

**WYROK**

**z dnia 23 lutego 2010 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Członkowie: Małgorzata Rakowska

Ewa Sikorska

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 lutego 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez

**Jana Gutkowskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma GUTKOWSKI ul. 17 Stycznia 17, 64-100 Leszno**

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego:

**Miasto Stołeczne Warszawa – działające poprzez Zarząd Terenów Publicznych, ul. Jezuicka 1/3, 00-281 Warszawa i Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Pl. Starynkiewicza 5, 02-015 Warszawa, w postępowaniu prowadzonym przez Zarząd Terenów Publicznych** protestu z dnia 25 stycznia 2010 r.,

przy udziale: **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Mostostal Warszawa S.A. ul. Konstruktorska 11A, 02-673 Warszawa, WATERSYSTEM Sp. z o.o., Zakręt ul. Trakt Brzeski 167, 05-077 Wesola, OASE GmbH Tecklenburger Str. 161, 48477 Horstel** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

**1. oddala odwołanie,**

**2. kosztami postępowania obciąża Jana Gutkowskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma GUTKOWSKI ul. 17 Stycznia 17, 64-100 Leszno i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **Jana Gutkowskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma GUTKOWSKI ul. 17 Stycznia 17, 64-100 Leszno,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Jana Gutkowskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma GUTKOWSKI ul. 17 Stycznia 17, 64-100 Leszno** na rzecz **Miasta Stołecznego Warszawy – Zarządu Terenów Publicznych, ul. Jezuicka 1/3, 00-281 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu **wynagrodzenia pełnomocnika,**
- 3) dokonać zwrotu kwoty **5 556 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Jana Gutkowskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma GUTKOWSKI ul. 17 Stycznia 17, 64-100 Leszno.**

### **U z a s a d n i e**

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „zaprojektowanie i wykonanie Multimedialnego Parku Fontann zlokalizowanego na terenie Podzamcza – Skwerze im. I Dywizji Pancерnej w Warszawie – (przebudowa fontanny)” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych w trybie przetargu nieograniczonego. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z 8 grudnia 2009 r. pod numerem

236411, zmienione 22 grudnia 2009 r., nr 251701. Wartość zamówienia wynosi 6.885.245,90 zł, tj. 1.775.875,24 euro, nie przekracza więc tzw. progów unijnych.

W postępowaniu złożono dwie oferty.

18 stycznia 2010 r. Zamawiający przekazał wykonawcom informację o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego oraz wykluczeniu z postępowania Odwołującego, w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy Prawo zamówień publicznych. Przyczyną wykluczenia było niespełnienie warunku posiadania doświadczenia w wykonaniu minimum 2 projektów budowlano – wykonawczych związanych z budową fontanny multimedialnej (światło – woda – dźwięk) o powierzchni min. 1000 m<sup>2</sup> każda oraz realizacji minimum 2 zamówień związanych z wykonaniem fontanny multimedialnej o złożonym układzie technologicznym (światło – woda – dźwięk) z ilością minimum 300 dysz strumieniowych i rotacyjnych o wartości minimum 8,0 milionów złotych brutto każde.

Na tę czynność 25 stycznia 2010 r. Odwołujący wniósł protest, który Zamawiający oddalił 28 stycznia 2010 r. Od tego rozstrzygnięcia 1 lutego 2010 r. Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy Prawo zamówień publicznych „oraz inne przytoczone w treści protestu i odwołania” i wniósł o: unieważnienie czynności wyboru oferty Przystępującego, unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego, powtórzenie czynności oceny ofert, wykluczenie i odrzucenie oferty złożonej przez Przystępującego oraz wybór oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący następująco uzasadnił swój protest i odwołanie.

