

Sygn. akt: KIO 58/14

WYROK
z dnia 28 stycznia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska
Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniach 23 i 28 stycznia 2014 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 stycznia 2014 r. przez **wykonawcę Navimor-Invest Spółka Akcyjna z siedzibą w Gdańsku, ul. Grunwaldzka 212** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Miasta Krynica Morska z siedzibą w Krynicy Morskiej, ul. Górników 15**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie postępowania,
2. kosztami postępowania obciąża Gminę Miasta Krynica Morska z siedzibą w Krynicy Morskiej, ul. Górników 15 i :

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000zł. 00 gr. (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę Navimor-Invest Spółka Akcyjna z siedzibą w Gdańsku, ul. Grunwaldzka 212** tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od **Gminy Miasta Krynica Morska z siedzibą w Krynicy Morskiej, ul. Górników 15** na rzecz **wykonawcy Navimor-Invest Spółka Akcyjna z siedzibą w Gdańsku, ul. Grunwaldzka 212** kwotę 16 206,98 zł. 00 gr (słownie : szesnaście tysięcy dwieście sześć złotych dziewięćdziesiąt osiem groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego tj. wpisu, kosztów dojazdu, kosztów zastępstwa prawnego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 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 Gdańsku**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na przebudowę pomostu nr 3 wraz z ostrogą wejściową i boczną w ramach rozbudowy portu jachtowego w Krynicy Morskiej zostało wszczęte przez zamawiającego Gminę Krynica Morska w Krynicy Morskiej, ul. Górników 15 ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 9 stycznia 2014r. nr 5197-2014.

W dniu 14 stycznia 2014r. wykonawca Navimor-Invest Spółka Akcyjna z siedzibą w Gdańsku, ul. Grunwaldzka 212 wniósł pisemne odwołanie. Odwołanie zostało podpisane przez dwóch członków zarządu ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu faksem w dniu 14 stycznia 2013r.

Odwołanie zostało wniesione wobec treści ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz) w postępowaniu pn. "Przebudowa pomostu nr 3 wraz z ostrogą wejściową i boczną w ramach rozbudowy portu jachtowego w Krynicy Morskiej".

Odwołujący zarzucił zamawiającemu:

1. Naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2013r. poz. 907 ze zm. – dalej ustawy), przez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.
2. Naruszenie art. 22 ust. 4 ustawy przez opisanie sposobu dokonania oceny spełniania warunku wiedzy i doświadczenia w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia tj. postawienie przez zamawiającego warunku minimalnej wiedzy i doświadczenia - żądanie, by wykonawca legitymował się doświadczeniem w budowie / przebudowie portu jachtowego, podczas gdy przedmiotem zamówienia jest wykonanie robót objętych standardową przebudową / budową nabrzeża, bez względu na jego przeznaczenie tj. przystań jachtowa.
3. Naruszenie art. 22 ust. 4 ustawy przez opisanie sposobu dokonania oceny spełniania warunku wiedzy i doświadczenia w sposób nie związany z przedmiotem zamówienia, gdyż zamawiający wymaga by wykonawca posiadał doświadczenie w wykonaniu zamówienia o identycznej nazwie - budowa portu jachtowego, zamiast - doświadczenie (opis spełniania warunku) przedmiotowo związane z danym zamówieniem wykonanie robót hydrotechnicznych w zakresie budowy/przebudowy nabrzeży.

Odwołujący wskazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, a czynność zamawiającego narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, uniemożliwiając odwołującemu złożenie oferty w postępowaniu, pomimo tego, że odwołujący

jest podmiotem o niezwykle bogatym doświadczeniu w branży hydrotechnicznej. Oznacza to że odwołujący może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego w/w przepisów.

Wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i zmianę treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i treści ogłoszenia o zamówieniu przez:

1. Wykreślenie postanowienia zawartego w rozdziale IV. WARUNKI UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU ORAZ SPOSOBU DOKONYWANIA OCENY SPEŁNIANIA TYCH WARUNKÓW, pkt 1.2. posiadania wiedzy i doświadczenia, tj. „w tym co najmniej jedną robotę budowlaną w zakresie budowy, przebudowy, remontu portu jachtowego” i w każdym innym punkcie SIWZ przywołującym powyższą treść.

2. W zakresie wskazanym w pkt 1 zmianę treści ogłoszenia o zamówieniu.

W uzasadnieniu odwołujący przytoczył treść pkt. VI.2 oraz wskazał, że tożsamą treść zawiera ogłoszenie o zamówieniu w dziale III.3.2) Wiedza i doświadczenie: Opis sposobu dokonywania oceny spełniania tego warunku.

