

Sygn. akt XII Ga 423/08 „

$\downarrow_v > \bullet \bullet S-$

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 23 stycznia 2009 roku

Sąd Okręgowy w Gdańsku XII Wydział Gospodarczy Odwoławczy

w składzie:

Przewodniczący: S.S.O. Jolanta Safader-Skwarlińska

Sędziowie : S.S.O. Dariusz Janiszewski

S.S.O. Bożena Kachnowicz-Kokot (spr.)

Protokolant apl. rade. Andrzej Kołodziejczyk

po rozpoznaniu w dniu 9 stycznia 2009 roku w Gdańsku

na rozprawie

sprawy ze skargi: Korporacji Budowlanej „DORACO” spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku

przeciwko: Gminie Miasta Sopot - Zakładowi Komunalnemu w Sopocie Zarząd Dróg i Zieleni w Sopocie

przy udziale: Konsorcjum Firm Hydrobudowa spółka akcyjna z siedzibą w Gdańsku i Przedsiębiorstwo Robót Czerpalnych i Podwodnych spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Gdańsku

o zamówienie publiczne

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie

z dnia 5 listopada 2008 roku sygn. akt KIO/UZP 1138/08, KIO/UZP 1239/08

1. oddala skargę;

2. zasądza od Korporacji Budowlanej „DORACO” spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku na rzecz Gminy Miasta Sopot - Zakład Komunalny w Sopocie Zarząd Dróg i Zieleni w Sopocie kwotę 1.200,00 (jeden tysiąc dwieście) złotych tytułem kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu odwoławczym.

Krcnc

Sygn. akt XII Ga 432/08

Uzasadnienie

Zamawiający, Gmina Miasto Sopot, w imieniu której działa Zakład Komunalny w Sopocie Zarząd Dróg i Zieleni w Sopocie, prowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego na wykonanie zadania inwestycyjnego pod nazwą „*Wyprowadzenie wód potoków sopockich w głąb Zatoki Gdańskiej - wykonanie układu A i B.*” Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod poz. 2008/S 121-161403 w dniu 25 czerwca 2008 r.

W toku postępowania zostały złożone dwie oferty. W dniu 11 sierpnia 2008 r. zamawiający dokonał otwarcia ofert, a następnie w dniu 12 września 2008 r. powiadomił wykonawców o ocenie ofert i wyborze oferty najkorzystniejszej tj. złożonej przez Korporację Budowlaną Doraco Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku (zwaną dalej KB Doraco).

Drugi z oferentów - Konsorcjum firm: Hydrobudowa S.A. z siedzibą w Gdańsku i Przedsiębiorstwa Robót Czerpalnych i Podwodnych Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku (zwane dalej Konsorcjum Hydrobudowa) złożył protest na czynność wyrobu najkorzystniejszej oferty, zarzucając, że wykonawca nie spełnia warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale 10 pkt 1 ppkt 1.2.4.5 siwz.

Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (rozdz. 10 siwz) opisał warunki udziału w postępowaniu oraz sposób dokonywania oceny spełniania tych warunków. W pkt 1 wskazał, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponują potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do prawidłowego i kompletnego wykonania zamówienia. W szczególności wykonawca musi spełniać m. in. warunek polegający na wskazaniu osoby kierownika robót podwodnych (ppkt 1.2.4.5 siwz) posiadającego:

- uprawnienia do prowadzenia prac podwodnych - dyplom kierownika prac podwodnych II klasy,
- co najmniej 5 - letnie doświadczenie zawodowe w kierowaniu zespołem ludzi i prowadzeniu prac podwodnych,
- doświadczenie zdobyte przy wykonaniu, co najmniej dwóch robót budowlanych polegających na ułożeniu rurociągów min. DN1000 pod wodą, odpowiadających swoim rodzajem i zakresem robotom stanowiącym element przedmiotu zamówienia wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych i doświadczenia, niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych czynności.

Wybrany przez Zamawiającego wykonawca (KB Doraco) - wskazał jako osobę uczestniczącą w wykonaniu zamówienia na stanowisku kierownika robót podwodnych, p. Jarosława Mglowskiego, który w ocenie Protestującego (Konsorcjum Hydrobudowa) nie spełniał jednak warunków określonych w siwz, tj. posiadania uprawnień do prowadzenia prac podwodnych (dyplom kierownika prac podwodnych II klasy), co najmniej 5 - letniego doświadczenia zawodowego w kierowaniu zespołem ludzi i prowadzeniu prac podwodnych oraz doświadczenia zdobytego przy wykonaniu co najmniej 2 (dwóch) robót budowlanych polegających na ułożeniu rurociągów min. DNI000 pod wodą, odpowiadających swoim rodzajem i zakresem robotom stanowiącym element przedmiotu tego zamówienia.

Wykonawca, w ocenie Protestującego (Konsorcjum Hydrobudowa) złożył, więc nieprawdziwe informacje w celu potwierdzenia doświadczenia posiadanego przez zastępcę kierownika robót w zakresie robót polegających na ułożeniu rurociągów. Z uwagi na powyższe Protestujący podniósł zarzut, iż wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania, a zaś złożona oferta podlega odrzuceniu.

Zdaniem Protestującego uzupełnienie natomiast wykazu osób przez KB Doraco o nową osobę p. Rolanda Szyńca zaproponowanego w miejsce p. Jarosława Mglowskiego, jako kierownika robót podwodnych, stanowiło niedopuszczalną zmianę treści oferty.

Protestujący zarzucił ponadto wybranemu przez Zamawiającego wykonawcy nierzetelność informacji, co do przeciętnego stanu zatrudnienia (wymóg wynikający z rozdz. 10 pkt 1 ppkt 1.2.3 siwz) w okresie ostatnich trzech lat, wynoszącego zgodnie z siwz minimum 45 pracowników.

Protestujący wskazał ostatecznie na naruszenie przez Zamawiającego przepisów art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 10 oraz art. 44. art. 24 ust. 2 pkt 2 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 1. 2 i 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U z 2007 r. Nr 223. poz. 1655 z późn. zm.), zwanej dalej „P.z.p.” oraz innych wymienionych w treści protestu.

Protestujący (Konsorcjum Hydrobudowa) wniósł o uchylenie decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty, wykluczenie wybranego przez Zamawiającego wykonawcy (KB Doraco) z postępowania oraz odrzucenie złożonej przez tego wykonawcę oferty, a także dokonanie ponownie czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej.

W szczegółowym uzasadnieniu ww. zarzutów Protestujący stwierdził, że p. Roland Szyńiec, wskazany przez KB Doraco jako kierownik robót podwodnych nie spełnia wymagań określonego w rozdz. 10 pkt 1 ppkt 1.2.4.5 siwz, a w szczególności nie spełnia warunku posiadania doświadczenia zdobytego przy wykonywaniu co najmniej dwóch robót budowlanych polegających na ułożeniu rurociągów min. DN1000 pod wodą odpowiadających swoim rodzajem i zakresem robotom stanowiącym element przedmiotu zamówienia. Zgodnie, bowiem z treścią załącznika nr 4 pkt 6 „do świadczenie zawodowe” p. Roland Szyńiec wykonywał pracę przy układaniu rurociągu układu tranzytowego ścieków Oczyszczalni Wschód w Gdańsku (przy dwóch rurociągach 218 mm każdy jako kierownik robót nurkowych). Z uwagi na fakt, iż inwestycja powyższa była realizowana przez Protestującego, stwierdził on jako posiadający pełną wiedzę w ww. zakresie, w tym, co do osób uczestniczących w realizacji zadania, że p. Roland Szyńiec nie wykonywał, ani jako pracownik, ani jako podwykonawca lub zleceniobiorca, żadnych prac podwodnych w zakresie tego zadania. Protestujący stwierdził, że Roland Szyńiec mógł wykonywać jedynie na zlecenie zamawiającego pewne prace polegające na szczegółowej inwentaryzacji, jednakże nie można tych prac utożsamiać z pracami wymaganymi przez Zamawiającego na stanowisku kierownika robót podwodnych.

W odniesieniu do drugiej z robót wskazanych przez KB Doraco jako praca, w której uczestniczył Roland Szyńiec tj. praca przy układaniu dwóch rurociągów czerpnych dn=1400 mm długości 125 mb każdy na terenie Pompowni I - UW Straszyn, biegnącego pod dnem zbiornika wodnego UW Straszyn - rurociągi A i B, stwierdził, że w ramach opisu zawartego w załączniku nr 4 pkt 6 „doświadczenie zawodowe” nie jest możliwe jednoznaczne potwierdzenie, że Roland Szyńiec spełnia wymaganie zawarte w rozdz. 10 pkt 1 ppkt 1.2.4.5 siwz, zarówno pod względem doświadczenia, jak i uprawnień do wykonywania funkcji kierownika robót nurkowych w ramach tego zadania. Informacja zawarta w załączniku nr 4 stanowiła zaś wyłącznie wykazanie uczestnictwa Rolanda Szyńca w bliżej nieokreślonych pracach przy układzie dwóch sztuk rurociągów, nie zaś potwierdzenie faktycznie wykonywanych czynności związanych z realizacją robót podwodnych.

W odniesieniu do uprawnień Rolanda Szyńca w okresie realizacji wskazanej inwestycji tj. od dnia 1 lipca 1999 r. do dnia 20 sierpnia 1999 r. wykonawca nie udokumentował posiadania przez wskazaną osobę uprawnień w tym okresie tj. dyplomu kierownika prac nurkowych - załączony, bowiem dyplom nr 1131 uprawnia do kierowania pracami nurkowymi dopiero od dnia 23 marca 2004 r. Z treści tego dyplomu wynikało, bowiem, że Roland Szyńiec posiada uprawnienia do kierowania pracami nurkowymi od 4 lat i 5 miesięcy, co zdaniem Protestującego powinno prowadzić do uznania, że Wykonawca nie wykazał w tym przypadku posiadania przynajmniej 5-letniego doświadczenia. W oparciu o powyżej wskazane okoliczności, zdaniem Protestującego (Konsorcjum Hydrobudowa) oferta KB Doraco powinna, więc zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 P.z.p..

Ponadto, Protestujący zarzucił KB Doraco złożenie nieprawdziwych informacji dotyczących doświadczenia Jarosława Mglowskiego, poprzez zawarte w zał. Nr 4 do oferty pt. „wykaz osób”, oświadczenie, iż Jarosław Mglowski spełnia wymogi Zamawiającego i posiada stosowne doświadczenie, ponieważ brał udział w robotach realizowanych w ramach wykonania ujęć wody pitnej PU - 3 oraz PU - 4 dla MPWIK w Warszawie. Protestujący stwierdził, że Jarosław Mglowski faktycznie współpracował z Generalnym Wykonawcą ww. zadania - Przedsiębiorstwem Budownictwa Wodnego w Warszawie S.A.. Referencje wydane panu Mglowskiemu dotyczyły jednak układania rurociągu o średnicy 1000 mm na długości 400 mb na osadniku wody pitnej, przy głębokości posadowienia rurociągu 6 m w zakresie jednego rurociągu oraz wykonywania dwóch sztuk przecisków o średnicy 800 mm pod wałem przeciwpowodziowym.

Do postępowania wszczętego na skutek powyższego protestu przyłączył się Wykonawca KB Doraco wnosząc o oddalenie protestu.

