

WYROK

z dnia 20 marca 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący  
Przemysław Dzierzędzki

Członkowie:  
Danuta Dziubińska

Dagmara Gałczewska-Romek

Protokolant:

Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 marca 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 marca 2018 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Uxo Marine S.A. w Goczałkowicach-Zdroju

oraz Net Marine - Marine Power Service sp. z o.o. w Szczecinie

w postępowaniu prowadzonym przez Dyrektora Urzędu Morskiego w Gdyni

przy udziale wykonawcy Przedsiębiorstwa Robót Czerpalnych i Podwodnych sp. z o.o. w Gdańsku, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Uxo Marine S.A. w Goczałkowicach-Zdroju oraz Net Marine - Marine Power Service sp. z o.o. w Szczecinie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr

(słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Uxo Marine S.A. w Goczałkowicach-Zdroju oraz Net Marine - Marine Power Service sp. z o.o. w Szczecinie tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 150 zł 00 gr poniesioną przez zamawiającego tytułem dojazdu na posiedzenie i rozprawę Izby,

2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Uxo Marine S.A. w Goczałkowicach-Zdroju oraz Net Marine - Marine Power Service sp. z o.o. w Szczecinie na rzecz zamawiającego Dyrektora Urzędu Morskiego w Gdyni kwotę 150 zł 00 gr (słownie: stu pięćdziesięciu złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu dojazdu na posiedzenie i rozprawę Izby.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Gdańsku.

Przewodniczący: .....

Członkowie: .....

Sygn. akt: KIO 418/18

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

Zamawiający - Dyrektor Urzędu Morskiego w Gdyni - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z

dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579),

zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „oczyszczenie dna z materiałów ferromagnetycznych w tym wybuchowych w ramach projektów: <Modernizacja toru wodnego do Portu Północnego w Gdańsku i <Modernizacja układu falochronów osłonowych w Porcie Północnym w Gdańsku>”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii

Europejskiej 10 października 2017 r., nr 2017/S 194-398347.

23 lutego 2018 r. zamawiający przesłał wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia Uxo Marine S.A. w Goczałkowicach-Zdroju oraz Net Marine - Marine Power Service sp. z o.o. w Szczecinie, zwanym dalej „odwołującym”, zawiadomienie o unieważnieniu postępowania w zakresie części 2 zamówienia oraz o wyborze w zakresie części 1 zamówienia jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Robót Czerpalnych i Podwodnych sp. z o.o. w Gdańsku, zwanego dalej „przystępującym”.

Wobec:

- 1) czynności wykluczenia odwołującego z udziału w części 1 i 2 zamówienia,
- 2) zaniechania czynności wykluczenia przystępującego z udziału w części 1 zamówienia,
- 3) czynności unieważnienia postępowania w zakresie części 2 zamówienia,

odwołujący wniósł 5 marca 2018 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 24 ust. 1 pkt 12 i 17 ustawy Pzp w części 1 postępowania, przez zaniechanie wykluczenia przystępującego, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu odnośnie sytuacji ekonomicznej i finansowej oraz zdolności technicznej i zawodowej,
- 2) art. 24 ust. 1 pkt 12 i 17 ustawy Pzp w części 1 i części 2 postępowania przez wykluczenie odwołującego z postępowania w obu częściach w wyniku błędnego uznania, że odwołujący nie spełnił warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia zawodowego oraz przez błędne przyjęcie, że odwołujący w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego,
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w związku z przywołanymi wyżej naruszeniami art. 24 ust. 1 pkt 12 i 17 ustawy Pzp w części 1 i części 2 postępowania,
- 4) art. 26 ust. 3 ustawy Pzp przez nieprecyzyjne wzywanie odwołującego do uzupełnienia dokumentów i wyjaśnień odnośnie warunków udziału w postępowaniu,
- 5) art. 26 ust. 4 ustawy Pzp przez jego niezastosowanie polegające na niewzwaniu odwołującego do wyjaśnienia okoliczności budzących wątpliwości zamawiającego odnośnie spełnienia warunków udziału w postępowaniu,
- 6) art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp przez jego zastosowanie i unieważnienie postępowania w

części 2 postępowania, mimo że nie zaszły do tego odpowiednie przesłanki,

7) art 7 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp w zw. z przywołanymi wyżej naruszeniami art. 24 ust. 1 pkt 12 i 17 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w części 1 i części 2 postępowania,

8) z ostrożności: naruszenie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania przystępującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających posiadanie zdolności ekonomicznej i finansowej, w szczególności do uzupełnienia polisy ubezpieczeniowej, i innych dokumentów potwierdzających spełnienie wymagań zamawiającego; a także naruszenie przepisu art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp przez zaniechanie precyzyjnego wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów odnośnie spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części 1 postępowania,
- 2) unieważnienia czynności unieważnienia postępowania w części 2 postępowania,
- 3) unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego w części 1 i 2 postępowania;
- 4) unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego w części 1 i 2 postępowania,
- 5) powtórzenia badania i oceny ofert w części 1 i 2 postępowania,
- 6) w części 1 postępowania wykluczenie na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 i 17 ustawy Pzp przystępującego po ewentualnym wezwaniu wykonawcy do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej i finansowej, przez złożenie dokumentów potwierdzających posiadanie ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną nie mniejszą niż 1.000,000 zł,
- 7) wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej dla części pierwszej i drugiej postępowania, po ewentualnym precyzyjnym wezwaniu odwołującego do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, lub po ewentualnym wezwaniu odwołującego do wyjaśnień okoliczności budzących wątpliwości zamawiającego odnośnie spełniania przez odwołującego warunków udziału w postępowaniu dla części pierwszej i drugiej postępowania.

W uzasadnieniu odwołania, w odniesieniu do zarzutu niewykazania przez przystępującego spełnienia warunku udziału w postępowaniu odnośnie sytuacji ekonomicznej i finansowej odwołujący podniósł, że w prowadzonym postępowaniu przetargowym zamawiający zdefiniował przedmiot zamówienia jako „usługę polegającą na oczyszczeniu dna akwenów morskich w porcie w Gdańsku z materiałów ferromagnetycznych w tym wybuchowych w ramach projektów <Modernizacja toru wodnego do Portu Północnego w Gdańsku> i <Modernizacja układu falochronów osłonowych w Porcie Północnym w Gdańsku>”.

Odwołujący wywiódł, że zgodnie z ustawą o materiałach wybuchowych przeznaczonych do użytku cywilnego przez „oczyszczanie terenu” rozumieć działalność gospodarczą obejmującą poszukiwanie materiałów wybuchowych, wydobywanie, zabezpieczenie, zniszczenie albo unieszkodliwienie znalezionych materiałów wybuchowych na lądzie lub wodach śródlądowych, lub obszarach morskich. Z kolei ustawa o wykonywaniu działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią, amunicją oraz wyrobami po przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym definiuje „materiały wybuchowe” jako substancje chemiczne stałe lub ciekłe albo mieszaniny substancji, zdolne do reakcji chemicznej z wytwarzaniem gazu o takiej temperaturze i ciśnieniu i z taką szybkością, że mogą powodować zniszczenia w otaczającym środowisku, a także wyroby wypełnione materiałem wybuchowym zaliczane do klasy 1, o których mowa w załączniku A. Natomiast ustawa o materiałach wybuchowych przeznaczonych do użytku cywilnego definiuje materiały wybuchowe jako substancje chemiczne stałe lub ciekłe albo mieszaniny substancji, zdolne do reakcji chemicznej z wytwarzaniem gazu o takiej temperaturze i ciśnieniu i z taką szybkością, że mogą powodować zniszczenia w otaczającym środowisku, a także wyroby wypełnione materiałem wybuchowym, z wyłączeniem amunicji.

Odwołujący wskazał także, że zamawiający określił w odpowiedziach, że w postępowaniu przetargowym obowiązuje ustawa o materiałach wybuchowych przeznaczonych do użytku cywilnego. W związku z czym sposób prowadzenia prac

oczyszczania terenu zgodnie z ustawą, określa rozporządzenie Ministra Gospodarki w sprawie sposobu prowadzenia prac z użyciem materiałów wybuchowych przeznaczonych do użytku cywilnego oraz podczas oczyszczania terenów.

Odwołujący podniósł, że opisując warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zamawiający wskazał, że o zamówienie mogą się starać wykonawcy, którzy na potwierdzenie sytuacji ekonomicznej lub finansowej wykażą się posiadaniem polisy ubezpieczeniowej od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną 1.000.000,00 zł.

Odwołujący wywiódł, że polisa ubezpieczeniowa przystępującego nr 998035107117, zawiera w treści wyłączenie wszelkich szkód powstałych w związku z używaniem wytwarzaniem, składowaniem, przechowywaniem materiałów wybuchowych. Odwołujący argumentował, że skoro przedmiotem zamówienia jest oczyszczenie dna akwenów morskich z materiałów ferromagnetycznych w tym wybuchowych, to polisa złożona przez przystępującego nie tylko nie obejmuje działalności opisanej w przedmiocie zamówienia, ale nawet nie jest z nią związana. Wywiódł, że w aneksie do polisy ubezpieczeniowej z dnia

23.11.2017 r. dopisuje się PKD 38.12.Z tj. „odbieranie odpadów niebezpiecznych”. Tym samym przystępujący klasyfikuje materiały wybuchowe jako odpad a oczyszczanie terenu jako zbieranie odpadów niebezpiecznych, co jest nieuprawnione ze względu na definicje ustawowe „zbierania odpadów” i „odpadu niebezpiecznego” oraz „materiałów wybuchowych”. Na marginesie odwołujący wskazywał, iż aneks ten został sporządzony po dniu ogłoszenia o zamówieniu, a zatem jedynie na potrzeby tego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący wywiódł, że wg ustawy o odpadach przez „zbieranie odpadów” rozumie się gromadzenie odpadów przed ich transportem do miejsca przetworzenia, w tym wstępne sortowanie nieprowadzące do zmiany charakteru i składu odpadów i niepowodujące zmiany klasyfikacji i odpadów oraz tymczasowe magazynowanie odpadów o którym mowa w pkt. 5 lit. B. Z kolei „odpady niebezpieczne” oznaczają odpady wykazujące co najmniej jedną spośród właściwości niebezpiecznych. Właściwości powodujące, że odpady są odpadami niebezpiecznymi, określa załącznik nr 3 do ustawy o odpadach. W załączniku nr 3 wskazano, że „wybuchowe” są takie substancje i preparaty, które mogą wybuchnąć pod wpływem ognia lub które są bardziej wrażliwe na wstrząs lub tarcie niż dinitrobenzen.

