowanie o udzielenie zamówienia wszczęto dnia 22 lipca 2010 r., Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 196487-2010. Szacunkowa wartość zamówienia jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W dniu 7 października 2010 r. Zamawiający, w formie faksu, powiadomił ROBOT 1 o czynności odrzucenia jego oferty w trybie art. 89 ust. 5 ustawy, ponieważ została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, gdyż nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. W piśmie Zamawiający poinformował, że postępowanie o udzielenie zamówienia w zakresie zadania nr 1 zostało unieważnione, gdyż nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

W dniu 12 października 2010 r. ROBOT 1 wniósł odwołanie (wpływ bezpośredni do Prezesa Izby potwierdzony prezentatą). W dniu 11 października 2010 r. Odwołujący, w formie faksu, przekazał kopię odwołania Zamawiającemu.

Odwołujący zarzucał niezgodne z przepisami ustawy wykluczenie go z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i odrzucenie przez Zamawiającego jego oferty złożonej na zadanie nr 1. Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów: art. 2 pkt 8, art. 6 ust. 4, art. 22 ust. 1 pkt. 2, art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 25 ust. 1 i 2, art. 31, art. 32, art. 93 ust. 1, pkt. 1 Pzp oraz § 1 ust. 2 pkt. 2) i 3) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817), zwanego dalej „rozporządzeniem o dokumentach” oraz przepisów rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji

projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego, a także przepisów rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 18 maja 2004 r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym, polegające na:

1. błędnym zakwalifikowaniu przedmiotu zamówienia jako robót budowlanych, podczas gdy świadczenia opisane przez Zamawiającego w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia stanowią usługi,
2. niezgodnym z przepisami ograniczeniu Odwołującego w sposobie wykazania się doświadczeniem tylko do wykonanych w całości zamówień na roboty budowlane, podczas gdy przepis wymaga tylko doświadczenia w wykonaniu robót budowlanych i ich prawidłowego ukończenia, co wynika z przedstawionych przez Odwołującego referencji z dnia 6 sierpnia 2010 r. (EEE.TP.4230-1/89470/93635/10) oraz kilkudziesięciu protokołów końcowego odbioru robót,
3. błędnym opisie sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, właściwym dla robót budowlanych a nie usług.

Odwołujący wnosi o uchylenie decyzji Zamawiającego w przedmiocie:

1. wykluczenia ROBOT 1 z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, odrzucenia jego oferty złożonej na zadanie nr 1,
2. unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w części dotyczącej zadania nr 1 a także o nakazanie Zamawiającemu wybrania ROBOT 1.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazywał:

I.

Zdaniem Odwołującego zakres obowiązków i czynności jakich wykonanie Zamawiający chce powierzyć zlecając prace przygotowawcze i eksploatacyjne na fontannie „Walka i Zwycięstwo” na pl. Jana Pawła II we Wrocławiu (zadanie nr 1) nie ma cech robót budowlanych w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane (dalej: „Prawo budowlane”), do którego odsyła art. 2 pkt 8 Pzp. Zgodnie z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „siwz” albo „specyfikacja”) oraz załącznika nr 1, pkt. I wszystkie prace objęte zamówieniem stanowią usługi a nie roboty budowlane.

W ocenie Odwołującego przedmiot zamówienia na zadanie nr 1, obejmujący swym zakresem eksploatację fontann wraz z ich rozruchem, jest usługą, albowiem nie spełnia warunków wymaganych dla robót budowlanych. Wykonywanie przedmiotu zamówienia polega w rzeczywistości na świadczeniu usług konserwacji, uruchamianiu i utrzymaniu w czystości

takiej fontanny. ROBOT 1 świadczy już takie usługi na rzecz Zamawiającego od kilku lat. Do tej pory prace powyższe były kwalifikowane przez Zamawiającego właśnie, jako usługi, a nie roboty budowlane.