W przedmiotowym postępowaniu udział mogli wziąć wykonawcy, którzy posiadają wiedzę i doświadczenie w zakresie projektowania i wykonawstwa obiektów, jakimi są fontanny multimedialne (światło – woda – dźwięk), a warunkiem udziału było wykonanie przynajmniej 2 projektów związanych z budową fontanny multimedialnej o powierzchni min. 1000 m<sup>2</sup> każda, w okresie ostatnich 3 lat przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz realizacja (wykonawstwo) przynajmniej 2 zamówień związanych z wykonaniem fontanny multimedialnej o złożonym

układzie technologicznym (światło – woda – dźwięk) z ilością minimum 300 dysz strumieniowych i rotacyjnych o wartości co najmniej 8,0 milionów brutto każde, w okresie ostatnich 5 lat przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W rozstrzygnięciu protestu Zamawiający wyjaśnił, że termin „powierzchnia fontanny” jest rozumiany jako powierzchnia lustro wody i tak przyjęto w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a nie jako „niecka fontanny”. Tymczasem w załączniku nr 8 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia „Program Funkcjonalno – Użytkowy” pojawia się kilkakrotnie określenie „niecka” i ani razu nie pada sformułowanie „lustro”. Zamawiający nie może dokonywać zmian zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia i warunków udziału w przetargu po jego otwarciu, co czyni twierdząc, że „powierzchnia fontanny” to „lustro wody” – takie postępowanie jest niezgodne z art. 38 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. Poza tym być może w potocznym odbiorze, w przypadku tradycyjnej fontanny wodnej z niecką, można przybliżyć powierzchnię fontanny do niecki pomijając nawet powierzchnię obrzeży, burt, ale np. fontanna sucha nie ma w ogóle powierzchni lustro wody, podobnie nie można w taki sposób przyjąć powierzchni fontann pływających występujących w referencjach Przystępującego.

W swoim wymaganiu wykonania projektu budowlano – wykonawczego fontanny multimedialnej Zamawiający w przypadku Odwołującego się nie uznaje wykonania projektu, ponieważ pozwolenie na budowę zostało wydane na podstawie projektu budowlanego wykonanego przez inną firmę. Ten dodatkowy warunek pozwolenia na budowę dla doświadczeń projektowych nie wynikał z zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia i nie jest stawiany Przystępującemu, który przedstawia doświadczenie w projektowaniu fontann pływających, które nie są konstrukcją budowlaną i nie są wykonywane w oparciu o prawo budowlane, gdyż są to obiekty dostarczane do brzegu i wodowane. Nie można zatem uznać, że są to obiekty odpowiadające swoim rodzajem robotom budowlanym, które są przedmiotem niniejszego zamówienia.

Stwierdzenie, iż Odwołujący powinien był przedstawić zakres i wartość robót przez siebie wykonanych z pominięciem prac pozostałych, czego do czasu rozstrzygnięcia przetargu mimo wezwania Zamawiającego nie dostarczył, różni się od zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz od treści pytań Zamawiającego z okresu rozstrzygania przetargu. W specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający wymaga realizacji (wykonawstwa) przynajmniej 2 zamówień związanych z wykonaniem fontanny multimedialnej, która ma złożony układ technologiczny z ilością min. 300 dysz, i której wartość wynosiła co najmniej 8,0 milionów złotych. Pytania Zamawiającego korespondują ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia i brzmią: Jaki był koszt budowy fontanny na pl. Dąbrowskiego w Łodzi? – pytania z 4 stycznia 2010 r. oraz z dnia 8 stycznia 2010 r.

Odwołujący zwraca uwagę, że wg treści referencji wydanych przez Skanska S.A. „Firma Gutkowski (...) jako Podwykonawca całego zakresu robót dotyczącego fontanny multimedialnej (światło – woda – dźwięk) wykonała ... projekt budowlano-wykonawczy, na podstawie którego nastąpiła realizacja obiektu”, wg treści referencji wydanych przez ZWiK w Łodzi, wartość zadania pn. „Przebudowa Placu Dąbrowskiego wraz z budową fontanny” w Łodzi wyniosła 15 743 000 zł brutto. Na pytanie otrzymane od Zamawiającego o kreślenie kosztu budowy samej fontanny Zarząd Dróg i Transportu w Łodzi określa ten koszt na kwotę 6 719 032 zł brutto. Powstał spór o wartość wykonanej fontanny w Łodzi, podczas gdy wobec wybranego wykonawcy Zamawiający uznaje kwoty dostaw kompletnych fontann pływających, a nie wykonywania robót budowlanych.