Zdaniem odwołującego definicja odpadu niebezpiecznego - „wybuchowego” różni się od definicji materiałów wybuchowych określonych w ustawach, które to ustawy normują aspekt wydobycia materiałów wybuchowych czyli oczyszczania akwenów morskich. Kluczowym jest tutaj odniesienie, że materiały wybuchowe zgodnie z definicją ustawy o materiałach wybuchowych przeznaczonych do użytku cywilnego „mogą powodować zniszczenia w otaczającym środowisku”. Ustawa o odpadach wyklucza taką interpretację materiału wybuchowego. Sposób prowadzenia prac oczyszczania terenu zgodnie z definicją, określa rozporządzenie Ministra Gospodarki w sprawie sposobu prowadzenia prac z użyciem

materiałów wybuchowych przeznaczonych do użytku cywilnego oraz podczas oczyszczania terenów, w przedmiotowym rozporządzeniu nie ma odniesienia do ustawy o odpadach. Ponadto materiały wybuchowe znalezione podczas prowadzenia prac oczyszczania terenu mogą być przechowywane w pomieszczeniach magazynowych zgodnie z ustawą o wykonywaniu działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią, amunicją oraz wyrobami po przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym oraz zgodnie z rozporządzeniem do niniejszej ustawy.

Zdaniem odwołującego z powyższego wynika, że zbieranie odpadów niebezpiecznych nie obejmuje oczyszczania z materiałów wybuchowych co wynika z ustawy o materiałach wybuchowych przeznaczonych do użytku cywilnego a którą to ustawę nakazuje stosować sam zamawiający. Przyjęta przez przystępującego (oraz przez zamawiającego) metoda klasyfikacji materiału wybuchowego jako odpad, a oczyszczenie akwenów morskich z materiałów ferromagnetycznych w tym materiałów wybuchowych jako zbieranie odpadów niebezpiecznych, jest w świetle obowiązujących przepisów nieuprawnione. Polisa ubezpieczeniowa, zgodnie z wymaganiami zamawiającego, miała być złożona dla potwierdzenia spełnienia warunku w postępowaniu odnośnie zdolności ekonomicznej lub finansowej. Odwołujący nie twierdzi, że zakres ubezpieczenia wynikający z polisy powinien być tożsamy z przedmiotem zamówienia. Warunkiem wystarczającym jest, że będzie z nim związany. Jednak z analizy stanu prawnego wynika, że zakres ubezpieczenia poświadczony polisą przystępującego nie tylko nie jest związany z przedmiotem zamówienia, ale wręcz wyłączony. Odwołujący podniósł, że zamawiający wyraźnie wskazał, że polisa ubezpieczeniowa ma obejmować działalność „związaną z przedmiotem zamówienia”. Wobec takiego wymagania nie można uznać, że przystępujący może złożyć polisę ubezpieczeniową obejmującą dowolną inną działalność, dodatkowo -

wylęczającą z zakresu ubezpieczenia przedmiot umowy.

Odwołujący argumentował, że zaniechanie wykluczenia przystępującego z postępowania z powodu niewykazania odpowiedniej sytuacji finansowej i ekonomicznej w związku z polisą wylęczającą z zakresu ubezpieczenia przedmiot zamówienia narusza nie tylko art. 24 ust. 1 pkt 12 i art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, ale również zasadę równego traktowania wykonawców. Odwołujący złożył wymaganą polisę, obejmującą działalność związaną z przedmiotem zamówienia, a przystępujący nie dochował należytej staranności i takiej polisy nie przedstawił. Zamawiający powinien więc wykluczyć przystępującego z postępowania. Z ostrożności odwołujący wskazał, że przystępujący powinien być wezwany do uzupełnienia dokumentu polisy ubezpieczeniowej na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp przez złożenie takiej polisy, która będzie zgodna z warunkami określonymi przez zamawiającego, a więc potwierdzającej, że przystępujący jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną nie mniejszą niż 1.000.000 zł.

W dalszej części odwołania odwołujący podniósł, że przystępujący nie wykazał również spełnienia warunku udziału w postępowaniu odnośnie doświadczenia zawodowego. Odwołujący argumentował, że w piśmie z dnia 27 grudnia 2017 r. (znak ZH-355/12/2017) przystępujący skorygował wartość referencji dla Przedsiębiorstwa Usług Specjalistycznych „Piromor” s.c. z kwoty 3.464.910,00 zł brutto do kwoty 2.319.797,00 zł, która to kwota teoretycznie spełnia wymóg wartości robót wymaganej w SIWZ. Jednakże, w ww. piśmie z dnia 27 grudnia 2017 r. przystępujący wskazał, że odbiorcą usług było konsorcjum przystępującego i Rhode Nielsen A/S, nie uwzględniając jednak faktu, iż inwestorem i zamawiającym wskazanych w piśmie prac był Zarząd Morskiego Portu Gdańsk S.A. Zgodnie z pismem Zarządu Morskiego Portu Gdańsk S.A. wartość prac polegających na wydobyciu przedmiotów ferromagnetycznych - tj. prac, których wykonanie należało udokumentować w niniejszym postępowaniu - wyniosła 121.000,00 zł netto, a zatem wielokrotnie mniej, niż wynosi wymagana wartość wskazana w SIWZ tj. nie mniej niż 2.000.000,00 zł brutto. Ponadto, w ww. piśmie inwestor wskazał na toczące się postępowanie sądowe, z czego wnioskować można o nienależyte wykonanie prac, na które wystawione zostały referencje. Prawidłowe wywiązanie się z umowy nie spowodowałoby sporu, a tym bardziej wskazywania przez Zarząd Portu Morskiego Gdańsk S.A. nieprawidłowości w wykonanych pracach. Ponadto, w dniu 14.12.2017 r. Zarząd Portu Morskiego Gdańsk S.A. udzielił odpowiedzi na zapytanie pana S.K. z dnia 2.11.2017 r. w trybie wniosku o udostępnienie informacji publicznej, wskazując w punktach Ad 1. i Ad 2., że doszło do nienależytego wykonania umowy, trudno zatem uznać posiadane przez przystępującego referencje za potwierdzenie należytego wykonania umowy i posiadania odpowiedniego doświadczenia. Zastanawia jedynie brak reakcji zamawiającego, na posiadane informacje w powyższym zakresie. Z powyższego nie tylko wynika, że przystępujący nie spełnił wymogu odpowiedniego doświadczenia zawodowego, ale również wątpliwym jest zlecenie prac podmiotom powiązanym (podwykonawcom) za kwotę wielokrotnie przewyższającą otrzymane od zamawiającego wynagrodzenie.

W kolejnej części odwołania, w odniesieniu do zarzutów dotyczących wykluczenia odwołującego z części 1 i 2 zamówienia, odwołujący podniósł, że zamawiający podjął decyzję o wykluczeniu odwołującego z postępowania, opierając się na błędnych założeniach.

Odwołujący wywiódł, że zamawiający w SIWZ wymagał wykonania prac, których celem było usuwanie niewybuchów: należało wykonać dwie usługi, których przedmiotem było usuwanie niewybuchów na trasach żeglugowych oraz podejściowych, obrotnicach lub akwenach portowych, usytuowanych na obszarach, morskich, o wartości brutto nie mniejszej niż 2.000.000,00 zł. W wymaganiach powyżej nie ma mowy „o pracach podwodnych”, które według ustawy o wykonywaniu prac podwodnych określa następująca definicja: „Prace podwodne - czynności wykonywane przez osoby pozostające pod powierzchnią wody w sprzęcie nurkowym lub w warunkach sztucznie wytworzonego ciśnienia atmosferycznego, a także czynności wykonywane na powierzchni przez osoby organizujące te prace oraz obsługujące urządzenia bazy prac podwodnych”. SIWZ nie precyzuje, jaką technologią mają być wykonane te prace. Zamawiający wykluczając odwołującego zatem błędnie uznał, że muszą to być usługi oparte wyłącznie na pracach podwodnych. Odpowiadając na pytania do treści SIWZ, zamawiający wskazał, że ma nastąpić fizyczne wydobycie, które nastąpiło w ramach wykonania usług przedstawionych przez odwołującego w wykazie. Odpowiedź zamawiającego na pytanie nr 10 mówi o zastosowaniu ROV (tj. Remotely Operated Vehicle - roboty podwodne zdalnie sterowane) - odwołujący takie prace wykonał, stosując technologię skanowania dna sonarem oraz magnetometrami, które pozwoliły wykryć i dokładnie zlokalizować na zleconym obszarze obiekty metalowe, a samo wydobycie odbywało się przy użyciu robota podwodnego z kamerą i chwytakami (ROV). Tylko do precyzyjnie zlokalizowanych obiektów niebezpiecznych wykorzystano pracę nurków tj. do 5 skupisk w sumie 19 obiektów. Precyzyjne zlokalizowanie obiektów wymagało natomiast poświęcenia znacznej ilości czasu i użycia drogiego i technologicznie zaawansowanego sprzętu.

