

# ODPIS

Sytyl. akr [] Ca I057/0\i

## WYROK

### W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Duia J4 p.judiiii'. im w r.

**Sąd Okręgowy w Szl^tuink Wydział U Cywilny Odwoławczy**

w składzie:

IS-zc wodnic żacy: SsSO A^niei/ka Br. i barek  
Sędziowie: SSO Karina Marczak

SSR dcl. do SO b. Izb i eta Woźniak f spr.y  
Prulukolant: sr. soki, sadowy Dorota Szłøk(i

po rozpoznal ii o na rozprawie w dniu ot.l liii opada 2009 r. w Szczecinie

.1 prawy / odwołania LCM Group Polska Spółki z ugraniczoną fildpuwicdziaLnn.ścią iv  
Warszawie

przy udziale zarnŁwiąjącego Skarbu Państwa Urzędu Morskiego w Szczecinie

o za tu ów lenie publiczne

na skutek skargi wniesionej przez ECM Group Polska Spółkę z ograniczoną

ud po w: -dzi iii no -e i ą w W a rszawie

od o rzeczeni fi Krajowej izby Odwoławczej w WorsziLwie

z (luki 1/ września 2009 r., aygri- Aki KIO 1 i 3S/09

J oddala skarcę;

Jl. zasadza od r ■ fM G nou p Po Iska Sjkd k i z ugraniczo n ą < >dpowi edzi fi I ri o w

Warszawie jii rzecz Skarbu Państwa 1. i/^tln Morskiego w S-iezeeinie kwole J.GiW  
(trzy ly.dące sześćset j złotych tytułem kuŁziow postępowaniaskrugoweg\

II Ca 1057/09

#### UZASADNIENIE:

Zamawiający Urząd Morski w Szczecinie prowadzi postępowanie o udzielenie  
zamówienia publicznego na wykonanie usługi - pełnienie funkcji Inżyniera  
Kontr akru wraz z pełnieniem funkcji nadzoru inwestorskiego na zadaniu  
„Przrhidowa. falochronu wschodniego w Świnoujściu. W pestepŁ3^waniu pięciu

wykonawców złożyło oferty, trzech wykonawców zamawiający wykluczył, cztery oferty odrzucił i jako najkorzystniejszą wybrał ofertę Przedsiębiorstwa Usług Inwestycyjnych „EKO-INWEST” S.A. z siedzibą w Szczecinie [fide] konsorcjum i C [ > \ V T POLSKA Sp. z o.o, z Siedzibą we Wrocławiu L.J. Zmawiający wykluczył z postępowania EGM GROUP POLSKA Sp. z o.o, z siedzibą w Warszawie na podstawie art. 127 ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku prawo zamówień publicznych i uznał ofertę tego wykonawcy za wykluczoną, gdyż podniósł wyjątki do jego wykonawcy o uzupełnienie oferty zgodnie z, wyrażeniem siwz, części 1 pkt 8.2. la, nie wykazał się OI1 doświadczeniem w wykonaniu iu 11 F. i j innej jednej usługi polegającej na pełnieniu nadzoru nad realizacją budowy, remontu lub przebudowy budowli hydrotechnicznej o wartości robót budowlanych brutto nie mniej sześć niż 10 000 000 zł. Zamawiający również podał, że występuje przesłanka do odrzucenia oferty tego wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 prawdy zamówień publicznych, gdyż w złożonych wyjaśnieniach wykonawca nie wykazał w sposób dostateczny, że cena prac nurkowych, w konsekwencji cena oferty jest skalkulowana na podstawie rzeczywistych kosztów i nie jest to cena rażąco niska, wykonawca bowiem pociął w wyjaśnieniu, że „kwota wskazana w formularzu cenowym dotycząca prac nurkowych ... wynika z rozmów prowadzonych z przysięgami wykonawcami usługi”.

Na czynności zamawiającego wykonawcą EGM GROUP POLSKA Spółka z o.o. wniosł protest i wobec jego oddalenia przez zamawiającego wniosł odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej, w którym zarzucił zamawiającemu nieprawidłowy wybór oferty najkorzystniejszej, niezasadne wykluczenie odwołującego z postępowania i niezasadne odrzucenie jego oferty. Podał przede wszystkim, że wykazał doświadczenie zadane w siwz, oraz że zamawiający nie sprecyzował w ogłoszeniu definicji budowli hydrotechnicznej, w szczególności nie zastrzegł, że nie może to być budowla, hydrotechniczna stosowana w inżynierii sanitarnej, ponadto wykonawca podniósł, że nie można usnąć ostry za rażąco niską na podstawie filijw.de jedneń składnika cenowego.

Wyrokiem z dnia 17 września 2009 roku Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła odwołanie EGM GROUP Spółki z o.o.

W uzasadnieniu swego orzeczenia Izba przede wszystkim dokonała analizy wskazanego w pkt 8, 1. siwz warunku doświadczenia oraz przepisów prawa budowlanego w odnośnym stwierdzeniu, czy wykonane przez EGM GROUP inwestycje mogą być zakwalifikowane jako budowle hydrotechniczne i ostatecznie podzieliła stanowiska stron, dodatkowo jednak wskazała, iż nawet jeśli zamawiający nie określił w siwz czy w innych dokumentach, że nabyte doświadczenie ma się odnosić do przedmiotu zamówienia to nie jest uprawnione twierdzenie, że potwierdzeniem doświadczenia może być doświadczenie nabyte w innym obszarze działalności, zwłaszcza wobec takiej różnicy w przedmiocie robót budowlanych: jak morska budowla, hydrotechniczna i stacje uzdatniania wody czy oczyszczalnie ścieków. KIO uznała również za zasadne stanowisko zamawiającego w przedmiocie rażąco niskiej ceny, wskazując, że zaniżenie kosztu pracy nurków przez odwołującego się wynika z nieznaności tematu i z błędnej informacji udzielonej wykonawcy.