Poza tym, zdaniem Zamawiającego, twierdzenie Protestującego, że w omawianej fontannie faktycznie zamontowano 353 sztuki dysz, jest całkowicie niewiarygodne, natomiast Zamawiający w przypadku wybranego wykonawcy daje wiarę niepotwierdzonej żadnymi dokumentami ilości dysz, a w przypadku Odwołującego się odrzuca dane z dokumentów potwierdzających, których wymagał, natomiast przyjmuje dane z własnych źródeł (urzędowych i prywatnych) nie godząc się nawet na ustalenie rozbieżności w sztukach dysz poprzez ich policzenie.

W każdym z czterech spornych wymagań doświadczenia Zamawiający stosuje inną miarę dla Odwołującego i dla Przystępującego.

Odwołujący protestował przeciwko próbie ograniczenia dostępu do wykonania fontanny Odwołującemu, tj. firmie, która należycie wykonała największe w Polsce fontanny multimedialne, gdyż miał świadomość, że określona w wykonanym przez Odwołującego projekcie budowiano – wykonawczym, a następnie przekazywana w mediach informacja o dyszach w ilości 272 szt, może być wykorzystywana do wykluczenia oferenta i odrzucenia oferty pomimo faktycznego zabudowania 353 sztuk dysz.

Zatem podnoszone przez Odwołującego naruszenie przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych jest uzasadnione.

Treść skierowanych do Zarządu Dróg i Transportu (ZDiT) oraz Zakładu Wodociągów i Kanalizacji (ZWiK) w Łodzi pytań nie odpowiada treści wymagań zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W takiej sytuacji trudno oczekiwać właściwej odpowiedzi na pytanie sugerujące, że Zamawiającego interesuje: tylko powierzchnia wody w niecce fontannowej, a nie powierzchnia fontanny multimedialnej, autor projektu budowlanego, na podstawie którego wydane było pozwolenie na budowę, a nie projekt budowlano-wykonawczy związany z budową fontanny multimedialnej, na podstawie którego została zrealizowana fontanna. Zamawiający stawiając powyższy warunek udziału nie ograniczył powierzchni fontanny jedynie do niecki, ponieważ w przypadku fontann multimedialnych zwłaszcza w terenie otwartym bardzo ograniczające jest tworzenie spektaklu związanego z wodą, światłem, dźwiękiem wyłącznie na obszarze niecki fontannowej. Zatem skoro Zamawiający wymagał 1000 m<sup>2</sup> powierzchni fontanny multimedialnej (światło – woda – dźwięk), to nie może następnie przy rozstrzygnięciu i dokonywaniu wyboru zmieniać tego warunku i ograniczać „powierzchni fontanny multimedialnej” wyłącznie do powierzchni wody w niecce fontannowej, gdy światła, głośniki, dysze na fali i na ścianie przelewowej, czerpnie i wyrzutnie powietrza, aneometry, zasilanie fontanny, wejścia do komory technologicznej, itd. znajdują się poza niecką, i nie można twierdzić, że nie należą one do fontanny, ponieważ znajdują się na części suchej fontanny. Tym bardziej, iż Zamawiający zalicza jako wymagane

doświadczenie inne powierzchni, najprawdopodobniej powierzchni platformy, czy pontonu, bo fontanny pływające na rzece Nawa czy na jeziorze olimpijskim w Pekinie w ogóle nie mają niecki.