Podniósł, że tak sformułowany opis spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia w sposób rażący narusza przepisy prawa, na co w sposób bezsporny wskazują, zdaniem odwołującego poniższe kwestie:

1. Zakres prac to standardowe prace hydrotechniczne dot. remontu/budowy/przebudowy nabrzeża

Zakres prac określony przez zamawiającego dokumentacją projektową, w tym przedmiarem, jest typową, standardową robotą hydrotechniczną budowy/ przebudowy nabrzeża, właściwą nie tylko dla budowy przystani jachtowej. Budowa przystani jachtowej nie stanowi odrębnego rodzaju prac hydrotechnicznych prowadzonych w zakresie nabrzeży.

Potwierdzeniem powyższego jest chociażby przedmiar stanowiący element dokumentacji w niniejszym postępowaniu, wskazujący na następujący zakres prac: ROBOTY ROZBIÓRKOWE, ROBOTY ZIEMNE, STALOWA ŚCIANKA SZCZELNA I ZAKOTWIENIA, NADBUDOWA ŻELBETOWA, NAWIERZCHNIA POMOSTU I OSTRÓG, WYPOSAŻENIE POMOSTU I OSTRÓG, OCHRONNY NARZUT KAMIENNY (OSTROGA, POMOST, NABRZEŻE PŁN-WSCH), NAWIGACYJNY ZNAK WEJŚCIOWY PRAWY, czyli jak już odwołujący wskazał zwyczajowy zakres prac hydrotechnicznych w zakresie przebudowy nabrzeża, co, zdaniem odwołującego, łatwo da się zauważyć analizując zakresy przedmiarów innych przetargów o takim zakresie. Odwołujący na potwierdzenie swego stanowiska przywołał niedawno rozstrzygniętego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego:

"Przebudowa Portu Rybackiego w Nowej Pasłęce - Nabrzeże Postojowe", Zamawiający: Dyrektor Urzędu Morskiego w Gdyni, ul. Chrzanowskiego 10, 81-338 Gdynia, DUUWE: 2013/S 215-373329, którego zakres robót jest przedmiotowo tożsamy z niniejszym

postępowaniem, a w którym to postępowaniu zamawiający określił warunek doświadczenia w następujący sposób: wykonanie 2 (dwóch) robót hydrotechnicznych polegających na budowie lub przebudowie nabrzeży o wartości nie mniejszej niż 3 000 000 zł brutto każda.

Oba te postępowania zostały określone tym samym kodem CPV, tj.: 45241500-3 Roboty budowlane w zakresie nabrzeży, co również podkreśla tożsamy charakter prac.

2. Wartość przebudowy / budowy/remontu przystani jachtowej: 5 mln złotych

Podkreślił, że:

- budowa/przebudowa przystani jachtowych
- wykonanie prac hydrotechnicznych o wartości pow. 5 mln złotych

to zamówienia często spotykane w branży hydrotechnicznej.

Natomiast połączenie tych warunków - budowa / przebudowa przystani jachtowej oraz wartości 5 mln złotych, to zamówienia niezwykle rzadko spotkane, gdyż często przebudowy przystani jachtowych mają niższą wartość. Dlatego na rynku istnieje niewiele podmiotów, które spełnią ten warunek - budowa właśnie przystani jachtowej o wartości min. 5 mln złotych. Takim podmiotem jest znana zamawiającemu HYDROBUDOWA GDAŃSK S.A., która zawarła z Zamawiającym w dniu 20 maja 2011 r. umowę i uzyskała zamówienie właśnie na budowę przystani jachtowej za kwotę przewyższającą wartość 5 mln złotych. (Postępowanie pn. „Pętla Żuławska - rozwój turystyki wodnej. Etap I Realizacja Zadania Nr 6 - Rozbudowa portu jachtowego w Krynicy Morskiej).

Dla poparcia swego stanowiska odwołujący powołał orzecznictwo w tym:

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 stycznia 2012r. sygn. akt KIO 2683/11, uchwałę Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 kwietnia 2012r. sygn. akt KIO/KD 42/12, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 lipca 2010r. sygn. akt KIO/UZP 1291/10, a także wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 sierpnia 2008r. sygn. akt KIO/UZP 758/08.