Przystępujący KB Doraco stwierdził, że prace wykonywane przez Rolanda Szyńca przy realizacji inwestycji rozbudowy Oczyszczalni Ścieków w Gdańsku tj. inwentaryzacja, pomiary osiowości, odchyłń poziomych i pionowych rurociągu wraz z podporami spełniają jednak wymagania określone przez Zamawiającego w siwz. Przystępujący stwierdził, że nie był zobowiązany do wykazania referencji osoby wskazanej na stanowisko kierownika robót podwodnych, a jedynie do złożenia oświadczenia. W piśmie zawierającym przystąpienie do protestu KB Doraco przedłożył referencje udzielone przez firmę Saur Neptun Gdańsk S.A., wykazujące zakres prac zrealizowanych przez Rolanda Szyńca przy tej inwestycji i wskazał, że odpowiadają one pracom kierownika robót podwodnych. Tym samym KB Doraco nie złożyła, w swojej ocenie, nieprawdziwych informacji w rozumieniu art. 24 ust. 2 pkt 2 P.z.p.. Wymóg siwz nie dotyczył bowiem doświadczenia w fizycznym układaniu rurociągów przez kierownika robót podwodnych lub podlegających mu pracowników. Doświadczenie Rolanda Szyńca wynikało zdaniem KB Doraco z udziału w realizacji inwestycji układu dwóch sztuk rurociągów czerpnych na terenie Pompowni I-go stopnia UW Straszyn. KB Doraco oświadczył zaś, że pracami na stanowisku kierownika robót podwodnych kierował p. Roland Szyńiec.

W odniesieniu do posiadanego dyplomu kierownika robót KB Doraco stwierdził, że Roland Szyniec posiada kwalifikacje kierownika robót podwodnych od 15 lat i załączył stosowne dokumenty (dyplomy) potwierdzające posiadane uprawnienia. W ocenie Przystępującego KB Doraco, uzupełnienie wykazu osób nie oznaczało zmiany treści oferty. Ponadto załączył dokument z dnia 9 lipca 2008 r. wskazujący, że Jarosław Mglowski dysponował referencjami dotyczącymi prac wykonanych dla PB W w Warszawie SA.

Co do zarzutu wskazania nieprawdziwej informacji o poziomie przeciętnego zatrudnienia powyżej 45 osób, przystępując do postępowania w wyniku wniesienia protestu KB Doraco stwierdził, iż bezsporne jest, że wymaganie Zamawiającego w tym zakresie zostało spełnione, natomiast różnice w sformułowaniach wynikają z różnic dotyczących liczenia pełnych etatów dla celów rachunkowości oraz dla celów statystycznych.

Zamawiający uwzględnił protest w części dotyczącej zarzutów naruszenia art. 22 ust 1 pkt 2 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 10 oraz art. 44, art. 24 ust 2 pkt 2 i 3, art. 87 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 i 8 P.z.p. poprzez niewykluczenie z postępowania wykonawcy KB Doraco niespełniającego warunków udziału w postępowaniu oraz nieodrzućenie oferty podlegającej odrzuceniu.

Zamawiający oddalił natomiast protest w zakresie dotyczącym naruszenia art. 87 ust 1 w zw. z art. 26 ust 3 P.z.p. poprzez dokonanie zmiany treści oferty w ramach uzupełnienia wykazu osób o nową osobę oraz podania nierzetelnych informacji na temat przeciętnego zatrudnienia powyżej 45 pracowników.

Zamawiający stwierdził, iż z uwagi na fakt zastąpienia przez wykonawcę Jarosława Mglowskiego osobą Rolanda Szyńca, kwalifikacje Jarosława Mglowskiego nie podlegają dalszemu rozpatrywaniu. Zamawiający uznał, że dokumenty dołączone przez KB Doraco potwierdziły w sposób wystarczający, że Roland Szyniec posiada uprawnienia do prowadzenia prac podwodnych na stanowisku kierownika oraz posiada wymagane 5 - letnie doświadczenie w kierowaniu zespołem ludzi oraz doświadczenie w prowadzeniu prac podwodnych.

Zamawiający uznał natomiast, że Roland Szyniec nie posiada wymaganego doświadczenia - co najmniej 2 robót budowlanych polegających na ułożeniu rurociągów min. DNI000 pod wodą odpowiadających swoim rodzajem i zakresem robotom stanowiącym element przedmiotu niniejszego zamówienia. Zamawiający nie uwzględnił wykazanych prac przy rurociągu układu tranzytowego w Oczyszczalni Ścieków Wschód w Gdańsku dając wiarę protestującemu (Konsorcjum Hydrobudowa) jako Generalnemu Wykonawcy tej inwestycji. Zamawiający potwierdził również tę informację u inwestora tj. Gdańskiej Infrastruktury Wodociągowo - Kanalizacyjnej Sp. z o.o., która w piśmie z dnia 24 września 2008 r. stwierdziła także, że „p. Roland Szyniec nie widnieje na załączonej do oferty liście kluczowego personelu ani w pozostałych dokumentach dotyczących wykonania ww. kontraktu.”. Zamawiający stwierdził ponadto, że referencja załączona przez KB Doraco do przystąpienia, wystawiona dla Rolanda Szyńca przez Saur Neptun Gdańsk SA. (pismo z dnia 6 września 2008 r.) stwierdza, że wykonywane były wyłącznie usługi podwodne - przeglądy, inwentaryzacja, pomiary - które nie były związane z wykonywanymi robotami budowlanymi realizowanymi w ramach tej inwestycji. Zamawiający stwierdził, że z informacji zawartej w załączniku nr 4 nie wynika jednoznacznie, że Roland Szyniec w okresie od 1 lipca 1999 r. do 20 sierpnia 1999 r. pełnił funkcję kierownika robót podwodnych polegających na ułożeniu rurociągów min. DNI000 pod wodą - w szczególności dotyczących pracy przy układzie 2 sztuk rurociągów czerpnych na terenie Pompowni I-go stopnia UW Straszyn. Z załączonej referencji wystawionej przez Saur Neptun Gdańsk Sp. z o.o. z dnia 22 września 2008 r. nie wynika potwierdzenie, że Roland Szyniec we wrześniu 2007 r. zdobył doświadczenie przy wykonywaniu robót budowlanych polegających na ułożeniu rurociągów min DNI000 pod

wodą, co stanowiłoby spełnienie wymogów określonych w siwz. Usługa wykonana przez p. Rolanda Szyńca - to roboty podwodne związane z przeglądem i czyszczeniem wewnętrznej części dwóch rurociągów o średnicy 1400 mm wraz z czerpnią i kratami na terenie Pompowni I-go stopnia Ujęcia Wody w Straszynie.

W oparciu o powyżej opisane ustalenia, Zamawiający uznał, zatem, że oferta KB Doraco nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, gdyż osoba zaproponowana na kierownika prac podwodnych (przed i po uzupełnieniu wykazu) nie spełnia wymogów postawionych przez zamawiającego w siwz w rozdz. 10 pkt 1 ppkt 1.2.4.5, tj. nie posiada doświadczenia zdobytego przy wykonywaniu co najmniej dwóch (2) robót budowlanych polegających na ułożeniu rurociągów min. DNI000 pod wodą odpowiadających swoim rodzajem i zakresem robotom stanowiącym element przedmiotu przedmiotowego zamówienia.

Zamawiający uznał, że powyższe okoliczności obligują go do wykluczenia wykonawcy KB Doraco z postępowania wobec niepotwierdzenia spełniania warunku dotyczącego kwalifikacji osoby kierownika robót podwodnych oraz złożenia nieprawdziwych informacji tj. na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 P.z.p.

Wykonawca KB Doraco, nie zgodził się z uwzględnieniem przez Zamawiającego protestu wniesionego przez Konsorcjum Hydrobudowa w części dotyczącej wykluczenia z postępowania KB Doraco, jako niespełniającego warunku udziału w postępowaniu w zakresie wskazania osoby posiadającej wymagane kwalifikacje na stanowisku kierownika prac podwodnych i wniósł odwołanie od tego rozstrzygnięcia do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

W odwołaniu KB Doraco zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- art. 7 ust 1 i 3 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 5 i art. 22 ust. 1 P.z.p. poprzez nieprecyzyjne i budzące wątpliwości interpretacyjne sformułowanie warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia zawodowego wymaganego od kierownika prac podwodnych,
- art. 7 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 2 P.z.p. poprzez sformułowanie i interpretację warunków udziału w postępowaniu określonych w siwz w sposób naruszający zasadę wolnej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
- art. 91 ust. 1 P.z.p. poprzez bezprawne i bezpodstawne uznanie zarzutu protestującego Konsorcjum Hydrobudowa i przyjęcie, że Zamawiający uchylił na tej podstawie decyzję o wyborze oferty KB Doraco jako najkorzystniejszej w postępowaniu pomimo, iż spełnił on warunki udziału w postępowaniu, a złożona oferta jest najkorzystniejsza.

Odwolujący KB Doraco wniósł o unieważnienie decyzji Zamawiającego uwzględniającej zarzuty protestu w części dotyczącej wykluczenia KB Doraco z postępowania i odrzucenia złożonej przez KB Doraco oferty, nakazanie Zamawiającemu utrzymania w mocy decyzji o wyborze oferty KB Doraco jako najkorzystniejszej, przyznanie odwołującemu kosztów postępowania odwoławczego, a także wezwanie na rozprawę i przesłuchanie w charakterze świadka p. Rolanda Szyńca na okoliczność charakteru robót wykonywanych przez niego w ramach prowadzonej działalności gospodarczej pod firmą Zakład Usług Podwodnych i Hydrotechnicznych NEPTUN przy rurociągu układu tranzytowego ścieków oczyszczonych z Oczyszczalni Wschód w Gdańsku oraz układzie dwóch sztuk rurociągów czerpnych dn=1400 mm o długości 125 mb każdy na terenie Pompowni I stopnia UW Straszyn.

W uzasadnieniu odwołania KB Doraco stwierdził, że p. Roland Szyniec wykonuje działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Podwodnych i Hydrotechnicznych NEPTUN, posiadając wszystkie wymagane certyfikaty i zezwolenia, a sam posiada dyplom kierownika robot podwodnych II klasy, a więc uprawnienia do wykonywania wszelkich prac nurkowych w ramach zadania inwestycyjnego stanowiącego przedmiot zamówienia.

Ponadto Odwołujący wskazał, iż zapisy siwz są nieprecyzyjne w zakresie opisu wymagań dotyczących doświadczenia osób, zaś niejednoznaczność zapisów siwz nie może powodować negatywnych skutków dla wykonawcy.

Odwołujący stwierdził także, że p. Roland Szyniec posiada, zarówno uprawnienia, jak i wiedzę praktyczną w zakresie rurociągów podwodnych, niezbędną dla prawidłowego opracowania i stosowania procedur prac podwodnych przy tego typu obiektach. Zdaniem Odwołującego Roland Szyniec spełnia zatem wszystkie powyżej opisane wymagania siwz.

Konsorcjum Hydrobudowa przystąpiło do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania i popierając argumentację Zamawiającego zawartą w rozstrzygnięciu protestu.

Konsorcjum Hydrobudowa podtrzymało zarzuty zawarte w proteście wobec wyboru oferty KB Doraco jako najkorzystniejszej, w zakresie niespełnienia warunku określonego w siwz dotyczącego kwalifikacji osoby wskazanej na stanowisko kierownika prac podwodnych. Przystępując do postępowania Konsorcjum Hydrobudowa podniosło, że zarzuty wobec treści siwz są spóźnione, a zapisy siwz są jasne i precyzyjne. Zdaniem Konsorcjum Hydrobudowa Zamawiający nie naruszył w przedmiotowym postępowaniu zasady wolnej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W dniu 3 października 2008 r. Zamawiający w wyniku uwzględnienia żądań protestu z dnia 18 września 2008 r. powtórzył czynność badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonując wykluczenia wykonawcy KB Doraco na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 P.z.p. i odrzucenia złożonej przez tego wykonawcę oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 w związku z art. 24 ust. 4 P.z.p. oraz wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum Hydrobudowa.