Odwołujący twierdził, że zważywszy na definicję robót budowlanych określoną w Prawie budowlanym, można stwierdzić, iż świadczenia Wykonawcy nie powinny być zakwalifikowane jako budowa obiektu budowlanego lub jego przebudowa, czy nawet remont. Przez przebudowę należy bowiem rozumieć wykonywanie robót budowlanych, w wyniku których następuje zmiana parametrów użytkowych lub technicznych istniejącego obiektu budowlanego, z wyjątkiem charakterystycznych parametrów, jak: kubatura, powierzchnia zabudowy, wysokość, długość, szerokość bądź liczba kondygnacji (art. 3 pkt 7 Prawa budowlanego). Nie jest to również remont w rozumieniu Prawa budowlanego, przez który należy rozumieć - w myśl art. 3 pkt 8 - wykonywanie w istniejącym obiekcie budowlanym robót budowlanych polegających na odtworzeniu stanu pierwotnego, a niestanowiących bieżącej konserwacji, przy czym dopuszcza się stosowanie wyrobów budowlanych innych niż użyto w stanie pierwotnym. Odwołujący twierdził, że powyższe czynności eksploatacji fontanny nie powinny być także traktowane jako montaż stanowiący rodzaj robót budowlanych, chyba że wykonawca faktycznie dokonywałby jakiś czynności montażowych na fontannie, ale tego specyfikacja oraz załącznik nr 1 w część I nie przewidują.

Odwołujący podnosił, że Zamawiający w zakresie zadania nr 1 przygotowując i prowadząc postępowanie nie opracował wymaganej przepisami Pzp dokumentacji wymaganej dla robót budowlanych. Ponadto, Odwołujący wyjaśniał, że nawet jeżeli zasłaby potrzeba wykonania jakiś prac (nawet takich, które na chwilę obecną nie są opisane w siwz), potencjalnie mogących stanowić jakiś element robót budowlanych, to obowiązki Odwołującego opisane w dokumentacji przetargowej polegające na świadczeniu usług byłyby dominujące i wówczas w myśl art. 6 ust. 4 Pzp do udzielenia takiego zamówienia stosuje się przepisy dotyczące usług. W opinii Odwołującego z całości kształtu dokumentacji przetargowej bezspornie wynika, że świadczenie wykonawców ma polegać na świadczeniu usług i nie ma w opisie tych czynności nawet jednej czynności, która mogłaby być oceniona jako wykonywanie robót budowlanych.

II

Odwołujący wskazywał, że zgodnie z wymaganiami Zamawiającego określonymi w siwz przedstawił wykaz zrealizowanych zamówień (załącznik nr VI) wraz z referencją z dnia 6 sierpnia 2010 r. wydaną mu przez Zamawiającego (EEE.TP.4230-1/89470/93635/10) oraz kilkadziesiąt protokołów odbioru robót podpisanych przez Zamawiającego w okresie od 16 listopada 2007 r. do 31 lipca 2010 r. Z tych dokumentów wynika, że prace były i są wykonywane należycie. Odwołujący podkreślał, że literalna wykładnia przepisów rozporządzenia o dokumentach

proceeds to the conclusion, that the Ordering Party unreasonably requested completion of the offer and in effect rejected the offer of the Appellant, because the legislator in § 1 ust. 1 pkt. 2 w/w the resolution requires a certificate of completion of construction work (correct completion), and not completion (in full) of the order for construction work. Applying these provisions directly to the present case the Appellant considered, that even if the services performed by the contractor defined in this procedure and performed on the basis of the contract of 16 November 2007, should be treated as construction work, with which the Appellant does not agree, then Robot 1 - presenting the Ordering Party with a list of individual orders already performed together with individual construction work performed and accepted by the Ordering Party in the course of the order being in the process of realization - fulfilled the above requirement.

In the next order the Appellant alleged, that the obligation to provide a document confirming, that the work was performed in accordance with the rules of construction and correctly completed does not concern proceedings, the subject of which is the provision of services. In such proceedings the Ordering Party has the right to demand only „document confirming, that the supplies or services were performed or are being performed properly”. A such document undoubtedly the Appellant submitted and the value of work performed by him exceeds the amount of 300 000 zł brutto. It indicates, that in the opinion of the Appellant, he fulfilled the conditions for participation in the procedure concerning the possession of knowledge and experience.