Odwołujący podkreślił, że w niniejszym postępowaniu zamawiający uniemożliwiając legitymowanie się doświadczeniem w wykonaniu prac hydrotechnicznych polegających na przebudowie / budowie nabrzeża, niekoniecznie będących jednocześnie budową przystani jachtowej, w sposób oczywisty naruszył równe traktowanie wykonawców, gdyż uniemożliwia udział w postępowaniu wykonawcom o niezwykle bogatym doświadczeniu w wykonaniu robót hydrotechnicznych.

Takim przykładem jest m.in. odwołujący - wykonawca znany na rynku z należytej realizacji znaczących inwestycji hydrotechnicznych, który legitymując się wykonaniem kilkudziesięciu kontraktów w Polsce i za granicą, z całą pewnością posiada wiedzę i doświadczenie znacznie przewyższające zasób konieczny do realizacji niniejszego zamówienia, a mimo to, z powodu sposobu w jaki zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu, pozbawiony możliwości ubiegania się o udzielenie niniejszego zamówienia publicznego.

Korzystając z przywileju złożenia odwołania, odwołujący wskazał ponadto na nieścisłość dot. terminu wykonania zamówienia określonego jako „kwiecień 2014r.,” co biorąc pod uwagę zakres przedmiotu zamówienia, przypuszczalnie mogło dotyczyć kwietnia 2015r.

W dniu 22 stycznia 2014r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że odrzuca zarzut jakoby w opisie sposobu spełniania warunków udziału w postępowaniu naruszył zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Podniósł, że przedmiotem zamówienia jest przebudowa pomostu, przebudowa ostrogi bocznej tego pomostu i budowa ostrogi wejściowej do portu jachtowego, stąd w ocenie zamawiającego opis sposobu spełniania warunku jest proporcjonalny i związany z rodzajem zamówienia. Podkreślił, że wykonawca ma się wykazać tylko w jednej z dwóch wymaganych robót – budową, przebudową lub remontem portu jachtowego. Zdaniem zamawiającego znacznie różni się wiedza i doświadczenie w budowie pomostu czy ostrogi na otwartej przestrzeni wód morskich, a czym innym jest budowa nadbrzeży (w tym rzecznych). Natomiast, co do progu wartościowego opisu, to na sfinansowanie zamówienia zamawiający zamierza przeznaczyć kwotę wyższą od wskazanych 5 mln netto. Zamawiający podkreślił, że zależy mu na terminowym i zgodnym z zasadami sztuki budowlanej wykonaniu zamówienia bez dyskryminowania bądź faworyzowania jakiegokolwiek wykonawcy. Odpowiedź na odwołanie podpisał Burmistrz Miasta Krynica Morska.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. ogłoszenia o zamówieniu publicznym i specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Na podstawie powyższego ustaliła, że :

W ogłoszeniu w sekcji III.3.2) Wiedza i doświadczenie zamawiający opisał sposób dokonywania oceny spełniania tego warunku i wymagał posiadania wiedzy i doświadczenia: Warunek zostanie spełniony, jeżeli wykonawca wykaże się doświadczeniem w zakresie niezbędnym do wykonania zamówienia, tj. w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał co najmniej dwie roboty budowlane - hydrotechniczne, o wartości prac budowlanych i hydrotechnicznych za minimum 5 mln zł. netto każda, w tym co najmniej jedną robotę budowlaną w zakresie budowy, przebudowy, remontu portu jachtowego. Wraz z ofertą należy złożyć wykaz robót budowlanych potwierdzających spełnienie warunku, wraz z dokumentami potwierdzającymi, że zamówienia zostały wykonane należycie (np. referencje) - wzór wykazu stanowi zał. nr 2 do Rozdziału I SIWZ. Wykonawca może polegać na wiedzy i

doświadczeniu innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji jest zobowiązany udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia. Zamawiający wymaga, w przypadku, gdy wykonawca wykazując się spełnieniem warunku polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, przedstawienia, w odniesieniu do tych podmiotów, dokumentów wymienionych w rodz. IV pkt 2.1 i 2.2 niniejszego SIWZ, potwierdzających brak podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W pkt II siwz - OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA zamawiający wskazał, że przedmiot zamówienia określają kody CPV:

45111300-1 Roboty rozbiórkowe

45241500-3 Roboty budowlane w zakresie nabrzeży.

45233000-9 Roboty w zakresie konstruowania, fundamentowania oraz wykonywania nawierzchni dróg

45111200-0 Roboty w zakresie przygotowania terenu pod budowę i roboty ziemne

45310000-3 Roboty w zakresie instalacji elektrycznych

45316100-6 Instalowanie urządzeń oświetlenia zewnętrznego.