Wykonawca KB Doraco wniósł protest na tę czynność, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- art. 183 ust 5 pkt 2 P.z.p. z uwagi na dokonanie czynności przed ostatecznym rozstrzygnięciem protestu z dnia 18 września 2008 r. a zatem przedwcześnie, co skutkować winno jej nieważnością z mocy prawa,
- art. 9 ust. 1 w zw. z art. 18 ust 1 i 2 P.z.p. poprzez zatwierdzenie decyzji z dnia 3 października 2008 r. o wynikach ponownej oceny przez osobę (p. Wojciech Ogint) nieuprawnioną do działania w imieniu kierownika zamawiającego, ponieważ nie pełniła ona funkcji kierownika Zamawiającego, a ponadto nie posiadała stosownego upoważnienia pisemnego do działania w tym zakresie,
- art. 7 ust. 3 P.z.p. poprzez dokonanie wyboru oferty Konsorcjum Hydrobudowa, której treść nie odpowiada wymogom określonym w siwz, a wykonawca ten nie spełniał warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale 10 pkt 1 ppkt 1.2.4.5 siwz.,
- art. 92 ust 1 pkt 3 P.z.p. poprzez brak zawarcia w oprotestowanej decyzji uzasadnienia

faktycznego i prawnego wykluczenia KB Doraco z postępowania i odrzucenia złożonej przez niego oferty,

- art. 183 ust. 5 pkt 2 P.z.p. w związku z art. 184 ust. 1 i 2 oraz art. 182 ust. 2 pkt 3 lit. a poprzez przedwczesne dokonanie czynności ponownego badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej przed ostatecznym rozstrzygnięciem protestu z dnia 18 września 2008r.,

- art. 24 ust. 4 P.z.p. w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 P.z.p. poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Hydrobudowa oraz nieodrżucenie złożonej przez tego wykonawcę oferty pomimo niespełnienia przez niego warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdz. 10 pkt 1.2.4.5 siwz, zgodnie z którym Zamawiający wymagał posiadania przez osobę wskazaną na stanowisko kierownika robót podwodnych uprawnień i doświadczenia, podczas gdy p. W. Standerski wskazany przez Konsorcjum Hydrobudowa nie spełniał, co najmniej dwóch z trzech warunków tj. wymagania dotyczącego posiadania dyplomu kierownika prac podwodnych II klasy bądź uprawnień równoważnych oraz nie posiadał doświadczenia zdobytego przy wykonaniu, co najmniej dwóch robót budowlanych polegających na ułożeniu rurociągów min. DNI000 pod wodą,

- art. 24 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 24 ust. 4 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 P.z.p. poprzez bezzasadne wykluczenie KB Doraco i odrzucenie złożonej przez tego wykonawcę oferty pomimo, iż spełniał on warunek udziału w postępowaniu określony w rozdz. 10 pkt 1 ppkt 1.2.4.5 siwz

Protestujący KB Doraco wniósł w proteście o uznanie decyzji z dnia 3 października 2008 r. za nieważną z mocy prawa, jako podjętą przedwczesnie i podpisaną przez osobę nieuprawnioną, uchylenie wyboru oferty Konsorcjum Hydrobudowa jako najkorzystniejszej oraz o powstrzymanie się przez Zamawiającego od innych kroków w ramach przedmiotowego postępowania do czasu ostatecznego rozstrzygnięcia protestu z dnia 18 września 2008 r.

Brak uzasadnienia faktycznego i prawnego decyzji z dnia 3 października 2008 r. utrudniał Protestującemu KB Doraco, w jego ocenie, odniesienie się do zarzutów, a zatem korzystanie ze środków ochrony prawnej.

W uzasadnieniu protestu Protestujący KB Doraco podniósł, że pismo Zamawiającego z dnia 3 października 2008 r. podpisał p. Wojciech Ogint, niewymieniony w protokole postępowania jako pracownik Zamawiającego, któremu powierzono czynności w postępowaniu. Do protokołu nie dołączono załącznika w postaci upoważnienia dla p. Wojciecha Oginta. Podpisanie decyzji przez osobę nieupoważnioną skutkować zaś powinno bezwzględną nieważnością czynności i koniecznością unieważnienia czynności Zamawiającego z dnia 3 października 2008 r..

Zdaniem Protestującego - KB Doraco, firma Konsorcjum Hydrobudowa nie spełniało warunków podmiotowych udziału w postępowaniu, a Zamawiający naruszył zasadę równego traktowania wykonawców poprzez zastosowanie odmiennego sposobu oceny spełniania warunku określonego w rozdz. 10 pkt 1 ppkt 1.2.4.5 siwz wobec każdego z wykonawców.

W ocenie Protestującego KB Doraco, p. W. Standerski nie posiada uprawnień do prowadzenia prac zgodnych z wymaganiami zamawiającego, ponieważ nie posiada dyplomu kierownika prac podwodnych II klasy w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 17 października 2003 r. o wykonywaniu prac podwodnych (Dz. U Nr 199 poz. 1936 z późn. zm), która weszła w życie 25 maja 2004 r. Zdaniem Protestującego KB Doraco, wątpliwości w tym zakresie powziął także Zamawiający, ponieważ w dniu 27 sierpnia 2008 r. zwrócił się o wyjaśnienie do Konsorcjum Hydrobudowa, co do uprawnień p. W. Standerskiego. Zdaniem

Protestującego, Konsorcjum Hydrobudowa nie udzieliła odpowiedzi na powyższe pytanie, stwierdzając tylko, że p. W. Standerski posiada uprawnienia wyższe od wymaganych, ponieważ jest uprawniony do pracy na głębokości 60 m tj. o 10 m głębiej niż jest to wymagane w siwz.

Protestujący KB Doraco stwierdził w proteście, że uprawnienia p. W. Standerskiego, jako kierownika prac podwodnych, zostały mu nadane w czasie, gdy nie posiadał dyplomu starszego nurka, ani też stażu pracy w tym zawodzie. W ofercie złożonej przez Konsorcjum Hydrobudowa wskazano tylko, że posiada on wymagane doświadczenie, natomiast nie dołączono żadnych dokumentów potwierdzających ten fakt.

Protestujący KB Doraco podniósł, iż na gruncie obecnie obowiązujących przepisów ustawy o wykonywaniu prac podwodnych nie można uznać za równoważne z dyplomem kierownika prac podwodnych II klasy uprawnień kierownika robót nurkowych, wydanych w oparciu o § 5 ust. 2 zarządzenia Ministra Żeglugi z dnia 28 sierpnia 1965 r. w sprawie kwalifikacji zawodowych nurków oraz działalności Komisji Kwalifikacyjnej dla Nurków (M.P. Nr 49 poz. 265), a więc tylko w oparciu o egzamin teoretyczny z zakresu umiejętności starszego nurka. W dokumentach oferty nie wykazano, że p. W. Standerski posiada uprawnienia i praktykę zawodową nurka II klasy, zaś posiadane przez niego uprawnienia, niezależnie od ich zakresu, tracą ważność w dniu 25 maja 2009 r. Roboty objęte przedmiotem zamówienia zakończą się w dniu 19 czerwca 2009 r., zatem przez ok. 3 tygodnie Konsorcjum Hydrobudowa nie będzie dysponowało kierownikiem prac podwodnych z wymaganymi uprawnieniami.

Protestujący podniósł także, że p. W. Standerski nie posiada wymaganego doświadczenia, ponieważ Konsorcjum Hydrobudowa w złożonej ofercie nie wykazało stosownego doświadczenia zdobytego przy wykonywaniu, co najmniej dwóch robót budowlanych polegających na ułożeniu rurociągów min. DNI 000 pod wodą odpowiadających swoim rodzajem i zakresem robotem stanowiącym element przedmiotu zamówienia. W żadnym z czterech zadań wymienionych w wykazie p. W. Standerski nie występował, bowiem jako kierownik robót podwodnych bądź nurkowych, a jedynie jako kierownik robót bliżej niesprecyzowanych. Biorąc pod uwagę uprawnienia p. W. Standerskiego mógł on, zatem, zdaniem Protestującego KB Doraco, wykonywać funkcję kierownika robót wyłącznie z zakresu inżynierii wodnej.

Konsorcjum Hydrobudowa przystąpiło do postępowania wszczętego na skutek wniesienia protestu. Wykonawca podniósł w przystąpieniu, że bezpodstawny jest zarzut dotyczący braku upoważnienia p. Wojciecha Oginta do działania w imieniu kierownika Zamawiającego wobec braku wiedzy w tym zakresie po stronie wykonawcy. Podobnie zarzut dotyczący braku uzasadnienia faktycznego i prawnego decyzji z dnia 3 października 2008 r. jest w ocenie Konsorcjum Hydrobudowa nieuzasadniony. Zarzut dotyczący braku uprawnień p. W. Standerskiego jest także bezzasadny, ponieważ uprawnienia te są ważne do dnia 25 maja 2009 r. - zgodnie z art. 32 ustawy o wykonywaniu prac podwodnych. Osoba ta posiada również wymagane doświadczenie w zakresie min. dwóch robót budowlanych obejmujących ułożenie rurociągów zgodnie z wymaganiami Zamawiającego.

Zamawiający rozstrzygnął protest wniesiony przez KB Doraco poprzez jego oddalenie.

Zamawiający podniósł, iż decyzja z dnia 3 października 2008 r. została wydana w wyniku uwzględnienia wszystkich żądań Protestującego tj. zgodnie z art. 183 ust. 5 P.z.p. Zamawiający zgodnie z art. 182 ust. 1 P.z.p. powstrzymał się natomiast od podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego przed ostatecznym rozstrzygnięciem protestu. Decyzja powyższa została zatwierdzona przez Zastępcę Dyrektora Zamawiającego, który z mocy prawa zastępuje Dyrektora we wszystkich czynnościach podczas jego nieobecności. Stosowne

pełnomocnictwo zostało udzielone mu przez Dyrektora Zakładu Komunalnego w Sopocie na mocy uchwały Rady Miasta Sopotu Nr 60/95 z dnia 11 stycznia 1995 r.

Zamawiający uznał za bezzasadny zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Hydrobudowa z powodu niespełniania przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdz. 10 pkt 1 ppkt 1.2.4.5 siwz. Decyzja Zamawiającego z dnia 3 października 2008 r. w ocenie Zamawiającego zawiera bowiem wymagane zgodnie z przepisem art. 92 ust. 1 pkt 3 P.z.p. elementy w postaci uzasadnienia faktycznego i prawnego.

Zamawiający uznał za niezasadny zarzut niespełniania przez p. W. Standerskiego warunku dotyczącego posiadanych uprawnień i doświadczenia w realizacji robót budowlanych w postaci ułożenia rurociągów zgodnie z wymaganiami siwz. Zamawiający uznał, że osoba ta posiada uprawnienia odpowiadające uprawnieniom kierownika prac podwodnych II klasy. Taką interpretację potwierdziły również Komisja Kwalifikacyjna dla Nurków Urzędu Morskiego i Departament Bezpieczeństwa Morskiego Ministerstwa Infrastruktury w odpowiedzi na pisma Zamawiającego w tej sprawie.

W zakresie zarzutu dotyczącego bezpodstawnego wykluczenia KB Doraco i odrzucenia złożonej przez niego oferty na podstawie art. 7 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 24 ust. 4 oraz ad. 89 ust. 1 pkt 5 P.z.p. Zamawiający podtrzymał stanowisko zawarte w rozstrzygnięciu protestu z dnia 18 września 2008 r..

Protestujący wykonawca KB Doraco, nie zgadzając się z powyższym rozstrzygnięciem protestu, wniósł odwołanie do Prezesa UZP.

Odwołujący KB Doraco podtrzymał w odwołaniu zarzuty zawarte w proteście, a ponadto podniósł zarzuty w zakresie naruszenia:

- art. 183 ust. 5 pkt 1 P.z.p. poprzez uznanie, że termin „niezwłocznie” daje możliwość powtórzenia czynności w dowolnym terminie,
- art. 7 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 2 P.z.p. poprzez interpretację warunków udziału w postępowaniu określonych w siwz w sposób naruszający zasadę wolnej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący rozszerzył również zarzuty podniesione w proteście w zakresie niespełniania przez Konsorcjum Hydrobudowa warunku udziału w postępowaniu o zarzut dotyczący nieposiadania przez p. W. Standerskiego min. 5-letniego doświadczenia w zakresie prac podwodnych.

Spółka KB Doraco wniosła w odwołaniu o:

- łączne rozpoznanie odwołania od rozstrzygnięcia protestu z dnia 18 września 2008 r. i 10 października 2008 r.,
- uznanie decyzji z dnia 3 października 2008 r. za nieważną z mocy prawa - dokonaną przedwcześnie i zatwierdzoną przez osobę nieuprawnioną,
- uchylenie wyboru oferty złożonej przez Konsorcjum Hydrobudowa jako najkorzystniejszej,
- nakazanie ponownego badania i oceny ofert,
- przyznanie odwołującemu kosztów poniesionych w postępowaniu odwoławczym,

- wezwanie na rozprawę jako świadka osoby p. Rolanda Szyńca na okoliczność charakteru robót wykonywanych przez niego w ramach działalności gospodarczej Zakład Usług Podwodnych i Hydrotechnicznych NEPTUN przy rurociągu układu tranzytowego ścieków oczyszczonych z oczyszczalni Wschód w Gdańsku oraz układzie dwóch sztuk rurociągów czerpnych na terenie Pompowni I-go stopnia UM Straszyn.

Odwołujący KB Doraco podniósł, że w przypadku zgłoszenia żądań przez przystępującego do protestu, Zamawiający nie może powtórzyć czynności, ponieważ nie następuje tu uwzględnienie wszystkich żądań zgłoszonych w postępowaniu wszczętym na skutek wniesienia protestu, biorąc pod uwagę, że żądania protestującego i przystępującego są sprzeczne.

Zdaniem Odwołującego KB Doraco termin „niezwłocznie” oznacza w tym samym dniu, a najpóźniej w dniu następnym, tymczasem w przedmiotowym postępowaniu decyzja została podjęta po kilku dniach od rozstrzygnięcia protestu z dnia 18 września 2008 r. W ten sposób zamawiający, zdaniem Odwołującego, naruszył zasadę koncentracji postępowania, a Odwołujący był zmuszony wnieść drugie odwołanie w tej samej sprawie, dotyczące faktycznie tego samego zakresu merytorycznego.

W odwołaniu Odwołujący podniósł, że p. W. Standerski nie spełnia żadnego z wymogów określonych w rozdz. 10 pkt 1 ppkt 1.2.4.5 siwz, w tym także wymogu posiadania 5 -letniego doświadczenia w zakresie kierowania zespołem ludzi i prowadzeniu prac podwodnych, wskazując że zadania wykazane przez Konsorcjum Hydrobudowa nie wskazują, aby prace te obejmowały prace podwodne nurkowe (wykonanie sztucznego zasilania Półwyspu Helskiego, budowa Morskiego Terminalu Kontenerowego Gdańsk SA, rozbudowa Oczyszczalni ścieków Gdańsk - Wschód etap II, przekroczenie rzeki Wisły dwoma rurociągami DN1400 w okolicach Włocławka). W pozostałym zakresie Odwołujący KB Doraco podtrzymał argumentację zawartą w złożonym przez niego proteście.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosiło przystąpienie Konsorcjum Hydrobudowa, podtrzymując swoje dotychczasowe stanowisko w sprawie i wnosząc o oddalenie odwołania złożonego przez KB Doraco.

Po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 listopada 2008 r. skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 października do łącznego rozpoznania odwołań wniesionych przez KB Doraco od rozstrzygnięcia przez Zamawiającego protestów złożonych w trakcie postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza orzekła wyrokiem w dniu 5 listopada 2008 r. o oddaleniu odwołań, które nie zasługiwały na uwzględnienie w świetle dokumentacji zgromadzonej w aktach sprawy, a także wyjaśnień złożonych przez strony i uczestnika postępowania.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący KB Doraco posiadał interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 P.z.p. uprawniający wykonawcę do skorzystania ze środków ochrony prawnej. Oferta KB Doraco została uznana za najkorzystniejszą według kryterium opisanego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W sytuacji potwierdzenia się naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wskazanych w odwołaniu poprzez bezpodstawne wykluczenie wykonawcy, jako niespełniającego warunku podmiotowego, interes prawny odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia niewątpliwie doznałby uszczerbku. Ponadto, Odwołujący KB Doraco w momencie rozpoznawania odwołań nie został ostatecznie wykluczony z postępowania i oferta odwołującego nie została ostatecznie odrzucona. Uznanie, że Odwołujący został wykluczony z postępowania mogłoby nastąpić dopiero w wyniku

ostatecznego rozstrzygnięcia protestu dotyczącego zarzutów skutkujących ewentualnym wykluczeniem

Zgodnie z art. 182 ust. 2 pkt 3 lit. a P.z.p. ostateczne rozstrzygnięcie protestu może nastąpić w przedmiotowym postępowaniu z dniem wydania wyroku KIO w sprawie wniesionego odwołania. Odwołujący na etapie łącznego rozpoznawania obu wniesionych odwołań legitymował się w ocenie Izby interesem prawnym w sprawie odwołania wniesionego od rozstrzygnięcia protestu z dnia 10 października 2008 r.

W sprawie odwołania wniesionego przez KB Doraco 3 października 2008 r., KIO zważyła, co następuje:

Krajowa Izba Odwoławcza nie rozpoznawała zarzutów dotyczących naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 5 i art. 22 ust. 1 P.z.p. poprzez nieprecyzyjne i budzące wątpliwości interpretacyjne sformułowanie warunków udziału w postępowaniu, w zakresie doświadczenia zawodowego wymaganego wobec kierownika robót podwodnych oraz art. 7 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 2 P.z.p. poprzez sformułowanie warunków udziału w postępowaniu określonych w siwz w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, które zostały zgłoszone przez KB Doraco po upływie przewidzianego w ustawie Prawo zamówień publicznych terminu na wniesienie protestu wobec treści ogłoszenia i specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zarzuty powyższe zostały zgłoszone z naruszeniem terminów określonych w ustawie i jako spóźnione nie podlegają rozpoznaniu stosownie do art. 187 ust. 4 pkt 4 P.z.p..

Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że z treści zapisu zawartego w tiret trzeci ppkt. 1.24.5 siwz został określony czytelny wymóg dotyczący doświadczenia osoby wskazanej jako kierownik robót podwodnych w zakresie udziału tj. wykonywania prac w ramach dwóch robót budowlanych, obejmujących ułożenie (budowę) rurociągów min. DNI000 pod wodą. Z analizy powyższego zapisu wynika również, w ocenie Izby, że Zamawiający nie określił przy tym wymagania odnośnie funkcji lub stanowiska osoby, która wykonywała prace w realizacji tych robót budowlanych. W szczególności z zapisu powyższego nie wynikało wymaganie, aby prace takie miały być wykonywane na stanowisku kierownika prac podwodnych. W odpowiedzi na wymagania określone w siwz wykonawca KB Doraco zaproponował w swojej ofercie na stanowisko kierownika robót podwodnych osobę p. Jarosława Mglowskiego, który po wezwaniu przez zamawiającego w trybie art. 25 ust. 3 P.z.p. do uzupełnienia dokumentów został zastąpiony przez wykonawcę osobą p. Rolanda Szyńca. Wykonawca, w wyniku wezwania, przedłożył uzupełniony wykaz osób i dokumenty potwierdzające posiadane uprawnienia. W celu potwierdzenia, że p. Roland Szyńiec posiada doświadczenie zdobyte przy wykonaniu, co najmniej dwóch robót budowlanych polegających na ułożeniu rurociągów min. DNI000 pod wodą, odpowiadających swoim rodzajem i zakresem robotom stanowiącym element przedmiotu zamówienia, KB Doraco złożył oświadczenie (zawarte w wykazie osób w kolumnie „doświadczenie zawodowe/ nazwa inwestycji/zakres robót...”), że p. Roland Szyńiec wykonywał prace przy rurociągu układu tranzytowego ścieków oczyszczonych z Oczyszczalni Wschód w Gdańsku - praca przy dwóch rurociągach 218 mb każdy, w tym 118 mb rur o średnicy dn=1016 mm wraz z komorą rozdziału i dyfuzorami polegające na szczegółowej inwentaryzacji, pomiarach osiowości, odchyłach poziomych i pionowych rurociągu wraz z podporami oraz pracę przy układzie 2 sztuk rurociągów czerpnych dn=1400 mm dł. 125 mb każdy na terenie Pompowni I-go stopnia UW Straszyn biegnącego pod dnem zbiornika wodnego UW Straszyn - rurociąg A i B.

Protestujące Konsorcjum Hydrobudowa zakwestionowało prawdziwość powyższych oświadczeń złożonych przez KB Doraco, wskazując iż jako Generalny Wykonawca

wskazanej inwestycji dotyczącej Oczyszczalni Wschód w Gdańsku nie potwierdza udziału p. Rolanda Szyńca przy wykonywaniu przez niego robót budowlanych na stanowisku kierownika robót nurkowych, ani udziału w innych pracach podwodnych na podanym zadaniu. W celu sprawdzenia zatem tych informacji Zamawiający zwrócił się z zapytaniem do inwestora tj. Gdańskiej Infrastruktury Wodno-Kanalizacyjnej Sp. z o.o. z prośbą o potwierdzenie okoliczności wynikających ze złożonego przez KB Doraco oświadczenia. W odpowiedzi Zamawiający uzyskał informację (pismo z dnia 24 września 2008 r.), iż „*Pan Roland Szyńiec nie widnieje na załączonej do oferty liście kluczowego personelu ani w pozostałych dokumentach dotyczących wykonania ww. kontraktu...*”.

Ponadto Konsorcjum Hydrobudowa w przystąpieniu do postępowania odwoławczego złożyło pismo wystawione przez Przedsiębiorstwo Robót Podwodnych AQUAMOR Sp. z o.o. -podwykonawcę w zadaniu „*Rozbudowa Oczyszczalni Ścieków Gdańsk Wschód - Etap II*” (pismo z dnia 16 września 2008 r.), w którym ww. firma oświadczyła, że Roland Szyńiec nie był i nie jest zatrudniony w PRP AQUAMOR Sp. z o.o. i w okresie realizacji podanych prac nie realizował żadnych robót związanych z wykonaniem ww. zadania, nie pełnił też funkcji kierownika robót nurkowych w ramach opisanego zadania. Pan Roland Szyńiec dokonywał jedynie kontrolnych inspekcji oraz sprawdzenia rurociągów na zlecenie Saur Neptun Gdańsk, jednak już po zakończeniu realizacji przedmiotowego zadania.

KB Doraco przedłożyła w dniu 22 września 2008 r. referencję wystawioną przez Saur Neptun Gdańsk S.A. (pismo z dnia 6 września 2008 r.), której treść nie potwierdziła, że p. Roland Szyńiec w okresie 1 stycznia 2003 r. - 3 kwietnia 2004 pełnił funkcję kierownika robót nurkowych przy wykonywaniu robót budowlanych polegających na ułożeniu dwóch rurociągów min. DNI1000 pod wodą. Z treści tej referencji wynika, że prace wykonywane przez Zakład Usług Podwodnych i Hydrotechnicznych NEPTUN w Gdyni w latach 2004 i 2005 obejmowały przeglądy, filmowanie, inwentaryzację i pomiary. Powyższe usługi podwodne nie stanowią robót budowlanych obejmujących ułożenie rurociągów pod wodą zgodnie z wymogiem określonym w siwz, a zatem nie potwierdzają posiadania wymaganego doświadczenia.

Izba nie uznała przy tym za istotne w tej sprawie okoliczności stwierdzonych pismem Gdańskiej Infrastruktury Wodociągowo-Kanalizacyjnej Sp. z o.o. z dnia 3 listopada 2008 r. dotyczących dat wystawienia świadectwa odbioru robót, wypełnienia gwarancji wykonania robót i przekazania do eksploatacji robót budowlanych przy układzie tranzytowym ścieków oczyszczonych z Oczyszczalni Gdańsk - Wschód w Gdańsku.

Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego, iż z informacji zawartej w załączniku nr 4 nie wynika jednoznacznie, że p. Roland Szyńiec w okresie od 1 lipca 1999 r. do 20 sierpnia 1999 r. pełnił funkcję kierownika robót w zadaniu polegającym na ułożeniu rurociągów min. DNI1000 mm pod wodą - dotyczy pracy przy układzie 2 sztuk rurociągów czerpnych na terenie Pompowni I-go stopnia UW Straszyn. Z załączonej referencji Saur Neptun Gdańsk S.A. z dnia 22 września 2008 r. nie wynika potwierdzenie spełniania wymogu siwz. Treść ww. pisma wskazuje, że usługa wykonana przez p. Rolanda Szyńca to roboty podwodne związane z przeglądem i czyszczeniem wewnętrznej części dwóch rurociągów o średnicy 1400 mm wraz z czerpnią i kratami na terenie Pompowni I-go stopnia Ujęcia Wody w Straszynie. Wskazane czynności nie mogą być zakwalifikowane jako roboty budowlane.

Biorąc pod uwagę powyższe okoliczności oraz zważywszy, że Odwołujący KB Doraco nie przedstawił dowodów na poparcie twierdzenia, że Roland Szyńiec realizował prace w ramach wykonania inwestycji (robót budowlanych) wskazanych w wykazie zadań inwestycyjnych, w ocenie Izby, nie zostało potwierdzone spełnienie wymagania odnośnie doświadczenia kierownika robót podwodnych zgodnie z opisem zawartym w rozdziale 10 pkt 1 ppkt 1.2.4.5 siwz,

W świetle powyższego Izba uznała więc za słuszne stanowisko Zamawiającego, iż wykonawca KB Doraco nie spełnił opisanego w siwz warunku udziału w postępowaniu, a wobec tego podlegał wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 i rozdz. 10 pkt 1 ppkt 1.2.4.5. siwz. Oferta złożona przez wykonawcę wykluczonego podlegała zaś odrzuceniu na podstawie art. 24 ust 4 P.z.p..

Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia zarzutu, iż Zamawiający naruszył przepis art. 7 ust 1 w zw. z ad. 22 ust 2 P.z.p. poprzez interpretację warunków udziału w postępowaniu określonych w siwz w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W szczególności, w wyniku rozpoznania zarzutów dotyczących wykluczenia KB Doraco jako niespełniającej warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia w wykonaniu dwóch robót budowlanych wymaganego wobec osoby wskazanej na stanowisko kierownika robót podwodnych, Izba uznała, że ocena spełniania warunku została dokonana przez Zamawiającego zgodnie ze sposobem oceny opisanym w siwz i odpowiednio do treści warunku. Zdaniem Izby nie potwierdziło się teza Odwołującego KB Doraco, że Zamawiający inaczej interpretował i oceniał spełnienie powyższego warunku w odniesieniu do obu wykonawców.

Izba nie stwierdziła również naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 91 ust. 1 P.z.p., zgodnie z którym Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wobec braku argumentacji Odwołującego w zakresie powyższego zarzutu.

W sprawie zaś odwołania wniesionego przez KB Doraco 23 października 2008 r. Izba uznała za niezasadne zarzuty podniesione przez Odwołującego w proteście i odwołaniu, dotyczące nieważności czynności powtórzenia badania i oceny ofert oraz powtórzenia wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenia oferty odwołującego w wyniku wykluczenia wykonawcy z postępowania, dokonanych przez Zamawiającego w dniu 3 października 2008 r.

Odwołujący KB Doraco zarzucił w tym zakresie Zamawiającemu naruszenie art. 183 ust. 5 pkt 2 w zw. z art. 184 ust. 1 i 2 oraz art. 182 ust. 2 pkt 3 lit. a P.z.p. poprzez przedwczesne dokonanie ponownej oceny ofert tj. przed ostatecznym rozstrzygnięciem protestu z dnia 18 września 2008 r., stwierdzając, że czynność powyższa jest bezwzględnie nieważna z mocy prawa, jako sprzeczna z ww. przepisami ustawy P.z.p..

Zgodnie z przepisem art. 58 § 1 k.c. czynność jest nieważna, gdy jest sprzeczna z ustawą lub zmierza do jej obejścia. Czynność jest nieważna wówczas, gdy treść tej czynności lub jej cel jest niezgodny z ustawą, sprzeciwia się bezwzględnie obowiązującej normie prawnej lub wówczas, gdy zmierza do osiągnięcia skutku zakazanego przez prawo. Ustawa Prawo Zamówień Publicznych nie wiąże skutku nieważności dla czynności dokonanej niezgodnie z przepisem art. 183 ust. 5 P.z.p. Ustawa wskazuje jako jedyną czynność bezwzględnie zabronioną przepisem ustawy - podpisanie umowy przed ostatecznym rozstrzygnięciem protestu. W świetle powyższego czynność ponownej oceny ofert nie stanowi czynności, której treść sprzeciwia się przepisowi ustawy lub zmierza do obejścia przepisu ustawy. Uchybienie formalne w zakresie terminu dokonania czynności nie stanowi o sprzeczności treści czynności z ustawą i nie wywołuje skutku nieważności tej czynności. Zgodnie z ustawą P.z.p. wykonawcy przysługuje prawo wniesienia środków ochrony prawnej na każdą czynność Zamawiającego dokonaną w toku postępowania. Podjęta przedwześnie czynność przez Zamawiającego jest formalnie niepoprawna i utrudnia prowadzenie postępowania zwłaszcza zamawiającemu, jednak w momencie jej dokonania podlega kontroli (uzasadnionej interesem prawnym wykonawcy) w zakresie prawidłowości, tak jak wszystkie

inne decyzje zamawiającego w postępowaniu. Czynność dokonana przedwcześnie naraża Zamawiającego na ryzyko korygowania tej decyzji (czynności) w wyniku ostatecznego rozstrzygnięcia protestu. Czynność taka nie naraża jednak wykonawcy na konieczność wniesienia drugiego protestu i odwołania w tym samym zakresie merytorycznym. Decyzja (czynność) wykluczenia wykonawcy i odrzucenia jego oferty, dokonana przez Zamawiającego w dniu 3 października 2008 r. w wyniku ponownej oceny ofert, nie mogła „uprawomocnić się” do czasu wydania orzeczenia przez Krajową Izbę Odwoławczą w sprawie odwołania wniesionego w wyniku wniesienia protestu z dnia 18 września 2008 r. Odwołanie zawierające zarzuty (w oparciu o te same okoliczności) będące przedmiotem innego odwołania w tym samym postępowaniu o udzielenie zamówienia nie podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 187 ust. 4 pkt 5 P.z.p..

W świetle powyższego, wykonawca nie ma obowiązku wnoszenia dodatkowego protestu obejmującego te same okoliczności tylko dlatego, że Zamawiający przed ostatecznym rozstrzygnięciem protestu dokonał czynności wynikającej z uwzględnienia zarzutów protestu wniesionego wcześniej. Może natomiast, korzystając z uprawnienia do wniesienia protestu na nową czynność, zaskarżyć nowy wybór oferty najkorzystniejszej złożonej przez innego wykonawcę, podczas gdy wcześniej dokonana ocena ofert nie uprawniała do oprostowania drugiej oferty z uwagi na brak interesu prawnego.

Izba uznała za nieuzasadniony zarzut dotyczący naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 92 ust. 1 pkt 3 P.z.p. poprzez brak wskazania w zawiadomieniu o wykluczeniu wykonawcy uzasadnienia faktycznego i prawnego.

Informacja przekazana odwołującemu w dniu 3 października 2008 r. zawiera w ocenie Izby wymagane uzasadnienie faktyczne poprzez wskazanie, że wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu określonych w części 1 rozdz. 10 pkt 1 ppkt 1.2.4.5 siwz oraz stosownych przepisów P.z.p.. Izba zważyła, że szczegółowe uzasadnienie wykluczenia wykonawcy zostało przedstawione wykonawcy w rozstrzygnięciu protestu z dnia 18 września 2008 r. Zaniechanie powtórzenia tej samej treści w zawiadomieniu nie stanowiło w tym stanie faktycznym, w ocenie Izby, ograniczenia prawa wykonawcy do informacji uzasadniających decyzję Zamawiającego

Krajowa Izba Odwoławcza uznała również za niezasadny zarzut dotyczący nieważności czynności z dnia 3 października 2008 r. z powodu zatwierdzenia decyzji Zamawiającego przez osobę nieuprawnioną do działania w imieniu kierownika Zamawiającego.

W świetle wyjaśnień Zamawiającego, które nie zostały skutecznie podważone przez Odwołującego KB Doraco, Pan Wojciech Ogint jako Zastępca Dyrektora jest osobą uprawnioną do zastępowania Dyrektora Zakładu podczas jego nieobecności we wszystkich sprawach związanych z funkcjonowaniem Zakładu Komunalnego, posiadającą pełnomocnictwo udzielone przez Dyrektora w dniu 3 marca 2000 r. na podstawie uchwały Rady Miasta Sopotu Nr 60/95 z dnia 11 stycznia 1995r.

Wobec wycofania w toku rozprawy przez Odwołującego KB Doraco zarzutu dotyczącego niespełnienia przez Konsorcjum Hydrobudowa warunku dotyczącego posiadania wymaganych uprawnień przez p. W. Standerskiego, jako osoby zaproponowanej na stanowisko kierownika robót podwodnych, zarzut ten nie podlegał rozpoznaniu przez Izbę.

Krajowa Izba Odwoławcza nie znalazła także podstaw do uwzględnienia zarzutu dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 24 ust. 4 P.z.p. w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 P.z.p. poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Hydrobudowa z postępowania z uwagi na niespełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego osoby

wskazanej na stanowisko kierownika robót podwodnych nabytego przy wykonaniu dwóch robót budowlanych polegających na ułożeniu rurociągów.