Uwzględniając załączoną do akt sprawy dokumentację przedmiotowego postępowania, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowisko stron złożone podczas rozprawy, Izba ustaliła co następuje:

I. Zamawiający w siwz w części III - Przedmiot zamówienia – opisał przedmiot zamówienia w zakresie zadania 1 w następujący sposób: „1. Przedmiotem zamówienia są prace przygotowawcze i eksploatacyjne na 7-miu fontannach i ujęciu wody „Zdrój” na ul. Świdnickiej z podziałem na zadania. 2. Zakres zamówienia obejmuje: Zadanie 1. Prace przygotowawcze do eksploatacji letniej, eksploatacja letnia, prace zabezpieczające przed zimą, eksploatacja zimowa oraz usuwanie awarii na fontannie „Walka i Zwycięstwo” na pl. Jana Pawła II we Wrocławiu (wg zasad i technologii zawartych w Załączniku nr 1 cz. I).”

W załączniku nr 1 do siwz „Zasady i technologia wykonania prac przygotowawczych i eksploatacyjnych na fontannach oraz na ujęciu wody „Zdrój” na ul. Świdnickiej” w rozdziale I – Fontanna „Walka i Zwycięstwo” na pl. Jana Pawła II – zadanie 1, Zamawiający wyspecyfikował poszczególne rodzaje w poszczególnych okresach realizacji przedmiotu zamówienia. I tak:

1. Prace przygotowawcze do eksploatacji letniej:

- a. Sprawdzenie działania urządzeń elektrycznych, tj. silników pomp, zaworu elektromagnetycznego, układu sterowania pracą pomp, przed i po montażu i dokonanie niezbędnych napraw przez pracownika posiadającego odpowiednie uprawnienia, o których mowa w pkt 2.1 części II Instrukcji dla Wykonawcy.
- b. Dokonanie sprawdzenia (pomiaru) stanu instalacji elektrycznej oraz dokonanie ewentualnych regulacji przez pracownika posiadającego odpowiednie uprawnienia, o których mowa w pkt 2.1 części II Instrukcji dla Wykonawcy.
- c. Sprawdzenie wszystkich elementów instalacji hydraulicznej obiegu zamkniętego wody i dokonanie niezbędnych napraw. Prace powinny być wykonane przez pracownika posiadającego odpowiednie kwalifikacje, o których mowa w pkt 2.2 i 2.3 części II Instrukcji dla Wykonawcy.
- d. Usunięcie nieszczelności w basenach fontanny w uzgodnieniu z Zamawiającym.
- e. Oczyszczenie elementów kamienia granitowego i piaskowca, usunięcie glonów i grzybów, napisów graffiti oraz nałożenie powłok hydrofobowych antygraffiti z użyciem środków (takich jak BSA ENTFERNER, GREEN BELAG, SNL, FUNKOSIL OFS – firmy Remmers) dopuszczonych do prac konserwatorskich pod ścisłym nadzorem konserwatorskim pełnionym przez osobę, o której mowa w pkt 2.4 części II Instrukcji dla Wykonawcy i po uzgodnieniach z Zamawiającym.

2. Eksploatacja letnia:

- a. Utrzymywanie w należytych stanie technicznym urządzeń pompowni wody z uwzględnieniem poprawnego działania kłapy zwrotnej poprzez doraźne oczyszczanie odpływu do kanału.
- b. Okresowa konserwacja i naprawa urządzeń i osprzętu elektrycznego oraz usuwanie awarii a także sprawdzanie amperażu pomp i szczelności połączeń na styku woda – instalacja elektryczna.
- c. Czyszczenie zbiornika pompowni oraz kosza ssawnego według potrzeb, lecz nie rzadziej niż raz w miesiącu.
- d. Czyszczenie basenów fontanny ze śmieci i stałych elementów dwa razy dziennie przez 6 dni w tygodniu, także przy użyciu sprzętu mechanicznego bez opróżniania misy fontanny z wody. Jednokrotne w tygodniu opróżnienie misy fontanny z wody i wykonanie generalnego sprzątnięcia misy poprzez: mycie całej misy i wszystkich elementów kamiennych mających kontakt z wodą, dezynfekcję i likwidację życia biologicznego w basenach fontanny poprzez dodawanie do wody środków takich jak DINO MINUS FLUSIG (ph korektor), POWCAR OKSA LIQID.