Opis zastosowanej przez odwołującego technologii wyjaśnia, dlaczego zamówienie wykonano za tak wysoką cenę w przy stosunkowo krótkim czasie pracy nurków: użyty przez odwołującego sprzęt jest zaawansowany technologicznie, a więc drogi, ale pozwala na oszczędności czasu pracy nurków (oprócz kosztów finansowych niebagatelne znaczenie ma ograniczenie ryzyka utraty życia osób realizujących zadanie). Pozwala to na skrócenie czasu pracy nurków niezbędnego do zrealizowania zadania. Zamawiający błędnie utożsamia czas pracy nurków z czasem realizacji umowy - przy zastosowaniu technologii odwołującego jest to nieuprawnione. Odwołujący podniósł także, że lokalizacja wykonywanych prac, wskazana w dalszej części odwołania, pozwalała na wykonanie niektórych czynności bez potrzeby nurkowania, z brzegu. Sterowanie robotem odbywa się z łodzi lub z brzegu gdyż ROV używane przez odwołującego mogą być przenoszone przez jednego człowieka i po prostu wrzucone do wody. Jednocześnie niektóre obiekty zostały wyjęte za pomocą wysięgnika koparki z brzegu, gdyż pozwalały na to warunki techniczne. Znacząca większość obiektów została wydobyta za pomocą ROV. Długość kabla zasilającego i stojącego ROV pozwala na pracę nawet w znacznie większych odległościach od brzegu, niż miało to miejsce w Norda Port Police. Natomiast linka zamocowana do magnesów umieszczonych na obiektach ferromagnetycznych może być i mieć znacznie większą długość niż kabel zasilający robota podwodnego.

W wielu miejscach, jak widać na załączonych mapach, zlokalizowane anomalie ferromagnetyczne uzyskane z pomiarów znajdowały się na niewielkiej głębokości 2 do 4 m, a obraz uzyskany z sonaru i kamery podwodnej potwierdzał, iż znajdują się tam obiekty ferromagnetyczne, które nie są obiektami niebezpiecznymi, w związku z tym obiekty takie były podejmowane za pomocą sterowanego magnesu który był podłączany do zlokalizowanych obiektów. Przyjęta metodyka miała na celu porównanie czasu wydobycia określonej ilości punktów metodami innowacyjnymi w których nacisk został położony na niezwykle precyzyjne pomiary magnetyczne, sonarowe oraz kamerą podwodną umieszczoną na ROV do metod tradycyjnych.

Odwołujący argumentował, że kilka obiektów wydobyto za pomocą wysięgnika koparki z brzegu, jednak zarzucono tą metodę ze względu na brak możliwości jej wykorzystania w większości przypadków wydobywania obiektów niebezpiecznych na morzu. Większość obiektów wydobyto za pomocą sterowanego wysięgnika, który podczepiał magnes neodymowy na linie i wysięgniku. Do owego wysięgnika podłączony był bicon który

podawał jego precyzyjne namiary do systemu USBL (ultra-short baseline) znajdującego się w wybranych lokalizacjach w wodzie przy brzegu. USBL oraz Bicon to system precyzyjnego

namiaru obiektów pod wodą. USBL to system bazowy namierzający natomiast bicon to nadajnik/odbiornik umieszczany na obiekcie który chcemy precyzyjnie namierzać.

Odwołujący wywiódł, że przyjęte założenia metodyki dopracowywane w czasie prac okazały się właściwym kierunkiem, który udowodnił wyższą efektywność prowadzenia pracy w ten sposób niż za pomocą pracy nurków. Zostali oni tylko wykorzystani do sprawdzenia obiektów, które na podstawie obrazów z sonaru i kamery podwodnej nie mogły być w 100% uznane za obiekty bezpieczne, jednak i wtedy użyto systemu USBL w celu usprawnienia

nawigacji i tempa pracy. Należyte wykonanie prac potwierdził skan czystości wykonany przez kontrolującego tj. grupę GeoFusion sp. z o.o.

Odwołujący podniósł, że przyjęta przez niego technologia pracy, której celem było wydobywanie obiektów niebezpiecznych pochodzenia wojskowego, zakładała:

- kilkukrotne wykonanie skanowania ferromagnetycznego oraz zwiadu sonarowego

przed przystąpieniem do oczyszczania, w celu określenia ilości obiektów do podjęcia, ich dokładnej lokalizacji, sposobu zalegania, próby ich zdefiniowania i zaklasyfikowania jako niebezpieczne oraz wykonywanie skanów kontrolnych, oraz skanu końcowego potwierdzającego jakość pracy;

- wykorzystanie technologii umożliwiających podejmowanie obiektów bez wykorzystywania nurków, czyli wykorzystanie magnesu z biconem sterowanego z łodzi za pomocą specjalnego systemu linek;
- wykorzystanie technologii bezzałogowych.

W trakcie skanowania zleconych obszarów zlokalizowano 926 obiektów o różnej wielkości (582 na obszarze 8,6 ha i na obszarze 7,2 ha - 344 obiekty), z tego dużą część w strefie przybrzeżnej. Do wydobycia / sprawdzenia przez nurków zaklasyfikowano 19 obiektów z tego 10 obiektów z obu obszarów okazało się obiektami pochodzenia wojskowego tj. amunicja strzelecka, granaty ręczne i pociski artyleryjskie typu A, które

następnie przekazano patrolowi saperskiemu na podstawie zgłoszenia. Ponadto mapa batymetryczna z głębokościami na badanym obszarze pokazuje, że zdecydowana większość obszaru, na którym znajdowały się punkty miała 2-4 m głębokości. Dodatkowo istotną informacją wynikającą ze zwiadu ferromagnetycznego oraz algorytmów pomiarowych był fakt zlokalizowania 19 podejrzanych obiektów, do wydobycia których finalnie wykorzystano nurków co zajęło 1 dzień roboczy.

Odwołujący podniósł, że zamawiający nie zarzucił odwołującemu niewykonania zamówienia w porcie Police, ale zarzucił niemożliwość wykonania tego w tak krótkim czasie, w takiej wartości, podczas 1 dnia nurkowego utożsamiając oczyszczanie terenu z pracami podwodnymi. Odwołujący argumentował, że wyczerpująco i merytorycznie odpowiadał na wątpliwości zamawiającego wyrażone w wezwaniach, tłumacząc dokładnie zakres i technologię prac. Treść odpowiedzi była związana ściśle z zakresem wezwania. W żadnym z pism zamawiającego nie pojawił się nawet cień wątpliwości co do faktycznego wykonania tych prac, a jedynie co do ich należytego wykonania w czasie przyjętym przez zamawiającego. Dodatkowo w pismach odwołującego, w tym odpowiedzi z dnia 12.01.2018 r., wskazano konkretny protokół odbioru przez patrol saperski tj. protokół nr 254/11/17 z dnia 24.11.2017, a ponadto, zgodnie z ustawą o wykonywaniu działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi bronią, amunicją oraz wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym, po zawiadomieniu odwołujący nie miał wpływu na to jak patrol określa i opisuje miejsce odbioru tych obiektów - w tym wypadku opisano je jako osiedle Skowin, Szczecin, - a w okolicy rzeczywiście znajduje się osiedle jako orientacyjny punkt opisany w protokole.

Odwołujący argumentował, że w ustawie o wykonywaniu działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią, amunicją oraz wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym, na podstawie której jest to zgłaszane procedura wygląda tak, iż odwołujący, jako przedsiębiorstwo saperskie, prowadził prace związane z oczyszczaniem terenu, natomiast po znalezieniu obiektów niebezpiecznych zgodnie z procedurami obowiązującymi firmy cywilne zgłoszono fakt znalezienia niewybuchów policji celem przekazania ich wojsku. Kierownik prac H.D. jako osoba zgłaszająca nie informował policji jaki był charakter prac gdyż nie był o to pytany, ponadto nie miał zgody na udzielanie jakichkolwiek informacji i miał postępować zgodnie z przepisami. Po zgłoszeniu faktu znalezienia i wydobycia obiektu z wody firmy nie mają wpływu na treści protokołów oraz określenie lokalizacji przez patrol saperski. Obiekty znalezione w wodzie zostały wydobyte i przetransportowane na brzeg celem dozorowania i zmagazynowania co było wykonywane przez UXO Marine S.A. a następnie przekazane Policji, która przekazała obiekty patrolowi saperskiemu.

Odwołujący argumentował, że zamawiający w żaden sposób w korespondencji z odwołującym nie wskazał, iż powziął wątpliwości co do faktycznego wykonania pracy przez firmę. Z przesłanego odwołującemu pisma wynikało, iż w ocenie zamawiającego niemożliwe jest wykonanie wskazanego przez odwołującego w referencjach zakresu prac w czasie jednego dnia nurkowego, co wskazywało, iż zamawiający nie wziął pod uwagę innych technologii wykonywania prac niż prace nurkowe. W związku z tym odpowiedź odwołujących skupiła się na merytorycznym wyjaśnieniu zamawiającemu przyjętej technologii prac, która nie wymagała prac nurkowych na wcześniejszych etapach, a jedynie na końcowym etapie prac. Gdyby odwołującym przekazano jakiegokolwiek wątpliwości, które zostały wyartykułowane w piśmie informującym o odrzuceniu oferty w obu zadaniach, natychmiast dostarczone zostałyby dowody wykonania prac. Według SIWZ, wymaganym dowodem jest poświadczenie i referencje wystawione przez inwestora Norda Sp. z o. o. o należytem wykonaniu prac, co zostało zamawiającemu dostarczone. Zamawiający również w sposób cechujący celowe działanie nie wykorzystał podanego mu kontaktu do Norda sp. z o. o. wskazanego w referencjach i będącego oficjalnym adresem spółki, przez co nie zweryfikował przedłożonych przez odwołujących referencji, które potwierdzić może Prezes Zarządu Inwestora tj. Norda Sp. z o.o. Zamawiający stwierdził jedynie, iż nie mógł skontaktować się z prezesem co miało usprawiedliwić brak faktycznej próby potwierdzenia referencji i stworzenie przesłanek prowadzących do wykluczenia odwołującego z postępowania, polegających na zapytaniu o te prace w miejscu gdzie nikt ich nie wykonywał na podstawie podobieństwa nazwy. Rodzi to przypuszczenia o celowym działaniu zamawiającego zmierzającym do odrzucenia referencji potwierdzających wykonanie prac i wykluczeniu z przetargu.