Treść skierowanych do ZDiT oraz ZWiK w Łodzi pytań nie odpowiada treści wymagań zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i sugeruje, że Zamawiającego interesuje: ilość sztuk dysz faktycznie zamontowanych niezależnie od liczby strumieni poszczególnych dysz, a więc coś innego aniżeli ilość dysz strumieniowych i rotacyjnych, a więc trudno oczekiwać, aby padła odpowiedź potwierdzająca 353 szt. Zgodnie z encyklopedyczną definicją dyszy przytoczoną Zamawiającemu w piśmie z 11 stycznia 2010 r. sugerowanie, że strumieni może być więcej aniżeli dysz, jest wprowadzaniem pytanego w błąd. Faktycznie w dokumentacji budowlano – wykonawczej Odwołującego zespół dyszowy Fali Górnej składający się z kolektora i czterech dysz każda wg rysunku załączonego do drugiego pisma z ZWiK z 14 stycznia 2010 r. został policzony wbrew stanowi faktycznemu jako jedna dysza. W treści tego pisma Zamawiający nie uzyskuje potwierdzenia 272 szt, o które prosił, tylko otrzymuje informację, że rozbieżności co do ilości 353 sztuk wynikają z charakteru dysz, a to oznacza, że liczba 353 sztuk jest także prawidłowa. Ilość 353 sztuk faktycznie zamontowanych dysz można łatwo potwierdzić poprzez fizyczne policzenie wylotów dysz na obiekcie. Projekt budowlany firmy DKT Expert zawierał tylko 109 dysz, projekt budowlano–wykonawczy Odwołującego, wg którego zrealizowana została fontanna, zawierał już 272 sztuki dysz, natomiast ilość dysz faktycznie zamontowanych wynosi 353 sztuki i jest fizycznie policzalna. Poza tym Zamawiający pytał tylko o część zadania – koszt budowy fontanny z wyłączeniem placu, hydroforni, o powierzchni niecki 7x35 m<sup>2</sup>, a nie całego zamówienia związanego z wykonaniem fontanny, otrzymał on ponownie informację z kwotą niepodważalną 15.743.000,00 zł, bo jedyną ustaloną w przetargu publicznym, podaną w referencjach. W tych okolicznościach kwota 6.719.032,00 zł brutto spisana została z podziału umownego dokonanego dla częściowego wynagrodzenia za wykonane elementy robót. Do kwoty tej nie dodano ani prac ziemnych, ani przyłączy fontannowych, ani instalacji nagłośnieniowej, itp., bez których to robót fontanna nie mogłaby

funkcjonować. Nie do przyjęcia jest twierdzenie Zamawiającego, że w zadaniu polegającym na przebudowie placu na fontannę multimedialną za wartość ryczałtową 15.743.000,00 zł możliwe jest dokonanie bezspornego wydzielenia wartości przypisanej samej fontannie multimedialnej, skoro jej elementy i infrastruktura rozmieszczone są na całym placu. Nie do zaakceptowania jest wydzielenie z wartości zadania polegającego na budowie fontanny tylko tej części technologicznej, i to w przypadku Łodzi, a niedokonywanie takiego podziału w przypadku St. Petersburga, Pekinu, New Delhi, czy Wrocławia. Zamawiający nie wyłącza też wartości projektów ww. fontann, kosztów ich transportu, kosztów rozruchu, kosztów serwisu, zarządzania przez 2 lata. Powyższe dowodzi, że wobec Odwołującego nie zachodzą przesłanki określone art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający naruszył też zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych). Ponadto Zamawiający dokonał wyboru oferty z rażącym naruszeniem art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż Przystępujący powinien zostać wykluczony z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, a jego oferta odrzucona zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, czego Zamawiający nie uczynił. Zamawiający w ocenie oferty nie rozstrzyga, które dwie z trzech referencji uznaje jako potwierdzające spełnienie wymagań.

Przystępujący powinien zostać wykluczony również na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, ponieważ:

1. Oświadczenie o nabyciu technologii fontanny Oase wystawione 5 października 2007 r przez niemiecką firmę OSKO dla niemieckiej firmy OASE GmbH informuje, że OASE GmbH wspólnie z OASE Asia Pacific z Singapuru jest w trakcie realizacji lub pomyślnie zakończyła i przekazała fontannę muzyczną Nawa w St. Petersburgu, z opisem 70x70m i wartością 286 mln rubli. Z drugiego oświadczenia z odręcznie napisaną datą 18 grudnia 2009 r. wynika, że OSKO jako wykonawca Fontanny Muzycznej Nawa w St. Petersburgu o powierzchni lustra wody 4900 m<sup>2</sup>, o 431 dyszach i wartości projektu 276 mln rubli potwierdza, że Oase GmbH należycie wykonała projekt tej fontanny w 2006 r.