Z o raczeniem powyższym nie zgodziła się EGM GROUP POLSKA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością i wniosła od niego skargę, w której zaskarżyła wyrok w całości zarzucając mu;

- 1- naruszenie prawa materialnego przez jego zastosowanie, tj. naruszenie art. 24 Ust. 1 pkt 10 w sw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 PZT poprzez uznanie, że skarżący spełnia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego niezbędnej wiedzy i doświadczenia;
- 2- naruszenie prawa materialnego przez jego zastosowanie, tj. naruszenie art. 24 Ust. 2 pkt 3 poprzez uznanie, iż skarżący podlega wykluczeniu ze względu na to, że

złożył dokument nie potwierdzający warunku udziału w postępowaniu;

3. naruszenie prawa materialnego przez jego błędną interpretację i niewłaściwe zastosowanie, tj. art. 3 ust. 3 ustawy<sup>7</sup> Prawo Budowlane, poprzez wskazanie, iż budowle hydrotechniczne to inne budowle niż oczyszczalnie ścieków i alieje uzdatniania wody;

4. naruszenie prawa materialnego przez jego błędną interpretację i niewłaściwe zastosowanie, tj. § 3 pkt 1 rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 20 kwietnia 2007 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budowle hydrotechniczne i ich urządzenie, poprzez uznanie, iż oczyszczalnie ścieków [stacje uzdatniania wody nie są budowlami hydrotechnicznymi];

5. naruszenie prawa materialnego przez jego zastosowanie, tj. art. 2 pkt 4 poprzez uznanie, że oferta skarżącego podlega odrzuceniu jako zawierająca rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, podczas, gdy oferta skarżącego jest ceną rynkową skalkulowaną i należyta alarmowością i uwzględniająca zysk;  
6. naruszenie prawa materialnego przez jego błędne zastosowanie, tj. naruszenie art. 11 ust. 1 PZV poprzez uznanie, iż zamawiający zasadnie wezwał skarżącego do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny;

7. naruszenie prawa materialnego przez jego błędne zastosowanie, tj. naruszenie art. 2 i 3 ustawy pzp poprzez nieuwzględnienie pod uwagę, iż skarżący przedłożył wyjaśnienia pełne i kompletne, z których wynika, że nie zawierał ofert zawierających rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;

8. naruszenie prawa materialnego przez jego niezastosowanie, tj. naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 I-ZP w ten sposób, że wyrok utrzymuje wybór jako oferty najkorzystniejszej wykonawcy, którego oferta została wybrana sprzecznie z uchwałą I-ZP, a przez to sankcjonowanie czynności zamawiającego, która jest sprzeczna z zasadą równości wykonawców i uczciwej konkurencji.

Skarżący wniosł o:

I. uwzględnienie skargi oraz zmianę zaskarżonego wyroku krajowej Izby

Odwolawczej poprzez uwzględnienie odwołania wykonawcy ECM Group uwzględnienie skargi oraz zmianę zaskarżonego wyroku Krajowej Izby Polska Sp. z o.o. wniesionego w sprawie o sygnaturze akt K10/UZP 134/b9 i nakazanie zaniechania w sprawie;

J. uzniesienia czynności i zmiany ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej;

2. unieważnienia czynności wykluczenia skarżącego;

3. dokonanie powtórnej oferty i wyboru najkorzystniejszej oferty,

B. obciążenie przeciwnika skargi kosztami postępowania przed Sądem

Określonym wg norm prawem przepisanych, w tym kosztami zastępstwa prawnego procesowego oraz kosztami postępowania, w tym zastępstwa prawnego poniesionymi przez skarżącego w postępowaniu przed Krajową izbą Odwoławczą. W uzasadnieniu skarżący przede wszystkim wskazał, że zamawiający w wezwaniu do uzupełnienia dokumentów oraz uzasadnieniu decyzji o wykluczeniu odwołującego i rozstrzygnięciu wniosku dokonał bezprawnej modyfikacji postawionego warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia w nadzorem nad remontem, budową lub przebudową budowli hydrotechnicznych, gdyż w rzeczywistości nie sprecyzowano jak zamawiający rozumie pojęcie budowli

hydrotechnicznej, a w wezwaniu do uzupełnienia zamawiający oświadczył, że chodzi o budowlę hydrotechniczną wg klasyfikacji budowli hydrotechnicznych z

Rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 20 kwietnia 2007 roku w sprawie warunków, - technicznych jakim powinny odpowiadać budowle hydrotechniczne i ich usytuowanie (Dz.U. z 2007 r., nr 86, poz. 579) W rozporządzeniu zaś jedyną klasyfikacją jest Klasyfikacja Głównych Budowli Hydrotechnicznych wśród których nie ma falochronu, mieści się stacja uzdatniania wody Dolej skarżący wskazał, iż jedyną definicją budowli hydrotechnicznej znajduje się we wskazanym powyżej Rozporządzeniu w definicji tej wymieniono przykładowe przez użycie słowa „w tym” urządzenia i instalacje techniczne związane z budowlami hydrotechnicznymi, a nie same budowle hydrotechniczne, dla oceny natomiast czy dana budowla jest budowlą hydrotechniczną służy jej przeznaczenie w zakresie gospodarki wodnej oraz kształtowania zasobów wodnych i korzystania z nich. Ponadto skarżący podniósł, że nawet w przykładowym wycenieniu znajdującym się w § 3 pkt 1 rozporządzenia mieści się szereg urządzeń badających częściami oceanizacji ścieków i smółki uzdatniania wody takich jak wyloty ścieków, pompownie, rurociągi, zbiorniki i pomadKące substancje płynne i półpłynne.