Przedmiotowe zamówienie obejmuje wykonanie robót budowlanych i hydrotechnicznych w ramach zadania inwestycyjnego pn.: „Przebudowa pomostu nr 3 wraz z ostrogą wejściową i boczną w Krynicy Morskiej” w części hydrotechnicznej i lądowej portu jachtowego realizowanego w ramach projektu „Pętla Żuławska – rozwój turystyki wodnej. Etap I”.

- Przebudowa pomostu cumowniczego nr 3.
- Przebudowa ostrogi bocznej pomostu nr 3.
- Budowa ostrogi wejściowej

Przedmiotowa inwestycja zlokalizowana będzie w Krynicy Morskiej na działkach o nr ewidencyjnych 602/2; 602/3; 602/4; 602/6; 602/7; 602/8; 602/10; 602/12; 602/13; 602/14; 602/15; 602/16; 593; 682/1 obręb Krynica Morska. Szczegółowy zakres prac oraz sposób ich wykonania określają następujące dokumenty:

- Wyciąg z Projektu budowlanego (Teczka H3-1) dla pomostu nr 3 wraz z ostrogą wejściową i boczną - branża hydrotechniczna,
- Wyciąg z Projektu budowlanego (rozwiązania wykonawcze-teczka H3-2) dla

pomostu nr 3 wraz z ostrogą wejściową i boczną – branża hydrotechniczna,

- Wyciąg z Projektu budowlano-wykonawczego (teczka H5) dla pomostu nr 3 wraz z ostrogą wejściową i boczną – branża elektryczna,

- Wyciąg z Projektu budowlanego (teczka H6) dla pomostu nr 3 wraz z ostrogą wejściową i boczną – branża hydrotechniczna,

Niniejsze Zamówienie stanowi kontynuację robót objętych projektem: Rozbudowa Portu Jachtowego w Krynicy Morskiej - Etap I. Wcześniejszy zakres prac został zakończony w 2012 r.

Wykonawca uwzględni w swojej ofercie koordynację robót z wykonawcą obecnie realizowanego zagospodarowania terenów w rejonie Portu

Przedmiary załączone do niniejszej Specyfikacji są elementem pomocniczym. W przypadku wątpliwości co do zakresu rzeczowego do wykonania, decydujące znaczenie ma projekt budowlany oraz, w przypadku rozbiórek - stan faktyczny.

DECYZJA o Pozwoleniu na budowę: Nr-WI-II.7840.4.44.2011.MW

DECYZJA nr 2/10 o środowiskowych uwarunkowaniach zgody na realizację przedsięwzięcia z dnia 23.04.2010

Zamawiający dopuszcza rozwiązania w opisywanych wyżej projektach lub równoważne.

Zamówienie jest dofinansowane ze środków Unii Europejskiej w ramach programu „Pętla Żuławska – rozwój turystyki wodnej. Etap I” Realizacja Zadania Nr 6 – Rozbudowa portu jachtowego w Krynicy Morskiej.

Przewiduje się unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia, w przypadku nieprzyznania środków pochodzących z budżetu Unii Europejskiej oraz niepodlegających zwrotowi środków z pomocy udzielonej przez państwa członkowskie Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (EFTA), które miały być przeznaczone na sfinansowanie całości lub części zamówienia

W pkt III siwz - TERMIN WYKONANIA ZAMÓWIENIA zamawiający określił termin wykonania zamówienia: 22.04.2014 r. Rozpoczęcie robót nastąpi w terminie 10 dni od daty przekazania Terenu Budowy.

W pkt IV. ppkt 2 siwz WARUNKI UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU ORAZ SPOSOBU DOKONYWANIA OCENY SPEŁNIANIA TYCH WARUNKÓW zamawiający postawił wymagania identyczne jak w sekcji III.3.2. ogłoszenia.

Ze Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych wynika:

1. CZĘŚĆ OGÓLNA

1.1. Nazwa nadana zamówieniu przez zamawiającego

Specyfikacja techniczna "ST" odnosi się do wymagań technicznych, dotyczących wykonania,

kontroli i odbioru robót, które zostaną wykonane w ramach przedsięwzięcia pn. „Przebudowa i rozbudowa portu jachtowego w Krynicy Morskiej”.