Odwołujący wywiódł, że technologia prowadzenia prac opisana została powyżej, natomiast schemat zlecenia wyglądał następująco. Norda sp. z o. o. zleciła spółce grupa Geofusion sp. z o.o. z siedzibą w Nowej Górze, ze zgłoszonym podwykonawcą, tj. Uxo Marine S.A., dla części wodnej, wykonanie oczyszczania saperskiego obszaru lądowego ok. 30 ha oraz wody początkowo 8,6 ha, a następnie dodatkowo 7,2 ha, które wykonywało Uxo Marine S.A. jako podwykonawca grupy Geofusion sp. z o.o. Nazwa projektu i lokalizacja prac w dokumentach odwołującego oznaczona została w uproszczeniu jako Port Police. Pełna nazwa projektu budowy portu to Norda Port Police, który jest zlokalizowany obok tj. 3,5 km

od Morskiego Portu Police sp. z o.o. Zbieżność nazw mogła wprowadzić zamawiającego w błąd, jednak w razie jakichkolwiek wątpliwości, zobowiązany był on skierować zapytanie o koordynaty prac lub o przedłożenie stosownych wyjaśnień co do faktycznej lokalizacji, co zostało jednak przez zamawiającego zaniechane.

W odpowiedzi na zapytania do UM Szczecin i Zarządu Morskiego Portu Police sp. z o. o. odnośnie prowadzonych prac, zamawiający nie uzyskał potwierdzenia, gdyż zapytanie skierował do nieodpowiednich podmiotów. Zamawiający wprost stwierdził w uzasadnieniu zawiadomienia o unieważnieniu postępowania oraz zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty, że nie mógł się skontaktować się z Norda sp. z o.o. Takie twierdzenia uznać należy za nieuprawnione, gdyż Norda sp. z o.o. jest spółką z kapitałem 25 milionów zł, której prezes jest jednocześnie prezesem spółki KKterminale - operatora w porcie w Kędzierzynie Koźlu, a zatem zamawiający nie powinien mieć problemu ze skontaktowaniem się z ww. celem potwierdzenia referencji i lokalizacji prac.

Odwołujący podniósł także, że był do tej pory w sposób nieprecyzyjny wzywany do uzupełnienia dokumentów. Gdyby zamawiający jednoznacznie, w sposób niebudzący wątpliwości, jasno i precyzyjnie sformułował swoje wątpliwości, i wyraził je w wezwaniu do wyjaśnień bądź uzupełnienia dokumentów, odwołujący mógłby udzielić odpowiedzi, która potwierdziłaby, że odwołujący spełnił warunki udziału w postępowaniu. Dopiero z decyzji zamawiającego o odrzuceniu oferty odwołującego w związku z wykluczeniem go z postępowania, odwołujący dowiedział się, że:

- zamawiający błędnie utożsamia czas realizacji prac podwodnych z realizacją całego zadania, jakim jest oczyszczanie terenu,

- zamawiający błędnie przyjął podmiot odpowiedzialny za lokalizację - Morski Port Police sp. z o. o., którego właścicielem jest Grupa Azoty i Gmina Police, mimo, że w referencjach było jasne napisane kto zlecił prace tj. Norda sp. z o. o., która zakupiła w okolicach Polic teren lądowy i planuje wybudować port i centrum logistyczne w tej okolicy. Dodatkowo skorzystanie z powszechnie dostępnych materiałów w internecie tj. elektronicznej wyszukiwarki KRS, oraz z usług Poczty Polskiej - przy zachowaniu przez zamawiającego zasad udzielania zamówień, określonych w ustawie Pzp, spowodowałyby natychmiastową weryfikację wykonanych prac.

Odwołujący wywiódł, że zamawiający z niejasnych dla odwołującego powodów nie mógł ustalić kontaktu do wystawcy referencji. Gdyby zamawiający wezwał odwołującego do udzielenia wyjaśnień w odniesieniu do powyższych zagadnień, odwołujący mógłby odpowiedzieć, podając wyczerpujące wyjaśnienia. Skoro to nie nastąpiło, a zamawiający oparł decyzję o wykluczeniu odwołującego z postępowania na podstawie błędnych ustaleń co do przesłanek faktycznych wykluczenia, odwołujący wniósł o wezwanie go do złożenia wyjaśnień bądź uzupełnień. W odpowiedzi na wezwanie do przedłożenia precyzyjnie określonych dokumentów, np. umów, map, protokołów potwierdzających zrealizowanie zamówień, odwołujący może przedłożyć umowy, mapy, plany pracy, plany linii pomiarowych, protokoły i dzienniki z prowadzonych prac oraz inną, niezbędną dokumentację niewymaganą przez SIWZ (gdyż wymagane były tylko referencje, które odwołujący przedłożył) pokazującą wykonanie prac, Tym samym, nie można uznać, że zamawiający wykonał swój obowiązek, wynikający z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł, że wezwanie na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp ma charakter obligatoryjny - w przypadku wątpliwości odnośnie treści przedłożonych przez wykonawcę dokumentów, zamawiający przed wykluczeniem go z postępowania ma obowiązek wezwania wykonawcy, do wyjaśnienia odnośnie treści złożonych dokumentów. W przedmiotowym przypadku, zamawiający, pomimo wątpliwości odnośnie prawdziwości

okoliczności potwierdzonych dokumentami złożonymi przez wykonawcę, zaniechał tego obowiązku. Powyższe spowodowało, że odwołujący pozbawiony był w toku postępowania jakiegokolwiek możliwości ustosunkowania się do wątpliwości zamawiającego. Powyższa sytuacja by nie zaistniała w przypadku nienaruszenia przez zamawiającego obowiązku wskazanego w art. 26 ust. 4 ustawy.

Odwołujący podniósł także, że zamawiający błędnie uznał, że oferta odwołującego powinna być odrzucona, w konsekwencji czego błędnie unieważnił postępowanie w części 2. Oferta odwołującego spełnia warunki udziału w postępowaniu i jest ofertą najkorzystniejszą

w obu częściach postępowania, dlatego unieważnienie postępowania nastąpiło z naruszeniem art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wywiódł także, że zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp jest konsekwencją naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 i 17 ustawy Pzp uzasadnionych powyżej. Zamawiający zaniechał wykluczenia przystępującego z postępowania, chociaż nie złożył on

wymaganej polisy ubezpieczeniowej, a przez naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp dopuścił się naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, zgodnie z którym odrzuca się ofertę złożoną przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu. Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp także przez to, że odrzucił ofertę odwołującego w konsekwencji błędnego uznania, że powinien zostać on wykluczony z udziału w postępowaniu.

Odwołujący wywiódł także, że zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Odwołujący podniósł, że zamawiający nie dochował podstawowej zasady udzielania zamówień. Zamawiający nie podchodzi z jednakową starannością do oceny dokumentów złożonych przez wykonawców w tym postępowaniu. Przepis art. 7 ust 2 ustawy Pzp nakazuje zamawiającemu, aby czynności związane z przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia były wykonywane przez osoby zapewniające bezstronność i obiektywizm, jednak dokumenty potwierdzające spełnienie warunków w postępowaniu są oceniane tendencyjnie i wybiórczo oraz w sposób sprzyjający jedynie jednej ze stron postępowania. Dodatkowo, odwołujący wywiódł, że zamawiający celowo nie odpowiadał na prośby odwołujących co do udostępnienia

dokumentacji przetargowej, w zakresie spływu nowych dokumentów. Odwołujący wywiódł, że 29.11.2017 roku do zamawiającego na adres email został wysłany email z wnioskiem o wgląd do ofert (załącznik). Odpowiedź odwołujący otrzymał e-mailem dnia 30.11.2017 r. W załączniku zostały przesłane skany ofert pozostałych wykonawców. Dnia 12.01.2018 r. został zamawiającemu dostarczony osobiście wniosek o wgląd do uzupełnień/wyjaśnień. Dnia 22.01.2018 r. został wysłany e-mail na adres z przypomnieniem o braku uzupełnień. E-mail pozostał bez odpowiedzi. Po kontakcie telefonicznym odwołującemu przekazano informację, że zamawiający nie wykonał jeszcze wszystkich skanów dokumentów i że przed ogłoszeniem wyników prześle całą korespondencję. Dopiero po kilku wizytach w Urzędzie Morskim i kolejnym piśmie Prezesa J.L. finalnie dnia 21.02.2018 r. odwołujący otrzymał pismo e-mailem, w sprawie stawienia się do siedziby zamawiającego na wgląd do uzupełnień/wyjaśnień. Po wykonaniu kopii dokumentów na następny dzień tj. 23.02.2018 r. odwołujący otrzymał zawiadomienia o wyborze najlepszej oferty oraz o unieważnieniu postępowania. Wygląda to na dziwną koincydencję zdarzeń, że w momencie zapoznania się z wyjaśnieniami firm konkurencyjnych jak i potencjalnych wniosków zamawiającego natychmiastowo zamyka się postępowanie celem uniemożliwienia stronie odwołującej złożenia swoich wniosków. Takie działania zamawiającego prowadzą do naruszenia art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, to jest do udzielenia w części 1 postępowania zamówienia wykonawcy, który nie został wybrany zgodnie z przepisami ustawy.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. W odpowiedzi jak również w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Przedsiębiorstwo Robót Czerpalnych i Podwodnych sp. z o.o. w Gdańsku. Wniósł o oddalenie odwołania. W trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), wyjaśnienia treści SIWZ, ofertę odwołującego, ofertę przystępującego, wezwania zamawiającego skierowane do przystępującego i odwołującego w trakcie postępowania, odpowiedzi przystępującego i odwołującego na ww. wezwania wraz z załącznikami, zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty w części 1 zamówienia z 23 lutego 2018 r., zawiadomienie o unieważnieniu postępowania w części 2 z 23 lutego 2018 r., odwołanie wraz z załącznikami, zgłoszenie przystąpienia wraz z załącznikami, odpowiedź na odwołanie wraz z załącznikami, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody złożone przez strony i uczestnika postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, a także zeznania świadków Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestnika postępowania po stronie zamawiającego wykonawcę Przedsiębiorstwo Robót Czerpalnych i Podwodnych sp. z o.o. w Gdańsku, uznając, że zostały spełnione wszystkie przesłanki formalne zgłoszenia przystąpienia wynikające z art. 185 ustawy Pzp, zaś przystępujący wykazał interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego.