Odnosząc się do zarzutu rażąco niskiej ceny skarżący potkreślił, że nie można uznać ceny za rażąco niską jedynie na podstawie jednego składnika cenowego, niezależnie od tego, czy- chodzi o cenę ryczałtową, czy też kosztorysową, jakkolwiek ta ostatnia nie występuje w niniejszym postępowaniu, orzek powołał się na linie orzecznicze, sądów okręgowych i Krajowej Izby Odwoławczej.

Na rozprawie w dniu 30 listopada 2009 roku przystąpienie po stronie przeciwnika skargi zgłosiło się konsorcjum wykonawców: FUI „EKO-INWEST” S.A. z siedzibą w Szczecinie i COWI POLSKA sp. z o.o. z siedzibą, we Wrocławiu.

Postanowieniem z dnia 30 listopada 2009 roku wydanym na rozprawie Sąd Okręgowy w Szczecinie nie dopuścił do udziału w sprawie w charakterze przystępującego konsorcjum, którego liderem jest FUI 25KG-INWEST S.A..

Sąd Okręgowy zważył, co następuje;

Skarga okazała się nieskuteczna, choć w części zasadna.

Należy wyjaśnić przyczyny niedopuszczenia do udziału w rozprawie przed Sądem Okręgowym w Szczecinie konsorcjum wykonawców: FUI „EKO-INWEST” S.A. oraz COWI POLSKA sp. z o.o. i w tym przedmiocie wskazać, iż

do pisma procesowego datowanego na dzień 28 listopada 2009 roku dołączono zostało pełnomocnictwo Iwo, w którym Przedsiębiorstwo Usług Inżynierskich „EKO-INWEST” S.A., (lider konsorcjum) i COTM P.ŁRKA sp. z o.o. w oparciu o udzielone Liderowi Konsorcjum pełnomocnictwo z prawem ustanawiania dalszych pełnomocników udzieliły pełnomocnictwa Wojciechowi Wołoszynowi do samodzielnego reprezentowania Wykonawców w sprawie postępowania skargowego przed Sądem Okręgowym w Szczecinie toczącego się na skutek skargi KCM Group Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17.04.2009 roku wyg. akt KIO/IZP 113/04 wydanego w sprawie postępowania o udzielenie, zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie zadania „Pełnienie funkcji Inżyniera Inżyniera wraz z nadzorem nadzoru na zadaniu — Przebudowa Falochronu Wschodniego w Świnoujściu, prowadzonego przez Zamawiającego Dyrektora Urzędu Morskiego w Szczecinie i in. W dalszej części określono zakres pełnomocnictwa, Pełnomocnictwo nosi datę 27 listopada 2009 roku i zostało podpisane przez Prezesa Zarządu „EKO-INWEST” S.A. Zdzisława Malinę. Jednocześnie złożona została umowa, o świadczeniu usług doradztwa na rzecz Zleceniodawcy z zakresu zamówień publicznych z

umowy ponadto wynika, że obsługa prawną obejmuje między innymi zastępstwo procesowe w sprawach, w których Zleceniodawca jest stroną. Umowa została zawarta przez Przedsiębiorstwo Usług inwestycyjnych JSKC-UNWES' S.A. z siedzibą w Szczecinie tj. Wojciechem Wołoszyk i podpisana przez Prezesa Zarządu Zdzisława Molentę jako Zleceniodawcą i Wojciecha Wołoszyka jako zleceniobiorcę. Żaby Kfinc zosła tyt akże tyt an alogicznej treści jak cytdwane powyżej umowa stałego zlecenia i pełnomocnictwo dotyczące Joanny Małasiewicz. Jednocześnie z odpisu z Krajowego Rejestru Radowego prowadzonego przez XV3T Wydział Gospodarczy Radu Kejonowego w Szczecinie nr 0000U51374 wynika, że Zdzisław Molenta jako Prezes Zarządu JSKC uprawniony do jednoosobowej reprezentacji spółki Przedsiębiorstwo Usług Inwestycyjnych „EKG - INWERT”. Ponadto załączono także pełnomocnictwo z dnia 29 listopada 2003 roku, w którym COWI Polska S.A. z siedzibą we Wrocławiu upoważniła lidera konsorcjum EKO - li WEST S.A. z siedzibą w Szczecinie tj. naprzemianowania Konsorcjum w postępowaniu przetargowym, w tym do

reprezentacji przed Sądem Okręgowym w Szczecinie we wszelkich

postępowaniach wywołanych wniesieniem skargi przez Konsorcjum bądź przez innych uczestników postępowania. Jako udzielający pełnomocnictwa pod dokumentem podpisał się Prezes Zarządu COWI Polska sp. z o.o. Jacek Jędrus, a

jako przyjmujący pełnomocnictwo podpis złożył Prezes Zarządu „EKO INWEST”

5. A. ■■ Zdzisław Małenki. Jednocześnie z odpisu z Krajowego Rejestru Sądowego prowadzonego przez Sąd Rejonowy dla Wrocławia - Fabrycznej we Wrocławiu VI Wydział Gospodarczy pod numerem 00302R7737 wynika, że Jacek Jędrus jako Prezes Zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością COWI Polska jest uprawniony do jednoosobowej reprezentacji.

