

WYROK
z dnia 19 czerwca 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Emilia Garbala

Protokolant: Marta Słoma

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 czerwca 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 czerwca 2018 r. przez wykonawcę **Uxo Marine S.A., ul. Szkolna 72, 43-230 Goczałkowice – Zdrój**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Urząd Morski w Szczecinie, pl. Stefana Batorego 4, 70-207 Szczecin**

przy udziale wykonawcy **Explosive s.c. Prace Wyburzeniowe i Minerskie H. B., P. B., ul. Trakt Św. Wojciecha 336, 80-001 Gdańsk**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Uxo Marine S.A., ul. Szkolna 72, 43-230 Goczałkowice – Zdrój**, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Uxo Marine S.A., ul. Szkolna 72, 43-230 Goczałkowice – Zdrój**, tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2. zasądza od wykonawcy **Uxo Marine S.A., ul. Szkolna 72, 43-230 Goczałkowice – Zdrój**, na rzecz zamawiającego: **Urząd Morski w Szczecinie, pl. Stefana Batorego 4, 70-207 Szczecin**, kwotę **3 075 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące siedemdziesiąt pięć złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający - Urząd Morski w Szczecinie, pl. Stefana Batorego 4, 70-207 Szczecin, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Usunięcie niebezpiecznych obiektów z plaży i dna morza na odcinku brzegu morskiego pomiędzy Dziwnówkiem a Dziwnowem (km 385,60 – 388,10)”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 30 kwietnia 2018 r., nr 552339-N-2018. W postępowaniu złożone zostały 3 oferty. Pismem z dnia 30 maja 2018 r. (przekazanym w dniu 1 czerwca 2018 r.) zamawiający zawiadomił o wykluczeniu, na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12, 16 i 17 ustawy Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, wykonawcy Uxo Marine S.A., ul. Szkolna 72, 43-230 Goczałkowice – Zdrój (dalej: „Uxo Marine” lub „odwołujący”). Powodem wykluczenia było niewykazanie i wprowadzenie zamawiającego w błąd co do spełnienia przez odwołującego warunku doświadczenia.

W dniu 6 czerwca 2018 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez wykonawcę Uxo Marine, w którym odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12, 16 i 17 ustawy Pzp (podstawy prawne wskazane łącznie na str. 1 i 2 odwołania) poprzez niezasadne wykluczenie go z postępowania. Odwołujący podniósł, że zamawiający dopuścił się błędu w ustaleniach faktycznych polegającego na niezasadnym przyjęciu, że odwołujący nie wykazał doświadczenia w wykonywaniu usługi podobnej do przedmiotu zamówienia oraz że w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, co nie miało miejsca.

W szczególności odwołujący wskazał, że „co do treści protokołów policji Zamawiający nie dostrzega, że patrol policji oddając dozorowane przez siebie materiały niebezpieczne nie wskazuje skąd one pochodzą, a już w szczególności nie przekazuje patrolowi saperskiemu oświadczenia w tym względzie pochodzącego od tego, kto policji je przekazał. Oddający niewybuchy i materiały niebezpieczne nie ma wpływu na treść zaświadczenia, z drugiej strony oddając je musi mieć potwierdzenie, że materiały te patrolowi saperskiemu zdał. Nie jest możliwym, by Zamawiający o okoliczności tej nie wiedział, a jednak z treści zaświadczeń wyciąga wnioski dalej idące, przyjmując wręcz wprowadzenie Go w błąd. (...)”

zwrócić należy uwagę na brzmienie warunku opisanego w Rozdziale V pkt 3.3) a) SIWZ, a dotyczącego doświadczenia Wykonawców, zwłaszcza na część definiującą kryteria usługi podobnej do objętej przedmiotem zamówienia, której wykonanie decyduje o uznaniu

tego warunku za spełniony. Jej analiza prowadzi do wniosku, że usługa będzie uznana za podobną jeżeli polegała na usuwaniu niewypałów lub niewybuchów z obszarów morskich lub plaży o wartości nie mniejszej niż 200.000,00 zł brutto. Z przedłożonych do oferty Odwołującego dokumentów jednoznacznie wynika, że warunek ten został spełniony. Otóż w okresie od września do listopada 2017 roku, UXO MARINE S.A. wykonywała na zlecenie spółki Grupa Geofusion sp. z o.o. usługę spełniającą wszystkie powyższe kryteria. Po pierwsze - polegała ona na usuwaniu niewypałów i niewybuchów, po wtóre - prace prowadzone były na obszarze morskim i plaży, a po trzecie - wartość usługi opiewała na kwotę wyższą niżli ta wskazana w SIWZ. W powyższych wymaganiach nie zostało użyte sformułowanie „prace podwodne”, które zgodnie z definicją znajdującą się w Ustawie „o wykonywaniu prac podwodnych” rozumie się jako „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”. Tymczasem z kwestionowanego zawiadomienia o wyniku postępowania, jednoznacznie wynika, że Zamawiający utożsamia warunek wykonania usługi podobnej z wykonaniem pracy podwodnej, mimo że jak już wspomniano, nie wprowadził takiego kryterium w treści warunku. Urząd Morski w Szczecinie stwierdził jednocześnie, że ze zgromadzonej dokumentacji nie wynika, aby wydano zezwolenie na prowadzenie takich prac, co ma oznaczać według Zamawiającego, wprowadzenie w błąd co do wykazania przez Odwołującego doświadczenia w tym zakresie. Powyższe zyskuje na znaczeniu, gdyż Zamawiający nie sprecyzował w SIWZ jaką metodą, czy też przy użyciu jakiej technologii (praca nurków nie jest bowiem jedyną możliwą technologią) miały zostać wykonane owe podobne usługi (a pomimo to zdaje się uważać, że zasadne są tylko prace wykonywane przez nurków), co po raz kolejny uzasadnia wykluczenie konieczności przeprowadzenia ich przy użyciu tylko i wyłącznie czynnika ludzkiego. (...) W bieżącym postępowaniu zamawiający dokonał rozpoznania i wskazał konkretną ilość obiektów ferromagnetycznych, ale nie ilość obiektów niebezpiecznych, w związku z czym referencje przedstawione przez nas są tożsame z bieżącym zakresem prac, to znaczy usunięcie wszystkich obiektów ferromagnetycznych niezależnie od tego czy są wśród nich obiektów niebezpiecznych czy nie”.

Wobec powyższego odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego z postępowania,
- 3) powtórzenia badania i oceny ofert.

Ponadto odwołujący wniósł o obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego oraz dopuszczenie dowodów z dokumentów i przesłuchania świadka.

Pismem z dnia 11 czerwca 2018 r. wykonawca Explosive s.c. Prace Wyburzeniowe i Minerskie H. B., P. B., ul. Trakt Św. Wojciecha 336, 80-001 Gdańsk (dalej: „przystępujący”), zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Izba stwierdziła prawidłowość przystąpienia po stronie zamawiającego.

W trakcie rozprawy strony i przystępujący podtrzymali swoje stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest usługa usunięcia niebezpiecznych obiektów z plaży i dna morza na odcinku brzegu morskiego pomiędzy Dziwnówkiem a Dziwnowem (km 385,60 – 388,10).

W zakresie zdolności zawodowej zamawiający sformułował w siwz następujący warunek udziału w postępowaniu: wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał minimum 1 (słownie: jedną) usługę podobną do objętych przedmiotem zamówienia. Za usługę podobną do objętych przedmiotem zamówienia zamawiający uzna usługę polegającą na usuwaniu niewypałów lub niewybuchów z obszarów morskich lub plaży o wartości usługi nie mniejszej niż 200.000,00 zł brutto.

Pismem z dnia 15 maja 2018 r., działając na podstawie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp, zamawiający wezwał odwołującego do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, w tym wykazu usług (wypełnionego załącznika nr 5 do siwz) wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, daty wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi te zostały wykonane, z załączeniem dowodów określających, czy te usługi zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, miały być referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego usługi były wykonywane.