Odwołujący KB Doraco nie wykazał, że p. W. Standerski nie spełnia warunku posiadania doświadczenia w wykonaniu dwóch robót budowlanych obejmujących ułożenie rurociągów, stwierdzając jedynie, że Konsorcjum Hydrobudowa nie wykazało spełnienia tego warunku w treści wykazu załączonego do oferty. W odwołaniu KB Doraco podniósł, że opis prac dotyczących wykonania zadania „przekroczenie rzeki Wisły dwoma rurociągami DNI400 w okolicach Włocławka zawarty w wykazie osób jest inny niż w referencjach wystawionych przez HABAU Polska Sp. z o.o., w których stwierdzono, że PRCiP jedynie „*asystował przy zatapianiu rurociągów*”. Izba nie zgodziła się ze stanowiskiem odwołującego, iż powyższe świadczy o tym, że wymagane doświadczenie p. W. Standerskiego nie zostało potwierdzone. Opis zakresu prac przy wykonaniu inwestycji zawarty w wykazie oraz w referencjach nie jest zdaniem Izby sprzeczny. Treść referencji potwierdza, że członek Konsorcjum Hydrobudowa brał udział w wykonaniu wskazanej roboty budowlanej, gdyż niewątpliwie zatapianie rurociągów stanowi etap układania rurociągu, a zatem roboty budowlanej.

Ponadto Izba stwierdziła, że Konsorcjum Hydrobudowa wskazało w wykazie roboty budowlane związane z ułożeniem rurociągów pod wodą w których p. W. Standerski brał udział jako kierownik robót. Powyższe oświadczenie zostało potwierdzone przez tego wykonawcę w przystąpieniu do postępowania odwoławczego oraz na rozprawie. Przystępując do postępowania Konsorcjum Hydrobudowa złożyło oświadczenie, że p. W. Standerski uczestniczył we wskazanych w wykazie inwestycjach, jako kierownik robót zgodnie z posiadanymi uprawnieniami budowlanymi, nadzorując prace kierownika robót podwodnych. Zważywszy na fakt, że Zamawiający wymagał doświadczenia w wykonaniu robót budowlanych polegających na ułożeniu rurociągów pod wodą a zarazem nie określił rodzaju stanowiska lub funkcji pełnionej w ramach realizowanych robót, brak w ocenie Izby podstaw do twierdzenia, że Zamawiający wymagał udziału w robocie budowlanej w charakterze kierownika prac podwodnych.

W tym stanie faktycznym należało więc w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej uznać, że udział p. W. Standerskiego w wykonaniu robót budowlanych na stanowisku kierownika robót budowlanych spełniał wyżej wskazane wymaganie. W konsekwencji należało uznać, że zamawiający nie naruszył art. 7 ust. 1 P.z.p. tj. zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Hydrobudowa z postępowania. W świetle powyższego nie został uznany przez Izbę za zasadny zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 3 P.z.p. poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty, której treść nie odpowiadała treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Stosownie do dyspozycji przepisu art. 187 ust. 4 pkt 5 P.z.p. Izba nie rozpoznawała zarzutów dotyczących naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 24 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 24 ust. 4 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 P.z.p. poprzez wykluczenie Odwołującego KB Doraco z postępowania i odrzucenia złożonej przez tego wykonawcę oferty w związku z niespełnieniem warunku udziału w postępowaniu polegającego na dysponowaniu osobą na stanowisku kierownika robót podwodnych, która posiada doświadczenie w wykonaniu dwóch robót budowlanych polegających na ułożeniu rurociągów min. DNI000 pod wodą które Odwołujący KB Doraco powtórzył w odwołaniu od rozstrzygnięcia protestu z dnia 10 października 2008 r., w treści tożsamej do treści zawartej w odwołaniu od rozstrzygnięcia protestu z dnia 18 września 2008 r.

Izba zważyła, że Odwołujący KB Doraco powołał się na te same okoliczności (zarzuty), które były już przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie odwołania wniesionego przez KB Doraco w tym samym postępowaniu w dniu 3 października 2008 r..

Stosownie do przepisu art. 191 ust. 3 P.z.p. Izba nie rozpoznawała zarzutów niezawartych w proteście. Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że zarzut niespełnienia przez Konsorcjum Hydrobudowa warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania przez osobę zaproponowaną na stanowisko kierownika robót podwodnych min. 5 - letniego doświadczenia w zakresie prac podwodnych nie został zawarty w proteście. Odwołujący KB Doraco stwierdził w proteście, że Konsorcjum Hydrobudowa nie spełnia, co najmniej dwóch z trzech warunków zawartych w ppkt 1.2.4.5 siwz, wskazując jednocześnie wyłącznie zarzuty dotyczące niespełnienia dwóch warunków. W odwołaniu natomiast podniósł zarzuty w zakresie trzeciego warunku. Oceniając powyższe okoliczności, Izba uznała, że nie stanowi wskazania zarzutu użycie ogólnego, hipotetycznego sformułowania dopuszczającego samą możliwość jego wystąpienia, bez przytoczenia konkretnych okoliczności faktycznych. Nie został podniesiony w proteście także zarzut dotyczący naruszenia przepisu art. 183 ust. 5 pkt 1 P.z.p. dotyczący niezachowania terminu „niezwłocznie”. Izba nie rozpoznawała tego zarzutu ograniczając się do stwierdzenia o charakterze ogólnym, że termin „niezwłocznie” oznacza bez zbędnej zwłoki, a w związku z tym powinien być zawsze interpretowany w kontekście konkretnego stanu faktycznego.

Nie podlegał rozpoznaniu przez Krajową Izb Odwoławczą, jako niezawarty w proteście, zarzut dotyczący interpretacji warunków udziału w postępowaniu określonych w siwz w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Rozpoznając odwołania KIO nie stwierdziła okoliczności, które skutkowałyby koniecznością unieważnienia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia i stanowiłyby przesłankę do zastosowania przepisu art. 191 ust. 3 zdanie 2 P.z.p..

Biorąc za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania oraz wobec niepotwierdzenia się zasadności zarzutów podniesionych w obu odwołaniach Izba orzekła o oddaleniu odwołań na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W dniu 19 listopada 2008 r. KB Doraco wniósł za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych skargę na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 listopada 2008 r. do Sądu Okręgowego w Gdańsku.

KB Doraco na podstawie art. 194 w związku z art. 179 ust. 1 P.z.p. zaskarżyła w całości wyrok Krajowej Izby Odwoławczej, doręczony Skarżącemu w dniu 12 listopada 2008 r., zarzucając zaskarżonemu wyrokowi:

- naruszenie art. 191 ust. 3 P.z.p. w zw. z art. 93 ust. 1 pkt 1 i 7 P.z.p. oraz w zw. z art. 146 ust. 1 pkt 6 P.z.p. poprzez zaniechanie wzięcia pod uwagę okoliczności skutkujących nieważnością prowadzonego przez Zamawiającego postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego;
- naruszenie prawa materialnego przez błędną jego wykładnię tj. naruszenie przepisu art. 183 ust 5 pkt 2 ustawy P.z.p. poprzez przyjęcie, iż dokonanie czynności przez Zamawiającego przed ostatecznym rozstrzygnięciem nie skutkuje nieważnością tej czynności;
- naruszenie prawa materialnego przez błędną jego wykładnię tj. art. 24 ust. 1 pkt 10 P.z.p. w zw. z art. 89 ust 1 pkt 2 P.z.p. poprzez zaniechanie nakazania Zamawiającemu wykluczenia Konsorcjum Hydrobudowa oraz odrzucenia złożonej przez tego wykonawcę oferty pomimo niepotwierdzenia spełnienia przez tego wykonawcę warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale 10 pkt 1.2.4.5 siwz,
- naruszenie art. 24 ust 2 pkt 3 w zw. z art. 24 ust 4 w zw. z art. 89 ust 1 pkt 5 P.z.p. poprzez bezzasadne nakazanie wykluczenia Skarżącego i odrzucenia złożonej przez Skarżącego oferty

ponimo, iż spełnia on warunek udziału w postępowaniu określony w rozdziale 10 pkt 1.2.4.5 siwz.

Skarżący KB Doraco wniósł o:

- uwzględnienie skargi, zmianę zaskarżonego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej i unieważnienie przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego

oraz ewentualnie

- uwzględnienie skargi, zmianę zaskarżonego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej poprzez uwzględnienie odwołań i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia i odrzucenia oferty złożonej przez Skarżącego oraz nakazanie Zamawiającemu wykluczenia i odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Hydrobudowa,
- obciążenie przeciwników skargi kosztami postępowania przed Sądem Okręgowym wg. norm prawem przepisanych (vide: k.3-10 akt).

W odpowiedzi na skargę Konsorcjum firm Hydrobudowa S.A. w Gdańsku oraz Przedsiębiorstwo robót Czerpalnych i Podwodnych spółka z o.o. w Gdańsku wniósł o oddalenie skargi z uwagi na jej bezzasadność. W uzasadnieniu skargi wskazano, że Konsorcjum firm podtrzymuje w całości swoje dotychczasowe stanowisko w sprawie (vide: k.30 akt).

Odpowiedź na skargę złożył również Zamawiający tj. Gmina Miasta Sopot Zakład Komunalny w Sopocie Zarząd Dróg i Zieleni w treści, której wniósł o oddalenie skargi, o przeprowadzenie dowodów z akt sprawy na okoliczności wskazane w tym piśmie oraz o zasądzenie kosztów postępowania według norm przepisanych. Zamawiający również w uzasadnieniu odpowiedzi na skargę podtrzymał swoje stanowisko wyrażane w sprawie jak i dotychczasową argumentację (vide: k.45-50 akt).

Następnie Skarżący pismem datowanym na dzień 6 stycznia 2009 roku wskazał, iż po złożeniu przez uczestników postępowania odpowiedzi na skargę podtrzymuje wszystkie żądania i wnioski skargi jak i wnosi o zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania wywołanych skargą oraz kosztów zastępstwa procesowego (vide: k.54-60 akt).

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Skargę jako bezzasadną należało oddalić w całości.

Sąd Okręgowy przyjął, iż Skarżący posiada interes prawny we wniesieniu skargi, w myśl art. 179 P.z.p., zgodnie z którym środki ochrony prawnej przysługują wykonawcom, a także innym osobom, jeżeli ich interes prawny w uzyskaniu zamówienia doznał lub może doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Nie można *a priori* odmówić interesu prawnego wykonawcy, który żąda unieważnienia postępowania, gdyż celem wnoszenia środków ochrony prawnej jest nie tylko ochrona praw wykonawcy w postępowaniu, ale również doprowadzenie do sytuacji, że umowa w sprawie zamówienia publicznego nie będzie dotknięta nieważnością.

Rozpatrując zarzuty podniesione w skardze Sąd Okręgowy zaakceptował i przyjął za własne ustalenia Krajowej Izby Odwoławczej, w szczególności dotyczące treści oświadczeń składanych przez wykonawców w trakcie postępowania o udzielenie przedmiotowego

zamówienia publicznego, poczynione na podstawie analizy dokumentów zgromadzonych w aktach sprawy oraz w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia sporządzonej przez Zamawiającego, a także na podstawie oświadczeń składanych przez strony i uczestnika w trakcie rozprawy.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 191 ust 3 zd.2 P.z.p. w zw. z art. 93 ust. 1 pkt 1 i 7 P.z.p. oraz w zw. z art. 146 ust. 1 pkt 6 P.z.p. poprzez zaniechanie wzięcia pod uwagę okoliczności skutkujących nieważnością prowadzonego przez Zamawiającego postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego, Sąd Okręgowy zważył, iż Skarżący KB Doraco nie wskazał w uzasadnieniu zarzutu podniesionego w skardze nowych argumentów ani dowodów na poparcie tezy o pominięciu przez Izbę zarzutów podnoszonych przez Skarżącego, iż w przedmiotowym postępowaniu zachodzą okoliczności skutkujące koniecznością jego unieważnienia, mimo iż na mocy art. 368 ust. 1 pkt 4 k.p.c. był do tego uprawniony.