Z art. 94 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku o piwn zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., nr 223, poz. 1655) wynika, że w sprawie o powołaniu i odwołaniu się do skutku wniesienia skargi stosuje się odpowiednio przepisy ustawy<sup>7</sup> z dnia 17 listopada 1964 roku Kodeks postępowania cywilnego o apelacji. Z kolei; z art. 391 § 1 kpc wynika, że jeżeli nie ma szczególnych przepisów o postępowaniu przed sądem drugiej instancji, do postępowania o apelacji stosuje się odpowiednio przepisy o postępowaniu przed Sądem pierwszej instancji. Kwestia pełnomocnictwa nie jest szczególnie uregulowana przez przepisy o postępowaniu przed sądem drugiej instancji, a więc za alokowanie znajduje art. 87 kpc, który w § 1 stanowi, że pełnomocnikiem może być adwokat lub radca prawny, a ponadto osoba sprawująca zarząd majątkiem lub innej strony oraz osoba pozostająca ze stroną w stałym stosunku zlecenia, jeżeli przedmiot sprawy wchodzi w zakres tego polecenia f...], z § 2 zaś wynika, iż pełnomocnikiem osoby prawnej lub przedsiębiorcy, w tym nie posiadającego osobowości prawnej, może być również pracownik tej jednostki albo jej organu nadzoru. § 2 w zdaniu 2 stanowi, że osoba prawna prowadząca, na podstawie odrębnych przepisów<sup>7</sup>, obsługuje prawną przedsiębiorcy, osoby prawnej lub innej jednostki organizacyjnej może udzielić pełnomocnictwa procesowego - w imieniu podmiotu, którego obsługę prawną prowadzi - adwokatowi lub radcy<sup>7</sup> prawnemu, jeżeli została do tego upoważniona przez ten podmiot. Powyższy przepis więc w sposób jednoznaczny i zupełny określa krąg osób, które mogą być pełnomocnikami procesowymi. Z treści cytowanego przepisu wynika, iż bez względu na to, czy pełnomocnikiem ma być profesjonalista: adwokat lub radca prawny, czy też pracownik, bądź osoba pozostająca, w stałym stosunku zlecenia, zawieszona jest to osoba fizyczna. Przepisy kpc nie przewidują bowiem możliwości reprezentowania przed sądem przez osobę prawną, nawet ze zdania 2 § 2 art. 87 kpc wynika, że także w sytuacji, gdy osoba prawna prowadzi obsługę prawną innej osoby prawnej, przedsiębiorcy lub innej jednostki organizacyjnej pełnomocnictwa może udzielić adwokatowi lub radcy prawnemu. Tym samym w niniejszej sprawie osoby, które łączy ze spółką „EKO - li WEST” S.A. umowa stałego zlecenia, której przedmiotem jest obsługa prawna w zakresie kompleksowego doradztwa z zakresu prawa zamówień publicznych mogą reprezentować przed Sądem jedynie ten podmiot,

jednak z przedłożonych przez Joannę Młasięwicz i Wojciecha Whiówzykri jednoznacznie wynika, te mieliby także reprezentować nie tylko FU"l ^EKO - INWEST" S.A., lecz mkże CUWI POLSKA spółkę z o.o. Nie można bowiem uznać za skuteczne w postępowaniu przed Sadem uznmi? pełnomocnictwa udzielonego przez COWI POLSKA cp. z o. (t dla FU 1 „EKG - IN WEST" 3 .A. w dniu 2li listopada 2009 roku, jako że pełnomocnictwo to zostało udzielone nie dla osoby fizycznej, a dla osoby prawnej.

Odnosząc się Jo zarzutów skargi na wstępie godzi się zauważyć, że przepisy wymienione w zarzutach 1.2, 5, E?... i 3 nie są przepisami prawa materialnego, a przepisami regulującymi postępowanie w sprawach o udzielenie zamówienia publicznego, czyli przepisami procesowymi, tym samym nieuprawnione jest twierdzenie o naruszeniu prawa nialerajnego. Zarzuty/skargi w swej istocie dotyczą dwtx:h kwestii: zasadności oceny sj>chnienia warunku udziału w postępowaniu o jakim mowa w pkt £3,1.1 Siwz oraz mrzutu rażąco niskiej ceny.