Odwołujący złożył m.in. wykaz usług wraz z referencjami wystawionymi przez Grupę GeoFusion Sp. z o.o., w których stwierdzono, że Uxo Marine: „wykonała w okresie wrzesień-listopad 2017 roku dla Grupy Geofusion podwodne prace saperskie polegające na wydobywaniu i usunięciu obiektów niebezpiecznych pochodzenia wojskowego (niewypały

/niewybuchy) o łącznej powierzchni 15,8 ha (kanał Skolwiński). Prace te były wykonywane na podstawie umów:

- 1) 2/06/2017 z dnia 30.06.2017 roku na wykonanie oczyszczenia saperskiego w ramach zadania zleconego przez Inwestora tj. NORDA Sp. z o. o. obiektów na wodzie o sile sygnału 5nT na obszarze: — 8,6 ha oraz utylizację znalezionych przedmiotów. Poprzez utylizację Inwestor dopuszczał przekazanie znalezionych przedmiotów wojsku.
- 2) 1/08/2017 z dnia 31.08.2017 roku na wykonanie oczyszczenia saperskiego w ramach zadania zleconego przez Inwestora tj. NORDA Sp. z o. o. obiektów na wodzie o sile sygnału 5nT na obszarze: - 7,2 ha oraz utylizację znalezionych przedmiotów. Poprzez utylizację Inwestor dopuszczał przekazanie znalezionych przedmiotów wojsku.

Do powyższych umów przyjęta została wycena ryczałtowa na podstawie rozpoznawczego skanu ferromagnetycznego wykonanego przez Grupę Geofusion, a następnie udostępnionego firmie UXO MARINE S.A.

Potwierdzamy, że podczas wykonywania prac znaleziono, wydobyto oraz usunięto obiekty niebezpieczne, które następnie przekazano patrolowi saperskiemu.

Prace zostały wykonane w terminie przy zachowaniu należytej staranności”.

Pismem z dnia 22 maja 2018 r. zamawiający, działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, zwrócił się do odwołującego „o złożenie stosownych wyjaśnień bądź uzupełnienie dokumentów”. W zakresie zdolności zawodowej zamawiający wskazał, że: „W przedstawionym wykazie usług wskazano dwie prace realizowane na rzecz Grupy Geofusion Sp. z o.o. w miesiącu listopadzie 2017 r. Do materiałów dołączono także dokumenty referencyjne wystawione przez Grupę Geofusion Sp. z o.o., z których treści wynika m.in., iż Uxo Marine S.A. w okresie wrzesień - listopad 2017 r. wykonała podwodne prace saperskie polegające na wydobyciu i usunięciu obiektów niebezpiecznych pochodzenia wojskowego z terenu kanału Skolwińskiego. Wskazany w Państwa dokumentach obszar podlega administracji Zamawiającego (Urząd Morski w Szczecinie). Z dokumentów znajdujących się w dyspozycji Zamawiającego nie wynika, by we wskazanym okresie czasu i akwenie były prowadzone prace o zakresie opisanym w Państwa dokumentach, a związane z wydobyciem materiałów niebezpiecznych. Z dokumentów wynika jedynie jednodniowa obecność firmy Uxo Marine w obszarze kanału Skolwińskiego, co budzi wątpliwości w kontekście wymogu dotyczącego minimalnego doświadczenia Wykonawcy. Wątpliwości Zamawiającego związane są także z podmiotem wystawiającym referencje, ponieważ w innych postępowaniach w jakich Państwo uczestniczyliście referencje dotyczące tych samych usług były wystawiane bezpośrednio przez Spółkę Norda Sp. z o.o. Powyższa rozbieżność jest istotna m.in. z uwagi na treść § 2 ust. 4 pkt 2 rozporządzenia z dnia z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać

zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z którym dokumenty referencyjne mają być wystawiane przez podmiot, na rzecz którego usługi były wykonywane. W tych okolicznościach wnosimy o złożenie wyjaśnień w odniesieniu do zaprezentowanych rozbieżności. (...) Wyjaśnienia (względnie) dokumenty winny być złożone i wypełnione w taki sposób by umożliwiły Zamawiającemu weryfikację spełniania warunków udziału w postępowaniu”.