- e. Usuwanie zabrudzeń, glonów oraz graffiti z kamienia z użyciem środków (takich jak BSA ENTFERNER, GREEN BELAG, SNL, FUNKOSIL OFS - firmy Remmers) do puszczonej do prac konserwatorskich pod ścisłym nadzorem konserwatorskim pełnionym przez osobę, o której mowa w pkt 2.4 części II Instrukcji dla Wykonawcy i po uzgodnieniach z Zamawiającym minimum raz w tygodniu.
- f. Regulacja min. 2 x dziennie zasuw w basenie górnym w celu uzyskania prawidłowego efektu płaszcza wodnego.
- g. Czyszczenie min. 1 raz w miesiącu kielicha górnego i dysz pióropusza wodnego.
- h. Stała (codzienna) kontrola stanu technicznego fontanny oraz likwidacja zniszczeń mis fontanny, tj. uzupełnianie drobnych ubytków kamienia i spoin metodą kitu lub fleków. Uzupełnianie, o którym mowa wyżej należy wykonywać pod ścisłym nadzorem konserwatorskim jak w pkt e) i po uzgodnieniach z Zamawiającym.

3. Prace zabezpieczające przed zimą:

- a. Odwodnienie całego układu hydraulicznego.
- b. Pozostawienie otwartych zasuw na przewodach spustowych.

4. Eksploatacja zimowa:

- a. Dwukrotne w tygodniu sprzątnięcie fontanny ze śmieci i zanieczyszczeń wraz z jej otoczeniem, tj. misy, schodów i tarasów.

W protokole z postępowania o udzielenie zamówienia (druk ZP-2) w pkt. 2 „Przedmiot zamówienia” Zamawiający wskazał, że ustalenia wartości zamówienia dokonał Michał Łopater w dniu 18 czerwca 2010 r. na podstawie analizy wydatków z ubiegłego roku.

Izba ustaliła, że Odwołujący się na podstawie umowy z dnia 16 listopada 2007 r. (nr FPU/EU/440/289/2007) zawartej z Zamawiającym której przedmiotem było wykonanie „Prac przygotowawczych do eksploatacji letniej, eksploatacja letnia, prace zabezpieczające przed zimą oraz eksploatacja zimowa na fontannie „Walka i Zwycięstwo” na pl. Jana Pawła II we Wrocławiu wg zasad i technologii zawartych w załączniku nr 1 cz. I, obejmuje takie same prace, jak wymienione w załączniku nr 1, cz I do specyfikacji w niniejszym postępowaniu.

II. Zgodnie z zapisami Instrukcja dla Wykonawców zawartej w siwz w część II „Warunki udziału w postępowaniu i opis sposobu oceny warunków” (wraz z modyfikacjami z dnia 5 sierpnia 2010 r. i 12 sierpnia 2010 r.) o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie zadania nr 1 mogli ubiegać się wykonawcy, którzy w zakresie wiedzy i doświadczenia spełniali następujący warunek, tj. wykonali w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej jedno zamówienie obejmujące eksploatację fontanny lub fontann wpisanych do rejestru zabytków i objętych ścisłym nadzorem konserwatorskim, jako

obiektów użyteczności publicznej wraz z rozruchem w/w obiektów o łącznej wartości minimum 300 000 zł brutto. Zamawiający na potwierdzenie spełnienia ww. warunku wymagał przedłożenia wykazu zrealizowanych (co najmniej jedno) w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, zamówień obejmujących prace konserwatorskie na fontannie lub fontannach wpisanych do rejestru zabytków i objętych ścisłym nadzorem konserwatorskim o łącznej wartości minimum 300 000 zł brutto wg załącznika VI do siwz wraz z dokumentami potwierdzającymi, że roboty te zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.

Odwołujący do oferty w zakresie zadania nr 1 i załączył wykaz zrealizowanych zamówień dla zadań 1-2 sporządzony na podstawie wzoru załącznika VI do siwz oraz m. in. referencję z dnia 6 sierpnia 2010 r., gdzie między innymi wymienił prace przygotowawcze i eksploatacyjne na fontannie „Walka i Zwycięstwo” na pi. Jana Pawła II o wartości brutto robót wykonanych w okresie od 16 listopada 2007r. do dnia złożenia oferty na kwotę 225.456,00 zł. Ponadto, w powyższym wykazie Odwołujący wykazał jeszcze 3 prace o łącznej wartości 137.119,27 zł brutto, które zrealizowano w okresie: od 15.11.2005 r. do 15.11.2007 r. Łączna wartość prac wskazanych w wykazie opiewała na kwotę 362.575,27 zł.