Projekt budowlany przebudowy i rozbudowy istniejących obiektów hydrotechnicznych portu jachtowego w Krynicy Morskiej zawarto w dokumentacji pod nazwą:

„Hydrotechniczna dokumentacja projektowa przebudowy i rozbudowy portu jachtowego w Krynicy Morskiej”

Lokalizacja robót: Polska, województwo pomorskie

Adres inwestycji: PORT JACHTOWY KRYNICA MORSKA

Zamawiający: Gmina Miasta Krynica Morska

ul. Górników 15, 82-120 Krynica Morska;

tel. (055) 247 65 27

www.krynicamorska.pl

1.2. Przedmiot i zakres robót

Przedmiotowe przedsięwzięcie obejmuje remont, przebudowę i rozbudowę istniejących obiektów hydrotechnicznych portu jachtowego w Krynicy Morskiej, w celu:

- doprowadzenia konstrukcji istniejących obiektów do właściwego stanu technicznego umożliwiającego ich dalsze użytkowanie z założonymi standardami jakości;
- odpowiedniego osłonięcia wewnętrznych akwenów portu jachtowego zapewniającego bezpieczny postój jednostek na stanowiskach cumowniczych;
- uzyskania około 100 stanowisk postojowych dla jachtów o długości 6,0 do 12,0 m (głównie przy pływających pomostach cumowniczych).

Przedmiotem niniejszego zamówienia są następujące obiekty i roboty:

- przebudowa Nabrzeża Północno-Zachodniego o długości całkowitej około 113 mb, zawierającego dwa odcinki konstrukcyjne: nabrzeże wysokie o projektowanej rzędnej korony +1,60 m npm i nabrzeże z koroną obniżoną do poziomu + 0,50 m npm;
- przebudowa Nabrzeża Bosmańskiego o długości około 33 mb;
- przebudowa Slipu do wyciągania łodzi wraz z konstrukcjami stanowiącymi obudowę wnętrza slipowej;
- przebudowa Nabrzeża Północno-Wschodniego o długości całkowitej około 146 mb;
- przebudowa stałego Pomostu cumowniczego nr 1 o długości całkowitej około 60,70 mb;
- przebudowa stałego Pomostu cumowniczego nr 2 o długości całkowitej około 60,20 mb;
- przebudowa stałego Pomostu cumowniczego nr 3 na długości całkowitej około 79,0 mb, wraz z Ostrogą boczną posiadającą długość około 19,40 mb;
- budowa Ostrogi wejściowej o długości około 40,50 mb stanowiącej przedłużenie Pomostu nr 1 w rejonie wejścia do akwenu portu jachtowego;
- przedłużenie istniejącego Pirsu Pasażerskiego na odcinku o długości 90,0 mb;

- przebudowa istniejącej Opaski Brzegowej o długości ca 106 mb, zabezpieczającej tereny portu od strony północno-wschodniej oraz wykonanie zabezpieczenia terenu od strony północnej;
- dostawa i montaż pływających pomostów cumowniczych wraz z osprzętem, tworzących właściwe miejsca postojowe dla jachtów; pływające pomosty będą zlokalizowane przy istniejących (przebudowanych) pomostach stałych nr 1, nr 2 i nr 3 oraz przy nasadzie istniejącego Pirsu Pasażerskiego;
- wykonanie podczyszczenia dna w akwenu portowym do projektowanej głębokości 2,50 m;
- adaptacja systemu oznakowania nawigacyjnego portu;
- wykonanie instalacji wod.-kan. w celu doprowadzenia wody pitnej do stanowisk postojowych dla jachtów oraz możliwości odbioru nieczystości płynnych w wyznaczonym punkcie na Nabrzeżu Północno-Wschodnim;
- wykonanie instalacji elektrycznych celem doprowadzenia energii do punktów poboru na stanowiskach cumowniczych oraz oświetlenia projektowanych obiektów.

1.3. Zakres robót objętych ST

Roboty, których dotyczy niniejsza specyfikacja obejmują wszystkie czynności umożliwiające i mające na celu wykonanie rozbiórek występujących w przebudowywanych obiektach hydrotechnicznych istniejącego portu jachtowego w Krynicy Morskiej. Dotyczą one następujących obiektów:

- Nabrzeże Północno-Zachodnie,
- Nabrzeże Bosmańskie,
- Wnęka Slipowa wraz z obiektami stanowiącymi jej obudowę,
- Nabrzeże Północno-Wschodnie,
- Pomosty stałe nr 1, nr 2 i nr 3,
- Pirs Pasażerski (przedłużenie).