Pismem z dnia 24 maja 2018 r. odwołujący złożył wyjaśnienia, których treść zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Do wyjaśnień dołączono kopie umów zawartych z Grupą GeoFusion Sp. z o.o., dwa protokoły przekazania przedmiotów wybuchowych i niebezpiecznych oraz dokumenty potwierdzające rozliczenia finansowe z wykonania usług.

Pismem z dnia 30 maja 2018 r. zamawiający zawiadomił wykonawców o wyniku postępowania, tj. o wyborze jako najkorzystniejszej oferty przystępującego oraz o wykluczeniu odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12, 16 i 17 ustawy Pzp. Zamawiający wskazał: „Informacje podane w przedmiotowych dokumentach [złożonych przez odwołującego – przyp.wł.] nie znajdują odzwierciedlenia w rzeczywistości, a w konsekwencji nie można uznać, by Wykonawca spełniał postawiony warunek. Wskazany w dokumentach obszar podlega administracji Zamawiającego (Urząd Morski w Szczecinie). Z dokumentów znajdujących się w dyspozycji Zamawiającego nie wynika, by we wskazanym okresie czasu i na danym akwenie były prowadzone prace o zakresie opisanym w dokumentach przedstawianych przez Wykonawcę. Tymczasem warunek udziału w procedurze był skonstruowany w taki sposób, by skierować zamówienie do podmiotów, które w dotychczasowej działalności świadczyły usługi polegające na usuwaniu niewypałów lub niewybuchów z obszarów morskich lub plaży o wartości opisanej w SIWZ. Zamawiający podkreśla, że z dokumentów znajdujących się w jego dyspozycji wynika jedynie jednodniowa (24 listopada 2017 r.) obecność firmy Uxo Marine w obszarze kanału Skolwińskiego potwierdzająca prace dwóch nurków. Zamawiający nie wydawał zezwolenia na prowadzenie prac podwodnych na obszarze i zakresie, jaki został wskazany przez Wykonawcę w sposób przewidziany §160 i następnymi przywołanego poniżej zarządzenia. Obowiązek każdorazowego zgłaszania rozpoczęcia i zakończenia prac podwodnych właściwemu terytorialnie Kapitanowi Portu wynika z zarządzenia Nr 3 Dyrektora Urzędu Morskiego w Szczecinie z dnia 26 lipca 2013 r. Przepisy portowe (Dz. Urz. Woj. Zachodniopomorskiego poz. 2932 z 2014 r. z późn. zm.). Wymóg ten jest pisemnie wskazywany w każdym wydawanym przez Urząd Morski w Szczecinie zezwoleniu na wykonywanie prac podwodnych. Z dokumentów wystawionych przez Dowództwo 8 Flotylli obrony wybrzeża, a więc jednostki, do której należy zgłosić się po znalezieniu przedmiotów wybuchowych

i niebezpiecznych w akwenie wskazanym w dokumentach Wykonawcy, wynika, że od miesiąca lipca do listopada 2017 r. żadne podmioty nie zgłosiły znalezienia przedmiotów wybuchowych na akwenach będących we władaniu Zamawiającego. Powyższe dokumenty przeczą informacjom zawartym w ofercie. Dokumentacja potwierdza, że Wykonawca nie zgłosił w tym okresie do Urzędu Morskiego w Szczecinie faktu znalezienia przedmiotów wybuchowych na akwenach morskich (w tym kanałach żeglugowych i portowych). W okresie od lipca do 26 listopada 2017 r. Dyrektor Urzędu Morskiego w Szczecinie wydał decyzję - zgodę na zajęcie akwenu dla firmy NORDA Spółka z o.o., na rzecz której w terminie od 25 października 2017 r. do 27 listopada 2017 r. Przedsiębiorstwo Geologiczne „GEOPROJEKT SZCZECIN” Sp. z o. o. miało wykonać roboty geologiczne na akwenie w Kanale Skolwińskim. Kapitanat Portu w Szczecinie w oparciu o ww. decyzję odbierał zgłoszenia o prowadzonych pracach geologicznych codziennie - początek i koniec w danym dniu, w okresie czasu, na jaki wystawiona była decyzja. Spółka NORDA nie mogła więc prowadzić innych prac niż roboty geologiczne, a co za tym idzie nie mogła zlecać podwodnych prac saperskich.