Sąd Okręgowy wziął pod uwagę, iż w postępowaniu toczącym się wskutek wniesienia skargi stosuje się odpowiednio przepisy o apelacji, gdyż celem postępowania apelacyjnego jest ponowne i wszechstronne zbadanie sprawy pod względem faktycznym i prawnym, a sąd rozpoznający skargę nie może poprzestać na badaniu jej zarzutów, lecz powinien poczynić własne niezbędne ustalenia i samodzielnie ocenić je z punktu widzenia Prawa zamówień publicznych (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 10 maja 2000 r., III CKN 797/00, niepubl., i z dnia 28 stycznia 2004 r., IV CK 406/02, niepubl.). Nie mniej jednak, rozważając materiał zgromadzony w trakcie postępowania w aktach sprawy, Sąd Okręgowy nie stwierdził, aby jakiekolwiek okoliczności skutkujące nieważnością postępowania, podnoszone przez Skarżącego na rozprawie przed KIO oraz w treści protestów i odwołań zostały pominięte lub błędnie ocenione.

Skarżący podniósł w skardze, że Kolegium Izby Odwoławczej przeprowadziło postępowanie z rażącym naruszeniem prawa, ponieważ nie wzięło pod uwagę, iż Zamawiający „nie włączył do warunków udziału w postępowaniu określonych w siwz wymogu posiadania przez samych wykonawców certyfikatu potwierdzającego spełnianie wymagań systemu zarządzania bezpieczeństwem i higieną pracy (...)”, co zdaniem Skarżącego skutkować powinno stwierdzeniem nieważności postępowania. Zarzut ten Skarżący ponawia w piśmie z dnia 6 stycznia 2009 roku wskazując, iż zaniechanie wyszczególnienia w SIWZ wymogu posiadania przez wykonawców nadmienionego certyfikatu skutkuje nieważnością postępowania, gdyż stoi w sprzeczności z uregulowaniami ustawy z dnia 17 października 2003 roku o wykonywaniu prac podwodnych (Dz. U Nr 199/03 poz. 1936 ze zmianami).

W ocenie Sądu Okręgowego, jest to zarzut spóźniony w świetle jednoznacznych sformułowań art. 180 ust 4 P.z.p., bowiem w istocie dotyczy zastrzeżeń co do treści SIWZ, a nie określonej w art. 93 ust. 1 pkt 7 P.z.p., przesłanki, skutkującej nieważnością postępowania. Sąd Okręgowy podziela w tym względzie interpretację zastosowania art. 93 ust 1 pkt 7 P. z. p. wyrażoną w wyroku KIO z dnia 28 maja 2008 roku (sygn. akt KIO/UZP 461/08 LEX nr 427975), iż domagając się unieważnienia postępowania na podstawie art. 91 ust 1 pkt 7 P.z.p. należy wskazać, która z przesłanek uniemożliwiających zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego zaktualizowała się wskutek naruszenia przez zamawiającego przepisów, zaś między naruszeniem a niemożnością musi istnieć normalny - adekwatny związek przyczynowy. Nadto wyrok KIO z dnia 19 maja 2008 roku (sygn. Akt KIO/UZP 431/08 LEX nr 428113) stwierdza, iż przesłanki unieważnienia postępowania, jako decyzji powodującej daleko idące skutki prawne w sytuacji tak zamawiającego, jak również wykonawców, przejawiającej się w zniesieniu postępowania od samego początku, powinny być interpretowane wąsko. Tym samym katalog przesłanek unieważnienia postępowania, zawarty w art. 93 P.z.p. musi być traktowany jako *numerus clausus*. W kontekście zarzutu nie sformułowania przez zamawiającego w SIWZ wymogu posiadania przez wykonawców certyfikatu potwierdzającego spełnienie wymagań systemu zarządzania bezpieczeństwem i

higiena pracy należy podnieść, iż w przedmiocie dokumentów przedkładanych przez wykonawców w postępowaniach o zamówienie publiczne prawo nie dopuszcza również żadnej dowolności. Zagadnienie to precyzyjnie normuje rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87/06 poz. 605 ze zmianami). Katalog ten również w zakresie podnoszonym przez Skarżącego, a więc w odniesieniu do potwierdzenia czy wykonawca w przedmiotowym postępowaniu posiada uprawnienia do prowadzenia prac podwodnych miarodajny jest § 1.1 pkt 1 tegoż rozporządzenia, który stanowi iż zamawiający może żądać w tym celu: koncesji, zezwolenia lub licencji, jeżeli ustawy nakładają obowiązek ich posiadania w celu podjęcia działalności w zakresie objętym zamówieniem publicznym. Co równie istotne, wyliczenie to, podobnie jak inne kategorie dokumentów wymienionych w omawianym rozporządzeniu ma charakter enumeratywny i nie dopuszcza żadnych modyfikacji ze strony zamawiającego. W wyliczeniu powyższym w żadnym razie nie mieści się certyfikat potwierdzający spełnienie wymagań systemu zarządzania bezpieczeństwem i higieną pracy. Wymogu posiadania takiego certyfikatu przez wykonawcę nie można wywodzić nawet z zapisów ustawy z 17 października 2003 roku o wykonywaniu prac podwodnych, na który to akt normatywny powołuje się sam skarżący. Ustawa ta, w art. 4 precyzuje jedynie, iż prace podwodne można organizować, jeżeli posiada się nadmieniony certyfikat. Oznacza to, że przystąpienie do realizacji konkretnej roboty budowlanej wymaga posiadania certyfikatu bezpieczeństwa i higieny pracy, nie można natomiast z tego zapisu interpretować obowiązku posiadania takiego certyfikatu w celu podjęcia działalności gospodarczej w przedmiotowym zakresie przez dany podmiot. Z uwagi na powyższe zarzut nie umieszczenia w SIWZ wymogu przedłożenia przez wykonawców certyfikatu potwierdzającego spełnienie wymagań systemu zarządzania bezpieczeństwem i higieną pracy nie może być w ogóle brany pod uwagę jako przesłanka nieważności przedmiotowego postępowania. Należy stwierdzić, iż umieszczenie takiego zapisu w SIWZ byłoby sprzeczne z jednoznacznymi przepisami prawa, normującymi postępowania o zamówienie publiczne.

Skarżący podniósł w skardze, iż Zamawiający nie wskazał, jaki dokument ma złożyć wykonawca w celu potwierdzenia spełnienia wcześniej opisanego w rozdziale 10 pkt 1 ppkt 1.1 warunku udziału w postępowaniu.

W ocenie Sądu Okręgowego w dalszym postępowaniu, tj. w szczególności w toku rozpatrywania odwołań przez Kolegium Izby Odwoławczej, skarżący nie wykazał, iż powyższe działania Zamawiającego naruszyły ustawę Prawo zamówień publicznych. Nadto uzyskane przez zamawiającego w toku postępowania potwierdzenia kwalifikacji osoby wskazanej jako kierownik robót, przez protestujące Konsorcjum Hydrobudowa (wydane przez Komisję kwalifikacyjną dla Nureków Urzędu Morskiego i Departament Bezpieczeństwa Morskiego Ministerstwa Infrastruktury), nie zostały w żaden sposób skutecznie podważone przez Skarżącego w toku postępowania odwoławczego. Na tym tle należy ocenić również zarzut skarżącego podniesiony na etapie protestu z dnia 10 października 2008 roku. Nie można zgodzić się z zawartym tam twierdzeniem Skarżącego, że skoro Krajowa Izba Odwoławcza uznała ofertę Skarżącego za zasadnie odrzuconą, to była również obligatoryjnie zobowiązana do sprawdzenia, czy druga oferta pozbawiona jest wad, powodujących jej odrzucenie, co w dalszej konsekwencji skutkowałoby unieważnieniem postępowania.

Przyjęcie takiego toku rozumowania prowadziłoby, bowiem do nałożenia na organ odwoławczy obowiązku szczegółowego sprawdzenia całego postępowania „na wszelki wypadek”, pod kątem wychwycenia jedynie potencjalnych uchybień, a z drugiej strony zwalniałoby wykonawców od zachowania należytej staranności w wywodzeniu okoliczności, których udowodnienie leżałobyby w ich dobrze pojętym interesie. Byłoby to nie do pogodzenia z literą prawa oraz zasadami prowadzenia postępowania o zamówienie publiczne. Zważywszy na ogólną zasadę prawa cywilnego, wyrażoną w art. 6 k.c. stanowiącą, iż ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która faktu z tego wywodzi skutki prawne, znajdującą odzwierciedlenie w art. 3 k.p.c., w myśl którego strony i uczestnicy postępowania zobowiązani są wskazywać okoliczności sprawy oraz przedstawiać dowody na poparcie

swoich twierdzeń Sąd Okręgowy, wobec niepowołania przez skarżącego dowodów, nie mógł w tym zakresie rozstrzygnąć odmiennie.

Sąd Okręgowy podziela pogląd, iż uprawnieniem Zamawiającego jest uszczegółowienie warunku w odniesieniu do przedmiotu zamówienia, a ewentualne podnoszenie, iż warunki nie zostały przez Zamawiającego uszczegółowione w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia może odbywać się jedynie na etapie ogłoszenia lub SIWZ (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 marca 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 160/08). Warto nadto wskazać, iż Zamawiający nie jest zobowiązany wskazywać swoich wymagań w odniesieniu do każdej z przesłanek wymienionych w art. 22 ust. 1 P.z.p. oraz tym samym żądać dokumentów w odniesieniu do każdej z nich, tym niemniej wykonawcy powinni spełniać wszystkie postawione we wskazanym przepisie warunki (por. wyrok KIO 2008.06.17 sygn. akt KIO/UZP 538/08; KIO/UZP 543/08 LEX nr 409209). Tym samym, w ocenie Sądu Okręgowego w przedmiotowym postępowaniu nie doszło do rażącego naruszenia prawa, w wyniku którego powstają skutki niemożliwe do zaakceptowania z punktu widzenia wymagań praworządności (por. wyrok ZAUZP 2007.08.02 UZP/ZO/0-936/07 LEX nr 368795).

Podkreślenia wymaga w tym miejscu również okoliczność, iż w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający dokonał pierwotnie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Skarżącego KB Doraco, a następnie wskutek postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu przez Konsorcjum Hydrobudowa unieważnił tę czynność wyboru, jako naruszającą art. 22 ust 1 pkt 2 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 10 oraz art. 44. art. 24 ust 2 pkt 2 i 3, art. 87 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 i 8 P.z.p. poprzez niewykluczenie z postępowania wykonawcy KB Doraco niespełniającego warunków udziału w postępowaniu oraz nieodrzućenie oferty podlegającej odrzuceniu. Tym samym Zamawiający usunął wadę postępowania, która w świetle zgromadzonych w postępowaniu dokumentów nosiła w ocenie Sądu Okręgowego znamiona przesłanki uniemożliwiającej zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego, a tylko w wypadku pominięcia przez Zamawiającego zarzutów zgłoszonych w proteście przez Konsorcjum Hydrobudowa należałoby uznać za zasadny zarzut naruszenia art. 93 ust 1 pkt 7 P.z.p. przez Zamawiającego (por. wyrok KIO z dnia 3 marca 2008 r. KIO/UZP 134/08 LEX nr 374485). W ocenie Sądu Okręgowego w dalszym postępowaniu, tj. w szczególności w toku rozpatrywania przez Kolegium Izby Odwoławczej odwołań, Skarżący nie wykazał, iż powyższe działania Zamawiającego naruszyły ustawę Prawo zamówień publicznych.