W zakres tych robót wchodzi w szczególności:

- demontaż istn. stalowych drabinek wyłazowych;
- demontaż istn. urządzeń odbojowych w postaci opon staroużytecznych mocowanych za pomocą stalowych krzyżaków do ścian odwodnych nabrzeży i pomostów,
- demontaż istniejących stalowych pachołów cumowniczych usytuowanych na koronie nabrzeży i pomostów;
- demontaż istniejących słupów latarni oświetleniowych (tylko na pomostach nr 1÷3);
- całkowita rozbiórka części głowicowej pomostu nr 3 na odcinku o długości 11,30 m (łącznie z wyrwaniem istniejących żelbetowych pali fundamentowych)
- rozkucia i nadkucia istniejącej konstrukcji żelbetowej w zakresie niezbędnym dla wykonania proj. konstrukcji nabrzeży, pomostów i przedłużenia Pirsu;

– rozbiórka istniejącej nawierzchni na koronie obiektów hydrotechnicznych i wykopy robocze w ich rejonie.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że nie zaistniały podstawy z art. 189 ust. 2 ustawy, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba uznała, że odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż jest wykonawcą działającym na rynku zamówień na roboty budowlane będące przedmiotem niniejszego zamówienia. Odwołujący uważa, że zamawiający ograniczył mu dostęp do zamówienia, a zatem w sytuacji uwzględnienia odwołania ma szansę na złożenie oferty i uzyskanie zamówienia. Może także ponieść szkodę w postaci braku zysku jakim mógłby osiągnąć, gdyby mógł wziąć udział w przedmiotowym postępowaniu i uzyskać zamówienie. Przesłanka materialnoprawna z art. 179 ust. 1 ustawy została wypełniona.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 22 ust. 4 ustawy przez opisanie sposobu dokonania oceny spełniania warunku wiedzy i doświadczenia w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia tj. postawienie przez zamawiającego warunku minimalnej wiedzy i doświadczenia - żądanie, by wykonawca legitymował się doświadczeniem w budowie / przebudowie portu jachtowego, podczas gdy przedmiotem zamówienia jest wykonanie robót objętych standardową przebudową / budową nabrzeża, bez względu na jego przeznaczenie tj. przystań jachtowa oraz zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 22 ust. 4 ustawy przez opisanie sposobu dokonania oceny spełniania warunku wiedzy i doświadczenia w sposób nie związany z przedmiotem zamówienia, gdyż zamawiający wymaga by wykonawca posiadał doświadczenie w wykonaniu zamówienia o identycznej nazwie - budowa portu jachtowego, zamiast - doświadczenie (opis spełniania warunku) przedmiotowo związane z danym zamówieniem wykonanie robót hydrotechnicznych w zakresie budowy/przebudowy nabrzeży.

Zarzut zasługuje na uwzględnienie. Art. 22 ust. 4 ustawy stanowi, że opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Jak wynika z ustaleń Izby przedmiotem niniejszego zamówienia jest przebudowa pomostu nr 3 znajdującego się w porcie jachtowym w Krynicy Morskiej wraz z przebudową ostrogi bocznej pomostu nr 3 oraz budową ostrogi wejściowej. Do wiedzy powszechnej należy to, że Krynica Morska jest miastem położonym nad akwenem morskim – Morzem Bałtyckim. Zatem

przedmiotem niniejszego postępowania jest przebudowa pomostu i jego ostrogi bocznej oraz budowa ostrogi wejściowej w ramach nadbrzeża morskiego, w którym mogą stacjonować jachty. Na taki zakres zamówienia wskazywał także zamawiający w odpowiedzi na odwołanie. Zamawiający podniósł dwa argumenty przemawiające za związkiem z przedmiotem zamówienia i proporcjonalnością tj., że zakresem zamówienia jest przebudowa pomostu i ostrogi bocznej oraz budowa ostrogi wejściowej oraz na to, że doświadczenie w przebudowie czy budowie nadbrzeży rzecznych jest nieporównywalne z doświadczeniem w budowie czy przebudowie nadbrzeży morskich. Izba uznała, że zamawiający w żaden sposób nie wykazał jednak, że przeznaczenie nadbrzeża, w tym w szczególności jako port jachtowy, ma kluczowe znaczenie dla uzyskanego doświadczenia.