Potwierdzeniem powyższych faktów są także m.in. dokumenty jakie złożył w ramach wyjaśnień sam Wykonawca. (...)

Mając na uwadze powyższe nie sposób uznać, by Wykonawca legitymował się wymaganym doświadczeniem. Ocena spełniania warunku udziału w postępowaniu nie następuje tylko i wyłącznie w oparciu o dokumenty przedstawione przez wykonawców, a w oparciu o wszystkie informacje i materiały, jakimi dysponuje publiczny podmiot. W trakcie oceny Zamawiający nie może pominąć gromadzonych przez siebie samego danych dotyczących realizacji innych zadań własnych, o ile informacje te mają wpływ na prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia. (...)

Dane przedstawione przez Wykonawcę na temat wydobywania i usuwania obiektów niebezpiecznych pochodzenia wojskowego w obszarze i okresie wskazanym w dokumentach przetargowych, nie znajdują potwierdzenia nie tylko w dokumentach wytwarzanych i gromadzonych w ramach działalności Zamawiającego. Z dokumentów, jakie udostępniła Jednostka Wojskowa nr 2901 wynika, że patrole rozminowania nie podejmowały/odbierały żadnych obiektów wydobytych z akwenów. Zamawiający zaznacza, że jest to ta sama Jednostka Wojskowa, której protokołami posłużył się Wykonawca składając wyjaśnienia. Z protokołów, jakie były przedstawione przez Wykonawcę wynika, że patrolom saperskim przekazywano obiekty wydobyte z ziemi, a nie z wody. Ta informacja jest spójna z informacją zawartą w „Udostępnienie informacji publicznej” z dnia 8 grudnia 2017 r. Z informacji wynika m.in., że:

- 1) Patrol Rozminowania w okresie od marca do 26 listopada podejmował dwukrotnie, trzynaście przedmiotów wybuchowych i niebezpiecznych z osiedla Skolwin w Szczecinie,

Zadania te realizowano na podstawie zgłoszenia dokonanego przez KP Nad Odrą w Szczecinie,

- 2) Do Patrołu rozminowania nie zgłaszały się podmioty prywatne prowadzące usługi w zakresie oczyszczania terenów celem odpłatnego zniszczenia PWiN znalezionych podczas oczyszczania terenów/akwenów,
- 3) Do patrolu rozminowania w okresie od września do listopada nie były zgłaszane przez jakiegokolwiek podmioty PWiN podjęte z akwenów,
- 4) W okresie od września do listopada nie były przekazywane do utylizacji PWiN, wydobyte z akwenów i zgłoszone przez jakiegokolwiek podmioty.

W ramach dokumentacji przesyłanej Izbie w postępowaniu odwoławczym, a następnie w toku rozprawy, zamawiający przekazał także:

- 1) Pismo Urzędu Morskiego w Szczecinie z dnia 15 lutego 2018 r. skierowane do Urzędu Morskiego w Gdyni, w którym wskazano, że: „w okresie ostatniego roku nie były prowadzone żadne prace pogłębiarskie, podczyszczeniowe lub związane z wydobyciem materiałów ferromagnetycznych w okolicach Portu Morskiego Police. Jednocześnie informuję, że dla tego okresu w „Zeszycie prac podwodnych” prowadzonym przez Służbę Dyżurną Kapitanatu Portu Szczecin istnieje jeden wpis mówiący o prowadzeniu prac podwodnych przez firmę UXO Marine w obszarze Kanału Skolwińskiego. W dniu 24 listopada 2017 r. o godzinie 09.00 zgłoszono rozpoczęcie prac podwodnych, pod kierownictwem kierownika prac podwodnych II klasy Pana ..., przez dwóch nurków (...). O godzinie 16.00 poinformowano o ich zakończeniu. Żadnych innych zgłoszeń związanych z firmą UXO Marine, dotyczących prowadzenia prac podwodnych na terenie podległym Kapitanowi Portu Szczecin, nie zarejestrowano”.
- 2) Pismo Urzędu Morskiego w Szczecinie z dnia 13 grudnia 2017 r. skierowane do przystępującego, w którym udzielono na zadane pytania następujących odpowiedzi:
 - a) „W okresie od września do listopada 2017 r. do Urzędu Morskiego w Szczecinie nie zostały zgłoszone przez jakiegokolwiek podmioty prace związane z oczyszczaniem z przedmiotów wybuchowych realizowane na akwenach będących we władaniu Urzędu Morskiego w Szczecinie”.
 - b) „Do Urzędu Morskiego w Szczecinie w miesiącach wrzesień-listopad 2017 r. żadne podmioty nie zgłosiły znalezienia, wydobycia i przekazania do utylizacji przedmiotów wybuchowych z akwenów będących we władaniu Urzędu Morskiego w Szczecinie”.
 - c) „Urząd Morski w Szczecinie nie wydał w miesiącach wrzesień-listopad 2017 r. zezwoleń na wykonywanie prac podwodnych na obszarach morskich w zakresie poszukiwania przedmiotów wybuchowych”.

- 3) Pismo Urzędu Morskiego w Szczecinie z dnia 15 grudnia 2017 r. skierowane do przystępującego, w którym udzielono na zadane pytania m.in. następujących odpowiedzi:
- a) „W dniu 24 listopada 2017 r. były zgłoszone do Kapitanatu Portu w Szczecinie prace podwodne w kanale Skolwińskim. Podmiot wykonujący - firma Uxo Marine, posiadał ważne zezwolenie Dyrektora Urzędu. Było to zgłoszenie jednorazowe, czyli dotyczyło to prac podwodnych wykonanych tylko w dniu 24 listopada 2017 r. i zostało zgłoszone przez uprawnionego kierownika grupy nurków. W okresie od lipca do 26 listopada 2017 r. na Kanale Skolwińskim nie zgłaszano do Kapitanatu Portu w Szczecinie wykonywania podwodnych prac saperskich lub podobnych”.
 - b) „W okresie od lipca do 26 listopada 2017 r. nie zgłoszono do Kapitanatu Portu w Szczecinie znalezienia przedmiotów wybuchowych, materiałów wybuchowych lub niewypałów i niewybuchów w wodach Kanału Skolwińskiego”.
- 4) Pismo z dnia 8 grudnia 2017 r. stanowiące udostępnienie informacji publicznej przystępującemu przez Jednostkę Wojskową nr 2901, w którym poinformowano, że:
- 1. „Patrol Rozminowania nr 1 w okresie od marca do 26 listopada podejmował dwukrotnie, trzynaście przedmiotów wybuchowych i niebezpiecznych z osiedla Sklowin w Szczecinie. Zadania te realizowano na podstawie zgłoszenia dokonanego przez KP Nad Odrą w Szczecinie;
 - 2. Do patrolu rozminowania nie zgłaszały się podmioty prywatne prowadzące usługi w zakresie oczyszczania terenów celem odpłatnego zniszczenia PWiN znalezionych podczas oczyszczania terenów/akwenów;
 - 3. Do patrolu rozminowania w okresie od września do listopada nie były zgłaszane przez jakiegokolwiek podmioty PWiN podjęte z akwenów;
 - 4. W okresie od września do listopada nie były przekazywane do utylizacji PWiN, wydobyte z akwenów i zgłoszone przez jakiegokolwiek podmioty”.
- 5) Pismo z dnia 18 grudnia 2017 r. stanowiące udostępnienie informacji publicznej przystępującemu przez Dowództwo 8 Flotylli Obrony Wybrzeża, w którym poinformowano, że „w okresie wrzesień - listopad 2017 r. do 8 Flotylli Obrony Wybrzeża wpłynęły 3 zgłoszenia wydobywania przedmiotów wybuchowych i niebezpiecznych z akwenów. Dwa zgłoszenia wpłynęły z Komend Powiatowych Policji, a jedno od firmy STRABAG. W rzeczonym terminie nie otrzymano zgłoszeń dotyczących utylizacji PWiN”.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron i przystępującego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Ponadto Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 179 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowaną czynność zamawiającego.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia. Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej „kryteriami selekcji”, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów. Zgodnie z 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.

Art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp nakłada na zamawiającego obowiązek wykluczenia z postępowania wykonawcy, który m.in. nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu. Dokonując wykładni tego przepisu należy mieć na uwadze, że w przypadku warunku zdolności technicznej lub zawodowej, a konkretnie – doświadczenia, wykazanie spełniania warunku oznacza po stronie wykonawcy nie tylko obowiązek wykazania wykonania określonych świadczeń, ale także wykonania ich należyście. Należyte wykonanie oznacza natomiast nie tylko wykonanie właściwe pod względem np. technicznym, ilościowym czy terminowym, ale także wykonanie zgodne z obowiązującym prawem. Tym samym należyte wykonanie np. usługi oznacza takie jej wykonanie, w przypadku którego dochowano także niezbędnych wymogów prawnych dotyczących realizacji tej usługi. Nie może być bowiem uznana za wykonaną należyście usługa wykonana w przewidzianym czasie i prawidłowo pod względem technicznym, która jednak została zrealizowana z pominięciem obowiązujących i przewidzianych przepisami prawa procedur, zgłoszeń, pozwoleń, etc.

W przedmiotowej sprawie pośród argumentów stanowiących podstawę wykluczenia wykonawcy z postępowania zamawiający podał w piśmie informującym o wykluczeniu m.in. okoliczność, że fakt wykonywania usług o zakresie wskazanym przez odwołującego, w tym fakt znalezienia przedmiotów wybuchowych na akwenach morskich, nie został zgłoszony zamawiającemu, mimo że usługi były wykonywane na terenie przez niego nadzorowanym. Jednocześnie art. 25a ust. 2 ustawy o wykonywaniu działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią, amunicją oraz wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym (t.j. Dz.U. z 2012, poz. 1017 ze zm.) przewiduje, że materiały wybuchowe i niebezpieczne zlokalizowane w morskich wodach wewnętrznych i w morzu terytorialnym podlegają zgłoszeniu właściwemu terytorialnie urzędowi morskemu. Z informacji posiadanych przez zamawiającego, jako organu nadzorującego obszar, na którym odwołujący wykonywał usługi, wynika, że takie zgłoszenie nie zostało nigdy dokonane. Tym samym nie można przyjąć, że wykazywane przez odwołującego w wykazie usługi zostały wykonane należycie, skoro przy ich wykonywaniu nie dochowano wymogu wynikającego z ww. przepisu ustawy o wykonywaniu działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią, amunicją oraz wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym.

Na uwagę zasługuje także podniesiony przez zamawiającego w piśmie informującym o wykluczeniu argument dotyczący nieprzekazania wojsku znalezionych materiałów wybuchowych i niebezpiecznych. Jak wynika z protokołów złożonych przez odwołującego i jego stanowiska przedstawionego na rozprawie, przekazane one zostały policji. Izba ustaliła, że § 7 ust. 10 umowy z dnia 30 czerwca 2017 r. oraz § 7 ust. 9 umowy z dnia 31 sierpnia 2017 r., na podstawie których odwołujący wykonywał usługi, przewidywał obowiązek przekazywania ich wojsku. Powyższe również świadczy o nienależnym (niezgodnym z zawartymi umowami) wykonaniu usług wykazywanych przez odwołującego w ramach doświadczenia.