W pierwszym oświadczeniu brak jest daty nabycia technologii fontanny Oase, w drugim natomiast jest potwierdzenie, że projekt tej fontanny Oase GmbH wykonała w 2006 roku – brak jest jednak daty zakończenia projektu. Otwarcie tej pływającej fontanny miało miejsce 12 czerwca 2006 r. w Dzień Rosji (dane z Internetu), co oznacza, że projektowanie miało miejsce w okresie przed 8 grudnia 2006 r., a więc upłynęły więcej niż 3 lata od daty wszczęcia postępowania. Zatem fontanna Newa w St. Petersburgu nie spełnia warunku doświadczenia dla Oase GmbH ani w projektowaniu, ani w wykonawstwie. Wykonawstwo nie tylko w załączonych referencjach, ale także w wielu innych źródłach przypisywane jest wyłącznie firmie OSKO nie będącej członkiem konsorcjum.

2. Umowa zakupu systemu fontanny dużej (pływającej) jeziora głównego w Olimpijskim Parku Leśnym w Pekinie z 21 października 2007 r. ze sprzedającym Oase GmbH nie precyzuje ani ilości dysz w sztukach, ani powierzchni, ani wartości (pomijając rozbieżność ceny wyrażonej cyfrowo i pisemnie w punkcie 3.1, która zgodnie z punktem 3.2 i 3.3 podlega redukcji) i nie wiadomo, jaka była ostateczna wartość transakcji. Ponadto umowa dotyczy dostawy kompletnego systemu fontanny z instrukcją obsługi do zamontowania na platformie pływającej nie będącej przedmiotem dostawy. Sprzedaż z dostawą nie jest robotami budowlanymi, realizacją budowy, a tym bardziej projektowaniem. Zatem umowa ta nie potwierdza ani doświadczenia w projektowaniu, ani w realizacji budowy fontanny wg wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

3. Oświadczenie o nabyciu technologii fontanny Oase wystawione 5 sierpnia 2007 r. przez Unitech Limited z Nid dla Oase GmbH z Niemiec wspólnie z Oase Asia Pacific z Singapuru informuje, że firmy te są w trakcie realizacji lub pomyślnie zakończyły i przekazały projekty wykonawcze, dostawy i realizacje łącznie 13 instalacji fontannowych w mieście Rahini (7 szt) i mieście Noida (6 szt) za łączną kwotę 2,1 mln euro. Z oświadczenia tego nie wynika, która z trzynastu fontann spełnia wymaganą przez Zamawiającego powierzchnię, ilość dysz czy wartość. Oświadczenie zatem nie potwierdza poziomu doświadczenia Oase GmbH określonego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia ani w projektowaniu, ani w wykonawstwie.

Na rażąco nierówne traktowanie oferentów wskazują wyraźnie stronicze oceny załączonych do oferty dokumentów, które powinny potwierdzać wpisane w tabeli 4a i 4b doświadczenie. Zamawiający nie uznaje faktów zawartych w referencjach Odwołującego i zadaje wystawiającym je inwestorom pytania niezgodne z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia sugerujące inną odpowiedź, aniżeli zawarta w referencjach, natomiast w przypadku wybranego wykonawcy nie zauważa brakujących w dokumentach danych potwierdzających doświadczenie. Zamawiający prosił jedynie Konsorcjum o potwierdzenie, że w przedstawionych dokumentach od dwóch różnych firm i dotyczących różnych obiektów tak samo brzmiące treści oznaczają to, co Zamawiający oczekuje, aby oznaczały, a mianowicie, że słowo „projekt” oznacza dokumentację i wykonanie budowy na podstawie tej dokumentacji, i że ww. projekty zostały zakończone i odebrane przez inwestora. Tymczasem z dokumentów wynika co innego, co Odwołujący wykazał powyżej.

Na podstawie stanu faktycznego ustalonego na podstawie dokumentacji postępowania, treści protestu, jego rozstrzygnięcia, odwołania, przystąpień, a także oświadczeń Stron i Przystępującego oraz dokumentów złożonych podczas rozprawy (Izba wzięła pod uwagę treść wszystkich przedstawionych pism) Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba stwierdziła, iż zarzuty odnoszące się do Przystępującego są niedopuszczalne, zgodnie z art. 184 ust. 1 i 1 a ustawy Prawo zamówień publicznych i podlegają odrzuceniu na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, zatem Izba nie rozpatrywała tych zarzutów.