Izba stwierdziła, że odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp. W zakresie części 1 zamówienia odwołujący został wykluczony z postępowania, zaś jako najkorzystniejszą wybrano ofertę złożoną przez przystępującego. Z kolei w zakresie części 2 zamówienia, odwołujący został wykluczony z udziału w postępowaniu, zaś postępowanie zostało unieważnione z powodu braku ofert niepodlegających odrzuceniu. Odwołujący domagał się nakazania zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia go z udziału w części 1 i 2 zamówienia oraz wykonania czynności wykluczenia przystępującego z udziału w części 1 zamówienia. Ustalenie, że zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy Pzp wykluczył odwołującego z udziału w części 1 i 2 zamówienia oraz zaniechał czynności wykluczenia przystępującego z udziału w części 1 zamówienia, skutkować będzie koniecznością nakazania zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego i wykonania czynności wykluczenia przystępującego, czego efektem może być uzyskanie zamówienia w obu częściach przez odwołującego. Powyższe wyczerpuje dyspozycję art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Za bezzasadny uznano zarzut dotyczący zaniechania wykluczenia przystępującego z udziału w części 1 postępowania z powodu niewykazania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej i finansowej.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu (■ ■ ■).

Izba ustaliła następujący stan faktyczny.

Zamawiający w pkt V. 2 ppkt b SIWZ zastrzegł, że o udzielenie zamówienia może ubiegać się wykonawca, jeśli wykaże, że jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną nie mniejszą niż 1.000.000 zł. Stosownie do pkt VIII. 5 ppkt h SIWZ, celem wykazania tak opisanego warunku udziału w postępowaniu wykonawca zobowiązany był złożyć dokument potwierdzający, że jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną określoną przez zamawiającego.

Ofertę w postępowaniu na część 1 złożył m.in. przystępujący. W formularzu oferty przystępujący wskazał, że część zamówienia polegającą na oczyszczeniu dna z materiałów ferromagnetycznych zamierza powierzyć swemu podwykonawcy Przedsiębiorstwu Usług Specjalistycznych Piromor s.c. H.M., D.B.-S.

Ustalono także, że w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z 17.01.2018 r. kierowane w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, przystępujący załączył do pisma z 24 stycznia 2018 r. polisę nr 998035107117 wystawioną na swoją rzecz przez Uniqa TU S.A. w Łodzi. W polisie tej jako okres ubezpieczenia wpisano od 1.1.2017 do 31.12.2017 r.. Jako zakres ubezpieczonej działalności gospodarczej wpisano: PKD 42.91.Z, 42.99.Z, 77.34.Z, 43.11.Z - z wyłączeniem wszelkich szkód powstałych w związku z użytkowaniem, wytwarzaniem, składowaniem, przechowywaniem materiałów wybuchowych, 33.15.Z - tylko w zakresie wykonywania remontów własnych jednostek, 46.77.Z - tylko w zakresie skupu i sprzedaży złomu metalowego. Do polisy załączono aneks nr 7 z 23.11.2017 r., mocą którego dokonano zmian w polisie. W pkt 1 aneksu wskazano, że dokonuje się poniżej wyszczególnionych zmian wyłącznie w związku z realizacją kontraktu z Urzędem Morskim w Gdyni pn. „Oczyszczenie dna z materiałów ferromagnetycznych w tym wybuchowych w ramach projektów <Modernizacja toru wodnego do portu północnego w Gdańsku> i <Modernizacja układu falochronów osłonowych w Porcie Północnym w Gdańsku (...)”, umowa po jej

podpisaniu stanowić będzie załącznik do niniejszego aneksu. W aneksie jako współubezpieczeni zostali wskazani: D.B.-S., PUS Piromor (wspólnik spółki cywilnej) i M.H. P.U.S. Piromor s.c. W pkt 1.2. aneksu wskazano, że zakres działalności zostaje rozszerzony o nr PKD 38.12. Z - wyłącznie w zakresie prac wykonywanych przez: D.B.-S. PUS Piromor, M.H. P.U.S. Piromor s.c. z zastrzeżeniem, że zakres ochrony nie obejmuje szkód związanych z działalnością składowisk/wysypisk odpadów.

Ustalono również, że do pisma przystępującego z 24 stycznia 2018 r. załączono także polisę nr 998A722717, wystawioną przez ww. ubezpieczyciela, będącą kontynuacją ww. polisy. Jako okres ubezpieczenia wskazano: 1.1.2018 r. do 31.12.2018 r. W odniesieniu do zakresu ubezpieczenia zawierała ona identyczne sformułowania jak w polisie nr 998035107117. Złożono także aneks nr 1 z 22.12.2017 r. Zawierał on postanowienia identyczne z przywołanymi wyżej postanowieniami aneksu nr 7 do polisy 998035107117.

Odwołujący podniósł w odwołaniu, że zakres działalności gospodarczej ubezpieczonej od odpowiedzialności cywilnej nie wykazuje związku z przedmiotem zamówienia. W pierwszej kolejności odwołujący wywiódł, że w polisie znajduje się

wyłączenie opisane jako „43.11.Z - z wyłączeniem wszelkich szkód powstałych w związku z użytkowaniem, wytwarzaniem, składowaniem, przechowywaniem materiałów wybuchowych”. Uszło jednak uwadze odwołującego, że przywołane wyłączenie nie miało charakteru generalnego. Jak wyraźnie wynikało z przywołanego fragmentu polisy, wyłączenie to dotyczyło jedynie działalności gospodarczej opisanej w PKD pod nr 43.11.Z. Tymczasem działalność opisana pod tym kodem PKD to Rozbiórka i burzenie obiektów budowlanych. Przedmiotem zamówienia zaś nie jest rozbiórka i burzenie obiektów budowlanych. Jak wynika bowiem z załącznika nr 5 a do SIWZ, przedmiotem zamówienia w części 1 jest usługa realizowana w ramach projektu „Modernizacja toru wodnego do Portu Północnego w Gdańsku” w zakresie oczyszczenia dna z materiałów ferromagnetycznych w tym wybuchowych. Zakres zamówienia obejmuje takie czynności jak odstonięcie, sprawdzenie, wydobycie i utylizację wszystkich elementów o pojemności magnetycznej równej lub większej od 5 l, w szczególności wydobycie wszystkich materiałów niebezpiecznych pochodzenia wojskowego z obszarów objętych zamówieniem i przekazanie ich właściwym służbom. Tym samym wyłączenie, na jakie wskazywał odwołujący, nie ma żadnego znaczenia.

W dalszej kolejności odwołujący podniósł, że nie świadczy o związku z przedmiotem zamówienia treść aneksu nr 7 i aneksu nr 1 do polis przytoczonych powyżej. W aneksach tych ubezpieczeniem objęto odpowiedzialność cywilną w zakresie działalności gospodarczej m.in. o kodzie PKD 38.12.Z podwykonawcy przystępującego, tj. P.U.S. Piromor s.c., który miał wykonać część przedmiotu zamówienia, polegającą na oczyszczeniu dna z materiałów ferromagnetycznych.

Wzięto pod uwagę, że ubezpieczyciel w przytoczonych aneksach wskazał jednoznacznie, że obejmuje ochroną ubezpieczeniową działalność ww. podwykonawcy na tym konkretnym kontrakcie, który został z nazwy precyzyjnie wymieniony. Dostrzeżenia wymagało również, że kod PKD 38.12.Z obejmuje zbieranie odpadów niebezpiecznych. W opisie ww. podklasy kodu wskazano zaś, że podklasa ta obejmuje zbieranie stałych i niestałych odpadów niebezpiecznych, tj. substancji wybuchowych, utleniających się, łatwopalnych, toksycznych, drażniących, szkodliwych, rakotwórczych, żrących, zakaźnych oraz innych substancji i środków szkodliwych dla zdrowia ludzkiego i środowiska. Jak wynikało z przytoczonego fragmentu, pod pojęciem odpady niebezpieczne rozumiane są także substancje wybuchowe. Zatem rozdzielanie tych pojęć przez odwołującego okazało się nieprawidłowe. W tym zakresie odwołujący odwoływał się do definicji zaczerpniętych z innych przepisów prawa, aniżeli Polska Klasyfikacja Działalności. W ocenie Izby taki zabieg interpretacyjny był z gruntu nieprawidłowy. Jeżeli opisując ubezpieczoną działalność gospodarczą ubezpieczyciel odwołał się do kodów Polskiej Klasyfikacji Działalności, to aby odczytać zakres ubezpieczenia należało sięgnąć do tej właśnie klasyfikacji. Dostrzeżenia wymagało, że jak słusznie wskazał zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, w klasyfikacji PKD „materiały wybuchowe” występują jeszcze tylko pod kodem PKD 20.51.Z, który obejmuje produkcję materiałów wybuchowych, a więc pod kodem nie dotyczącym przedmiotu zamówienia. Odwołujący w odwołaniu, ani nawet w trakcie rozprawy nie wskazał Izbie, jaki jego zdaniem powinien być prawidłowy kod PKD, który miałby obejmować działalność gospodarczą polegającą na wydobyciu z dna materiałów ferromagnetycznych, w tym materiałów wybuchowych. Ponadto przedmiotem zamówienia nie było wydobywanie jedynie przedmiotów wybuchowych, gdyż z dna należało usunąć wszelkie przedmioty ferromagnetyczne, wśród których mogą być też odpady niebezpieczne, niebędące jednak materiałami wybuchowymi. Wobec powyższego zarzut uznano za chybiony.

Zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie zostały przedstawione w odwołaniu. Dostrzeżenia wymaga, że jak jednolicie wskazuje się

w orzecznictwie Izby, za zarzut uznaje się konkretne okoliczności faktyczne i towarzyszącą im argumentację prawną, mającą świadczyć o naruszeniu przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Przytoczenie nowych faktów, nawet wypełniających dyspozycję tego samego przepisu stanowi nowy zarzut. Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29 czerwca 2009 r. w spr. X Ga 110/09, „O tym jakie twierdzenia lub zarzuty podnosi strona w postępowaniu nie przesądza bowiem proponowana przez nią kwalifikacja prawna ale okoliczności faktyczne wskazane przez tę stronę. Jeśli więc strona nie odwołuje się do konkretnych okoliczności faktycznych to skład orzekający nie może samodzielnie ich wprowadzić do postępowania tylko dlatego, że można je przyporządkować określonej, wskazanej w odwołaniu kwalifikacji prawnej.”.

Izba stwierdziła, że w trakcie rozprawy odwołujący sformułował nowy zarzut, którego próżno było szukać w treści odwołania. Odwołujący podniósł bowiem, powołując się na dział 3 informacji z KRS złożonej przez przystępującego przy zgłoszeniu przystąpienia, że przystępujący nie ma prawa prowadzić działalności gospodarczej objętej kodem PKD 38.12.Z. Powyższe stanowiło nowy zarzut, gdyż odwołujący w żadnym fragmencie odwołania nie utrzymywał, że przystępujący nie może prowadzić działalności gospodarczej w zakresie objętym kodem PKD 38.12.Z. Podnosił jedynie, że przystępujący nie ubezpieczył się od OC w zakresie działalności gospodarczej, która byłaby związana z przedmiotem zamówienia. Wobec powyższego zarzut ten pozostawiono bez rozpoznania. Jedynie na marginesie należało wskazać, że o prawie do prowadzenia działalności gospodarczej nie świadczy wskazanie w KRS, dla celów statystycznych, rodzaju głównej działalności prowadzonej przez wykonawcę, na co wielokrotnie wskazywano w orzecznictwie Izby.

Za chybione uznano zarzuty odwołującego dotyczące zaniechania wykluczenia przystępującego w zakresie części 1 zamówienia z powodu nieprawidłowej oceny dokumentów złożonych na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu

(...). Stosownie zaś do art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa

przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Izba ustaliła, że w myśl pkt V ppkt 2 lit. c SIWZ, o udzielenie zamówienia mógł się ubiegać wykonawca, jeżeli wykaże, że wykonał w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, 2 (dwie) usługi, których przedmiotem było usuwanie niewybuchów na trasach żeglugowych oraz podejściowych, obrotnicach lub akwenach portowych, usytuowanych na obszarach morskich, o wartości brutto nie mniejszej niż 2 mln zł każda. Stosownie zaś do pkt VI ppkt 1 SIWZ celem wykazania tego warunku należało złożyć aktualne na dzień składania oświadczenie w formie jednolitego dokumentu JEDZ. Ustalono również, że zgodnie zaś z punktem VI, 5 lit. g w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego kierowane w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp należało złożyć wykaz usług wykonanych w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te usługi zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego usługi były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy.

Ustalono także, że celem wykazania ww. warunku przystępujący powołał się ostatecznie na usługę opisaną jako „zwrot kosztów usunięcia amunicji wojskowej i / lub materiałów wybuchowych na terenie budowy (akwen Kanału Mielńskiego i Piastowskiego) w związku z realizacją kontraktu pn. Modernizacja toru wodnego Świnoujście - Szczecin (kanał Piastowski i Mielński) etap II, strona wschodnia i zachodnia” wykonaną na rzecz Urzędu Morskiego w Szczecinie o wartości ponad 23.000.000 zł brutto. Przystępujący powołał się także na doświadczenie swego podwykonawcy, to jest Przedsiębiorstwa Usług Specjalistycznych „Piromor” s.c. w wykonaniu usługi kompleksowego oczyszczenia obiektów ferromagnetycznych o objętości równej lub większej niż 5 l, w tym usuwanie niewybuchów, z akwenu portowego usytuowanego na obszarze morskim, objętego zadaniem inwestycyjnym, „wykonanie prac czerpalnych w celu wykonania akwenu manewrowego pomiędzy Pirssem Rudowym a Terminalem Kontenerowym DCT-1 w Porcie Północnym”. Jako wartość wskazano kwotę 3.464.910,00 zł brutto (cena ryczałtowa), w tym wyliczoną proporcjonalnie

wartość wynagrodzenia z tytułu wydobycia niewybuchów 2.319.797,00 zł brutto. Jako odbiorcą usługi wskazano konsorcjum z udziałem przystępującego i Rohde Nielsen A/S w Kopenhadze, a jako inwestora - Zarząd Morskiego Portu Gdańsk S.A.

Ustalono także, że w odniesieniu do drugiej z ww. usług do wykazu załączono referencje z 14.07.2016 r. wystawione przez przystępującego dla P.U.S. Piromor s.c. H.M., D.B.-S.. W referencjach tych wskazano, że P.U.S. Piromor s.c. wykonał zadanie zgodnie z umową nr ZH/41/2015 z 25 listopada 2015 r. na potrzeby kontraktu pod nazwą „wykonanie prac czerpalnych z celu wykonania akwenu manewrowego pomiędzy Pirsem Rudowym a Terminalem Kontenerowym DCT-1 w Porcie Północnym”. W referencjach wskazano jako termin wykonania usługi okres 20.12.2015 r.- 20.05.2016 r., a jako wartość - kwotę 3.464.910 zł brutto. W referencjach poinformowano także, że zakres prac obejmował oczyszczenie dna akwenu manewrowego pomiędzy istniejącym Terminalem Kontenerowym a Pirsem Rudowym z obiektów ferromagnetycznych o objętości równej lub większej niż 5 l, w tym usuwanie obiektów niebezpiecznych pochodzenia wojskowego. Prace zostały wykonane solidnie i terminowo.

Pierwsza z usług wykazanych przez przystępującego nie była przez odwołującego kwestionowana. W odniesieniu do drugiej z wykazanych usług, odwołujący w pierwszej kolejności podniósł, że zamawiający nie uwzględnił faktu, iż inwestorem i zamawiającym wskazanych prac był Zarząd Morskiego Portu Gdańsk S.A. Uszło uwadze odwołującego, że przystępujący w złożonym wykazie nie powoływał się na swoje własne doświadczenie zdobyte podczas realizacji kontraktu na rzecz inwestora, jakim był Zarząd Morskiego Portu w Gdańsku S.A. Przystępujący na zasadzie art. 22a ust. 1 ustawy Pzp, celem wykazania warunku udziału w postępowaniu powołał się na zasób doświadczenia swojego podwykonawcy, to jest Przedsiębiorstwa Usług Specjalistycznych Piromor s.c., które zdobyło je w związku z realizacją usługi podwykonawczej na rzecz przystępującego.

Dostrzeżenia wymagało, że celem udowodnienia, iż Piromor s.c. nabył doświadczenie, przystępujący złożył zamawiającemu kompletne wyjaśnienia oraz obszerny materiał dowodowy. Materiał ten obejmował po pierwsze całość umowy podwykonawczej zawartej między przystępującym a Piromor s.c. (umowa z 25 listopada 2015 r. nr ZH/41/2015, załącznik do pisma przystępującego z 27 grudnia 2017 r.). Jak wynikało z ww.

umowy, jej zakres obejmował oczyszczenie dna akwenu manewrowego pomiędzy istniejącym terminalem kontenerowym a Pirsem Rudowym z obiektów ferromagnetycznych o objętości równej lub większej niż 5 l, w tym usuwanie obiektów niebezpiecznych pochodzenia wojskowego wraz z utylizacją wskazanych powyżej obiektów (§ 1 ust. 1 umowy). Przystępujący złożył także protokoły oczyszczenia akwenu z 3 marca 2016 r. nr 01/03/2016/GD oraz z 18 marca 2016 r. nr 02/03/2016/GD, faktury wystawione przez Piromor s.c., dokumenty dowodzące zapłaty wynagrodzenia należnego Piromor s.c. od przystępującego, dokumenty referencyjne wystawione dla Piromor s.c. przez przystępującego, a także protokoły przekazania podjętych niewybuchów patrolom rozminowania.

Rzeczywiście pomiędzy inwestorem a przystępującym istnieje spór na tle interpretacji umowy łączącej przystępującego jako generalnego wykonawcę z inwestorem. Na tle odmiennej wykładni postanowień tej umowy inwestor odmówił zapłaty części wynagrodzenia przystępującemu uznając, że wykonane prace nie były objęte zakresem rzeczowym umowy. W tej sytuacji przystępujący wystąpił z powództwem o zapłatę przeciwko inwestorowi. Jednakże powyższe nie ma znaczenia dla oceny nabycia doświadczenia przez Piromor s.c. jako podwykonawcę przystępującego. Nawet jeśli okaże się, że prace wykonane przez podwykonawcę przystępującego pozostawały poza zakresem rzeczowym umowy zawartej między inwestorem a przystępującym, to konstatacja ta będzie miała znaczenie jedynie do oceny stosunku umownego łączącego przystępującego z inwestorem. Nie zmieni to faktu, że prace te podwykonawca wykonał i to wykonał należycie, co potwierdził stosownym materiałem dowodowym jego kontrahent, jakim był w tym przypadku przystępujący.

Wzięto również pod uwagę, że przystępujący celem wykazania warunku powołał się ostatecznie na doświadczenie swego podwykonawcy zdobyte wyłącznie podczas wydobycia niewybuchów. W wykazie usług wskazał bowiem, że wartość usługi podwykonawczej wyniosła 3.464.910,00 zł brutto (cena ryczałtowa), w tym wyliczona proporcjonalnie wartość wynagrodzenia z tytułu wydobycia niewybuchów to 2.319.797,00 zł brutto. Wartość usługi podwykonawczej w zakresie wydobycia niewybuchów została przez przystępującego udokumentowana dodatkowo stosownymi protokołami przejęcia tych obiektów przez właściwe portle rozminowania. Jak wynikało z protokołów przejęcia nr 7/16 z 28 stycznia 2016 r. oraz nr 16/16 z 15.02.2016 r., sporządzonych przez Patrole Rozminowania nr 8, takich obiektów było 2.275 sztuk. Dokumenty te zostały sporządzone przez odpowiednie organy i w zakresie ich właściwości, a zatem można im było przypisać walor dokumentów urzędowych. Stanowią one zatem dowód tego, co w nich urzędowo zaświadczone.

Ustaień tych nie zmieniały złożone w trakcie rozprawy zeznania świadka Ł.P., przedstawiciela firmy GEOFUSION. W toku rozprawy oświadczył on, że w trakcie wykonywania usługi przez Piromar stwierdzono, iż niektóre obiekty wyjmowano wielokrotnie.

Oświadczył, że stwierdzono kilka lub kilkanaście takich obiektów. Izba wzięła pod uwagę, że świadek nie zeznał dokładnie jakiej liczby oraz jakiego rodzaju obiektów miała dotyczyć taka sytuacja, często zasłaniając się brakiem pamięci. Ponadto, nie mogło to dotyczyć obiektów o charakterze militarnym (niewybuchów) przekazanych patrolom rozminowania, gdyż liczba takich obiektów została potwierdzona w treści dokumentów, mających charakter dokumentów urzędowych. W konsekwencji więc nawet jeśli sytuacja opisywana przez świadka wystąpiła, to dotyczyło to obiektów niebędących obiektami wybuchowymi. Tymczasem na poczet warunku udziału w postępowaniu podlegała zaliczeniu tylko taka wartość usługi, która polegała na fizycznym usunięciu niewybuchów.

Powyższych ustaleń poczynionych, jak wskazano wcześniej, na podstawie niezwykle obszernego i wyczerpującego materiału dowodowego, w tym dokumentów urzędowych, nie zmieniały także lakoniczne pisma Zarządu Morskiego Portu S.A. w Gdańsku, na jakie odwołujący powołał się w treści odwołania i na rozprawie. W ocenie Izby pisma te należało traktować z dużą ostrożnością, gdyż pochodziły od podmiotu, który pozostawał w sporze z przystępującym co do zakresu przedmiotowego łączącej ich umowy. W piśmie z 26 lutego 2018 r. inwestor wskazał, że wartość wydobycia przedmiotów ferromagnetycznych wyniosła 121.000 zł. Nie wiadomo jednak, w jaki sposób inwestor tę wartość obliczył. Jak się wydaje, w piśmie mogło chodzić o wartość usług polegających na wydobyciu obiektów ferromagnetycznych, którą zleceniodawca uznawał za objętą zakresem przedmiotowym umowy. Powyższe zostało wyjaśnione nieco obszerniej w piśmie Zarządu Morskiego Portu Gdańsk z 14 grudnia 2017 r. (załącznik do odwołania). W piśmie tym zleceniodawca informował, że Piromar s.c. wykonywał usługę oczyszczania z przedmiotów wybuchowych w sposób nienależyty, gdyż poszukiwał także obiektów o objętości poniżej 5 l, a następnie przystępujący domagał się zapłaty z tego tytułu. Jak wynikało z powyższego pisma, zleceniodawca uważał, że żądanie zapłaty jest niezasadne, ale nie z tego powodu, że usługi nie zostały wykonane. Powodem odmowy zapłaty było wyłącznie stwierdzenie, że usługi te nie były objęte zakresem przedmiotowym zawartej umowy. Jednak biorąc pod uwagę, że przystępujący nie powoływał się na własne doświadczenie, lecz doświadczenie podmiotu trzeciego, okoliczność ta nie miała żadnego znaczenia. Na marginesie jedynie należało wskazać, że w piśmie z 14 lutego 2017 r. sam zleceniodawca wypowiadając się o przystępującym wskazywał, że nie można powiedzieć, iż doszło do nienależytego wykonania umowy przez przystępującego w istotnym stopniu.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia i rozważania, zarzut zaniechania wykluczenia przystępującego z udziału w części 1 zamówienia z powodu niewykazania warunku udziału w postępowaniu i z powodu złożenia przez niego informacji wprowadzających w błąd podlegał oddaleniu.

Za chybione uznano także zarzuty odwołującego dotyczące czynności wykluczenia go z udziału w części 1 i 2 postępowania z powodu niewykazania przez niego warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia i z powodu przedstawienia informacji wprowadzających zamawiającego w błąd.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu (...). Stosownie zaś do art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Ustalono, iż zamawiający w pkt V ppkt 2 lit. c SIWZ wskazał, że o udzielenie zamówienia mógł się ubiegać wykonawca, jeżeli wykaże, że wykonał w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, 2 (dwie) usługi, których przedmiotem było usuwanie niewybuchów na trasach żeglugowych oraz podejściowych, obrotnicach lub akwenach portowych, usytuowanych na obszarach morskich, o wartości brutto nie mniejszej niż 2 mln zł (słownie: dwa miliony zł) każda. Stosownie do pkt VI 1 SIWZ, celem wykazania tego warunku należało złożyć aktualne na dzień składania ofert oświadczenie w formie jednolitego dokumentu JEDZ. Zgodnie zaś z punktem VI. 5 lit. g SIWZ, w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego kierowane w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp należało złożyć wykaz usług wykonanych w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te usługi zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego usługi były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym

charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy.

Podkreślenia wymagało, że treść przytoczonego wyżej warunku udziału w postępowaniu była przedmiotem wyjaśnień zamawiającego, udzielanych w toku postępowania. W odpowiedzi na pytanie nr 2 z dnia 23 października 2017 r. zamawiający jednoznacznie wskazał, że z wykazu usług wraz z dowodami potwierdzającymi ich należyte wykonanie (traktowanych łącznie) winno wynikać, że wykonawca fizycznie usunął (wydobył) przedmioty wybuchowe pochodzenia wojskowego (niewybuchy), takie jak m.in. innymi pociski, granaty, bomby, torpedy, miny morskie, itp. na trasach żeglugowych oraz podejściowych, obrotnicach lub akwenach portowych, usytuowanych na obszarach morskich, o określonej wartości. Jak wynikało z ww. odpowiedzi, zamawiającego interesowały doświadczenia wykonawcy zdobyte przy wykonaniu konkretnego rodzaju usługi, która miała polegać na fizycznym wydobyciu niewybuchów. Zamawiającego nie interesowały zatem takie przedsięwzięcia, których przedmiotem było wydobycie innych obiektów niż niewybuchy, a nawet poszukiwania takich obiektów. Liczyło się wyłącznie doświadczenie zdobyte przy fizycznym wydobyciu niewybuchów i to o dużej skali, bo aż na 2 miliony złotych brutto.

Tymczasem z treści odwołania, a także z wypowiedzi odwołującego w trakcie rozprawy wynikało, że w jego ocenie, wartość usługi polegającej na fizycznym usunięciu niewybuchów była nieistotna. Uważał bowiem, że nawet jeżeli wydobyto choćby jeden niewybuch, to zaliczeniu na poczet warunku powinna podlegać również wartość całej usługi poszukiwawczej. Stanowisko odwołującego okazało się chybione.

Z warunku, rozumianego także przez pryzmat udzielonej odpowiedzi jednoznacznie wynikało, że zamawiającego interesowało konkretne doświadczenie, polegające na fizycznym usunięciu niewybuchów. Wartość tak sprecyzowanej usługi miała przekraczać 2 mln złotych, zaś wykonawca miał się wykazać wykonaniem dwóch takich usług. W ocenie Izby interpretacja przedstawiona przez odwołującego pozostawała w sprzeczności z treścią warunku, który rozumiany winien być także z uwzględnieniem udzielonej odpowiedzi. W szczególności, wbrew stanowisku odwołującego, zamawiającego nie interesowało doświadczenie zdobyte przy realizacji usług, których przedmiotem było poszukiwanie niewybuchów, niezależnie od rezultatu.

Ustalono, że celem wykazania ww. warunku odwołujący złożył dokumenty JEDZ, w których jednoznacznie oświadczył, że UXO Marine posiada doświadczenie opisane jako „usunięcie niewybuchów na trasie żeglugowej i akwenu portowym” o wartości odpowiednio 2.095.200 zł i o wartości 2.376.000 zł na rzecz Norda sp. z o.o. w okresie od września do listopada 2017 r. Następnie w złożonym zamawiającemu wykazie usług opisał usługi jako:

- 1) usunięcie niewybuchów na trasie żeglugowej i akwenu portowym, na podstawie umowy 2/06/2017 z dnia 30.06.2017 na wykonanie oczyszczenia saperskiego w ramach zadania zleconego przez Norda sp. z o.o. z obiektów na lądzie (obszar 13,3 ha) oraz na wodzie (obszar 8,6 ha); miejsce wykonania Port Police, wartość 2.095.200 PLN brutto;
- 2) usunięcie niewybuchów na trasie żeglugowej i akwenu portowym, na podstawie umowy 1/08/2017 z dnia 31.08.2017 na wykonanie oczyszczenia saperskiego w ramach zadania zleconego przez Norda sp. z o.o. z obiektów na wodzie (obszar 7,2 ha); miejsce wykonania Port Police, wartość 2.376.000 PLN brutto.

Do wykazu załączono dokumenty referencyjne wystawione przez Norda sp. z o.o., w których inwestor potwierdza, że Uxo Marine wykonywała jako zgłoszony podwykonawca dla Norda sp. z o.o. podwodne prace saperskie dot. usunięcia obiektów niebezpiecznych o pochodzeniu militarnym na trasie żeglugowej i akwenu portowym. Podczas wykonywania prac podwodnych znaleziono i wydobyto obiekty niebezpieczne pochodzenia wojskowego.

W ocenie Izby z całokształtu materiału dowodowego, w tym dokumentów, jak również ze zgodnych zeznań świadków wynikało, że odwołujący niezgodnie z rzeczywistością wskazał w dokumentach JEDZ i w wykazie robót, że wartość usługi polegającej na usunięciu niewybuchów wyniosła ponad 2 mln zł w odniesieniu do każdego z kontraktów. Jak wynikało z zeznań świadków, podawane wartości umów nie odnosiły się do wartości usługi polegającej na fizycznym usunięciu niewybuchów z określonej lokalizacji. Wartości te odnosiły się do całości umów poszukiwawczych, w których to umowach wynagrodzenie określono jako ryczałtowe. Świadek J.Z., Prezes Zarządu Norda sp. z o.o. zeznał, iż umowy

z UXO MARINE miały charakter ryczałtowy. Wartość obejmuje zarówno usunięcie niewybuchów jak i innych obiektów. Świadek H.D., kierownik robót saperskich zeznał, że z wody wydobyto 10 obiektów niebezpiecznych. Zeznania tego ostatniego świadka pozostawały zbieżne z treścią protokołu podjęcia przedmiotów wybuchowych nr 254/11/17 z

dnia 24 listopada 2017 r. podpisanego przez Patrol Rozminowania nr 1. Na podstawie

powyższego można było ustalić, że wszystkie obiekty niebezpieczne pochodzenia wojskowego, jakie wydobyto w trakcie realizacji spornych kontraktów, to te, które zostały wymienione w przywoływanym protokole i podjęte tego samego dnia przez Patrol Rozminowania nr 1. Powyższe pozostaje zbieżne z prawidłowymi ustaleniami zamawiającego, który na podstawie pisma z Urzędu Morskiego w Szczecinie ustalił, że Uxo Marine jedynie w dniu 24 listopada 2017 r. zgłaszała prace podwodne z wykorzystaniem nurków. Była to zatem jedyna aktywność w trakcie realizacji obu umów, którą można uznać za usunięcie niewybuchów w rozumieniu warunku udziału w postępowaniu. Odwołujący przyznał bowiem, że 3 sztuki niewybuchów, o których mowa w drugim protokole podjęcia przedmiotowych wybuchowych nr 160/08/17 z dnia 17 sierpnia 2017 r. nie dotyczyły usług wskazanych w wykazie. Usługi te bowiem wykonywano w okresie od września do listopada 2017 r., gdy tymczasem protokół nosił wcześniejszą datę - 17 sierpnia 2017 r.

Natomiast pozostałe prace, które wykonano w ramach spornych umów, rzeczywiście wykonywano m.in. przy udziale robotów. Prace te jednak nie dotyczyły fizycznego usunięcia niewybuchów. Świadek H.D. zeznał, że ekipa pracująca z robotem w razie stwierdzenia

obiekty ferromagnetycznego podczepiała magnes i przy pomocy tego magnesu wyciągała taki obiekt na ląd. Nie dotyczyło to obiektów niebezpiecznych. Również świadek Ł.P. zeznał, że w odniesieniu do obiektów niebezpiecznych miała miejsce jedna interwencja, a obiekty militarne zostały wydobyte przy pomocy nurków. Zeznał bowiem: obiekty ferromagnetyczne zostały wydobyte robotami, natomiast obiekty niebezpieczne przy pomocy nurków. Nie pamiętam ile było obiektów niebezpiecznych. Po kilka na każdym obszarze. Obiekty niebezpieczne wyjęto z wody, przekazano na brzeg i zawiadomiono policję, która wezwała patrol. Na wodzie była jedna taka interwencja.

W takim stanie Izba stwierdziła, że zamawiający prawidłowo ustalił, iż odwołujący przedstawił informacje wprowadzające w błąd. Niezgodnie z prawdą oświadczył bowiem, że wartość usług polegających na wydobyciu niewybuchów wyniosła ponad 4 mln zł, podczas gdy z materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie wynika, iż wskazane usługi nie tylko nie obejmowały wyłącznie wydobycia niewybuchów, ale obejmowały też wydobycie pozostałych obiektów ferromagnetycznych. Na marginesie należy zaznaczyć, iż w ich w trakcie realizacji umów, wydobyto bardzo niewielką ilość niewybuchów i dotyczyło to tylko jednego dnia pracy nurków. Nie jest zatem możliwe, aby całość należnego wynagrodzenia dotyczyła jedynie wydobycia niewybuchów, jak podał odwołujący.

Niewątpliwie nieprawdziwe informacje miały istotne znaczenie dla decyzji podejmowanych przez zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia. Informacje te złożono bowiem celem wykazania warunku udziału w postępowaniu. Nie budziło także wątpliwości Izby, że informacje takie zostały przedstawione zamawiającemu co najmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa, czyli postaci winy nieumyślnej, w następstwie błędnej interpretacji warunku. W tej sytuacji Izba uznała za prawidłową czynność wykluczenia odwołującego z udziału w obu częściach postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp.

Zamawiający prawidłowo wykluczył odwołującego z udziału w postępowaniu także na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, tj. z powodu niewykazania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. Wbrew stanowisku odwołującego zamawiający w opisanym stanie faktycznym nie miał obowiązku wzywania odwołującego do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń celem wykazania warunku na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Jak wielokrotnie wskazywano w orzecznictwie Izby, w razie stwierdzenia złożenia nieprawdziwych informacji, zamawiający ma obowiązek wykluczyć wykonawcę z udziału w postępowaniu z tego powodu, zaś informacje nieprawdziwe nie podlegają zastąpieniu informacjami prawdziwymi w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Przyjęcie przeciwnego stanowiska prowadziłoby do sytuacji, w której instytucja wykluczania wykonawcy z udziału w postępowaniu z powodu złożenia przez niego informacji wprowadzających w błąd byłaby instytucją martwą. Wobec powyższego zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp uznano za bezzasadny.

Jedynie na marginesie należało wskazać, że zamawiający pomimo to wzywał odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp artykułując mu swe wątpliwości co do możliwości wykonania usługi, polegającej na wydobyciu niewybuchów o znacznej wartości i z rozległego obszaru, jedynie w dniu 24 listopada 2017 r. Odwołujący na te wezwania nie reagował prawidłowo, skupiając się na opisywaniu technologii poszukiwania materiałów ferromagnetycznych, jakiej miał używać, a o co z kolei zamawiający nie pytał.

Za chybiony uznano zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Stosownie do tego przepisu, zamawiający unieważnia postępowanie, jeżeli nie złożono żadnej oferty

niepodlegającej odrzuceniu (...).

Odwołujący wywiódł, że skoro jego oferta nie podlegała odrzuceniu w części 2

postępowania, to brak było podstaw do unieważnienia postępowania w tym zakresie. Izba stwierdziła jednak, że odwołujący został przez zamawiającego prawidłowo wykluczony z udziału w postępowaniu. Stosownie zaś do art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą. W konsekwencji, wobec ustalenia, że w części 2 postępowania nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu, zamawiający miał obowiązek unieważnić postępowanie w tej części, co uczynił.

Za bezzasadny uznano zarzut odwołującego, który w końcowej części dowołania wywiódł, że zamawiający nie udostępnił mu niezwłocznie wezwań oraz uzupełnień i wyjaśnień składanych przez innych wykonawców w toku postępowania.

Izba ustaliła, że 12 stycznia 2018 r. odwołujący przesłał zamawiającemu wniosek o udostępnienie załączników do protokołu w postaci wezwań oraz uzupełnień i wyjaśnień składanych przez innych wykonawców w toku postępowania. Dokumenty te zamawiający udostępnił odwołującemu 22 lutego 2018 r. Ustalono również, że zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej w części 1 i unieważnienia postępowania w części 2 w dniu 23 lutego 2018 r.

Zgodnie z art. 96 ust. 3 ustawy Pzp, załączniki do protokołu postępowania udostępnia się wykonawcy po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej lub unieważnieniu postępowania, z tym, że oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia ... (...). Wzięto pod uwagę, że zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej w części 1 i unieważnienia postępowania w części 2 w dniu 23 lutego 2018 r. Dopiero od tej daty po stronie zamawiającego zaktualizował się obowiązek udostępnienia odwołującemu załączników do protokołu, jakimi są wezwania, a także wyjaśnienia i uzupełnienia ofert składane przez wykonawców w toku postępowania. Tymczasem zamawiający żądane załączniki do protokołu udostępnił odwołującemu już 22 lutego 2018 r. Jak wynika z art. 96 ust. 3 ustawy Pzp, od chwili otwarcia jawne pozostają jedynie oferty. Zatem nie można utrzymywać, że zamawiający zwlekał z udostępnieniem odwołującemu wskazywanych dokumentów. Zarzut podlegał zatem oddaleniu.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 3 ustawy Pzp również okazał się chybiony. Zgodnie z tym przepisem, zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Udzielenie zamówienia następuje w momencie zawarcia umowy w sprawie zamówienia. Odwołujący nie wykazał, aby zamawiający zawarł umowę w sprawie zamówienia publicznego z przystępującym ani jakimkolwiek innym wykonawcą. Zatem zamawiający nie mógł naruszyć przywoływanego przez odwołującego przepisu ustawy Pzp.

Wobec oddalenia wszystkich zarzutów, za chybione uznano także zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp.

Stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, o oddaleniu odwołania lub jego

uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje

postanowienie. Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do oddalenia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 2 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (pkt 1 sentencji) i formalnym (pkt 2 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza

uwzględni odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Z ww.

przepisu wynika, że powodem uwzględnienia odwołania może być stwierdzenie jedynie kwalifikowanego naruszenia ustawy Pzp, a mianowicie takiego, które wywiera lub może wywrzeć istotny wpływ na wynik postępowania. A contrario, stwierdzenie braku naruszenia

niekwalifikowanego, musi skutkować oddaleniem odwołania. W analizowanej sprawie żaden z zarzutów odwołania nie znalazł potwierdzenia, co musiało skutkować oddaleniem odwołania.

Wobec powyższego, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6. Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)” Jarosław Jerzykowski, Komentarz do art. 192 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI.

W niniejszej sprawie odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił w całości odwołujący. Zatem to tę stronę Izba obciążyła całością kosztów postępowania odwoławczego.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. a, § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238 ze zm.).

Wobec powyższego o kosztach postępowania orzeczono jak w sentencji

Przewodniczący: .....

Członkowie: .....