Na marginesie jedynie należy zauważyć niezasadność argumentacji zamawiającego zawartej w piśmie informującym o wykluczeniu, a dotyczącej prowadzenia przez odwołującego prac podwodnych bez wymaganej zgody. Wprawdzie § 160 ust. 1 pkt 2 Zarządzenia nr 3 Dyrektora Urzędu Morskiego w Szczecinie Przepisy Portowe (Dz. Urz. Województwa Zachodniopomorskiego z 2013 r., poz. 2932) przewiduje zakaz wykonywania prac podwodnych bez zezwolenia Dyrektora Urzędu Morskiego w Szczecinie. Należy jednak zauważyć, że jednodniowa praca 2 nurków została zamawiającemu zgłoszona, natomiast w pozostałym zakresie odwołujący wykonywał usługi za pomocą robotów, co w świetle ww. przepisu nie podlegało zgłoszeniu. Z kolei podniesiony na rozprawie argument odnoszący

się do treści § 161 ust. 1 pkt 3 ww. Zarządzenia, który przewiduje zakaz wydobywania przedmiotów zatopionych bez zgody kapitana portu, nie został przez zamawiającego podniesiony w piśmie informującym o wykluczeniu, zatem nie mógł być objęty zarzutem odwołania i nie podlega rozpoznaniu.

Reasumując, należy stwierdzić, że zamawiający oceniając spełnianie warunków udziału w postępowaniu, ma prawo opierać się nie tylko na oświadczeniach i dokumentach złożonych przez wykonawcę, ale także sięgać do własnej wiedzy i posiadanych informacji. W przedmiotowej sprawie zamawiający posiada wiedzę, zgodnie z którą w ramach wykonywania usług wykazywanych jako doświadczenie, odwołujący przede wszystkim nie dochował wymogów wynikających z ustawy o wykonywaniu działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią, amunicją oraz wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym, jak też z zawartych umów. Innymi słowy: odwołujący nie zgłosił Urzędowi Morskiemu w Szczecinie znalezienia materiałów wybuchowych i niebezpiecznych oraz nie przekazał materiałów wybuchowych i niebezpiecznych wojsku. Tym samym nie można uznać, że wykazywane przez odwołującego usługi zostały wykonane należycie, skoro przy ich realizacji nie wypełniono wymogów prawnych. Oznacza to, że odwołujący podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.

Odnosząc się do pozostałych podstaw wykluczenia odwołującego z postępowania, tj. do art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp, należy zauważyć, że w przedmiotowej sprawie odwołujący wykazywał usługi wykonywane na terenie nadzorowanym przez zamawiającego. Tym samym trudno uznać, że odwołujący mógł wprowadzić zamawiającego w błąd, skoro zamawiający doskonale znał zakres prac zgłaszanych do niego samego, jako właściwego organu, i z łatwością wykrył, że odwołujący nie dokonał odpowiedniego zgłoszenia faktu znalezienia przedmiotów wybuchowych w akwenach morskich. Na podstawie okoliczności sprawy można raczej przypuszczać, że odwołujący nie posiadał dostatecznej znajomości obowiązującego prawa, niż że w wyniku choćby lekkomyślności lub niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd w zakresie braku ww. zgłoszenia.

Jednocześnie odwołujący, mając świadomość, że znalezione materiały przekazał policji i że zawarte ze zleceniodawcą umowy przewidywały oddanie ich wojsku, wprowadził zamawiającego w błąd co do należytego wykonania usług. Biorąc pod uwagę ww. okoliczności (nieprzekazanie materiałów wojsku), które były znane odwołującemu, Izba uznała, że wobec odwołującego zachodzi także podstawa wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła, że zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 12, 16 i 17 ustawy Pzp nie potwierdził się. Oznacza to, że zamawiający zasadnie wykluczył odwołującego na podstawie ww. przepisów. Wobec powyższego Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust. 7 i art. 191 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1 i 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972).

Przewodniczący