Skarżący podnosił nadto, iż kwestia istnienia okoliczności skutkujących koniecznością unieważnienia postępowania powinna być rozważana przez Sąd niezależnie od faktu podniesienia zarzutów w tym zakresie w treści protestu bądź odwołania.

Sąd Okręgowy podziela tu i uznaje za aktualny pogląd Sądu Najwyższego wyrażony w uchwale z dnia 18 października 2007 r. (sygn. akt III CZP 87/07 OSNC 2008/10/115), iż ustalenie zawarte w zaskarżonym wyroku zespołu arbitrów braku okoliczności skutkujących unieważnieniem postępowania o udzielenie zamówienia nie wiąże sądu rozpoznającego skargę. Sąd Okręgowy ocenił materiał zgromadzony w postępowaniu, wobec nieprzedstawienia nowych dowodów przez Skarżącego i rozważył czy Kolegium Izby Odwoławczej oceniło wiarygodność oraz moc dowodów na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału, mając na uwadze czy KIO wyprowadził w swej ocenie logicznie poprawne wnioski. Tylko w przypadku, gdy brak jest logiki w wiązaniu wniosków z zebranymi dowodami lub, gdy wnioskowanie sądu wykracza poza schematy logiki formalnej albo, wbrew zasadom doświadczenia życiowego, nie uwzględni jednoznacznych praktycznych związków przyczynowo-skutkowych, to przeprowadzona (przez sąd) ocena dowodów może być skutecznie podważona (por. wyrok SN z dnia 27 września 2002 sygn. akt II CKN 817/00 LEX nr 56906). Ustawa Prawo zamówień publicznych stanowi zaś, iż

zarówno do postępowania toczącego się wskutek wniesienia odwołania, jak i toczącego się na skutek złożenia skargi stosuje się odpowiednio przepisy ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego, w tym art. 233 § 1 k.p.c. Jak wskazał Sąd Najwyższy w

wyroku z dnia 18 września 2002 r. (sygn. akt III CKN 1375/00 LEX nr 57222) naruszenie prawa przez niewłaściwe jego zastosowanie to kwestia prawidłowego odniesienia normy prawa materialnego do ustalonego stanu faktycznego, sprawa właściwego skonfrontowania okoliczności stanu faktycznego z hipotezą normy prawnej i poddanie tego stanu ocenie prawnej na podstawie treści tej normy. Jeśli zatem Skarżący nie wskazał nowych dowodów dla oceny trafności zarzutu naruszenia prawa materialnego miarodajny jest zdaniem Sądu Okręgowego stan faktyczny przyjęty za podstawę wydania zaskarżonego orzeczenia. Powołana przez Skarżącego uchwała Sądu Najwyższego z dnia 27 stycznia 2005 r. (sygn. akt III CZP 78/04, OSNC 2005/12/02) odnosi się zaś do sytuacji, gdy zachodzą przesłanki określone w art. 93 ust 1 P.z.p.. Sąd Okręgowy dokonując analizy zgromadzonych dokumentów dotyczących przedmiotowego postępowania oraz rozważając ich ocenę przeprowadzoną w postępowaniu przez Kolegium Izby Odwoławczej nie znalazł dowodów na to, iż jakiegokolwiek przesłanki nieważności postępowania w tej sprawie zostały pominięte przez Izbę.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia prawa materialnego przez błędną jego wykładnię, tj. naruszenie przepisu art. 183 ust 5 pkt 2 P.z.p., poprzez przyjęcie iż dokonanie czynności przez Zamawiającego przed ostatecznym rozstrzygnięciem nie skutkuje nieważnością tej czynności Sąd podzielił stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej Urzędu Zamówień Publicznych i uznał go za bezzasadny. W ocenie Sądu czynności podjęte przez Zamawiającego nie stanowią naruszenia zapisów art. 183 ust. 5 pkt 2, który stanowi, iż w przypadku uwzględnienia protestu Zamawiający powtarza oprotestowaną czynność lub dokonuje czynności bezprawnie zaniechanej po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu - jeżeli co najmniej jedno ze zgłoszonych żądań nie zostało uwzględnione. Jak wskazuje Skarżący bezprawnym działaniem Zamawiającego, które skutkować winno nieważnością tej czynności, było wykluczenie Skarżącego z przedmiotowego postępowania przed ostatecznym rozstrzygnięciem protestu z dnia 18 września 2008r. Zarzut ten należy rozpatrywać w świetle art. 182 ust. 1 P.z.p., który stanowi *explicite*, iż jedyną czynnością jakiej nie może dokonać Zamawiający do czasu ostatecznego rozstrzygnięcia protestu jest zawarcie umowy (por. wyrok z dnia 3 kwietnia 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 250/08 LEX nr 395941). W związku z tym, iż Zamawiający powstrzymał się z podpisaniem umowy w przedmiotowej sprawie, nie ma podstaw aby uznać, że dokonanie przez niego w dniu 3 października 2008r. czynności polegających na powtórzeniu oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej, a także wykluczenia Skarżącego, stanowi przesłankę do uznania tych czynności za nieważne.

Jak słusznie wskazała Krajowa Izba Odwoławcza, zgodnie z przepisem art. 58 § 1 k.c. czynność jest nieważna, gdy jest sprzeczna z ustawą lub zmierza do jej obejścia. Istotne jest, że P.z.p. nie wiąże skutku nieważności dla czynności dokonanej niezgodnie z przepisem art. 183 ust. 5 P.z.p. Gdyby zatem nawet przyjąć, iż Zamawiający naruszył cytowany wyżej artykuł, to nie ma podstaw aby żądać uznania za nieważne czynności podjętych w dniu 3 października 2008r. przez Zamawiającego tj. wykluczenia go z przedmiotowego postępowania, odrzucenia jego oferty w wyniku ponownej oceny ofert. Jako jedyną czynność bezwzględnie zabronioną, ustawodawca wskazał w art. 183 ust. 5 P.z.p. - podpisanie umowy przed ostatecznym rozstrzygnięciem protestu. W związku z czym czynność ponownej oceny ofert, wykluczenia jednego z wykonawców czy też wyboru ofert jako najkorzystniejszej, nie stanowią czynności, których treść sprzeciwia się przepisowi ustawy lub zmierza do obejścia przepisu ustawy. Ponadto uchybienie formalne w zakresie terminu dokonania czynności nie stanowi o sprzeczności treści czynności z ustawą i nie wywołuje skutku nieważności tej czynności. Trafnie wskazała Krajowa Izba Odwoławcza, iż przedwcześnie podjęta przez Zamawiającego czynność jest formalnie niepoprawna i może utrudnić prowadzenie postępowania zwłaszcza Zamawiającemu, jednak w momencie jej dokonania podlega kontroli (uzasadnionej interesem prawnym wykonawcy) w zakresie prawidłowości, tak jak wszystkie inne decyzje zamawiającego w postępowaniu. Przedwcześnie dokonanie czynności może nieść za sobą ryzyko konieczności korygowania tej czynności przez zamawiającego, w wyniku ostatecznego rozstrzygnięcia protestu. Wynika to z faktu, iż czynność wykluczenia wykonawcy i odrzucenia jego oferty, dokonana w dniu 3 października 2008r. w wyniku

ponownej oceny ofert, nie mogła „uprawomocnić się” do czasu wydania orzeczenia przez Krajową Izbę Odwoławczą w sprawie odwołania wniesionego w wyniku protestu z dnia 18 września 2008r.

Podniesiony przez Skarżącego zarzut naruszenia prawa materialnego przez błędną jego wykładnię, tj. art. 24 ust.1 pkt 10 P.z.p. w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 P.z.p. poprzez zaniechanie nakazania Zamawiającemu wykluczenia Konsorcjum Hydrobudowa oraz odrzucenia złożonej przez tego wykonawcę oferty pomimo niepotwierdzenia spełnienia przez tego wykonawcę warunku udziału w postępowaniu określonego w Rozdz. 10 pkt 1.2.4.5 SIWZ, jest bezpodstawny w świetle art. 191 ust. 2, który stanowi, że jedynie uwzględniając odwołanie IZBA może nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego lub nakazać unieważnienie czynności zamawiającego. Artykuł ten określa klasyfikację orzeczeń

wydawanych w postępowaniu odwoławczym. Żądanie Skarżącego nie znajduje zaś odzwierciedlenia w postanowieniach tego przepisu, nawet gdyby przyjąć, iż jego odwołanie zasługiwało na uwzględnienie. Wówczas Izba mogłaby nakazać dokonanie czynności w sytuacji, gdyby Zamawiający nie dokonał czynności obowiązkowej wynikającej z przepisów ustawy albo nakazać powtórzenie czynności, gdy została ona dokonana przez zamawiającego z naruszeniem przepisów ustawy P.Z.P., które regulują sposób jej dokonania. Jak wynika z powyższego, Izba może nakazać Zamawiającemu podjęcie czynności, które w konsekwencji prowadziłyby do jednego z możliwych rozstrzygnięć tj. np. wykluczenia wykonawcy, wyboru oferty. Izba nie ma natomiast możliwości narzucenia konkretnego rozstrzygnięcia tego typu Zamawiającemu poprzez nakazanie wykluczenia w tym postępowaniu Konsorcjum Hydrobudowa oraz odrzucenia złożonej przez tego wykonawcę oferty. Sformułowanie przez Skarżącego zarzutu o takiej treści nie ma, więc odzwierciedlenia w świetle obecnie obowiązujących przepisów.

Rozpatrując zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 P.z.p. w zw. z art. 24 ust 4 i w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 P.z.p. poprzez bezzasadne nakazanie wykluczenia Skarżącego i odrzucenia złożonej przez Skarżącego oferty, pomimo iż spełnia on warunek udziału w postępowaniu określony w Rozdz. 10 pkt 1.2.4.5 siwz Sąd stwierdził, iż Izba oddalając odwołania wniesione przez Skarżącego jako bezzasadne, nie nakazała wykluczenia Skarżącego i odrzucenia jego oferty, bowiem stanowiłoby to naruszenie przepisu postępowania dotyczącego rozpatrywania odwołania, określonego w art. 191 ust 2 P.z.p.. Jedynie uwzględniając odwołanie Izba może nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego lub nakazać unieważnienie czynności zamawiającego. Podkreślić należy również, że w takim przypadku Izba nie może jednak wskazać Zamawiającemu „wykluczenia” wykonawcy, a jedynie powtórzenie czynności. Wobec powyższego zarzut ten należało uznać za bezzasadny.

Mając na uwadze powyższe Sąd Okręgowy oddalił skargę na zasadzie art. 198 ust.2 ustawy Pzp w związku z art.385 k.p.c. Rozstrzygnięcie w przedmiocie kosztów postępowania oparto na podstawie przepisu art.98 k.p.c. w związku z art. 108 k.p.c. w związku z art. 194 ust.2 ustawy Pzp oraz na podstawie §10 ust.1 pkt.4 rozporządzenia Ministra sprawiedliwości z dnia 28.09.2002r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenie przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z

urzędu w związku z §5 rozporządzenia (per analogia).[^]właściwa fKftw świadczy

aAW

STA
w Gda[^]u

Krenc