Zamawiający pismem z dnia 6 września 2010 r. w trybie art. 26 ust. 3 ustawy wezwał Odwołującego się do uzupełnienia oferty o załącznik nr VI potwierdzający spełnienie warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia wymienionego w części II Instrukcji dla wykonawców w pkt 3. Zamawiający wyjaśniał w piśmie, że wymienione przez Odwołującego trzy zamówienia wymienione w załączniku nr VI potwierdzają wykonanie prac na kwotę 137.119,27 zł brutto, natomiast czwarte zamówienie jest obecnie w toku, a więc nie spełnia wymaganego warunku udziału w postępowaniu dla zadania nr 1.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Odwołujący oświadczył, że spełnił warunki udziału w postępowaniu dla zadania nr 1, albowiem zrealizował w okresie ostatnich 5 lat zamówienia obejmujące eksploatację fontanny wpisanej do rejestru zabytków i objętej ścisłym nadzorem konserwatorskim jako obiektu użyteczności publicznej wraz z rozruchem tego obiektu o łącznej wartości minimum 300 000 zł brutto, a powierzone czynności zostały wykonane należycie. Do pisma przedłożono załącznik nr VI wykaz zrealizowanych zamówień dla zadań 1 - 2 oraz referencje ZDiUM z dnia 6 sierpnia 2010 r., a także protokoły końcowego odbioru robót potwierdzone przez Zamawiającego za miesiące od dnia 16 listopada 2007 r. do 31 lipca 2010 r. Odwołujący wyjaśniał, że fakt wykonania umowy z dnia 16 listopada 2007 r. tj. prac o wymaganej wartości, i prawidłowe ich wykonanie, wynika z treści wydanych przez Zamawiającego referencji z dnia 6 sierpnia 2010 r. oraz protokołów końcowego odbioru robót za miesięczne okresy od dnia 16 listopada 2007 r. do 31 lipca 2010 r. Czynności końcowego odbioru miały swoje oparcie w umowie (§ 11 umowy z dnia 16 listopada 2007 r. nr FPU/EU/440/289/2007) a czynności (przywołane w referencji)

były wykonywane, sprawdzane i odbierane w okresach miesięcznych. Z końcem każdego miesiąca Zamawiający dokonywał końcowego odbioru wykonywanych przez firmę ROBOT 1 prac i potwierdzał ich prawidłowe wykonanie. Odwołujący wyjaśnił, że na koniec każdego miesiąca Zamawiający potwierdzał protokołem prawidłowe wykonanie prac, przyjmował fakturę VAT opiewającą za należne wynagrodzenie za prace wykonane w danym miesiącu i dokonywał przelewu. Ponadto Odwołujący w swoim piśmie wskazał Zamawiającemu, że wadliwie zakwalifikował przedmiot niniejszego przetargu, jako przetargu na roboty budowlane.

Uwzględniając powyższe, Izba zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 Pzp.

Skład orzekający Izby stwierdził również, że nie zaistniały przesłanki do odrzucenia odwołania wskazane w art. 189 ust. 2 ustawy, zatem odwołanie podlegało merytorycznemu rozpoznaniu.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

I. Izba, dokonując oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp a w konsekwencji art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp, w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, stwierdziła, że powyższe zarzuty potwierdziły się.

Izba stwierdziła, że w skutek mylnego przyjęcia przez Zamawiającego, iż przedmiotem zamówienia jest wykonanie robót budowlanych, podczas z treści siwz, w szczególności z załącznika nr 1 a także projektu umowy, jasno wynika, iż przedmiotem zamówienia jest wykonanie usług, Zamawiający na potwierdzenie spełnienia warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia, w oparciu o z rozporządzeniem § 1 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, zażądał wykazu zrealizowanych w okresie 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, zamówień obejmujących przedmiot zamówienia w zakresie zadania nr 1. W następstwie owych zapisów specyfikacji Zamawiający błędnie nie uznał doświadczenia Odwołującego, wykazanego w załączniku do oferty sporządzonym na podstawie wzoru załącznika nr VI do siwz, dotyczących wykonywania prac tożsamych w zakresie i rodzaju w odniesieniu do przedmiotu zamówienia, wykonywanych przez Odwołującego w okresie od 16 listopada 2007 r. aż do dnia złożenia oferty na kwotę 225.456,00 zł brutto.

Izba podkreśla, że w takiej sytuacji należy uznać, iż mamy do czynienia z nieważnością bezwzględną powyższej czynności Zamawiającego, która powoduje, iż nie wywołuje ona żadnych skutków prawnych. W miejsce wadliwie przyjętego przez Zamawiającego przepisu rozporządzenia o dokumentach należy zastosować właściwy dotyczący usług, który stanowi, że w poczet doświadczenia wykonawcy Zamawiający winien bezwzględnie zaliczyć prace, które zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

Bezspornym jest, iż do takich prac należy zaszeregować prace, które Odwołujący świadczył na rzecz Zamawiającego, wykonując przedmiot zamówienia od dnia 16 listopada 2007 r. aż do momentu złożenia oferty. Należyte wykonanie tych prac potwierdzają nie tylko referencje wystawione przez Zamawiającego ale także protokoły odbioru robót. Biorąc pod uwagę całokształt doświadczenia wykazanego przez Odwołującego w wykazie zrealizowanych zamówień na kwotę 362.575,27 zł. Izba potwierdziła prawidłowe potwierdzenie spełnienia przez ROBOT 1 warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Izba wskazuje, że oczywistym jest, iż w przypadku gdy wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy, odwołanie przysługuje wyłącznie wobec katalogu czynności Zamawiającego wymienionych w art. 180 ust. 2 ustawy, między innymi takich jak: wykluczenie Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia i odrzucenia jego oferty. Bezspornym jest, iż wykluczenie Odwołującego z postępowania a następnie odrzucenie jego oferty nastąpiło w wyniku wadliwych czynności Zamawiającego, które na wcześniejszym etapie postępowania nie mogły być skutecznie podnoszone i kwestionowane przez Odwołującego z uwagi na dyspozycję art. 180 ust. 2 Pzp.

Jednocześnie nie sposób zgodzić się z argumentacją pełnomocnika Zamawiającego przedstawioną na rozprawie, który twierdził, iż Zamawiający zakwalifikował prace będące przedmiotem zamówienia do robót budowlanych, chociażby z uwagi na konieczność niezbędnych napraw, ponieważ przy stałej, codziennej kontroli stanu technicznego fontanny może zaistnieć konieczność likwidacji zniszczeń oraz konieczność usuwania ubytków, co w jego opinii można zakwalifikować jako remont, wobec czego należy uznać, iż jest to robota budowlana, a nie usługa. W tej kwestii Izba podzieliła stanowisko Odwołującego wyrażone na rozprawie, iż ww. czynności należy uznać za bieżącą konserwację.

Ponadto, Izba stwierdziła, że Zamawiający oszacował wartość zamówienia w oparciu o analizy wydatków z ubiegłego roku, a w dokumentacji postępowania brak jest dokumentów charakteryzujących przedmiot zamówienia jako robotę budowlaną, tj. kosztorysu

inwestorskiego, dokumentacji projektowej a także specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych.

Reasumując, Izba potwierdza naruszenie przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 89 ust. 1 pkt 5 oraz art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy w związku z wykluczeniem z postępowania Odwołującego, następnie odrzuceniem jego oferty, a w konsekwencji unieważnieniem postępowania w zakresie zadania nr 1. Izba potwierdza, że naruszenie ww. przepisów miało istotny wpływ na wynik postępowania. Wobec czego Izba nakazała Zamawiającemu przywrócenia oferty Odwołującego do postępowania w zakresie zadania nr 1 , co jest równoznaczne z koniecznością powtórzenia wszelkich niezbędnych czynności w postępowaniu, które wiążą się z pozostawaniem w postępowaniu ważnej oferty, typu: unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, powtórzenie badania i oceny ofert.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i art. 192 ust. 2 ustawy, 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, oraz w oparciu o przepisy § 1 ust. 2 pkt 1, § 3 ust. 1 lit. a), § 5 ust. 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). Izba nie uwzględniła kosztów związanych wynagrodzeniem pełnomocnika Odwołującego, ponieważ nie przedstawiono w tym zakresie dokumentów w postaci rachunku lub faktury VAT wymaganych § 3 ust. 2 powyższego rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....