Zgodnie z art. 2 pkt 2 ustawy z dnia 20 grudnia 1996 r. o portach i przystaniach morskich (Dz.U.2010.33.179 j.t.) portem lub przystanią morską jest akwen i grunty oraz związana z nimi infrastruktura portowa, znajdujące się w granicach portu lub przystani morskiej. Zaś zgodnie z §2 rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 1 czerwca 1998 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać morskie budowle hydrotechniczne i ich usytuowanie (Dz.U.1998.101.645):

akwen to wszelki obszar pokryty wodą, morska budowla hydrotechniczna, to budowla nawodna lub podwodna, wznoszona:

- a) na morzu terytorialnym,
- b) na morskich wodach wewnętrznych,
- c) na lądzie, lecz w rejonie bezpośredniego kontaktu z akwenami morskimi, czyli w pasie technicznym nadbrzeżnego pasa wybrzeża morskiego,
- d) w portach i przystaniach morskich,

która wraz z instalacjami, urządzeniami budowlanymi związanymi z tą budowlą, urządzeniami technicznymi oraz innym celowym wyposażeniem niezbędnym do spełniania przeznaczonej mu funkcji stanowi całość techniczno-użytkową,

zaś przez nabrzeże - rozumie się budowlę morską tworzącą obudowę brzegu akwenu portu albo przystani morskiej, przeznaczoną do postoju i przeładunku jednostek pływających, celów komunikacyjnych, spacerowych, pasażerskich, przemysłu stocznioowego albo do składowania ładunków,

przez ostrogę brzegową - rozumie się budowlę ochronną brzegu morskiego, wychodzącą w morze poprzecznie do linii brzegowej, wykonaną w postaci szczelnej albo ażurowej przegrody, której zadaniem jest rozproszenie energii fali morskiej oraz wstrzymywanie ruchu rumowiska morskiego,

przez pomost - rozumie się budowlę morską, wybudowaną nad akwenem albo skarpią brzegową nie będącą obudową brzegu i nie przenoszącą naporu gruntu terenu przylegającego do tej budowli,

Zgodnie z § 19. ust. 1 cyt. rozporządzenia dla określenia wielkości oddziaływania statków na budowlę morską w projekcie budowlanym ustala się parametry kadłuba charakterystycznych statków morskich.

Parametry, o których mowa w ust. 1, wyraża się poprzez określenie:

- 1) pojemności brutto GT - dla statków pasażerskich, drobnicowych, rybackich i promów morskich,
- 2) nośności DWT - dla zbiornikowców, masowców, gazowców, pojemnikowców, chemikaliowców,
- 3) wyporności D statku w tonach - dla wszystkich typów i rodzajów statków,
- 4) podstawowych wymiarów kadłuba statku.

Zaś zgodnie z § 20. Parametry, o których mowa w § 19, stosuje się przy projektowaniu akwenów żeglugowych, portowych i stoczniowych, a zwłaszcza przy ustalaniu:

- 1) długości stanowiska postojowego,
- 2) długości linii cumowniczej,
- 3) głębokości akwenu żeglugowego,
- 4) rozstawu i wielkości obciążeń wszystkich urządzeń cumowniczych,
- 5) liczby oraz nośności dalb i wysp: cumowniczych, odbojowych i cumowniczo-odbojowych,
- 6) średnicy obrotnicy statków.

W myśl § 21. Cyt. rozporządzenia w projektach budowlanych akwenów żeglugowych, portowych i stoczniowych oraz budowli morskich należy uwzględnić okoliczności mogące wpływać na właściwe wymiarowanie budowli oraz rodzaj i parametry innych jednostek pływających, a w szczególności:

- 1) statków odlichtowanych większych od statków charakterystycznych,
- 2) statków nietypowych o dużej sylwetce bocznej kadłuba,
- 3) żaglowców,
- 4) okrętów wojennych.

Zgodnie z § 58 ust. 1 cyt. rozporządzenia rejony portowe tworzą niezależne pojedyncze lub zgrupowane przystanie.

Przystanie klasyfikuje się następująco:

- 1) ze względu na położenie: brzegowe, portowe, pełnomorskie,
- 2) ze względu na osłonięcie:
 - a) wewnętrzne - osłonięte przed falowaniem morskim,

- b) otwarte - nie osłonięte przed falowaniem morskim,
- 3) ze względu na spełniane funkcje:
- a) żeglugi pasażerskiej,
 - b) przeładunku towarów masowych - sypkich, ciekłych i gazowych,
 - c) przeładunku drobnicy,
 - d) przeładunku kontenerów,
 - e) promowe,
 - f) poduszkowców,
 - g) rybackie,
 - h) jachtowe,
 - i) dla wojennych jednostek pływających oraz
 - j) dla specjalnych jednostek pływających.