Rozważania dotyczące pierwszej ZC wskazanych powyżej kwei-dii rozpocząć należy od przytoczenia spornego warunku, w którym zamawiaj a ty wskazał, że waru tikiem udziału w postępowani u jest posiadanie przez wykonawców niezłédnego doświadczeniu, polegającego na wykonaniu w okresie ostatnich trzech lat przed wszczęciem postępowania o udzielenie, zamówienia, a jeżeli prowadzenia działalności je si krótszy ■ w tym okresie co najmniej jednej usługi, której przedmiotem było pełnienie funkcji inżyniera Kontra.nu, Inżyniera Rezydenta lub Kierownika hrojektu w ramach kontraktu związanego z realizacją inwestycji w zakresie budowy lub przebudowy budowli lub obiektu budowlanego, ^jodnic z arr.3 ustawy z dnia 7 iipca roku Prawo budowlane, o warLotwii robót budowlanych biur to minimum

15 000 0Q0 z. nad ki ÓTymi pełniony był nadzór oraz no najmniej jednej usługi, której przedmiotem było pełnienie nadzoru inwestorskiego nad realizacją remont u, budowy lub ^irzcbudowy budowli hydrotechnicznej, o wartości robót budowlanych brutto nie mniejszej niż 10 000 000 zł, jednocześnie wykonawcy zostali zobowiązani do złożenia wykazu, wykonanych usług zawierającego informacje określenie w- siwz sporządzonego według wzoru stanowiącego załącznik nr 4 iDW isiwz pkt 3.hi lit. a), ECM Group Polska ap. z o. o. w złożonym wy.sazie wykonanych usług w- skaza ta, że wykonywała nadzór w czasie wykonywania robót budowlanych polegających na: mmiLTnizacji Zakładu Uzdantniania Wody Pitnej - gospodarka osadami dla MPWiK w Rzeszowie sp. z o.o., modernizacji Zakładu Lk.cb.l.Ttania Wody Pitnej - Technologia Uzdantniania Wody, modernizacji Oczyszczalni Ścieków Radocia J1 i bu d rwy kolektora JJobret dla ninsrfl Sosnowiec, rozbudowie Oczyszczalni Ścieków wraz z budową sieci leanalissacyjncj w Gminie Siarę Babico, W ocenie zamawiającego żadna z powyżej wymienionych budowli nie jest budowlą hydrotechniczną, i nic woniała spełniona druga część warunku. Dokonując oceny stanowisk stron należy sięgnąć przecie w'szystkim do podstawow'ego aktu prawnego w' tym przedmiocie, czyli do ustawy z dnia ? Sipca J-3-?4 roku prawo budowlane (Dz. U z 2006 roku, nr 156. poz. J I I S), który w art. 3 zawierającym definicje ustawowe w uaL. 3 stanowi, że řckroć w ustawie jest mowa o budowli - należy przez to rozumieć każdy obiekt budowlany me będący budynkiem lub obiektem malej architektury, jak: lotnisfca, drogi, lme kolejowe, inoacy, wiudulrty, estakady, tunele, pizepuaty, giecż l echnicxne, wolne stojące maszty antenowe, wolno stojące trwale związane z gruntem urządzenia reklamowe, budowle ziemne, obronne (fortyfikacje!, ochronne, hydrotechniczne, zbiorniki, wolno stojące instalacje przemysłowe lub urządzenia techniczne, oczyszczalnie ścieków, składowiska odpadów, stacje uzdatniania wody, konstrukcje oporowe, nadziemne i podziemne przejścia dla pieszych, sieci uzbrojenia, terenu, budowle sportowe, cmontarze, pomniki, a także czyści budowlane urządzeń technicznych ^kotłów, pieców przemysłowych, elektrowni wiatrowych i innych urządzeń) ora2 fundamenty pod maszyny i urządzenia, jako odrębne pod względem technicznym części przedmiotów składających się na całość użytkową. W powyższej definicji budowle tydroUrchniezne, oczyszczalnie ścieków i stacje uzdatniania wody zostały wymienione po przecinku, co oznacza, że na pewno wszystkie one są budowlami w rozumieniu prawa budowlanego. W ocenie Sądu Okręgowego wniosek

jaki wyprowadzą zamawiający, że skoro w całości omawiane budowle zostały wymienione po przecinku, to są to pojęcia wykluczające się, jest zbyt daleko idący, bowiem podstawową funkcją omawianej definicji jest odróżnienie budowli od budynku lub obiektu małej architektury. Wymienienie budowli stanowi natomiast katalog przykładowy i zawiera zbiory wieloelementowe jak: budowle ziemne, budowle sportowe, cmentarze, oczyszczalnie ścieków jak i elementy pojedyncze wchodzące w skład wieloelementowych jak: pomniki, przepusty, zbiorniki. Tym samym podstawowy akt prawny zawierający przepisy materialne jakim jest prawo budowlane nie zawiera legalnej definicji budowli hydrotechnicznej.

Nic może także odnieść skutku powoływanie się przez zamawiającego na załącznik do ustawy prawo budowlane - kategorie obiektów budowlanych, gdyż jak słusznie wskazał w uzasadnieniu swego orzeczenia KIO całem stworzenia tego załącznika było zaliczenie poszczególnych obiektów budowlanych do konkretnych kategorii. W celu przypisania im współczynników: kategorii obiektu i wielkości obiektu,

Nic przesądza także w sposób jednoznaczny o porządku przywoływana przez skarżącego definicja budowli hydrotechnicznej zawarta w Rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 20 kwietnia 2007 roku w sprawie warunków technicznych jakim powinny odpowiadać budowle hydrotechniczne i ich usytuowanie (Dz.U. nr 16, poz. 296, z późn. zm.). Rozpoczął więc to w § 3 lit. 1 stanowi, iż ilekroć w niniejszym rozporządzeniu jest mowa o

budowli hydrotechnicznej - rozumie się przez to budowle wraz z urządzeniami i instalacjami i związanymi z nimi urządzeniami, służące gospodarce wodnej oraz kształtowaniu zasobów wodnych i korzystaniu z nich, w tym: zapory ziemne i betonowe, zbiorniki, budowle upustowe i przelewami i spustami, przepusty wałowe i młyny, śluzy żeglowne, budowle przeciwpowodziowe, siłownie i elektrownie wodne, ujęcia śródłódowych wód powierzchniowych, wyloty ścieków, czysze zbiorników wodnych w-raz z zbozami i skarpami, pompownie, kanały, sztolnie, rurociągi hydrotechniczne, syfony, lewary, akwedukty, budowle regulacyjne na rzekach i potokach, progi, grodzie, nadpoziomowe zbiorniki gromadzące substancje płynne i półpłynne. baseny, zimowiska, pirsy, mosty, pomosty, nabrzeża, bulwary, pochylne i falochrony na wodach śródłódowych, przepławki dla ryb. W definicji tej wskazana jest podstawowa funkcja budowli hydrotechnicznej polegająca na służeniu gospodarce wodnej oraz kształtowaniu zasobów wodnych i korzystaniu z nich, jednak w wyliczeniu zawartym w definicji, które jest również wyliczeniem przykładowym nie znalazły się ani oczyszczalnie ścieków, ani budowle uzdatniania wody. Jako że obie te kategorie budowli niewątpliwie służą gospodarce wodnej i korzystaniu z zasobów wodnych, to za Uprawnione należy uważać budowle zaliczające się do kategorii budowli hydrotechnicznych w świetle definicji zawartej w omawianym rozporządzeniu tym bardziej, że w przykładowym katalogu budowli hydrotechnicznych znalazły się także poszczególne elementy zarówno oczyszczalni ścieków jak i Stacji Uzdatniania wody takie jak choćby: wyloty ścieków, czysze zbiorników wodnych. Tym samym na granicę rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 20 kwietnia 2007 roku, można by było zaliczyć obiekty wskazane w załączniku - informacji dla wykonawców odnośnie doświadczenia przez ECM Group Polska do budowli hydrotechnicznych,

Z powyżej przytoczonego wynika jednoznacznie o tym, że zaliczenie obiektów wskazanych przez skarżącego do kategorii budowli hydrotechnicznych jednoznacznie wynika, że rysuje się tu wątpliwość, Wątpliwość ta dotyczy w swej istocie sformułowania siwz. Nic możemy zapominać, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego to zamawiający jest uczestnikiem siwz, co oznacza że to zamawiający ma wpływ na treść warunku doświadczenia wskazanego w siwz. Tu zamawiający zatem powinien ponosić konsekwencje użycia w treści warunku zawartego w siwz wątpliwych sformułowań. Przenosząc powyższe na grunt rozpoznawanej sprawy wskazać należy, że wykonawca zapoznając się z treścią omawianego warunku mógł zrozumieć go tak jak to uczynił skarżący uznając, że posiada wymagane warunkiem doświadczenie.

Ponadto godzi się w tym miejscu podkreślić, że najprawdopodobniej słusznie KIO odczytała intencje zamawiającego wskazując, że doświadczenie nabyli: przez skarżącego zostało nabite na innym obszarze działalności budowlanej aniżeli przedmiot zamówienia. Jednak zamawiający formułując warunek w żaden sposób nie powiązał nabytego doświadczenia z przedmiotem zamówienia, nie wskazał także, że wymagane doświadczenie powinno dotyczyć budowy morskich. Jeszcze raz podkreślić tu należy fakt, że to zamawiający powinien był sformułować warunek udziału w postępowaniu w taki sposób, aby w postępowaniu nie wzięli udziału wykonawcy, którzy nie mają doświadczenia, o jakie chodziło zamawiającemu.

Wolier powyższego umać należało, że niezawinienie Urząd Morski w Szczecinie wykluczył z postępowania o udzielenie zabezpieczenia ECM Group Polska sp. z o.o. na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 prawa zamówień publicznych. Pomimo tego jednak skarga nie podlegała uwzględnieniu, gdyż z art. 24 ust. 4 prawa zamówień publicznych wynika, że ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą, tym samym jeżeli wykonawca został wykluczony a zaistniały podstawy do odrzucenia oferty, nie ma potrzeby jej odrzucania niejako po raz drugi. Koniecznym jest jednak wskazanie przyczyny odrzucenia oferty, jeżeli taka przyczyna poza przyczyną powodującą wykluczenie wykonawcy także zaistniała. Niewskazanie takiej przyczyny skutkowałoby bowiem oceną skuteczności odrzucenia oferty sytuacji, gdy wykluczenie wykonawcy okazałoby się niezasadne. W niniejszej sprawie Urząd Morski w Szczecinie w uzasadnieniu wyboru oferty z dnia 16 lipca 2009 roku wskazał, że oferta ECM Group Polska sp. z o.o. została przez niego wykluczona, jako że nie: uznał spełnienia warunku doświadczenia, jednocześnie jednak zamawiający stwierdził, że wystąpiła również przesłanka odrzucenia oferty wykonawcy na podstawie art. 29 ust. 1 pkt d ustawy, odnosząc się bowiem do wyjaśnienia dotyczącego kalkulacji kosztów prac nurkowych, zamawiający stwierdził, że wykonawca nie wykazał w swym wyjaśnieniu w sposób dostateczny, że cena prac nurkowych, a w konsekwencji cena ofertowa za realizację całego zamówienia jest zbyt niska. Zamawiający nie uwzględnił wyjaśnienia wykonawcy, w którym wskazał on, że Irwota wskazana w formularzu cenowym dotycząca robót nurkowych wynika z rozmów prowadzonych z przyszłymi wykonawcami usługi.

Rozważania dotyczące rażąco niskiej ceny rozpocząć należy od przytoczenia treści art. 89 ust. 1 pkt 4 prawa zamówień publicznych, który stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Jednocześnie w ustawie brakuje bliższych określeń, z których wynikałoby w jaki sposób należy rozumieć pojęcie rażąco niskiej ceny. Jedyną wskazówką interpretacyjną jest obowiązek odniesienia analizowanej ceny do przedmiotu zamówienia. Podobne stanowisko jest prezentowane w literaturze przedmiotu przez Włodzimierza Dzierżanowskiego który w swoim do prawa zamówień publicznych wypowiedział się, że dokonując badania ofert, zamawiający w celu ustalenia, czy nie ma do czynienia z ceną rażąco niską, powinien cenę zaproponowaną w ofercie w pierwszej kolejności odnieść do wartości przez siebie wartości zamówienia, uwzględniając różnicę spowodowaną zawarciem w cenie kwoty podatku VAT, wynika to wprost z brzmienia przepisu ust. 1 pkt 4, zgodnie z którym cenna odnosi się do przedmiotu zamówienia. Dzierżanowski Włodzimierz, Jerzykowski Jarosław, Stachowiak Małgorzata, Komentarz do art. 89 ust. 1 pkt 4 Prawa zamówień publicznych LEX, 2007, wyd. KTJ.

Oczywistym jest także, że zamawiający nie może odrzucić oferty wykonawcy z powodu rażąco niskiej ceny, jeżeli nie zostanie wszczęty tryb postępowania o jakim mowa w art. 90 ust. 1 do 3 prawa zamówień publicznych, Tym samym jeżeli zamawiający powołał wątpliwość co do tego czy oferta zawiera rażąco niską cenę, to powinien zwrócić się do wykonawcy o złożenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. W doktrynie przedmiotu podnosi się, że brak jest jakichś ustaleń, jaka różnica wskazuje na możliwość zaoferowania ceny rażąco niskiej, w tym zakresie Sąd Okręgowy podziela stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w wyroku z dnia 23 grudnia 2008 roku w sprawie o sygn. akt KIO/UPZ L 443/08 w którym Izba odwołała się do stanowiska doktryny

wkkrJKujaj-rjo na doświadczeni a państw Unii Europejskiej, gdzie istnieje obowiązek wszczęcia procedury wyjaśniającej elementów cenowych oferty, gdy oferta odbiega o 10% od średniej et-ny grypy ofert o zbliżonych cenach, względnie o 20% od wartości szacunkowej zamówienia. W niniejszej sprawie oferta ECM Group Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, w Warszawie w kwocie t.brd.oAO zł (LiruHol jest ponad 10% niższa niż kolejnej oferty złożonej przez konsorcjum Phi Grup Helska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu i Jarosława Liokulusa - Uglugi inweEiycęjric „Konsuli - Bud\* w kwocie 1.91 5,442.35 zł [brutto).

<sup>9</sup> także [i ponad 20% niższą o szacunkowej wartości zamówienia, która początkowo została określana na 4.500,990 zł, zaś bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający podał, że zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, w wysokości 5.490.000 zł. Tym samym zamawiający zasadnie powziął wątpliwości co tego, że zaoferowana przez ECM Group Polska cena może być -rażąco niska i zwrócił się do lego wykonawcy o udzielenie wyjaśnień dotyczących pozycji kosztowej - prace nurkowe. Zwracając się w piśmie z dnia 26 czerwca 2004 roku o udzielenie wyjaśnień zamawiający przypomniał, że pozycja ta powinna obejmować koszt zatrudnienia w całości Inżyniera Kontraktu tzw. Zespołu nurkowego [kierownik robót nurkowych i 2 nurków] barką nurkował do kontroli prac podwodnych przed i podczas realizacji kontraktu, zgodnie z pkt 22.1 ID W, prace nurkowe wymagać będą 356 dniówk, co odpowiada ok. 2850 maszynogpcksin, Zamawiający ponadto wskazał, że koszt obsługi nurkowej jest kosztem znaczącym dla ceny oferty, natomiast kwotę przeznaczoną przez wykonawcę na ten element usługi, odbiega w sposób rażący od średnich cen rynkowych, zamawiający także wskazał, że dniówka pracy ekipy nurkowej ECM Group Polska to 421,24 zł, podczas gdy wg niego koszt pruty takiej ekipy spełniającej wymogi Rozporządzeń i u Ministra Infrastruktury z dnia 19 maja 2004 w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy przy wykonywaniu prac podwodnych jest wielokrotnie wyższy niż podane przez wykonawcę kwoty.

W odpowiedzi na powyższe ECM Group Polska oświadczyła, że cena ofertowa umożliwia realizację przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami SIWZ i obowiązującym prawem, wykonawcą przewidział i oszacował całość zamówienia wraz z wymaganymi robotami nurkowymi, kwota wskazana w formularzu, a dotycząca prac nurkowych wynika, z podziału kosztów poniesionych podczas wykonania całości zamówienia i wynika z rozmów prowadzonych z przyszłymi wykonawcami usług. Jednocześnie skarżący wskazał, że zgodnie z orzecznictwem KTO pojedyncze części ceny ryczałtowej wskazanej w formularzu oferty nie mogą być podstawą do uznania jej za rażąco niską. W ocenie Sądu Okręgowego zamawiający zasadnie tiręnił powyższe wyjaśnienie jako niewyjątkujące i potwierdzające, że oferta ECM Group Polska zawiera rażąco niską cenę, powołując się jedynie na „przeprowadzone rozmowy z przyszłymi wykonawcami” bez przedstawienia choćby oferty tychże nie może być uznane za wystarczające. Właściwie także zamawiający zażądał wyjaśnień dotyczących tego jednego elementu ceny, skoro jak wynika z art.90 ust. 1 wyjaśniania, mają dotyczyć elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, Wbrew odmiennemu stanowisku skarżącego oferta bCW nie została

odrzucona z powodu niskiej wartości pojedynczego elementu ceny, a powodu rażąco niskiej całości oferty. Przy czym największy wpływ na uczynienie ceny w całości rażąco niską miało zaniżenie kosztu prac ekipy nurkowej. Skoro bowiem stawka godzinowa innych wykonawców kształtuje się pomiędzy 300 a 3-11 zł, jedna oferta zawiera stawkę S+b zł, to stawka podana przez ECM, m. wynikająca z pisma spółki z 0. u. PRO AK to 31,93 zł. nie sposób uznać tej stawki za nietaniżoną. Słusznie zamawiający podkreślił (akie, że stawki skarżącego odbiegają, także znacznie od stawek zaproponowanych przez wykonawców biorących udział w równoległym prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie [lania polegającego na wybudowaniu falochronu. Jednym z elementów bowiem jednego i drugiego zamówienia są bowiem prace nurkowe, słusznie zatem zamawiający dokonując porównania tego składnika oferty sięgnął do danych wskazanych przez Ozes i ników równoległym prowadzonym postępowaniem i opowiadającym.

Właściwie także Krajowa Izba Odwoławcza oceniła przedstawioną przez RCM

na rozprawie ofertę wystawioną przez firmę PRO AR sp. z o. o, z siedzibą w Warszawie w której zawarło oświadczenie, że prezesa spółki, że szacuje wykonanie wskazanego zakresu prac nurkowych dla zadania będącego przedmiotem zamówienia na kwotę 1.800.000 zł bez podatku VAT, tym bardziej, że odwołujący wyjaśnił, że wskazana spółka nie jest podwykonawcą w złożonej przez niego ofercie, Tym samym nie sposób jest przyjąć, że skarżący w jakikolwiek sposób zapewnił możliwość wykonania prac nurkowych po wskazanych przez niego kosztach. Ponadto z lektury przedłożonej przez skarżącego także na rozprawie przed Sądem w dniu 30 listopada 2012 roku pisma PRGAK sp. z o.o. zatytułowanego „Oferta” wynika także, że „niniejsza oferta będzie podlegała negocjacjom przed podpisaniem umowy na wykonanie”. Tym samym nie można w żaden sposób pisma tego uznać za ofertę w rozumieniu art. 633 kodeksu cywilnego. Ani nawet za zapewnienie wykonania usługi za cenę wskazaną w piśmie, skoro będzie ona podlegała negocjacjom,

W konsekwencji pisma niżej cytowanego oferta ECM ZOSTAŁA uznana za podlegającą odrzuceniu z powodu rażąco niskiej ceny, czyli nierealnej, nie pozwalającej na realizację zamówienia z należytą starannością, wskazującą na niemożność realizacji zamówienia poniżej kosztów własnych wykonawcy i nie pozwalającej na wygenerowanie przez niego zysku. Nie zasługują na aprobatę także wyjaśnienia skarżącego złożone na rozprawie przed Sądem co do tego. Że na koszt prac nurkowych będzie mógł dokonać przemieszczenia z innych pozycji, takie oświadczenie bowiem wskazuje na błędną kalkulację ceny oferty, poznała także pozycja została przez skarżącego także określona na bardzo niskim poziomie w porównaniu z pozostałymi ofertami. Cena kalkulowana z należytą starannością bowiem powinna dawać wykonawcy możliwość realizacji zamówienia po kosztach i w sposób określony w ofercie. Nie sposób jest, uważać, że racjonalnie rozumujący wykonawca już na etapie kalkulowania oferty zakłada konieczność dokonywania przesunięć pomiędzy poszczególnymi elementami kalkulacji cenowej.

Mając powyżej przedstawione względy na uwadze Sąd Okręgowy na podstawie art. 363 kpc od dał skargę jako niezasadną.

Orzeczenie o kosztach zapadło na podstawie art. 91 § 1 kpc w zw. z art. 363 § 1 kpc, który statuuje zasadę odpowiedzialności za wynik procesu. Wysokość wydatków ogrodożenia należnego dla pełnomocnika zamawiającego ustalona została na podstawie art. 6 ust. 7 w zw. z art. 12 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 23 września 2002 roku w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz potęgowania przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego urzędu (Dz. U. nr 1349 ze zm.).

Mając powyżej przedstawione względy na uwadze Sąd Okręgowy na podstawie art. 363 kpc od dał skargę jako niezasadną.

**Za**