Zgodnie z częścią III pkt 10.2.2.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia w postępowaniu mogli wziąć udział wykonawcy posiadający wiedzę i doświadczenie, którzy w zakresie projektowania udokumentują, iż

w okresie ostatnich trzech lat przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a jeśli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, należycie wykonali minimum 2 projekty budowlano – wykonawcze związane z budową fontanny multimedialnej (światło – woda – dźwięk) o powierzchni min. 1000 m<sup>2</sup> każda oraz w zakresie wykonawstwa udokumentują, iż w okresie ostatnich pięciu lat przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a jeśli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, należycie zrealizowali minimum 2 zamówienia związane z wykonaniem fontanny multimedialnej o złożonym układzie technologicznym (światło – woda – dźwięk) z ilością minimum 300 dysz strumieniowych i rotacyjnych o wartości minimum 8,0 milionów złotych brutto każde.

W wykazie wykonanych zamówień Odwołujący wskazał dwa zamówienia: budowę fontanny w Parku Szczytnickim we Wrocławiu wraz z opracowaniem dokumentacji projektowej oraz przebudowę Placu Dąbrowskiego wraz z budową fontanny w Łodzi, z których Zamawiający pierwsze uznał za spełniające jego wymagania, natomiast w stosunku do drugiego stwierdził, iż Odwołujący nie wykonał czterech elementów odnoszących się do: wykonania dokumentacji budowlano – wykonawczej, powierzchni fontanny, ilości zamontowanych dysz oraz wartości zamówienia.

W odniesieniu do wykonania projektu budowlano – wykonawczego związanego z budową fontanny Izba stwierdziła, iż Odwołujący wykonał taki projekt, jak określono w warunku.

Przede wszystkim należy zwrócić uwagę, iż Zamawiający nie posłużył się prawidłowymi, pełnymi nazwami „projekt budowlany” i „projekt wykonawczy” użytymi w § 4 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z 2 września 2004 r. *w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno – użytkowego*, lecz określeniem „projekt budowlano – wykonawczy”, które może oznaczać zarówno wykonanie projektu budowlanego i wykonawczego, jak też, zgodnie z przyjętym w praktyce nazewnictwem, wykonanie „projektu budowlanego wykonawczego”. Zgodnie z zasadą, iż nieprawidłowe lub niejasne sformułowanie warunku obciąża

Zamawiającego, Izba przyjęła znaczenie bardziej korzystne dla wykonawcy – Odwołującego, czyli odnoszące się do wykonania samego projektu wykonawczego.

Natomiast określenie „związany z budową fontanny” oznacza, zdaniem Izby, iż wykonawca nie musiał być autorem całego projektu zaplanowanych robót – jeśli obejmowały one zakres szerszy niż wykonanie samej fontanny, lecz wyłącznie w zakresie budowy fontanny.

Izba wzięła pod uwagę zakres prac w niniejszym zamówieniu, który obejmuje m.in. wykonanie dokumentacji projektowej w postaci projektu budowlanego i projektu wykonawczego w zakresie szerszym niż sama technologia fontanny, jednak, jako że praktyka ustalania warunków udziału w postępowaniu pokazuje, że warunki często obejmują zakres węższy niż przedmiot zamówienia, nie przeczy on powyższej interpretacji treści warunku.

Jak ustalono, Odwołujący wykonał projekt wykonawczy technologii fontanny, zatem, biorąc pod uwagę nie do końca sprecyzowany warunek, można uznać ten element za odpowiadający wymaganiu Zamawiającego.

W odniesieniu do wymogu wykazania się powierzchnią fontanny min. 1000 m<sup>2</sup> Izba podzieliła stanowisko Odwołującego, iż, w niniejszym przypadku nie można powierzchni tej fontanny sprowadzić wyłącznie do obszaru zajmowanego przez wodę (czy to jako powierzchnia lustro wody, czy też niecki fontanny), gdyż efekt świetlny tej fontanny w postaci linii świetlnych wbudowanych i wkomponowanych w przestrzeń placu – a „światło” było wyraźnie częścią wymogu Zamawiającego – obejmuje również obszar placu. Z kolei Zamawiający, jak wyraźnie wynika z zacytowanego powyżej warunku, nie zaznaczył w nim, iż powierzchnia ta ma być powierzchnią wody.

W odniesieniu do ilości dysz – z przedstawionych w postępowaniu i podczas rozprawy dokumentów wynika, iż kwestia ilości dysz jest różnie rozumiana – a nazwa ta używana w odmiennych znaczeniach – nawet przez te same podmioty w różnych dokumentach. Świadczą o tym w szczególności pisma Zakładu Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. w Łodzi: list referencyjny z 28

grudnia 2009 r. mówiące o 353 dyszach, pismo z 7 stycznia 2010 r. (272 dysze) oraz pismo wyjaśniające treść obu tych pism z 14 stycznia 2010 r.

W związku z powyższym Izba stwierdziła, iż przesadzająca w niniejszym wypadku powinna być treść listu referencyjnego wystawionego przez Zakład Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. w Łodzi, załączonego do oferty – ze względu na znaczenie tego dokumentu jako składanego w postępowaniu, zgodnie z wymaganiami zawartymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Również nazwa „strumieniowy” jest przez te podmioty używana niezależnie od tego, czy jest to strumień „płaski”, czy też o przekroju „okrągłym.”

Natomiast w odniesieniu do wymagania dotyczącego wartości zamówienia w wysokości 8 mln zł brutto Izba uznała, iż Odwołujący nie wykazał spełnienia tej części warunku.

Przede wszystkim należy stwierdzić, iż, zgodnie z brzmieniem warunku, podana kwota 8.000.000 złotych brutto odnosi się do wartości całego zamówienia, a nie samej fontanny (użyto słowa „każde” – zamówienie, a nie „każda” – fontanna).

Odwołujący wskazał w „Wykazie zamówień”, iż wartość zamówienia wyniosła 15.743.000 zł. Jednak, co jest bezsporne, jest to wartość robót, których wykonanie może sobie przypisać wykonawca, czyli Skanska S.A., a nie Odwołujący, który w przedmiotowym zamówieniu występował w charakterze podwykonawcy i może legitymować się wykonaniem/zrealizowaniem robót na mniejszą kwotę – tę, na którą opiewała jego umowa ze Skanska S.A., a której nie wykazał ani Zamawiającemu, pomimo wezwania o wyjaśnienia i uzupełnienie dokumentów, ani podczas rozprawy przez Izba. (Również w piśmie Skanska S.A. z 15 lutego 2010 r. nie wskazano tej kwoty, gdyż informacja *in fine* dotyczy wyłącznie podziału płatności, a nie kwoty i zakresu prac wykonanych przez Odwołującego). Wymóg Zamawiającego odnosił się do realizacji zamówienia o wskazanej wartości 8 milionów złotych brutto, a Odwołujący nie zrealizował robót o wartości 15.743.000 zł, nawet jeśli w ich wykonaniu uczestniczył.

Skoro więc Odwołujący nie spełnił, a przynajmniej nie wykazał spełniania, jednego z elementów warunku, nie spełnił całego warunku, przy tym, pismem z 8 stycznia 2010 r., był już wzywany o uzupełnienie dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, którego to uzupełnienia nie dokonał. Co prawda bowiem postawione przez Zamawiającego w tym piśmie pytania dotyczące kosztu odnoszą się do fontanny, jednak wezwanie do uzupełnienia zostało skierowane odrębnie (w innym akapicie pisma) i dotyczy uzupełnienia wykazu projektów oraz wykazu realizacji budowy fontann wg wymogów wskazanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Natomiast, jak Izba stwierdziła powyżej, ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz z ogólnych zasad uznawania doświadczenia wykonawców wynika, iż Odwołujący nie mógł przypisać sobie całej wartości zamówienia, którego w całości nie realizował.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 z późn. zm.).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....