Zgodnie z § 167 ust. 1 cyt. rozporządzenia w zależności od pełnionych funkcji wyróżnia się:

- 1) nabrzeża przeładunkowe i postojowe, będące miejscami cumowania statków, przeładunku towarów lub obsługi pasażerów,
- 2) obrzeża stanowiące obudowę brzegów.

Zaś, zgodnie z ust. 2 tegoż przepisu w zależności od pełnionych funkcji wyróżnia się pomosty:

- 1) przeładunkowe,
- 2) komunikacyjne, stanowiące lądowe drogi komunikacyjne usytuowane na akwenu,
- 3) specjalne, w szczególności takie jak: kładki dla cumowników, kładki dojściowe dla pieszych, estakady rurociągów i estakady taśmociągów.

Z powyższego wynika, że zamawiający określił doświadczenie w zakresie jednej wymaganej przez niego roboty budowlanej przez funkcję akwenu, którego przebudowa dotyczy, nie zaś przez funkcje czy wymagania związane z przedmiotem zamówienia czyli przebudową pomostu. W ocenie Izby zamawiający nie wykazał, w jaki sposób różni się doświadczenie w budowie pomostu na akwenu morskim przeznaczonym do cumowania okrętów wojсковych, czy akwenu będącym przystanią przeznaczoną do cumowania statków rybackich, jak również nie wskazał dlaczego robota budowlana w porcie jachtowym niezależnie od tego czy znajduje się na akwenu morskim czy w wodach lądowych jest adekwatna do przedmiotu zamówienia to jest budowli hydrotechnicznej jaką jest przebudowa pomostu wraz z ostrogami na akwenu morskim. Izba zwraca bowiem uwagę, że parametry techniczne jednostki pływającej mają znaczenie dla projektowania budowli hydrotechnicznych, jednakże z cyt. wyżej rozporządzenia nie wynika w jaki sposób przekłada się to na wykonywanie robót budowlanych w oparciu o zatwierdzony pozwoleniem projekt budowlany. Zamawiający nie

wykazał również, że nie zaburzył uczciwej konkurencji z jednej strony ograniczając udział wykonawców, którzy wykonywali pomosty z ostrogami w akwenach morskich nie będących portami jachtowymi, a z drugiej uważał za wystarczające doświadczenie w jakiegokolwiek budowie czy przebudowie portu jachtowego nie zależnie od rodzaju wód, na których port jest usytuowany. W ocenie Izby zamawiający określił opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunku wiedzy i doświadczenia, z jednej strony w sposób niezwiązany z przedmiotem zamówienia, z drugiej zaś nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia. W ocenie Izby na wiarę zasługuje twierdzenie odwołującego, że doświadczeniem w budowie, przebudowie lub remoncie portu jachtowego o wartości 5 mln. zł. może wykazać się jeden wykonawca Hydrobudowa Gdańska. Okoliczności tej zamawiający nie zaprzeczył. W tym stanie rzeczy Izba uznała, że zamawiający naruszył art. 22 ust. 4 ustawy, a z uwagi na fakt, iż zamawiający do dnia rozprawy nie zmienił terminu składania ofert i termin ten upłynął w dniu 27 stycznia 2014r., a postępowania dotknięte jest wadą, która uniemożliwia zawarcie ważnej umowy z uwagi na ograniczenie konkurencji w postępowaniu w sposób naruszający 7 ust. 1 ustawy przez wadliwe zastosowanie art. 22 ust. 4 ustawy, konieczne stało się uwzględnienie zmodyfikowanego na rozprawie żądania odwołującego tj. żądania nakazania zamawiającemu unieważnienia postępowania.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy przez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Zarzut potwierdził się. Wobec potwierdzenia się zarzutu art. 22 ust. 4 ustawy zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 okazał się uzasadniony. Wykonawcy bowiem zapoznając się z treścią opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu podejmują decyzję o swoim udziale w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, tym samym nadmiarowe lub nieproporcjonalne wymagania zamawiającego powodują rezygnację części wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia i mogących rzetelnie zrealizować przedmiotowe zamówienie, tym samym wady opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu wpływają na naruszenie zasady uczciwej konkurencji wynikającej z art. 7 ust. 1 ustawy.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 192 ust.1, 2, 3 pkt 1 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i 2 lit. a i b i § 5 ust. 2 pkt 1 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) obciążając zamawiającego kosztami postępowania w postaci uiszczanego wpisu od odwołania i kosztów zastępstwa prawnego oraz dojazdu nakazując zamawiającemu zwrot tych kosztów odwołującemu.

Przewodniczący: